

NUEVO FORO PENAL

Revista del Centro de Estudios Penales
de la
Universidad de Antioquia

61

Mayo - Agosto 1999

CO/XIV
F/Z

2345

EMIS



NUEVO FORO PENAL

Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia

Directores honorarios

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Coordinador

ALFONSO CADAVID QUINTERO

Comité Consultivo

LUIGI FERRAJOLI (Camerino, Italia); WINFRIED HASSEMER (Frankfurt, Alemania); JOSÉ HURTADO POZO (Fribourg, Suiza); JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS (Málaga, España); PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (Madrid, España); IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Salamanca, España); JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ (Las Palmas de Gran Canaria, España); ELENA LARRAURI PIJOÁN (Barcelona, España); JUAN BUSTOS RAMÍREZ (Santiago de Chile, Chile); ROSA DEL OLMO (Caracas, Venezuela); JULIO B. J. MAIER (Buenos Aires, Argentina).

Auxiliares

GLORIA MARÍA GALLEGO G.,
JULIO DARÍO VÉLEZ LÓPEZ;
JUAN CARLOS ÁLVAREZ;
RICARDO POSADA MAYA;
ROBERTH URIBE;
DIANA ARIAS.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

AÑO XXI

Mayo

-

Agosto 1999

Nº 61

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA CUATRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia



CENTRO DE ESTUDIOS PENALES
Universidad de Antioquia

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.

Suscripción e información

Centro de Estudios Penales
Facultad de derecho
Universidad de Antioquia
Calle 67 53-108
Ciudad Universitaria Bloque 14, oficina 303.
Medellín

Teléfono (57-4) 2 10 58 56
Fax (57-4) 2 10 58 57

Correo electrónico: dpenal@quimbaya.udea.edu.co

Apartado aéreo: 53006, Medellín

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-85, Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reproducción y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIOS

	PÁG.
Fundamento de la punición en la tentativa. José Ramón Serrano-Piedecასas	3
Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano. Juan Oberto Sotomayor Acosta y Gloria María Gallego García	35
El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal. Alfonso Cadavid Quintero	57
La nueva Corte Penal Internacional. Kai Ambos	89
Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista. Jaime Sandoval Fernández	95
La comisión por omisión en el derecho penal español. Luis Gracia Martín	125
La impugnación del acusador: ¿un caso de <i>ne bis in idem</i>? Julio B. J. Maier	169

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad. José Fernando Reyes Cuartas	179
--	-----

BIBLIOGRAFÍA

	PÁG.
Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. (Juan Fernández Carrasquilla). Julio González Zapata	223
Cause di giustificazione e fatti colposi. (Causas de justificación y hechos culposos). (Stefano Fiore). María Elena Torres F.	227
Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito. (Mario Salazar Marín). Fernando Velásquez V.	231
Introducción a la teoría del delito (especial consideración a los fundamentos del delito imprudente). (Alfonso Cadavid Quintero). Gloria María Gallego G.	237

EDITORIAL

¿Para qué otra reforma penal?

Cada vez que en nuestro país se plantea la posibilidad de alguna modificación, así sea mínima, de nuestra realidad social, lo primero que se nos ocurre es reformar la ley, como si la estructura legal tuviese la autonomía y fuerza suficiente para transformar por sí misma la realidad, y no requiriese siempre de la fuerza motriz que le viene dada por la estructura socioeconómica y política en la cual se inserta.

La consecuencia de tan peculiar manera de entender el papel del Derecho en la sociedad salta a la vista: la ley cambia pero la realidad no, produciéndose de esta forma una perversión de las relaciones entre el derecho y la política, en la medida que el primero deja de ser un instrumento para alcanzar determinados fines políticos, y se convierte cada día más en el medio preferido para ocultarlos. Por supuesto, de una u otra forma se reconoce que el derecho se encuentra supeditado a la política, solo que en el primer caso se entiende también que cualquier proyecto de reforma legal presupone una discusión política, acerca de los fines a alcanzar y de los medios adecuados para lograrlos y, por ende, sobre la idoneidad o no del instrumento jurídico. Por el contrario, de la otra manera los fines están ocultos, no son discutibles, y por lo tanto una propuesta de reforma desde esta perspectiva se reduce a una discusión meramente técnica de la ley, pues en el fondo se trata es de cambiar la ley para que la realidad siga igual.

El mejor ejemplo de lo anterior lo encontramos en los permanentes cambios a la legislación penal, que han convertido a Colombia no en "el país de las leyes" sino en "el país de las leyes penales": "antiterrorista", "antidrogas", "antisequestro", "anticorrupción", "antiviolenencia intrafamiliar", etc. Por supuesto, estas leyes han servido para muchas cosas (restringir derechos y garantías, ampliar los poderes de los organismos de seguridad, etc.), pero muy poco para prevenir el terrorismo, el tráfico de drogas ilícitas, el secuestro, la corrupción administrativa o la violencia intrafamiliar, pero precisamente por ello, esto es, por su aparente fracaso, ¡nada mejor que otra reforma a ley penal!

A estos recientes cambios de nuestra legislación viene a sumarse ahora la propuesta del fiscal general de la nación de nuevos códigos penal, de procedimiento penal y de ejecución penal, pretensión que si bien se planteó inicialmente como una simple recopilación de la legislación actualmente dispersa en las más disímiles leyes especiales, terminó yendo mucho más allá, hasta el punto de constituir quizás la más amplia reforma penal de nuestra historia legislativa.

Parecería entonces que después de tantas reformas, pero sobre todo antes de emprender una de la envergadura que tendría la expedición de tres códigos penales (sustantivo, procesal y de ejecución), sería no solo prudente sino necesario que por lo menos estuviera claro el sentido de la misma, esto es, el marco *político* criminal que orientaría

dicha reforma, pues solo así podría luego evaluarse la necesidad, conveniencia e idoneidad de los medios penales para alcanzar los objetivos perseguidos. En otras palabras, una verdadera reforma del sistema penal presupone la discusión democrática de un proyecto político, que sirva de marco al proyecto político criminal que a su turno fundamentaría y orientaría las propuestas de reforma legislativa.

Sobre el particular sea lo primero resaltar la manera no solo excluyente sino casi clandestina como se elaboraron los proyectos, lo cual no sería cuestionable si se tratase solo de una propuesta de la Fiscalía para iniciar la discusión general sobre la reforma a partir de un articulado específico. Por el contrario, los proyectos fueron presentados directamente al Congreso y se convirtieron de inmediato en proyectos de ley; ya se aprobaron sin ningún debate ni observación importante en el Senado y están hoy a punto de convertirse en leyes de la república, sin que el Congreso los haya realmente debatido ni dado mucho menos la oportunidad para hacerlo.

Tampoco están claros los objetivos de la reforma, esto es, los aspectos de la realidad que supuestamente se pretenden cambiar, pues es de suponer que un proyecto de reforma penal busca incidir en la realidad penal actualmente existente, caso en el cual las reformas *legales* solo se justifican en cuanto incidan directamente en la misma, pues con demasiada frecuencia ocurre que cuando se quiere transformar la realidad social lo que menos se requiere es una reforma de la ley.

Desde este punto de vista son varios los aspectos de la realidad penal actualmente existente en Colombia que podrían mencionarse como merecedores de una transformación radical, en tanto constituyen verdaderos "estados inconstitucionales de cosas": la escandalosa cifra de impunidad existente, la deplorable situación carcelaria y, por supuesto, las graves y permanentes vulneraciones de los derechos y garantías fundamentales existentes en nuestro país, constituyen una muestra bastante representativa de dicha realidad.

Creemos, sin embargo, que los proyectos de la Fiscalía no solo no contribuirán a solucionar los problemas penales antes mencionados, sino que más bien los agravarán, dada la expansión punitiva y el uso desmesurado de la pena de prisión apreciables en el proyecto de Código Penal. En efecto, el proyecto de Código Penal está estructurado de forma exclusiva sobre la pena privativa de la libertad, desconociéndose de esta forma no solo el evidente fracaso de la prisión como medio de prevención de delitos sino el simple hecho de que en nuestras cárceles ya no cabe más gente y no creemos que la solución consista en construir más, entre otras cosas porque carecería de legitimidad emprender un proyecto carcelario de tal naturaleza, mientras los hospitales se cierran precisamente por falta de recursos.

Finalmente, no deja de resultar paradójico en todo caso que tales proyectos se discutan al mismo tiempo que comienzan a darse pasos hacia la construcción de un proceso de paz, que de concretarse daría lugar, muy probablemente, a una nueva institucionalidad. Por ello, si dicho proceso de paz no se agota en el cese al fuego entre los actores involucrados sino que vincula la paz a un proyecto más general de reducción de la violencia general existente en la sociedad, será necesario que los posibles acuerdos involucren también la violencia institucional generada por el sistema penal, la cual, antes que disminuir, aumenta a partir de los proyectos de la Fiscalía.

Mientras tanto, si de lo que se trata es de adecuar la ley penal al modelo constitucional actualmente existente, podría comenzarse tomando en serio la prohibición de tratos y penas "cruces, inhumanos o degradantes" (Const., art. 12), y suprimir o al menos limitar al máximo dos de las más crueles, inhumanas y degradantes manifestaciones del poder estatal, como son la pena de prisión y la detención preventiva.

De lo contrario, ¿para qué otra reforma penal?

Fundamento de la punición en la tentativa

José Ramón Serrano-Piedecasas*

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Una cuestión de especial importancia consiste en establecer el criterio o los criterios que permitan justificar la punición de la tentativa. De la solución adoptada se deducirán las condiciones que permitan fijar los límites dentro de los cuales la tentativa despliega sus efectos. Es decir, la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en el que el delito alcanza su consumación. Así mismo, la decisión adoptada precisará el ámbito operativo del desistimiento.

La doctrina ha sido especialmente prolífica en proporcionar toda clase de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de realización del delito¹. Estado de la cuestión al que nos referiremos con criterio selectivo, es decir, centrando el interés solamente en aquellas teorías que, de alguna manera, sigan siendo hoy referentes de discusión. Por este motivo, a la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del derecho penal —en última instancia, de la noción de injusto de la que se parte— se pueden encuadrar las teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

¹ Sobre el estado de la cuestión, véase a FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, págs. 3 y ss.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, págs. 63 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht*, págs. 20 a 125.

La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última mediante la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (*teoría de la lesión del bien jurídico*)². La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (*teoría del quebrantamiento de la norma*)³.

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incremine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, es decir, supone la exigencia de un derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad⁴. De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en una fase anterior a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código Penal⁵. Por el contrario, los que se inclinan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un *quebrantamiento absolutamente perfecto* de la misma⁶. De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos⁷.

Para la comprensión de esta última posición, resultan muy ilustrativas las siguientes consideraciones de JAKOBS: "Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir como la puesta en peligro de bienes, sino como la lesión de la validez de la norma"⁸.

2. Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico, la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es, sin duda, la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido. Según la teoría de la desautorización de la norma o de aquellas que se formulan en torno a la infracción del deber u otras perspectivas similares, encuentran su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante el acto ejecutivo. Por último, existen otra serie de concepciones que exhiben una naturaleza

mixta o ecléctica, de suerte que en algunos casos aparecen como teorías objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas.

La primera versión de la teoría objetiva se formula en Alemania y basa el fundamento jurídico de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado. La tentativa se castiga a tenor de la alta probabilidad lesiva de la acción; es decir, en el marco de una noción ontológica del peligro. Esta concepción conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y a rechazar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea⁹. La nueva regulación que el Código Penal establece para la tentativa ha provocado que esta teoría adquiera de nuevo actualidad en España al ser reformulada en términos normativos y en donde se hace aparecer el peligro del intento como un resultado en sí mismo¹⁰.

Las diversas teorías subjetivas nacen en Alemania al amparo de la regulación que hace de la tentativa el § 22 del StGB y tienen en común fundar la pena en la voluntad contraria al derecho. Para ellas lo importante no es la puesta en peligro del objeto jurídico, sino lo injusto de la acción. La teoría subjetiva conduce a una ampliación de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, al castigo de las tentativas inidóneas y a la equiparación, desde el punto de vista del merecimiento de la pena, de la tentativa con la consumación¹¹.

3. Conviene hacer algunas observaciones respecto al estado de la cuestión en la doctrina española. Por lo pronto, el marco legal establecido en los artículos 16.1 y 62 del vigente Código Penal se inclina por una clara orientación objetiva, distanciándose así de la subjetiva seguida por el legislador alemán. Sin embargo, estas exigencias normativas propias se ven atemperadas por la fuerte influencia que sigue teniendo el pensamiento dogmático alemán entre nuestros autores; en particular el proveniente de la "antigua" y, recientemente, de la "nueva" Escuela de Bonn. Por esta razón, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas, sin que nadie haga renuncia expresa al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como veremos, la piedra de toque en toda esta discusión interna la conforma el tratamiento que se propone para la tentativa inidónea. Precisamente, de acuerdo con las consideraciones que unos y otros hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación por la jurisprudencia y que, salvo estimables aportes doctrinales¹², no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

⁹ HANS HEINRICH JESCHECK, *Derecho penal*, Parte general, pág. 701.

¹⁰ BERDUGO, ARROYO, G. RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones...*, págs. 237 y ss.

¹¹ JESCHECK; ob. cit., pág. 701.

¹² Como monografías dedicadas a la tentativa, más recientes, existe una de FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986; y otra de SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.

² Por todos CLAUS ROXIN, *Allgemeiner Teil*, § 2, págs. 8 y ss.

³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, págs. 339 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte general, págs. 43 y ss.

⁴ IGNACIO BERDUGO, *Concepto, método y fuentes*, págs. 42 y ss.

⁵ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, pág. 352, no obstante, el autor aclara a continuación que estas figuras realizan a su vez otros tipos legales.

⁶ ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pág. 153; KAUFMANN, *Normantheorie*, pág. 12 I; JAKOBS, *Estudios*, págs. 325 y ss.

⁷ JAKOBS, ob. cit., pág. 855.

⁸ JAKOBS, ob. cit., § 25/15. Obsérvese la completa identidad que en este sistema funcionalista se asigna al bien jurídico con la norma.

2. TEORÍA OBJETIVA DE LA PELIGROSIDAD

4. FEUERBACH es el primer autor que fundamenta la punición de la tentativa en "la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado"¹³. Concepción dimanante de un derecho penal liberal e ilustrado desvinculado de la moral y distanciado de aquellas posiciones tradicionales que, influidas por el derecho canónico, situaban el juicio de reproche en el ánimo o actitud del autor.

En su versión más antigua, la teoría objetiva adopta una perspectiva *ex post* en la valoración del peligro¹⁴; circunstancia que permite distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. La primera es considerada peligrosa y por tanto punible, la segunda impune. A VON HIPPEL se debe una reformulación de la teoría, según la cual la valoración debe realizarse *ex ante*¹⁵. Para efectuar este análisis se recurre a un método heurístico-hipotético: el que efectuaría una persona observadora situada en el momento anterior del hecho y en posesión de los conocimientos del autor. De esta forma, la tentativa de homicidio realizada con un arma, que un tercero sin el conocimiento del autor había descargado momentos antes, es idónea para la moderna teoría objetiva, siendo absolutamente inidónea para la antigua¹⁶.

Sin perjuicio del momento en que se efectúe la valoración del peligro, la alta probabilidad de producción de lo *injusto del resultado* fundamenta el castigo de la tentativa¹⁷. De aquí se siguen importantes consecuencias deducibles de la proximidad del peligro en relación con el bien jurídico protegido. Por una parte, se pretende proporcionar un criterio objetivo de delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación del delito; por otra, la situación del peligro sirve de criterio para valorar la gravedad de la amenaza y, en consecuencia, la medición de la pena. El contenido, por último, de la manifestación externa del peligro permite descartar como penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea.

La peligrosidad como único elemento justificativo de la punición de la tentativa sitúa a esta teoría en el marco del pensamiento causalista. En efecto, solo el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito. En el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir su peligrosidad.

Llegar a estas conclusiones solo fue posible partiendo de estos dos presupuestos: el concepto de una acción causal que permite prescindir del contenido de la voluntad del autor en la constatación de la infracción de la norma; y la caracterización de esta norma como norma de valoración. Precisamente, del carácter objetivo de la norma de

valoración es de donde se deduce con claridad la esencia del ilícito. En este orden de cosas, injusto será la lesión objetiva de una norma de valoración, en donde el contenido objetivo de la lesión está determinado por la perturbación impuesta al bien jurídico. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el disvalor del resultado.

5. Todas las carencias sistemáticas deducibles de una teoría del delito fundada desde una perspectiva ontológica son aquí aplicables. En efecto, los causalistas, llevados de la mano por el positivismo, entienden que lo único accesible al conocimiento racional (científico) son los "hechos" perceptibles experimentalmente, junto con la legalidad manifiesta en ellos. Hechos, que pueden provenir del "mundo exterior", perceptibles por los sentidos, o del "mundo interior", de naturaleza psíquica. Tanto unos como otros se rigen determinísticamente por la ley de la causalidad.

El gran reto que se presentó a esta escuela positivo-naturalista es la de descubrir las leyes que rigen ese determinismo¹⁸. Pues bien, el éxito obtenido es relativo, ya que ignoran algo esencial al derecho: la imposibilidad de deducir directamente de proposiciones del ser —por ejemplo, de las características del objeto, del sujeto o de los medios empleados— consecuencias jurídicas¹⁹. En otros términos, olvidar el momento del deber ser.

Crítica que alcanza también a sus particulares conclusiones, como aquella que pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa solo con base en un concepto natural del riesgo. El peligro, como concepto cuantificable, no permite trazar un límite normativo entre la tentativa y los actos preparatorios. Téngase en cuenta, que el peligro para el bien jurídico aparece desde que el autor adopta la resolución delictiva y de manera ininterrumpida a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos²⁰.

Las carencias sistemáticas de esta teoría provienen de la falta de una concepción normativa de peligro. En efecto, cualquier forma adelantada de punibilidad solo se justifica por la existencia de una perturbación referida a la integridad del bien jurídico. El contenido de esa perturbación aparece en dos momentos distintos: en la peligrosidad de la acción y en la creación de un estado de peligro. Los juicios que permiten constatar su presencia consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, los mismos carecen de un valor normativo directo como pretenden estas primeras versiones de la teoría objetiva. De lo contrario, dejar librada la decisión valorativa

¹³ LUDWIG FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 42.

¹⁴ *Ibidem*, § 42, nota 3.

¹⁵ THEODOR VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925 y vol. II, 1930, Berlín. Reimpresión, Aalen, 1971.

¹⁶ HANS WELZEL, *Derecho penal*, § 24, IV, pág. 266.

¹⁷ HANS HEINRICH JESCHECK, *ob. cit.*, vol. II, § 49, II, 1.

¹⁸ KARL LARENZ, *Metodología...*, pág. 53.

¹⁹ KLUG, *Pseudoschluß*, pág. 99.

²⁰ MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Derecho penal*, Parte general, § 40-U, pág. 25. Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, si esta resolución es manifiesta y vertida en el círculo de autor-partícipe, que sería en el caso de los actos preparatorios punibles (C. P., arts. 17 y 18), no puede desconocerse que el peligro que entraña para el bien jurídico pueda ser mayor o similar al que encierran los actos preparatorios realizados por un autor aislado (RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, pág. 297).

a meras consideraciones ontológicas, implicaría abrir la puerta a un derecho penal de la responsabilidad objetiva.

La teoría de la falta de tipo

6. Se puede considerar también como objetiva la teoría de la falta de tipo²¹. Según la misma, solo existe tentativa cuando falta el resultado, *la pieza final*, del delito. Al contrario, se da una falta de tipo en sentido estricto si el tipo objetivo presenta un déficit por la falta de otras circunstancias. Así, resultan impunes la utilización de medios inidóneos o la ausencia de objeto típico; por ejemplo, se comprueba posteriormente que el autor del disparo era propietario del valioso objeto dañado.

Con esta teoría se pretendió, sin éxito, delimitar la punibilidad de la tentativa con la sola ayuda del tipo. Desde un punto de vista dogmático, el tipo representa "un anillo del ilícito legalmente acuñado" que no admite su separación en porciones²². En efecto, decidir que el resultado en el delito de daños es el daño de una cosa y que la ajeneidad es un elemento del tipo, no pasa de ser una arbitraria y opinable *explicación de signos*²³.

Sin embargo, en sentido general, es cierto que la tentativa implica un defecto en el tipo. Junto a un tipo subjetivo plenamente cumplido, se da un tipo objetivo incompleto: el autor supone erróneamente la presencia de unas circunstancias de hecho, que de estar presentes, configurarían la presencia íntegra del tipo objetivo²⁴. Con ello, se pone de relieve la importancia de la representación del autor como elemento cofundante del tipo de la tentativa. De esta forma se abre una vía útil en la solución del problema. En lugar de dirimirse la controversia en un plano preponderantemente ontológico, riesgo frente a intención, como resultaba desprenderse de las tradicionales posiciones objetivas y subjetivas, se introduce un nuevo componente, el plan del autor, el cual puede y debe ser ponderado desde una perspectiva axiológica.

3. TEORÍA DEL DOLO (SUBJETIVA)

7. Según la teoría subjetiva, se castiga en la tentativa "la actuación de la voluntad contraria al derecho"²⁵, "el acto final contrario al deber (norma)"²⁶, o "la manifiesta re-

²¹ Principales representantes fueron: ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der aufbau der Verbrechenstheorie*, 4ª ed., 1950, págs. 56 y ss.; EDMUND MEZGER, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 1ª ed., 1939, pág. 396, y LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, pág. 298.

²² MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, ob. cit., t. II, págs. 51 y 52.

²³ Las "explicaciones de signos" tienen como único cometido establecer con exactitud en "uso lingüístico" que, por supuesto, no exigen ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente legal o sociológico utilizado (KLUG, *Zür Problematik...*, pág. 148), videre JAKOBS, ob. cit., pág. 861.

²⁴ MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, ob. cit., t. II, pág. 18.

²⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 22, núm. 63.

²⁶ KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 121, 126 y 138.

belión del autor contra la ley"²⁷. Lo decisivo no es la puesta en peligro del bien jurídico, sino lo injusto de la acción exteriorizada en la conducta del autor.

La teoría subjetiva, a diferencia de la precedente, ha admitido distintas formulaciones²⁸, según sea el tratamiento dogmático que unos y otros otorgaron a los componentes subjetivos del ilícito penal. Así, en la versión más primitiva de esta teoría, se trata de hacer compatible el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo con una concepción puramente objetiva del ilícito. El finalismo, sin embargo, barre con cualquier régimen excepcional de los mismos al decidirse en favor de un injusto cuyo contenido viene dado por el disvalor de la acción. En lo que sigue, la exposición se referirá a estas dos alternativas. La primera, la situaremos dentro de la corriente neoclásica, considerando a MEZGER como su expositor más definido, y la segunda, obviamente, la situaremos en el seno de la teoría de la acción final, eligiendo a KAUFMANN como interlocutor.

A) Teoría de las condiciones subjetivas del ilícito

8. Con el neokantismo se elabora un concepto del delito, no encerrado en sí mismo, como acontecía con los clásicos, sino definido a partir de las perspectivas valorativas (fines) que sirven de base al derecho penal. Por ello, la respuesta que esta escuela da al interrogante ¿por qué la tentativa es punible?, se hizo posible con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito²⁹. "Que el abuso sexual, la no denuncia de un homicidio, la falsedad constituyan un ilícito —reflexiona MEZGER— no depende únicamente de la forma exterior de la acción, sino, también de la actitud interior del autor"³⁰.

Pero, si el contenido del ilícito lo conforma básicamente la lesión exterior (o puesta en peligro) de un bien jurídico ¿es posible que esos elementos subjetivos también puedan fundamentarlo? La respuesta es la siguiente: excepcionalmente se pueden reconocer en el ilícito elementos subjetivos que sustituirían a los ausentes presupuestos objetivos³¹. MEZGER entiende que ello es posible, dado que el legislador puede fundamentar la norma únicamente sobre el suceso externo, o bien hacerlo únicamente sobre la voluntad del autor³². O lo que es lo mismo, el legislador puede hacer que el

²⁷ VON BURI, "Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch", en *Der Gerichtssaal*, 1888, págs. 504 a 506. El auténtico creador de esta teoría subjetiva fue JULIUS GLASER, aunque el mérito de su desarrollo corresponda a VON BURI. Esta teoría, en su formulación más estricta, encontró su plena aplicación en la jurisprudencia del *Reichsgericht* (Tribunal Imperial) y en la previa a la década de los setenta en el BGH. Su versión moderada, sin embargo, es la que sigue informando la redacción de los §§ 22 y 23 del StGB. En España su influencia doctrinal ha sido también importante, aunque no así en la jurisprudencia.

²⁸ Sobre la evolución histórica consúltese ZACZYK, *Das Unrecht*, págs. 20 a 125.

²⁹ HEGLER, "Die Merkmale des Verbrechens", en *ZStW*, núm. 36, 1914, págs. 19 y ss. Un amplio resumen de la polémica que suscitó el tema puede encontrarse en SIEVERST, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

³⁰ MEZGER, *Sinn*, pág. 187.

³¹ MEZGER, *Derecho penal*, Parte general, pág. 260.

³² MEZGER, *Moderne Wege*, pág. 22.

contenido de la norma prohíba directamente la producción de un resultado, o que prohíba directamente acciones dirigidas a la producción de ese resultado.

De esta forma, se abre la posibilidad de una fundamentación del ilícito de la tentativa puramente subjetiva en el que el dolo del autor también afecta la validez de la norma de derecho³³. Este componente intencional, a su vez, se convierte en característica objetiva tan pronto como se alcanza la consumación. En cuyo caso, la producción del resultado sustituye a la resolución del autor en la fundamentación del injusto³⁴. En resumen, lo general es la fundamentación objetiva del ilícito consumado; lo excepcional será la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa.

9. La tesis de MEZGER muestra una absoluta debilidad sistemática. En efecto, las funciones que cumple el dolo en el delito intentado no deben ser diferentes a las que cumple el dolo en el injusto del delito consumado. Por ello, tampoco corresponde admitir la sustitución del disvalor de la acción, fundamento de la tentativa, por el disvalor del resultado si el hecho llega a consumarse³⁵. La tentativa es una parte del delito consumado. Si en la tentativa, la actuación de la voluntad, que sabe y quiere el resultado, pertenece al ilícito, entonces en el delito consumado esa misma actuación de la voluntad, junto con el resultado, también pertenece al ilícito³⁶. En definitiva, no cabe admitir únicamente para el delito consumado una antijuridicidad objetiva, sin dolo, y para el intentado una antijuridicidad subjetiva, con dolo. La antijuridicidad del delito intentado y consumado debe ser la misma.

La posibilidad de concebir a la tentativa y a la consumación como dos delitos diferentes, solo es admisible si se renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados uniformemente³⁷. Expresivamente, señala WELZEL: ¿cómo podría depender de que el disparo acierte o no en el blanco, que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad?³⁸. La admisión de un derecho penal que trabaje con conceptos distintos de tipo, antijuridicidad y culpabilidad en función de la naturaleza del delito, no solo incurre en graves contradicciones lógicas, sino que también conduce irremediabilmente a una injusticia material³⁹.

La teoría de la culpabilidad sin ilícito

10. La polémica doctrinal que suscitó la solución sistemática del problema desembocó en la propuesta de dos soluciones radicalmente distintas. Por un lado, mantener una rigurosa fundamentación objetiva del injusto admitiendo la posibilidad de una

culpabilidad sin injusto⁴⁰; por otro, hacer de lo excepcional lo general, de suerte que el injusto pasaba a ser fundado exclusivamente sobre bases subjetivas (teoría de la acción final).

La teoría de la culpabilidad sin ilícito considera que ante la tentativa inidónea, ausente de todo contenido objetivo, caben solo dos posibilidades: o se adscribe el dolo de una vez por todas al ilícito; o, se admite que puede ser punible aquello que no es contrario a derecho, sino solo culpable⁴¹. Esta posición se decide por la segunda opción con base en la teoría de los imperativos elaborada por GOLDSCHMITT y THON⁴². Se dice, que el ilícito objetivo depende expresamente de las valoraciones abstractas del derecho (norma de derecho), existiendo junto a ella una segunda norma no explícita, que ordena al individuo adoptar una conducta interior acorde con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico (norma de deber). La norma de deber es la que motiva y fundamenta la culpabilidad.

De ahí se deducen importantes consecuencias. Por lo pronto, la pena, como sanción, se asocia a la voluntad culpable del autor, mientras el ilícito deviene en puro concepto de relación mediante el cual puede ser formalmente separado lo jurídico, penalmente relevante, de la conducta voluntaria, neutra al valor. Así, presupuesto y contenido de la culpabilidad es la mera voluntad del autor. De esta forma, se distancian de la doctrina mayoritaria al admitir que no siempre el ilícito es el *prius* lógico, conceptual y real de la culpabilidad⁴³.

Pues bien, si a la tentativa le falta toda cualidad objetiva, y no obstante es delito porque la conducta está orientada a contrariar el derecho (infracción a la norma de deber), entonces puede existir en ella culpabilidad y castigo, aun cuando por la falta de peligrosidad para el bien jurídico no concorra un ilícito.

Las consecuencias político-criminales que se derivan de esta concepción son inadmisibles. En efecto, una punibilidad basada exclusivamente en la voluntad delictiva posibilita la sustitución de un derecho penal del acto por un derecho penal de autor⁴⁴.

B) Teoría de la acción final

11. La fundamentación subjetiva del ilícito por la teoría de la acción final ofrece una solución coherente, desde la perspectiva de la teoría del disvalor de la acción, al problema de la punición de la tentativa. Ello no quiere decir que el finalismo, al menos

⁴⁰ Teoría sostenida por un sector de la escuela austriaca (RITTNER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, t. I, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Wien, 1954; NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63).

⁴¹ NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63, pág. 313.

⁴² GOLDSCHMITT, "Der Notstand ein Schuldproblem", en *Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht*, Wien, 1913; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Aalen, 1964 (reimpresión).

⁴³ En forma análoga, JAKOBS entiende que la infracción a la norma de conducta no es una condición suficiente, ni necesaria para desencadenar la sanción (*Studien*, pág. 125).

⁴⁴ MIR PUIG, *Introducción...*, págs. 256 y ss.

³³ ZIELINSKI, *Disvalor*, pág. 30.

³⁴ MEZGER, ob. cit., pág. 187.

³⁵ ZIELINSKI, *Disvalor*, págs. 39 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pág. 16.

³⁶ *Ibidem*, pág. 49.

³⁷ *Ibidem*, pág. 49.

³⁸ WELZEL, *El nuevo sistema*, pág. 62.

³⁹ STRATENWERTH, *Natur der sache*, págs. 17 y 27.

en su versión más pura, no sea libre de graves objeciones lógicas⁴⁵. En todo caso, WELZEL aceptó la inclusión del disvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final⁴⁶. Con ello se unifica el fundamento que posibilita la punibilidad del delito consumado e intentado.

La discusión en torno a la estructura del ilícito, que se plantea aquí a propósito de la naturaleza jurídica de la tentativa, está más relacionada con el concepto de la norma que con el concepto de la acción que se utiliza como base del sistema⁴⁷. Por ello, en lo que sigue se adoptará esta perspectiva de análisis.

12. El punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar⁴⁸ al sujeto a la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. El sistema de normas se basa en un sistema de juicios de valor que despliegan sus efectos sobre los llamados bienes jurídicos⁴⁹. Estos juicios de valor pueden ser primarios o secundarios. Los primeros, positivos o negativos, implican una valoración de los sucesos que lesionan o conservan el bien jurídico; los segundos, positivos o negativos, valoran las acciones humanas que tienden al suceso.

El juicio de valor primario sobre el resultado lesivo sirve de base al juicio de valor secundario sobre el acto que provoca el resultado. Ambos juicios son entre sí interdependientes, pero en sus objetos de análisis se diferencian. Mientras el juicio de valor primario declara como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir, los juicios de valor secundarios describen los caminos (acciones) que tienden a producir o no evitar esas lesiones que no deben existir. Precisamente, el medio jurídico a través del cual se consigue llegar a la meta más arriba propuesta es que no se den acciones encaminadas a la lesión del objeto jurídico. En este sentido, la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto que debe ser⁵⁰. Por ello, el acto recibe su disvalor

⁴⁵ Videre: KLUG, "Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem", t. II, págs. 155 a 173, en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, págs. 7 a 32; ENGISCH, "Der finale Handlungsbegriff", en *FS für Enrique Kohlrausch*, 1944, págs. 141 a 179; SERRANO-PIEDRASAS, *Crítica formal...*, págs. 984 a 995.

⁴⁶ WELZEL, *Nuevo sistema*, pág. 25.

⁴⁷ WILHELM GALLAS, *Zur Struktur...*, págs. 155 y ss.; ENRIQUE BACIGALUPO, *La función del concepto de norma*, págs. 73 y ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, págs. 38 y ss.

⁴⁸ KAUFMANN dice al respecto: todo ordenamiento en la conducta entre hombres está referido a comunicar de modo comprensible —incluso al inimputable con capacidad de acción— el contenido de la conducta exigible. No haber distinguido entre la pretensión del contenido y la de la vinculación de la norma fue el fallo de los partidarios de la teoría subjetiva de los imperativos. Para ellos, la norma solo podía motivar al capaz de culpabilidad.

⁴⁹ KAUFMANN entiende que integran el primer plano valorativo, siempre positivo, del sistema (*Normentheorie*, pág. 69). En los hechos, las normas jurídico-penales presuponen la existencia de los bienes jurídicos (ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, pág. 136).

⁵⁰ ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, pág. 74. En este sentido, norma de determinación y juicio de valor secundario son la misma cosa.

exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor; si falta el resultado, subsiste, sin embargo, la intención fundante del disvalor⁵¹.

En atención a todo lo expresado, el injusto de la tentativa es la acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor secundario y de la norma de determinación⁵². En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad⁵³. De esta suerte, infringe la prohibición contenida en la norma de determinación tanto la acción incapaz de resultado (tentativa inidónea) como la capaz de resultado (tentativa idónea)⁵⁴.

13. Pero, ¿qué función normativa juega el disvalor de resultado? El injusto de la consumación es la acción final que merece una valoración negativa en la medida que sea capaz de resultado. Así pues, el objeto de la norma de determinación o, lo que es lo mismo, el objeto del juicio de valor secundario lo conforma *el acto final capaz de resultado*. Esta capacidad de resultado debe, no obstante, entenderse como una aptitud objetiva, circunstancial, que *condiciona la actividad final* tendente a la afectación de un bien jurídico. En otros términos, si la norma de determinación solo contiene, según KAUFMANN actos finales⁵⁵, entonces, el contenido objetivo dado por la *capacidad de resultado* (peligrosidad de la acción) no puede ser objeto de valoración de la norma. Pero, si no es objeto de la norma de determinación, entonces será condición de ella; o, lo que es lo mismo, la especial concurrencia de esas circunstancias objetivas fijarán el dominio en el que el juicio de valor secundario desplegará sus efectos. Entonces, si el de resultado es irrelevante para el ilícito, no tiene sentido una distinción entre el delito tentado y consumado, aunque sí entre tentativa acabada e inacabada⁵⁶.

Desde otra perspectiva, si la norma ordena, prohíbe o manda hacer o no hacer determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su cumplimiento desde particulares circunstancias objetivas regidas por la casualidad o desconocidas para el destinatario de la orden. Por eso, esta situación objetiva no debe constituir objeto de la norma, aunque pueda aparecer como una condición especial de la misma⁵⁷.

Entonces, tanto la tentativa como la consumación tienen la misma materia de prohibición, aunque el ámbito de aplicación de una y otra sea diferente. Ambas nor-

⁵¹ KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 71.

⁵² ZIELINSKI, ob. cit., pág. 153.

⁵³ JAKOBS, "Representación del autor e imputación objetiva", en *Estudios...*, pág. 225.

⁵⁴ Respecto al injusto del delito consumado.

⁵⁵ KAUFMANN, ob. cit., pág. 75. Esta vinculación lógico-objetiva del legislador respecto a la estructura final de la acción (omisión), significa: que el legislador partiendo del dato ontológico puede inferir proposiciones del deber ser. Se trata de un argumento iusnaturalista (ontológico) que conduce desde una perspectiva metalógica de la norma a un razonamiento entimemático (KLUG, *Psageudoschluß*, pág. 99; SERRANO-PIEDRASAS, *Crítica formal...*, pág. 989).

⁵⁶ KAUFMANN, *ZStW*, núm. 80, pág. 50.

⁵⁷ ZIELINSKI, ob. cit., pág. 155. El éxito de la capacidad de resultado de la acción exige la prognosis del observador objetivo.

mas prohíben el mismo acto final: la de la tentativa, lo prohíbe en general y sin restricciones; la norma de consumación, lo prohíbe en particular para el caso de que la acción final *sea capaz de resultado*. La norma de determinación de la consumación es objetivamente idéntica a la norma de determinación de la tentativa en su función de motivar a la conducta humana. La norma de la consumación es la reiteración de la norma de la tentativa limitada a ciertos supuestos. ¿Cuáles son estos supuestos?: acciones finales condicionadas por la aparición casual de circunstancias objetivas (naturalísticas) que propiciaron su *capacidad de resultado*.

En conclusión, la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo de hecho, es la única categoría dogmática que dota de contenido al ilícito penal.

14. Sin embargo, el debate no termina aquí. El siguiente nivel de análisis consiste en decidir sobre el sentido o significado del dolo. Cuando se dijo que la tentativa representa un defecto del tipo, se hizo alusión a que el autor asumió erróneamente la existencia de determinadas circunstancias de hecho en el objeto o en los medios empleados, que de haber estado presentes hubieran consumado el tipo objetivo. Pues bien, el problema reside en decidir si esa errónea planificación debe determinarse objetiva o subjetivamente. ¿Todo lo que el autor considera una planificación constituye necesariamente una planificación relevante?⁵⁸. ¿Si el autor decide procurar la muerte de su enemigo mediante conjuros, esa manifiesta voluntad contraria a la norma debe ser considerada como tentativa de homicidio?

La cuestión nos introduce de lleno en la problemática de la distinción entre: a) actos preparatorios y ejecutivos; b) tentativa idónea e inidónea. Aunque el tratamiento de estas cuestiones se hará más adelante, sin embargo, siguiendo la exposición de las tesis de KAUFMANN, en torno a su concepción de lo injusto, adelantaremos algunas de sus conclusiones en relación con la cuestión planteada.

En este punto, KAUFMANN adopta el punto de vista personal (subjetivo) del autor⁵⁹. Si la intención homicida de este se manifiesta por medio de la superstición el derecho debe seguirlo⁶⁰. Decisión consecuente con su concepto del injusto personal que lo lleva a la siguiente afirmación el sentido que el autor da a su hecho determina el contenido valorativo de la antijuridicidad⁶¹; en el mismo sentido, ZIELINSKI opina: "la representación del autor de la situación fáctica debe ser la base para la calificación jurídica de la acción"⁶².

Esta radical fundamentación subjetiva del injusto en la que solo importa el sentido que el autor da a su hecho, no toma en consideración si dicha individualización puede ser sostenida desde un contexto social⁶³. Quizás, esos datos individuales per-

mitirían explicar las relaciones dentro de grupos íntimos, o en comunidades religiosas, pero no serían útiles para explicar las relaciones dentro de una sociedad moderna. "Así, se puede explicar el pecado, pero no el ilícito"⁶⁴.

4. TEORÍAS MIXTAS

15. Las teorías mixtas pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa combinando aspectos objetivos y subjetivos. Se trata de soluciones ampliamente acogidas por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como alemana. Soluciones, por otra parte, surgidas de la necesidad de operar con criterios útiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos y tentativas idóneas e inidóneas.

LARENZ destacaba de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen su contenido en extremo seductor, aunque de escaso rendimiento en orden a la praxis, y concluía: "en última instancia la razón de ello reside en la deficiencia de la teoría"⁶⁵. Esta misma reflexión corresponde hacerla respecto de las teorías objetivas y subjetivas formuladas en sus inicios. En efecto, las consecuencias *prácticas* que se deducen de mantener una rigurosa fundamentación objetiva de la tentativa propician la impunidad de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea; por cuanto una fundamentación exclusivamente subjetiva amplía el ámbito de punición de los actos ejecutivos y de la tentativa inidónea.

Con estas observaciones no se pretende invalidar la fecundidad teórica de estas fundamentaciones. Muy al contrario, lo que allí se estaba decidiendo era la construcción conceptual de la tentativa como categoría del delito. La confrontación de pareceres, no obstante, se realizaba en un plano ontológico, sea por la vía naturalística del peligro o por la vía iusnaturalista de la acción final. Las carencias lógico-jurídicas de ambas propuestas se manifestaron desde el principio. No toda puesta en peligro de un bien jurídico, ni todo dolo contrario a la norma *por sí mismos* interesan al derecho penal. Para que esto ocurra, se requiere de la intermediación de un juicio de imputación, de un juicio de deber ser, que permita la selección normativa de esos comportamientos arriesgados y de esas manifestaciones de la voluntad contrarias a la norma. Tema aparte es decidir el *cómo* debe efectuarse dicho juicio. No obstante, resulta incontestable que la discusión en torno al fundamento punible de la tentativa debe efectuarse desde una perspectiva axiológica.

Cuando se trate el monismo normativo nos referiremos con más detalle a esta cuestión. No obstante, conviene hacer la siguiente reflexión. Un sistema jurídico-penal sustentado sobre sólidas bases racionales (lógicas) se mueve, en contra de la opinión de JAKOBS, FREUND o FRISCH, no solo en un ámbito normativo, sino que también analiza los hechos de la realidad como referentes para efectuar una valoración. Desconocer esta interacción entre lo ontológico y lo axiológico, ya puesta de manifiesto por la escuela suroccidental alemana de VON RICKERT y LASK, conduce inevitablemente a una pura tautología.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 227.

⁶⁵ KARL LARENZ, *Metodología...*, pág. 91.

⁵⁸ JAKOBS, *Estudios...*, págs. 230 y 231.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 231.

⁶⁰ "Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito", KAUFMANN, *Zum stand...*, pág. 161; ZStW, núm. 80, pág. 242.

⁶¹ KAUFMANN, *Zum stand...*, págs. 393 y ss.

⁶² ZIELINSKI, ob. cit., págs. 292 y ss. y 369.

⁶³ JAKOBS, ob. cit., pág. 237.

En todo caso, con el nombre de teorías mixtas, la doctrina habilita una especie de cajón de sastre en el cual almacena una serie de conceptos, que fuera de esa naturaleza ecléctica que los caracteriza, se supone que no admiten ningún otro criterio de selección. En nuestra opinión, es factible efectuar una ulterior clasificación en atención al grado de integración, de síntesis, producto de combinar unos y otros elementos. Así, es posible distinguir las teorías integradoras, de aquellas otras que son el resultado de una simple adición de elementos objetivos y subjetivos —teorías duales *stricto sensu*—⁶⁶. En tanto que las teorías integradoras proporcionan un cierto grado de precisión sistemática y guía en la praxis jurisprudencial⁶⁷; las segundas son portadoras de las mismas carencias teóricas y prácticas de las que adolecían sus fuentes de inspiración. No obstante, no sin razón opina ROXIN respecto de todas las teorías mixtas que “los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican”⁶⁸.

La teoría de la impresión

16. Sin duda, la teoría integradora más seguida por la doctrina alemana, no así en España⁶⁹, es la teoría de la impresión⁷⁰; según ella, la tentativa es punible, porque la actuación de la voluntad contraria al derecho (componente subjetivo), posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (componente objetivo). Como señala HIRSCH, se trata de una variante de la teoría subjetiva dado que el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva del autor y solo se adopta un criterio objetivo en lo concerniente a la penalidad⁷¹. En otros términos, lo que se somete a examen es la capacidad que tiene el elemento subjetivo del § 22 StGB —representación que el autor tiene del hecho— en relación con la medición de la pena. Téngase en cuenta que a diferencia de lo que acontece con

⁶⁶ En este grupo habría que incluir, por ejemplo, la primera versión de la *teoría objetiva del plan del autor*, elaborada por KÖHLER y HALSCHNER, hoy totalmente superada. En la misma se exigía junto al dolo la existencia de un nexo causal entre la actividad propuesta y el resultado perseguido. Valoración objetiva difícilmente compatible con una fundamentación subjetiva (videre FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, págs. 325 y 326).

⁶⁷ La obligación del fallo a la que el juez está sometido no le concede la posibilidad de retardar su resolución hasta que una cuestión haya sido plenamente discutida por la dogmática. El juez tiene, como dice LARENZ, que “arriesgar” una decisión aun cuando no sea capaz de apuntalarla plenamente con razones. El dogmático, sin embargo, no está constreñido por esa obligación del práctico, sí, en cambio, autorizado e incluso obligado a reconocer a veces que el derecho positivo no permite en determinados temas, según el estado actual del conocimiento, una solución satisfactoria (*Metodología...*, págs. 226 y 227).

⁶⁸ ROXIN, *Teoría del tipo...*, nota 15, pág. 11.

⁶⁹ La influencia doctrinal de esta teoría se percibe en el criterio utilizado por RODRÍGUEZ MOURULLO y CÓRDOBA RODA para delimitar el ámbito de punición de la tentativa inidónea (*Comentarios...*, I, pág. 233).

⁷⁰ Aunque fue HORN su creador (*Der Versuch*, en ZStW, 20, 1900), se debe su definitiva formulación a MEZGER (ob. cit., t. II, pág. 248); también: GÖSSEL (*Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, I, 1974); SCHÖNKE, SCHRÖDER, ESER, 22ª ed., 1985; RUDOLPH, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Allgemeiner Teil, 4ª ed., 1983.

⁷¹ HIRSCH, *Gefahr...*, pág. 560. La teoría de la impresión está fuertemente vinculada al texto del § 23, StGB, acerca del cual un autor tan importante como STRATENWERTH opina que el mencionado párrafo *no fundamenta la antijuridicidad de la tentativa, sino solo su punibilidad* (*Derecho penal*, Parte general, pág. 643).

nuestro Código Penal, el StGB admite en el § 49, II, 3 una atenuación facultativa para la tentativa⁷².

Las consecuencias que se derivan de las tesis subjetivas en relación con la penalidad son desde todo punto inaceptables. Tanto KAUFMANN como ZIELINSKI, al entender que lo injusto se agotaba con el simple disvalor de la acción, consideraban posible equiparar la pena del delito intentado al consumado⁷³. Por esta razón, la teoría de la impresión propone introducir un criterio corrector de contenido objetivo al plan del autor: la aptitud de provocar en la comunidad la *impresión* de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico. Es obvio que el interés despertado por esta teoría en la doctrina alemana es consecuencia de las particularidades que ofrece el StGB en la regulación de la tentativa. Particularidades que no se dan en nuestro Código, ya que a diferencia del § 22 el artículo 16 propone una fundamentación claramente objetivista. En todo caso, merece la pena referir alguna de las críticas de que ha sido objeto.

17. Entre las críticas realizadas a esta teoría de la impresión se señala que el poder de impresión del hecho no siempre encuentra su correlativo reconocimiento en la norma. Así, la alarma social que provocan las actuaciones preparatorias en la comisión de un delito grave generalmente no son castigadas⁷⁴. Por ejemplo, la destrucción fraudulenta de cosa propia asegurada puede llegar a provocar una fuerte impresión de ataque normativo y, sin embargo, hasta que el asegurado no reclame la indemnización no pasará de ser un acto preparatorio impune⁷⁵. También, se la critica por su contenido impreciso y fuertemente subjetivo⁷⁶.

A favor de la teoría, MAURACH entiende que no es tan importante la quiebra de confianza en la norma, sino el hecho de que una conducta sea idónea para provocar algo semejante⁷⁷. Lo cual, lejos de solucionar el problema lo desplaza hacia la cuestión de lo que debe entenderse por *idóneo*. Así, el contenido de la idoneidad para algunos autores reside en la consideración de la tentativa como un delito de peligro abstracto⁷⁸. La medida de la abstracción quedaría determinada por el hecho de que el autor haya dado principio inmediato a todos los actos que forman parte de la realización del tipo⁷⁹.

Resulta más coherente la siguiente propuesta de JAKOBS⁸⁰: para que un comportamiento externo posea capacidad de impresión, es requisito previo que la representa-

⁷² Cuestión que a juicio de JESCHECK queda perfectamente solventada por intermedio de esta teoría (ob. cit., pág. 711).

⁷³ KAUFMANN, *Zum stand...*, págs. 394 y ss.

⁷⁴ JAKOBS, ob. cit., pág. 863.

⁷⁵ SERRANO-PIEDRASCAS, *La estafa*, pág. 138.

⁷⁶ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, págs. 66 y ss.

⁷⁷ MAURACH, ob. cit., pág. 29.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 29.

⁷⁹ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pág. 46.

⁸⁰ Al igual que HIRSCH, JAKOBS exige que el contenido positivo del injusto de la tentativa quede vinculado al tipo. Aunque negativamente entienda que sin el poder de impresión del hecho no hay motivo para construir una tentativa (ob. cit., pág. 863). En sentido parecido ROXIN (*Einführung*, pág. 20).

ción que tenga el autor sobre su intervención esté fundada sobre *conocimiento comunicativamente relevante*⁸¹. Sea como fuere, la cuestión no queda aquí zanjada, pues acto seguido habrá que preguntarse por las características que debe reunir tal comunicación⁸².

5. TEORÍA NORMATIVO-FUNCIONAL DE LA TENTATIVA⁸³

18. El concepto de tentativa sostenido por esta teoría se incardina en una concepción del derecho penal cuyo fin primordial "está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad"⁸⁴. Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena)⁸⁵. El significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es, referido a la realidad⁸⁶, sino por una concepción del injusto articulada desde una perspectiva social⁸⁷.

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo operar tanto en aquella versión en la que la acción ya no es *expresión de sentido* (sino un mero proceso psicofísico), cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma⁸⁸.

19. Este proceso de *reforestación* normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen⁸⁹, en los trabajos sobre la validez nor-

mativa de MAX WEBER y en la teoría de los sistemas de LUHMANN, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir, que al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser⁹⁰. En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto⁹¹. De esta forma, su concepción del derecho penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este derecho⁹². Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados⁹³, faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de "injusto", de "rol" o de "garante" propuestos por JAKOBS: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular⁹⁴ que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de Kelsen al expulsar de la ciencia penal toda consideración valorativa; Kelsen, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento⁹⁵, y JAKOBS, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del derecho penal⁹⁶. A la

de deberes: una regla jurídica solo puede ser aquella que imponga deberes (*Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Aalen, Neudruck Scienta, 1960, pág. 238). Confróntese esta opinión con la mantenida por JAKOBS en torno a la posición de garante.

⁹⁰ El pensamiento orientado a valores en la dogmática opera cuando se procede tipológicamente, no cuando se procede conceptualmente. La incorporación de puntos de vista teleológicos resultan decisivos para la interpretación. Por eso, una dogmática neutra al valor solo cumple parcialmente su cometido (LARENZ, *Metodología...*, págs. 215 a 221).

⁹¹ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 47.

⁹² *Ibidem*, pág. 46.

⁹³ HIRSCH, ZStW, 106 (1994), págs. 746 y ss.

⁹⁴ Por ejemplo, el concepto de culpabilidad, ya despojado de toda idea de poder actuar de otro modo, es el resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación (SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, págs. 46 y 47). Si la teoría de los elementos negativos del tipo prospera a costa de hacer desaparecer la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, de suerte que la tipicidad no puede comprobarse sin afirmar primero la antijuridicidad y viceversa, el monismo normativo de JAKOBS se sostiene al pagar un precio más oneroso: el concepto de injusto absorbe al de culpabilidad. En este punto, conviene recordar que MERKEL al considerar los aspectos subjetivos en la antijuridicidad tampoco pudo establecer una frontera explícita entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

⁹⁵ El problema no es una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino solo que la discordancia entre la acción particular con la *acción del Estado* debida conforma la condición para verificar el juicio de imputación.

⁹⁶ La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del derecho penal solo corresponde determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (JAKOBS, ZStW, 107 (1995), pág. 855).

⁸¹ JAKOBS, *Estudios...*, pág. 235.

⁸² Véase más adelante, 4.2.

⁸³ Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es GÜNTHER JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos más significativos de este autor, en *Estudios de derecho penal*, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual *Derecho penal*, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2ª ed. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo; así mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1966, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

⁸⁴ JAKOBS, *Sociedad*, pág. 15.

⁸⁵ JAKOBS, Prólogo a la primera edición, pág. IX.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 44.

⁸⁷ JAKOBS, *Estudios...*, Prólogo, pág. 8.

⁸⁸ *Ibidem*, *Estudios*, Prólogo, pág. 7.

⁸⁹ Como se verá más adelante, que la perspectiva de JAKOBS sobre la norma no entra totalmente en contradicción con la mantenida por Kelsen. Según este, la esencia del ordenamiento jurídico reside en la imposición

postre, ambos entienden el derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno, cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del derecho como un sentido material *a priori* de todo derecho⁹⁷.

20. Entre las categorías penales depuradas de todo componente descriptivo se destaca el concepto de *bien jurídico*. Su contenido viene dado por la protección de la *firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción*⁹⁸. Lo que constituye una lesión a un bien jurídico no es la causación de la muerte sino la oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio⁹⁹. Esa oposición a la norma se traduce en una efectiva quiebra de confianza en su vigencia. Quebrantamiento que no debe entenderse como “un suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”¹⁰⁰.

La manifestación de esa oposición provoca una perturbación social que no puede ponderarse en consideración a los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Al contrario, “sujeto” debe ser redefinido en términos de “persona”, es decir, como sujeto mediado por lo social. Brevemente, persona no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible; o, si se quiere, persona es el sujeto portador de roles¹⁰¹. En este orden de ideas, la subjetividad de un individuo, por definición, solo es accesible a los demás por medio de sus manifestaciones, de su “comportamiento”. Para que un comportamiento defraude las expectativas garantizadas jurídicamente (infrinja la norma), se requiere como requisito mínimo el quebrantamiento de un rol¹⁰².

El contenido de un rol debe vincularse objetivamente a un patrón y este patrón lo conforma el sistema de normas. Por eso, a los actores (sujetos activos o pasivos) no se les toma como individuos, con sus particularidades subjetivas, sino como personas¹⁰³,

⁹⁷ LARENZ, *Metodología...*, págs. 59 y 60.

⁹⁸ JAKOBS, ob. cit., pág. 45.

⁹⁹ HIRSCH entiende, al contrario, que el asesino se le castiga en primer lugar por destruir una vida humana y, en segundo lugar, por rebelarse contra la norma. A ello responde JAKOBS: destruir una vida humana *per se* no es más que un hecho natural; tan solo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón (JAKOBS, *Sociedad...*, núm. 10, pág. 25).

¹⁰⁰ JAKOBS, *Sociedad...*, Prólogo, pág. 11. La norma es solo un modelo de orientación para el contacto social (ob. cit., págs. 9 y ss.). Fructífera concepción dialogal del derecho elaborada por CALLIES (*Theorie der Strafe*, págs. 15 y 80 y ss.), la cual, a diferencia, por ejemplo de MIR PUIG, (*Función de la pena*, págs. 25 y ss.), no obtiene por parte de JAKOBS la atención y desarrollo que merecía.

¹⁰¹ *Ibidem*, *Sociedad...*, págs. 50 y 51. Esta noción ya se encuentra en Kelsen. El concepto de persona se formaliza. Se trata de un concepto *jurídico puro*, aquella no es un ser existente, sino un “conjunto de deberes jurídicos y derechos subjetivos”. La persona física no es un hombre (sujeto), sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o autorizan a un mismo hombre (*Reine Rechtslehre*, 1934, 2ª ed., 1960, págs. 177 y 178). Mientras Kelsen construye este concepto desde la perspectiva de la ciencia *pura* del derecho, JAKOBS pretende hacerlo por intermedio de la mediación social.

¹⁰² De aquí que con la culpabilidad “no se mide al sujeto, sino a una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el derecho” (JAKOBS, *Sociedad...*, pág. 65).

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 53.

como sujetos de normas de imputación¹⁰⁴. En suma, la comunicación entre los individuos, no es solo instrumental, reflejo único de sus subjetivas preferencias, sino también personal. Comunicación, esta última, definida mediante reglas objetivas e independientes de las preferencias individuales, de suerte que todos pueden invocar esas reglas (comunicación personal). Para JAKOBS, estas reglas son normas sociales en sentido estricto, siendo las únicas que permiten o habilitan para una comunicación personal¹⁰⁵. Por todo lo dicho, se deduce que jurídicamente un comportamiento comunicativamente relevante será solo el expresivo de una relación entre personas.

21. En este contexto doctrinal se debe situar el concepto de tentativa propuesto por JAKOBS entendido como: “infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo”¹⁰⁶. Veamos con detalle su significado.

“Infracción normativa” implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico. De ahí que el fundamento penal de la tentativa sea exactamente el mismo que el de la consumación¹⁰⁷. Sin embargo, las enormes dificultades que tiene JAKOBS para resolver la presencia del resultado en los ilícitos consumados, le lleva a sostener que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa, lo que lleva a una culpabilidad más completa¹⁰⁸.

Esta afirmación introduce una fuerte cuota de ambigüedad en el propio concepto del injusto mantenido por JAKOBS. En efecto, si el contenido de la culpabilidad, según este, viene dado por la “imputación de un defecto volitivo”, entendida como “déficit de voluntad” o más concretamente como “déficit de motivación fiel al derecho”¹⁰⁹, entonces, por lo afirmado más arriba, se admiten dos contenidos materiales de la culpabilidad distintos: uno general para todo tipo de ilícito —déficit de motivación—; y otro particular para el ilícito consumado en el que, además, se exige la presencia efectiva de la lesión de un objeto del bien jurídico. Al socaire de estas disquisiciones se esconde una profunda contradicción: con carácter general se repudia la teoría de la lesión de un bien jurídico como fundamento del ilícito, pero al mismo tiempo se admite para el ilícito completo la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico¹¹⁰.

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 45.

¹⁰⁵ *Ibidem*, págs. 78 y ss.

¹⁰⁶ JAKOBS, ob. cit., pág. 863.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 860.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 203.

¹⁰⁹ JAKOBS, *Estudios...*, pág. 383. En este sentido añade: “Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que debe ubicarse allí...”, y más adelante: “Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación” (*ibidem*, págs. 383 y 384).

¹¹⁰ MARCELO SANCINETTI, *Fundamentación...*, pág. 20. Como se apuntó más arriba, el gran problema reside en el tratamiento dogmático que debe darse al disvalor del resultado desde la perspectiva de una teoría normativo-monista del ilícito. VEHLING, un discípulo de JAKOBS, cree resolver el dilema al asegurar que el conte-

22. ¿Qué significado atribuye JAKOBS a "la puesta en manifiesto" de la infracción? Poner de manifiesto una conducta implica necesariamente una "objetivación". La cuestión que se plantea será averiguar el contenido y los límites de la misma. En definitiva, resolver el problema de la criminalización en los estadios previos a la consumación del delito¹¹¹.

En un Estado de libertades, el derecho penal no está abocado al control de los aspectos internos de un comportamiento. Para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva. La aplicación de este *principio del hecho* no debe significar que cualquier manifestación externa sea valorada como una perturbación, sino lo siguiente: solo una conducta externa que perturba permite investigar el contexto interno. "La pregunta acerca de lo interno, dice JAKOBS, solo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores"¹¹². Con esta afirmación se destaca la idea de una objetivación del dolo ya lograda antes de la producción del resultado¹¹³. De esta manera, el autor se distancia de las posiciones subjetivo-monistas de KAUFMANN, según las cuales el acto recibe su disvalor exclusivamente de la intención del resultado¹¹⁴.

23. Ahora bien, ¿qué características debe reunir una conducta externa con capacidad de perturbación? JAKOBS alerta sobre una interpretación en extremo naturalística del comportamiento externo, del *movimiento corporal*, como un soporte de aquel. Levantar un dedo o arquear una ceja, dice, son ya algo externo y sin embargo siguen siendo manifestaciones de la vida privada¹¹⁵. Lo decisivo no es advertir que el sujeto *se mueve*, sino que el sujeto *se expresa*. Al igual que en el delito consumado lo importante no es la lesión del bien jurídico, sino la lesión a la vigencia de la norma, en el comportamiento lo decisivo no es la externalización de la conducta, sino que la misma constituya "una expresión de sentido comunicativamente relevante"¹¹⁶. La normativización de lo comunicable exige, como se dijo más arriba, dotar a la conducta de una significación social que solo es posible en términos de una comunicación personal y no instrumental. Es decir, son las normas las que constituyen la relación entre su-

nido del resultado no debe entenderse en un sentido naturalístico, sino en el sentido normativo como daño a la validez o como transgresión del riesgo permitido (*Die Abgrenzung*, pág. 89). En el mismo sentido JAKOBS, afirma que el desconocimiento de la vigencia de la norma... *es el resultado específicamente jurídico-penal* (*Handlungsbegriff*, pág. 34). Si una de las funciones de la dogmática es precisar el contenido semántico del concepto, por esta vía poco o nada se ha conseguido.

¹¹¹ En lo que sigue, consúltese el artículo de JAKOBS, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, págs. 751 y ss. (trad. en *Estudios de derecho penal*, op. cit., bajo el título: "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", págs. 293 y ss.).

¹¹² *Ibidem*, Estudios, pág. 302.

¹¹³ No obstante, habría que señalar que las condiciones de las que depende el resultado no están dadas por completo hasta el momento de su producción.

¹¹⁴ KAUFMANN, *Normentheorie*..., págs. 71 y ss.

¹¹⁵ JAKOBS, *Estudios*..., pág. 296.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 235.

tos. "Estas normas son el mundo objetivo; objetivo, porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo"¹¹⁷.

De esta manera, de entre todas las posibles manifestaciones externas de una conducta solo se seleccionan aquellas que tengan la aptitud de configurar el mundo en consonancia con una norma social (objetiva). Así, estarán exentas de responsabilidad penal no solo las *cogitaciones*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y toda conducta externa irrelevante en sí misma. Entonces, ¿cuándo una conducta "comunicativamente relevante" es perturbadora?, o en términos más simples, ¿cuándo un ciudadano se convierte en autor? La respuesta es: si aquel "se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos"¹¹⁸.

El contenido material de la *perturbación* por lo tanto, vendrá dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno. Solo entonces, y en la medida que sea reconocible en los hechos tal arrogación, resultará legítimo interpretar su conducta a la luz de los factores internos, preguntarse, en suma, acerca de los fines que perseguía con ella. Más adelante volveré sobre este punto, en particular sobre el tratamiento que dispensa JAKOBS al problema de la "representación mental de un hecho" por el autor.

24. Siguiendo con la exposición, el siguiente concepto para investigar será el del contenido atribuido a la mencionada *arrogación*. Pues bien, según JAKOBS la responsabilidad penal en los delitos de comisión reside en que el autor, por ser el que desencadenó el curso causal, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y aun a costa de ellas; en los delitos de omisión, la responsabilidad del autor deriva de la vinculación que mantienen determinados cursos causales con su ámbito de organización. Brevemente, "no solo el autor de la omisión, sino también el de la comisión deben ser garantes, si es que han de responder de un delito de resultado mediante comisión"¹¹⁹.

Si se define la acción como un suceso (evitable) que designa una diferencia entre un hacer y un omitir con independencia de cuál de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción, y la acción es el supraconcepto que abarca tanto a la comisión como a la omisión¹²⁰. Por eso, son garantes tanto el autor de una comisión (incumbencia por la organización) como de una omisión (por el rol que se desempeña).

Esta doctrina no es nueva y encuentra sus precedentes en la teoría negativa de la acción de HERZBERG, quien propone el siguiente supraconcepto: *evitable no evitar en posición de garante*¹²¹. En todo caso, las razones aducidas son rechazables desde un

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 80.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 303.

¹¹⁹ JAKOBS, ob. cit., págs. 258 y 259.

¹²⁰ *Ibidem*, págs. 175 y ss.

¹²¹ HERZBERG, *Unterlassung*, pág. 172; también BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, págs. 93 y ss.

punto de vista semántico. En efecto, ambos dejan fuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión que entrarían a regirse en virtud de un principio de solidaridad mínima. Pero, además, JAKOBS construye el supraconcepto con base en una pura abstracción: la capacidad motivadora de la norma penal. Se olvida de que el legislador puede también dictar normas sumamente *inconvenientes* sin que por ello dejen de ser auténticas¹²². Estas indeseables consecuencias dimanarían de la construcción de un sistema dogmático exento de cualquier reflexión político-criminal, o lo que es lo mismo marcadamente positivista¹²³.

25. Se decía más arriba, que la responsabilidad penal descansa sobre la idea del ámbito de organización que se atribuye al autor. Con mayor precisión, la atribución de la responsabilidad por el hecho exige al menos uno de estos requisitos: en primer lugar, la persona responde cuando se arroga el derecho de organizar (ser competente) en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarlo, esto se llama: responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización (*Organisationszuständigkeit*); en segundo lugar, las personas ostentan determinados roles y responderán si lo abandonan, esto se llama: responsabilidad por la lesión a una institución (*institutionelle Zuständigkeit*)¹²⁴. De esta suerte, la comisión exige la actuación en una ajena competencia y la omisión la dejación en el ejercicio de una competencia propia. No obstante, continúa JAKOBS, es posible unificar ambos supuestos, pues "la separación entre los ámbitos de organización es en sí misma una institución, convirtiéndose entonces la institución en la idea rectora"¹²⁵.

Ahora bien, el autor reconoce que esta diferenciación *es equivalente* a la de delitos de dominio y delitos por vulneración de un deber, realizada por ROXIN¹²⁶, lo que en atención al papel rector desempeñado por la institución, deberá significar, en suma, que la responsabilidad por el hecho reside en la vulneración de un deber. De esta misma opinión es SCHÜNEMANN, quien entiende que JAKOBS se constituye en un firme partidario de la teoría de los delitos de deber (*Theorie der Pflichtdelikte*) de ROXIN, en relación con los delitos impropios de omisión, haciendo de la misma una lectura normativa literal¹²⁷.

¹²² SERRANO-PIEDRASAS, *Crítica*, pág. 1005.

¹²³ Por ejemplo, deducir los deberes de garante por la mera existencia civil de un matrimonio sin tener en cuenta la comunidad de vida real, que es la determinante (JAKOBS, ob. cit., págs. 96 y 997).

¹²⁴ JAKOBS, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff", en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, 1992 (*Estudios...*, pág. 115, trad. de Cancio Meliá).

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 115.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 115, nota 32; ROXIN, *Täterschaft*, 1963, págs. 354 y ss. y 384 y ss.

¹²⁷ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 24. SCHÜNEMANN trata de establecer diferencias entre ROXIN y JAKOBS en este punto considerando que el primero no es un puro normativista. En mi opinión, con devoción de discípulo y poco fundamento entiende que en la teoría de los delitos de deber ROXIN no llega a cortar toda conexión entre el deber especial, lo axiológico, con las estructuras lógico-objetivas de la realidad prepenal, lo ontológico, o si se quiere con la relación de dominio sobre la causa del resultado. Precisamente, JAKOBS percibe el indudable fundamento normativo que asigna ROXIN a la posición de garante en el ámbito de la competencia institucional para mostrar su aquiescencia.

26. Después de esta prolongada exposición de argumentos concatenados, ¡por fin!, hemos podido desvelar el significado de lo que se oculta tras la expresión *manifestación de una infracción a la norma*. El contenido de significado no es otro que el siguiente: *la objetivación de un comportamiento reside precisamente en la infracción de un deber (la norma)*.

Haciendo un breve repaso a todo lo anteriormente expresado, la vigencia del principio del hecho requiere de una conducta externa con capacidad de perturbación. Solo puede perturbar una expresión de sentido comunicativamente relevante. La relevancia expresiva la proporciona únicamente aquella comunicación capaz de configurar ámbitos de organización reglados normativamente. Este tipo de comunicación solo es susceptible de establecerse entre sujetos portadores de roles (personas). Los mismos están en posición de garante respecto de su ámbito de organización. La responsabilidad por la acción surge de arrogarse un ámbito de organización ajeno o por el abandono del propio. Ambas modalidades de responsabilidad implican la lesión de una institución, o lo que es lo mismo: *la vulneración de un deber jurídico*.

Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor, conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar con base en conclusiones circulares (tautológicas)¹²⁸. Así, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante. Con ello, se ha construido un edificio conceptual de dudoso valor lógico-pragmático, donde las afirmaciones realizadas manifiestan una discutible utilidad¹²⁹.

El error metodológico reside en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en el actuar activo (también en la omisión); de suerte que ya no tiene cabida preguntarse por las estructuras objetivas (propiedades de ser) que subyacen a todo juicio de imputación¹³⁰. En otras palabras, un uso no tautológico de los predicados de valor debe necesariamente establecer la referencia entre dicho predicado y la realidad concreta designada en aquel.

La cuestión más arriba enunciada nos introduce en la polémica relación entre ser y deber-ser¹³¹. Permítasenos realizar una breve reflexión sobre este tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filosóficas y que, por lo tanto, fijan *ab initio* las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la reali-

¹²⁸ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 13.

¹²⁹ SERRANO-PIEDRASAS, *Crítica formal*, pág. 983.

¹³⁰ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 15.

¹³¹ En relación con el tema: RADBRUCH, *FS für Laun*, 1948; STRATENWERTH, *Das Rechtstheoretische problem der natur der sache*, 1957; KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sache'*, 1965; WOLF, *Das problem der naturrechtslehre*, 3ª ed., 1964; ENGISCH, *Auf der suche nach der gerechtigkeit*, 1971; también, BOBBIO y MAIHOFFER, ambos en *ARSP*, t. 58.

dad —*die Natur der Sage*— juega un papel orientador para el legislador y el juez, le atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Precisamente, la aguda discusión entorno al concepto jurídico-penal del resultado no debería desconocer este contorno epistemológico. Pues bien, en nuestra opinión, todos los que entendemos que la infracción penal reside materialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reconocemos en mayor o menor medida que las *propiedades de ser* son portadoras de significado. En concreto, *la naturaleza de la cosa*, si bien admite numerosas y distintas configuraciones valorativas, también puede excluir alguna de ellas por ser plenamente inadecuada o ajena a la cosa (por ejemplo, las tentativas irreales respecto al logro del resultado). Las estructuras lógico-objetivas, en palabras de HENKEL, se constituyen en preformas del derecho y operan decisivamente en el proceso de formación del mismo¹³².

6. LAS POSICIONES DOCTRINALES SEGUIDAS EN ESPAÑA

28. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la mayor parte de la doctrina penal española se ha venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado¹³³. Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo 3º del Código Penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que dé “principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código Penal de 1994¹³⁴. Situación radicalmente distinta a la seguida por el moderno legislador alemán, el cual conforme al § 22, que sigue la fórmula abreviada del § 24 del proyecto alternativo, considera autor de una tentativa a quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Es decir, lo determinante sería aquí el componente subjetivo.

Como se dijo al inicio de este capítulo, esta orientación objetiva, en la que se enmarca la regulación legal de la tentativa, se ve atemperada por la fuerte influencia que

sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán. Por eso, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas; sin que ello signifique la renuncia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por esta razón, la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como hemos podido comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania. No obstante, la discusión surge con toda su virulencia con la tentativa inidónea.

29. La fundamentación objetiva del delito intentado seguida por nuestra doctrina se ha venido haciendo con base en dos distintas clases de argumentaciones: una efectuada desde una perspectiva político-criminal, y otra desde la perspectiva del merecimiento de la pena¹³⁵.

En el primer caso, se aduce la necesidad de fundar la punición en la existencia de un peligro objetivo, de lo contrario supondría aceptar una culpabilidad construida sobre la simple voluntad o ánimo antijurídico del autor. Precisamente, la vigencia del principio del hecho exige atenerse de forma exclusiva a los contenidos subjetivos manifestados en el comportamiento¹³⁶. Si el principio del hecho deja de operar como referente en la culpabilidad se reducirán las posibilidades de determinación de la pena potenciando el ejercicio de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos¹³⁷.

No exenta de ciertas dificultades, la redacción del artículo 52 del CPTR admitía desde la perspectiva del merecimiento de la pena una interpretación objetivada. Se decía, que la razón por la cual la tentativa merece una pena menor que la del delito consumado solo puede explicarse en consideración al tipo objetivo, pues el dolo del delito intentado y consumado son idénticos¹³⁸. Esta opinión, es hoy objeto de reparos por parte de un sector de la doctrina española¹³⁹. Según lo dicho anteriormente, si los contenidos de sentido del dolo solo son deducibles del comportamiento exteriorizado y no de la actitud interna, es necesario convenir que existe un déficit de voluntad de ejecución en la tentativa respecto del delito consumado¹⁴⁰. Con mayor precisión, es

¹³⁵ FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, págs. 28 y ss.

¹³⁶ Argumento, que encuentra apoyo en la denominada *teoría objetiva del plan* de SCHMIDHAUSER. Según ella, hay tentativa cuando objetivamente la voluntad delictiva se manifiesta en el comportamiento. No se puede afirmar lo mismo respecto al contenido de lo subjetivo asignado por esta teoría, comprensible en el marco del § 22 del StGB e inaceptable en el de los arts. 3º, CPTR y 16 del C. P. En efecto, el contenido lo conforma el hecho de que el autor entiende que su plan conduce de manera inmediata a la puesta en peligro del objeto jurídico (SCHMIDHAUSER, *PG*, 15/55).

¹³⁷ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Castigo*, pág. 95.

¹³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, pág. 81; “(...) la diferencia entre tentativa, frustración y consumación, es puramente objetiva, pues todas ellas presuponen la plenitud del elemento subjetivo” (CÓRDOBA RODA, en *Comentario 7 al “TPG”*; MAURACH, pág. 184); “En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario el tipo subjetivo debe darse íntegramente y del mismo modo como aparece en un delito consumado” (WELZEL, ob. cit., pág. 262).

¹³⁹ MIR, *Sobre lo objetivo*, pág. 664; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pág. 131; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, pág. 141.

¹⁴⁰ JAKOBS, ob. cit., pág. 866.

¹³² HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964; traducida al español por E. Gimbernat, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, 1964, pág. 392; en este mismo orden de ideas, SCHÜNEMANN entiende que el proceso de subsunción (interpretación) presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, so pena de aparecer aquellos como fórmulas abstractas y alejadas de la realidad (*ibidem*, pág. 13). Por eso, un concepto de acción del cual se escamotea el elemento ontológico del movimiento corporal, o de omisión del cual también se escamotea el de ausencia de movimiento, posibilita la construcción de un supraconcepto, por ejemplo, el de acción de HERZBERG o JAKOBS, coherente desde una perspectiva axiológica, aunque desprovisto de toda utilidad.

¹³³ Así, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA hacía residir la punición de la tentativa en la peligrosidad de la acción (*La ley y el delito*, 2ª ed., 1959, pág. 509); JOSÉ ANTÓN ONECA en la peligrosidad de la acción y de la voluntad manifiesta (*Derecho penal*, I, Parte general, 1949, pág. 414); RODRÍGUEZ MOURULLO y NÚÑEZ BARBERO en el peligro directo para el bien jurídico y en la resolución del autor (*Comentarios...*, pág. 124 y *El delito imposible*, pág. 55).

¹³⁴ Si bien acentuando las exigencias objetivas al requerir de aquellos hechos o actos exteriores que deberían producir el resultado (art. 16).

admisible sostener que el dolo de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado, pues en ambos casos se ha agotado la vía ejecutiva, no sucediendo así con la tentativa inacabada. Por esta razón, MIR PUIG entiende que el tipo subjetivo de esta lo integra el dolo genérico, que alcanza la parte de ejecución conseguida, y un elemento subjetivo adicional del injusto, que exige la intención de completar la ejecución¹⁴¹.

Siendo esto así, habría que convenir con STRUENSEE, que la tentativa inacabada infringe una norma distinta que la tentativa acabada¹⁴².

No somos de esta opinión. O bien la tentativa inacabada significa *realización del tipo*, y entonces cualitativamente es lo mismo que la consumación; o bien no realiza el mismo tipo. En otros términos, si por comportamiento se entiende *realización del tipo*, el déficit de desarrollo del componente subjetivo es solo una cuestión de cantidad¹⁴³. Desde una perspectiva distinta de reflexión, MUÑOZ CONDE se adhiere a este punto de vista. "Si el concepto de injusto, dice, solo se fundara en el disvalor de la acción, no sería necesario diferenciar la tentativa de la consumación". No obstante, el disvalor de resultado es también una parte integrante del concepto de la antijuridicidad, que al ser mayor en la consumación determina una mayor antijuridicidad de esta. De ahí "que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas"¹⁴⁴.

30. A diferencia del CPTR, el Código Penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa¹⁴⁵. En primer lugar, se margina de la regulación del artículo 16 la tentativa irreal o supersticiosa, al exigirse que "el sujeto practique o parta de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"; así mismo, en el artículo 62 se hace depender la atenuación de la pena "del peligro inherente al intento" y "del grado de ejecución alcanzado". No obstante, el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición de la tentativa inidónea. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término "idoneidad" para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos "deberían producir el resultado", lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada¹⁴⁶.

Como se decía, la doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de *objetivismo* en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune,

ya que la *peligrosidad* de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones¹⁴⁷. Mientras, entre los autores que optan por una solución objetiva, que puede considerarse la posición dominante, aparecen varias alternativas diferentes¹⁴⁸.

a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas.

b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante*¹⁴⁹.

c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas —punibles— e inidóneas absolutas —impunes—; la distinción se efectúa con base en consideraciones fácticas¹⁵¹.

d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que, por sí misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Esta tesis, en mi opinión, es la que mejor se adapta a la regulación que el Código Penal hace de la tentativa¹⁵².

31. La tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal, prevista para los delitos dolosos consumados, a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Por eso, el fundamento de todos los actos de ejecución debe ser unitario y responder a los mismos requerimientos¹⁵³.

¹⁴⁷ JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general I y II, 5ª ed., 1995; del mismo, *Derecho penal*, Parte general, UNED, 1997; LUIS GRACIA MARTÍN, "Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España", en AP, 1994; SOLA RECHE, *La llamada "tentativa inidónea" del delito*, 1996. No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

¹⁴⁸ No se entra a considerar aquella teoría que justifica la impunidad del intento inidóneo aduciendo: que si tal característica reside en la falta de aptitud para crear o aumentar un peligro de lesión del bien jurídico, no se justifica la imposición de una pena. No obstante, en consideración a la peligrosidad social del sujeto sería posible la imposición de una medida de seguridad (NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, pág. 171; FERRER SAMA, *Comentarios...*, pág. 240). Alternativa que no merece ser discutida dada la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales en nuestro Código.

¹⁴⁹ GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Edit. Tecnos, 1997.

¹⁵⁰ MIR PUIG, *Derecho penal general*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, "Las fases de ejecución del delito", en *RJC*, número extra 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996.

¹⁵² Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada en BERDUGO, ARROYO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, 1996.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, pág. 431.

¹⁴¹ MIR, ob. cit., pág. 344.

¹⁴² STRUENSEE, *Versuch*, págs. 528 y ss.

¹⁴³ JAKOBS, ob. cit., pág. 866, nota 33b.

¹⁴⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 431.

¹⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo*, pág. 22.

¹⁴⁶ BERDUGO y OTROS, *Lecciones...*, pág. 238.

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico, junto al dolo, conforma el contenido de la antijuridicidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa. La postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código Penal vigente. Solo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no solo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (C. P., art. 62). Así pues, la presencia de un peligro normativo en el tipo objetivo constituye un elemento común para todas las formas adelantadas de punición.

No obstante, la principal diferencia entre la tentativa y los delitos de peligro surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa¹⁵⁴. En efecto, en ella el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma a la requerida para la punición del delito consumado.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, KNUT: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS: *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Barcelona, AA. VV., 1996.
- ARTZ, WEBER: *Strafrecht*, Besonderer Teil, LH 2, videre "Delikte gegen die Personen, Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte", 1983, cit. "BT".
- BACIGALUPO, ENRIQUE: "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Libro homenaje a Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1986.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Concepto, método y fuentes del derecho penal*, texto mimeografiado, Salamanca, 1982.
- BERDUGO, ARROYO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS: *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Madrid, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL, HERNÁN: *Lecciones de derecho penal*, Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, Parte general, t. I, Introducción, t. II, Teoría jurídica del delito, 5ª ed., Madrid, 1997 (videre "PG", en su caso I o II).
- *Derecho penal*, Parte general (UNED), Madrid, 1997 (videre "PG UNED").
- FARRÉ TREPAT, ELENA: *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- FUEERBACH, Ludwig: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847.
- GALLAS, WILHELM: "Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", en *FS für Paul Bockelmann*, Munich, 1979.

¹⁵⁴ ARTZ, WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, págs. 7 y ss.

GARCÍA RIVAS: *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, en prensa (Praxis), Albacete, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales", en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1944.

HENKEL, HEINRICH: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964; traducida al español por E. Gimbernat, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, 1964.

HIRSCH, HANS JOACHIM: "Gefahr und gefährlichkeit", en *FS A. Kaufmann*, Heidelberg, 1993.

— *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, ZStW, 106, 1994.

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.

HORN, ECKHARD: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

JAKOBS, GÜNTHER: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin-New York, 1972.

— *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.

— *Derecho penal*, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 1995 (cit. "PG").

— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Cancio Meliá y Feijó Sánchez, Madrid, 1996.

— *Estudios de derecho penal*, traducido y comentado por Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997.

JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981 (cit. "PG").

KAUFMANN, ARMIN: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.

— "Die dogmatik im Alternativ-Entwurf", en ZStW, núm. 80, 1968, págs. 34 y ss.

KLUG, ULRICH: "Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen", en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981.

— "Zur problematik juristischer definitionen", en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981.

KRATSCHE: *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985.

LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de M. Rodríguez Molinero, 1ª ed., Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *El resultado en derecho penal*, Valencia, 1992.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general, Madrid, 1996 (cit. "PG").

MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ, ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. de Bofill Genzsch de la 7ª ed., Buenos Aires, 1995 (cit. "PG").

MEZGER, EDMUND: "Vom Sinn der Strafrechtlichen Tatbestände", en *FS für Ludwig Traeger*, 1926.

— *Derecho penal*, Parte general, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, 1ª ed., Buenos Aires, 1935 (cit. "PG").

MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976.

— *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, 4ª ed., 1996 (cit. "PG" - "PG 1996").

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, 1996 (cit. "PG").

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Quintero Olivares, Pamplona, 1966.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1977 (cit. "PG").

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO y CÓRDOBA RODA, JUAN: *Comentarios al Código Penal*, t. I, número extra, 1980.

ROXIN, CLAUDIUS: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 1992 (cit. "AT").

ROXIN, STREE, ZIPF, JUNG: *Einführung in das neue Strafrecht*, 2ª ed., München, 1975.

SANCINETTI, MARCELO: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Santa Fe de Bogotá, 1995.

SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1975 (videre "AT").

SCHÖNKE, ADOLF-SCHRÖDER, HORST: *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 22ª ed. actualizada por LENCKNER, CRAMER, ESSER y STREE, 1985, 24ª ed., 1991 (videre Sch/Sch/Redactor).

SCHÜNEMANN, BERND: "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales MJJ, 1994.

— *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SERRANO-PIEDRACASAS, JOSÉ RAMÓN: "Crítica formal del concepto de omisión", en *ADPCP*, Fascículo III, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: "La regulación del *iter criminis* (arts. 16 a 18)", en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

SOLA RECHE: *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.

STRATENWERTH, GÜNTHER: "Das rechtstheoretische Problem der *Natur der Sache*", en *Recht und Staat*, núm. 204, 1957.

STRUENSEE, EBERHARD: "Versuch und vorsatz", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989; trad. de Serrano González de Murillo en CPC, 1989.

TORIO LÓPEZ, ÁNGEL: *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992.

VON HIPPEL, THEODOR: *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*, Berlín, 1972.

WELZEL, HANS: *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlín, 1969, trad. castellana de Bustos-Yañez, 2ª ed., 1976 (cit. "PG").

ZACZYK: *Das Unrecht der Versuchten tat*, Berlín, 1989.

ZIELINSKI, DIETHART: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. de M. Sancinetti, Buenos Aires, 1990.

Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el Código Penal colombiano*

Juan Oberto Sotomayor Acosta**

Gloria María Gallego García**

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CÓDIGO PENAL

Según el artículo 330 Código Penal colombiano, el homicidio imprudente se agrava: "1° Si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica; 2° Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión del hecho"¹.

Los antecedentes de la norma datan de la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1974, recibiendo la siguiente explicación por parte del comisionado BAQUERO BORDA:

* Trabajo derivado de la investigación sobre "Los delitos contra la vida en el Código Penal colombiano", patrocinada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

*** Auxiliar de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia.

¹ En el mismo sentido el artículo 110 del Proyecto de Código Penal presentado al Congreso por el fiscal general de la nación, establece como agravantes del homicidio imprudente: "1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia. 2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta".

“Como ayer se llegó a un acuerdo para contemplar ciertas circunstancias agravantes específicas del homicidio culposo y se me confió redactar un anteproyecto, lo presento a la consideración de la comisión. Diría así: ‘La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes: 1º) Si el agente se encuentra en estado de embriaguez al momento de cometer el delito; 2º) Si el agente abandona el lugar del delito sin prestar socorro a la víctima; 3º) Si el resultado proviene de la inobservancia del reglamento de un oficio o profesión, o negligencia o imprudencia o impericia en el ejercicio de los mismos’. En primer lugar, cuando el agente se encuentra en estado de embriaguez, se entiende que esta ha sido el motivo principal de la delincuencia y no se necesita hacer estudios profundos para concluir que, en un altísimo porcentaje, los delitos de tránsito se cometen en estado de embriaguez y esta situación debe sancionarse en forma muy especial, porque el agente fácilmente puede prever las consecuencias de su conducta. De antemano sabe que pierde el dominio de sí mismo porque el alcohol disminuye los reflejos. En segundo lugar, si el agente abandona el lugar del delito sin prestar inmediato socorro a la víctima, existe una obligación no solamente de sensibilidad humana, sino también de tipo legal, pues ya se considera como una contravención no prestar socorro a las personas que lo requieren, en este caso, con mucha mayor razón, cuando el agente ha sido el causante de esta situación. *A priori* no se puede decir si la persona ha fallecido o no; muchas veces se encuentra en estado de inconsciencia y una atención médica oportuna le puede salvar la vida o evitar consecuencias más graves para la salud. Esta situación se puede complementar con la sugerencia que hizo ayer el doctor Salgado, de considerar también el hecho de que el agente abandone el lugar con el fin de eludir la acción de la justicia. Me parece que con las dos circunstancias agravantes queda completa la norma y merece considerarse en este doble sentido”².

No son pocos, sin embargo, los inconvenientes que tanto desde el punto de vista teórico como de su aplicación práctica plantean tan peculiares circunstancias de agravación, los cuales parecen tener origen en el hecho de que nuestro legislador no tenía clara la distinción entre lo que es un *elemento* del hecho punible y una *circunstancia* del mismo, como es especialmente apreciable en la ponencia del comisionado BAQUERO BORDA. Por ello, antes de entrar al análisis del artículo 330 del Código Penal, es necesario abordar dicha distinción, desde la perspectiva de nuestra legislación penal.

Creemos que, en un sentido general o amplio, en nuestro Código Penal debe entenderse por *circunstancia* toda aquella condición que *modifica* la responsabilidad penal. Se requiere, por consiguiente, que se trate de una condición diferente a las *constitutivas* (elementos) del injusto y de la culpabilidad, pues estas no modifican, sino que fundamentan la responsabilidad³.

² Anteproyecto de Código Penal colombiano, acta núm. 107, Bogotá, 1974, pág. 668. A esta ponencia le fue suprimida la tercera de las agravantes propuestas y se suprimió sin explicación la referencia de que no se prestara ayuda a la víctima del hecho (vid. Anteproyecto..., *op. cit.*, acta núm. 113, págs. 701 y 702).

³ Así, en nuestra doctrina, F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 369.

La modificación de la responsabilidad penal generada por las circunstancias puede significar a su vez, en algunos casos, una modificación del respectivo tipo de injusto del cual se parte, como sucede, por ejemplo, con las circunstancias previstas en los artículos 324 ó 330 del Código Penal, las cuales también modifican la responsabilidad penal por homicidio, en el sentido de que transforman el injusto de homicidio *simple* (doloso o imprudente) en el de homicidio (doloso o imprudente) *agravado*. En estos casos se trata de circunstancias del hecho punible, por cuanto así estas no se presentan, se configura un injusto penal, aunque deberá siempre tenerse presente que estas circunstancias lo son *solo* en relación con un tipo básico: v. gr., las previstas en el artículo 324 son circunstancias en relación con el homicidio doloso simple (art. 323); las del artículo 330 son circunstancias del homicidio imprudente simple (art. 329), pues respecto del correspondiente tipo agravado constituyen verdaderos elementos⁴, dado que así entendidas conforman condiciones sin las cuales no se configura el tipo agravado. Pese a ello, estas, también denominadas en nuestro medio *circunstancias específicas* (en cuanto rigen solo en relación con un delito o grupo de delitos en particular)⁵ no se pueden confundir con los elementos del tipo (básico) en sentido estricto, pues estos son requisitos sin los cuales el injusto no se configura, mientras la ausencia de aquellas no excluye el injusto (básico) sino el (injusto) agravado⁶. Dicho a manera de ejemplo:

⁴ Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995, pág. 372; también a F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 638.

⁵ Cfr. L. C. PÉREZ, *Derecho penal, partes general y especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 219. En un sentido restringido o estricto, debe entenderse por “circunstancia”, simplemente, aquella condición o característica que si bien puede integrar el merecimiento de pena, no tiene ninguna incidencia sobre la configuración del supuesto de hecho (cfr., F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 370; y F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, 1997, pág. 636.). Tal es el caso, por ejemplo, de las consagradas en los arts. 30, 60, 64 y 66 del C. P., puesto que su presencia o ausencia no entraña ninguna modificación de la tipicidad del hecho. Estas, también denominadas en nuestro país *circunstancias genéricas* (en cuanto, a diferencia de las “específicas”, rigen en principio para todos los delitos), constituyen en un sentido estricto las únicas circunstancias del hecho punible, pues son las que, como dice BUSTOS RAMÍREZ, tienen por objeto “una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, en relación con el sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de la responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales” (*Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Edit. Ariel, 1989, pág. 361).

⁶ Tal concepción de las circunstancias en nuestro derecho penal viene impuesta, entre otros, por el artículo 25 del C. P., que al referirse a la comunicabilidad de las “circunstancias”, emplea la expresión en un sentido amplio y por ello aplicable tanto a las llamadas circunstancias genéricas como a las específicas (de otra opinión, no obstante, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, pág. 641.), pues de lo contrario no existiría ninguna diferencia, por ejemplo, entre consagrar la figura el “parricidio” como delito autónomo o con sustantividad propia y tratar el parentesco como una “circunstancia” agravante del homicidio, que es lo que hace el Código Penal colombiano [sobre la distinción entre ambos sistemas y las consecuencias que cada uno de ellos genera, cfr. L. GRACIA MARTÍN y J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (Vida humana independiente y libertad)*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1993, págs. 24 a 28]]. Es más, creemos que una interpretación contraria conduciría, por ejemplo, a la aplicación automática de las agravantes específicas a los partícipes, pues el hecho principal al cual accedería la participación sería el “delito agravado” y no el básico, tal como parece plantearlo en nuestro país A. GÓMEZ MÉNDEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*, 3ª ed., Santa Fe de

si no se presenta el resultado “muerte”, no puede hablarse desde ningún punto de vista de la existencia de un homicidio consumado, por lo que la “muerte” debe considerarse *elemento* del homicidio; pero el hecho de que la muerte no se haya producido mediante “sevicia” (art. 324-6) no excluye la existencia del homicidio, sino solo su carácter de agravado, por lo que la “sevicia” debe considerarse una *circunstancia* y no un elemento del tipo de homicidio.

Como es bien sabido, las circunstancias pueden cumplir una función agravante o atenuante de la responsabilidad penal. Lo que ahora queremos destacar es que esta función agravante o atenuante se encuentra necesariamente vinculada a los presupuestos de la pena, puesto que si la existencia del hecho punible exige la configuración de un injusto y la culpabilidad del autor (C. P., art. 2°), una mayor o menor gravedad de la responsabilidad penal también debe encontrar su fundamento en un mayor o menor injusto (bien porque implique un mayor o menor desvalor del acto o del resultado) o una mayor o menor culpabilidad del sujeto (mayor o menor exigibilidad). Así, por lo demás, cabe deducirlo del artículo 61 del Código Penal que expresamente prevé que la fijación de la pena debe realizarse, entre otros aspectos, con base en la “gravedad y modalidad del hecho punible” (grado de injusto) y el “grado de culpabilidad”.

Conforme a lo anterior, las circunstancias agravantes suponen la previa realización de los elementos del hecho punible y por lo mismo su contenido no puede coincidir en todo o en parte con los elementos del delito, pues ello entrañaría una doble desvaloración jurídica del hecho (como elemento del delito y como circunstancia agravante)⁷. No significa, sin embargo, que tales circunstancias sean totalmente independientes de los elementos del delito; por el contrario, solo pueden considerarse justificadas en la medida que impliquen un aumento del desvalor de la acción o del resultado o de la culpabilidad del sujeto, esto es, de los elementos del hecho punible.

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 139). Creemos que a esta indebida y por lo tanto criticable ampliación de la punibilidad a los partícipes debería llegar también F. VELÁSQUEZ, quien, en relación con las llamadas “circunstancias específicas”, considera que no tratándose de verdaderas circunstancias “sino de elementos típicos, no tiene sentido hablar de comunicabilidad, pues, se supone —acorde con los principios generales— que el instigador o cómplice debe actuar dolosamente, lo cual implica el conocimiento de ‘las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal’” (*Derecho penal, op. cit.*, pág. 641). No debería pasarse por alto, sin embargo, que el dolo del partícipe está referido a su propia acción y no a la del autor, luego, actuará con dolo el cómplice que conoce que está ayudando al autor a realizar el hecho y quiere ayudarlo, en razón de lo cual —según la interpretación que se comenta— si el hecho cometido por el autor es, por ejemplo, un “homicidio agravado”, el cómplice lo debería ser del mismo hecho principal en razón del principio de accesoriedad de la participación. La única forma de evitar tal consecuencia es reconociendo de manera expresa o tácita que el hecho principal es el “homicidio doloso simple”, por lo que la circunstancia de parentesco (art. 324-1) solo se podrá comunicar al partícipe si se dan los presupuestos legales para ello (art. 25).

⁷ Así lo señala de manera expresa el artículo 66 del C. P., al establecer que las circunstancias que allí se señalan se tendrán como agravantes, “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”. Esta previsión es una consecuencia obvia, en el ámbito del derecho penal material, del principio *non bis in idem*. Sobre el particular, en nuestro medio, E. SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 126 y ss.

Aún más, entendemos que de una coherente fundamentación del injusto a partir del concepto de bien jurídico⁸, cabe derivar como consecuencia la consideración de que solo un mayor “desvalor objetivo de la acción” (es decir, el aumento del riesgo que la acción entraña para el bien jurídico desde una perspectiva *ex ante*) o un mayor “desvalor del resultado” (el mayor daño que la acción genera para el bien jurídico protegido)⁹, pueden fundamentar una circunstancia agravante.

Se excluye por tanto el recurso a conceptos como los de “desvalor subjetivo de acción” (simple ánimo o finalidad última del autor) y “necesidad de pena” a la hora de fundamentar agravantes: el primero, por cuanto ello supondría que lo que se desvalora no es el hecho lesivo para el bien jurídico sino el ánimo del sujeto (derecho penal de ánimo); y el segundo, por cuanto la “necesidad de pena” solo puede surgir del daño (lesión o puesta en peligro) a un bien jurídico por parte de un sujeto culpable, por lo que por sí misma, es decir, desligada del injusto y de la culpabilidad, no parece admisible, al menos desde una perspectiva garantista de la teoría del delito (como límite al poder punitivo). La “necesidad de pena” debe entenderse como una exigencia *adicional* a los elementos del hecho punible y no como un concepto sustitutivo de los mismos; de ahí que en nuestra opinión no puedan fundamentarse agravantes en la “necesidad de pena”, pero sí pueda haber circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad, fundadas en la menor necesidad de pena y en la no-necesidad de pena, respectivamente¹⁰.

En el caso concreto del homicidio imprudente, que es el que ahora nos ocupa, parece necesario insistir —dado que ello resulta insuficientemente atendido por la doctrina nacional de la parte especial— en el hecho de que los supuestos previstos en el artículo 330 del Código Penal, se plantean, frente al homicidio imprudente (art. 329), como *circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*, esto es, como situaciones que rodean (*circum-stare*, ‘estar alrededor’) la realización del hecho, determinando la transformación del homicidio imprudente simple en agravado. En consecuencia, no depende de la concurrencia de estas circunstancias la *existencia* del homicidio imprudente sino solo su *gravedad*.

2. LA REALIZACIÓN DEL HOMICIDIO IMPRUDENTE BAJO EL INFLUJO DE BEBIDA EMBRIAGANTE O DE SUSTANCIA QUE PRODUZCA DEPENDENCIA FÍSICA O PSÍQUICA (C. P., ART. 330, NUM. 1)

Si algo llama la atención del tratamiento que la doctrina nacional dispensa a las agravantes del homicidio imprudente (C. P., art. 330) es la ausencia de criterios de justificación que den cuenta del mayor injusto o mayor culpabilidad que hipotéticamente

⁸ Sobre tal perspectiva, vid. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, op. cit., págs. 154 y ss.

⁹ Sobre los conceptos de desvalor de acción y de resultado, vid. S. MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, PPU, 1996, págs. 133 y ss.

¹⁰ En esta dirección, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, op. cit., pág. 397.

implica la realización del hecho en tales circunstancias, razón por la cual se vienen asumiendo de forma acrítica, dando por supuesta su validez¹¹. Así, frente a la circunstancia agravante de la embriaguez y uso de estupefacientes (C. P., art. 330-1), es recurrente encontrar alusiones no al sustento de la agravante, sino a algo previo, como el cometido de las normas que regulan los delitos imprudentes, o la concurrencia de la violación del deber objetivo de cuidado, dando lugar a la confusión entre elementos y circunstancias del delito a la que nos referíamos atrás.

A) La justificación de la agravante en la doctrina nacional

Entre los pocos autores nacionales que se refieren al tema de la fundamentación de esta agravante, encontramos dos tendencias: Un primer sector de nuestra doctrina parece fundamentar esta circunstancia agravante en *necesidades de motivación y prevención general positiva*, al considerar que en estos casos el aumento punitivo viene dictado por la necesidad de motivar a los ciudadanos a abstenerse de realizar acciones bajo el efecto de bebidas embriagantes o de narcóticos, estupefacientes, etc. Tal es, por ejemplo, la opinión de MOLINA ARRUBLA, para quien "A lo que apunta esta norma, no es a otra cosa que a exigir de los coasociados que guarden el mayor cuidado y diligencia en sus actuaciones personales, de tal manera que tengan siempre dispuestos los cinco sentidos, a fin de no ocasionar daño a los demás. Si a partir de la ingestión o administración de una sustancia de aquellas que, genéricamente, producen dependencia física o psíquica, se llega a la materialización de un 'homicidio culposo', habrá que colegir que, precisamente, la afectación que en los sentidos normales de la persona ocasionó tal substancia, es la determinante de tal resultado dañoso"¹².

De opinión parecida es GÓMEZ LÓPEZ, quien estima que dicha circunstancia "tiene por fundamento una objetiva realidad, cual es la de que la mayor parte de los accidentes de tránsito se cometen bajo el influjo de bebidas embriagantes o de sustancias que producen dependencia física o psíquica, las cuales el autor sabía que enervan o menguan el normal funcionamiento de las capacidades psíquicas del hombre, o las alteran, las reducen o perturban, o, como en el caso del alcohol, entorpecen la actividad motora. Bajo los efectos del alcohol el sujeto que conduce no capta bien los objetos y estímulos, pierde sensibilidad visual, su proceso se enturbia y sus reflejos se debilitan, colocándose así en situación de disminución de posibilidades para impedir el hecho"¹³.

¹¹ Tanto es así que algunos autores ni siquiera se pronuncian sobre su fundamento y alcances; cfr. R. ACEVEDO BLANCO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 129 y ss.; A. V. ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, parte especial, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 449; A. ORTIZ RODRÍGUEZ, *Manual de derecho penal especial*, Medellín, U. de Medellín, 1983, pág. 543; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, partes general y especial, t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 257 a 259.

¹² C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Edit. Diké, 1995, pág. 293.

¹³ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 63. En la misma dirección se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia: "... la embriaguez se ha previsto como circunstancia específica de agravación de los delitos de homicidio (art. 330.1) y lesiones personales (art. 341), debido a los

Otro sector de la doctrina nacional intenta fundamentar esta agravante acudiendo a criterios de injusto o de culpabilidad, al entender que en este caso se produce algo así como una infracción del deber de cuidado de mayor gravedad o una mayor reprochabilidad de la acción. En este sentido GÓMEZ MÉNDEZ estima que "la primera circunstancia tiene que ver con una especial situación del sujeto activo al momento de la realización del hecho punible. Es obvio que esa omisión del deber de cuidado es mayor cuando el agente voluntariamente ha alterado su organismo en condiciones que disminuyen su capacidad de previsión, los reflejos, las posibilidades de actuar, etc. Se comprende aquí el alcohol, la marihuana, la morfina, la cocaína, la heroína y, en general, todas las llamadas sustancias estupefacientes. En todos estos casos es mayor, así mismo, el riesgo para la sociedad. Un individuo que conduce un vehículo bajo los efectos de la marihuana, por ejemplo, está en mayor probabilidad de causar homicidio o lesiones, que un sujeto en 'condiciones normales'. El fundamento para la imposición de pena mayor no es propiamente el hecho de la ingestión misma de la bebida o la sustancia estupefaciente, sino la falta de previsión por parte del agente que dentro de tales condiciones personales se acrecienta la posibilidad de causar daño"¹⁴.

B) Inaplicabilidad de la agravante del artículo 330-1 del Código Penal

Muy poco satisfactorios resultan los argumentos de la doctrina nacional para justificar la agravante que nos ocupa. Lo primero que salta a la vista es que, tal como hizo nuestro legislador, los autores nacionales analizan la agravante solo desde el supuesto de los accidentes de tránsito, lo cual resulta de antemano criticable, pues la norma tiene carácter general y, por lo tanto, es aplicable a cualquier homicidio imprudente y no solo a los cometidos en accidentes de tránsito. Pese a ello, prácticamente todos los argumentos convergen en dicha dirección, sin que ni siquiera desde este particular punto de vista dicha circunstancia aparezca justificable.

En primer lugar, los argumentos de motivación y prevención general aducidos por algunos no alcanzan a constituir ninguna fundamentación propia de la agravante en examen, pues con ellos no se alude a la mayor gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino al problema general de la imprudencia, y más específicamente al cometido político-criminal (motivador) de las normas que la regulan, cual es el de lograr que los ciudadanos se comporten de manera cuidadosa al desempeñar ciertas actividades: como explica CADAVID QUINTERO, "el derecho penal dirige un mensaje normativo consistente en que al actuar debe observarse el cuidado necesario para no lesionar, ni poner en peligro de manera antijurídica los mencionados bienes jurídicos. De esa manera, un mandato de observancia del cuidado jurídicamente exigido para evitar la

efectos nocivos que esta produce en la actividad sicomotora del ebrio, los cuales incrementan la posibilidad de causación del resultado dañoso" (sent. de 8 junio 1995, magistrado ponente: F. Arboleda Ripoll, en "G. J.", núm. 2475, vol. 11, Bogotá, 1995, pág. 1121).

¹⁴ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., págs. 264 y 265.

antijurídica lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es lo que formula el derecho en las normas que consagran los delitos imprudentes"¹⁵.

En definitiva, a lo sumo estos argumentos justificarían la existencia del tipo de homicidio imprudente, pero no agravante alguna. Es evidente que en estos casos el sujeto actúa con violación del deber objetivo de cuidado precisamente porque actúa en embriaguez o bajo el influjo de otras sustancias tóxicas, razón por la cual la "circunstancia" no es tal, sino un elemento del tipo básico¹⁶. En efecto, ciertos ámbitos de relación (por ejemplo, el tráfico automotor) obligan a afrontar situaciones de peligro, y, precisamente por ello, en tales ámbitos rige el deber de actuar con la máxima atención, para evitar que el peligro para los bienes jurídicos se convierta en lesión. De tal suerte, el sujeto debe conducir sin hallarse bajo el influjo de determinadas sustancias, pues parece que más allá de ciertos límites, el alcohol, las drogas tóxicas, las sustancias psicotrópicas y similares producen el efecto de disminuir las facultades psíquicas, reflejos, atención y capacidad de reacción del conductor. De ahí su deber de actuar conforme al *cuidado debido*, es decir, sin estar bajo el influjo de tales sustancias.

Esta confusión se acentúa aún más con el argumento de MOLINA ARRUBLA, de considerar que "mientras no exista tal 'nexo causal' entre la ingestión de la sustancia que crea adicción, y la causación del resultado dañoso, lo primero será penalmente irrelevante. Y en el sentido contrario, que si la sustancia ingerida, por mucho que cree adicción en la persona, no fue la determinante del resultado dañoso, ello también aparecerá como penalmente irrelevante, esto es, que no habrá de ser tenido en cuenta como configurante de esta específica circunstancia de agravación punitiva"¹⁷. Tal exigencia es en realidad un requisito estructural de todo delito imprudente (y no una característica exclusiva de la agravante), que exige que el resultado típico se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Dicho de otra manera, entre uno (culpa) y otro (resultado) requisito debe existir una conexión interna o "relación de determinación", de lo contrario no habrá delito imprudente alguno¹⁸.

Luego, actuar bajo el influjo de las sustancias señaladas en el artículo 330 es lo que *constituye* la infracción del deber objetivo de cuidado, como lo prueba el simple

¹⁵ A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito (especial consideración a los fundamentos del delito imprudente)*, Medellín, Edit. Diké, 1998, pág. 168.

¹⁶ La confusión es especialmente evidente en los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia (sent. de 8 junio..., *op. cit.*, pág. 1121), cuando afirma que "la agravante no consiste en la embriaguez abstractamente considerada, sino en la circunstancia de que al momento de cometer el hecho, el autor del mismo se encuentre 'bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica'".

¹⁷ C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, pág. 293. Igual, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 65; y la Corte Suprema de Justicia (sent. de 8 junio..., *op. cit.*, pág. 1121). De hecho la única novedad que introduce el Proyecto de Código Penal en este tema, es el agregado de que la embriaguez o el consumo de la sustancia tóxica haya sido "determinante" para la ocurrencia del hecho.

¹⁸ Cfr. J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, t. II, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, págs. 169 y 170; en Colombia, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 435, 436 y 733.

hecho de que si desaparece la embriaguez desaparece también el homicidio imprudente (y no la agravación).

El problema tampoco se resuelve con la afirmación de GÓMEZ MÉNDEZ de que en estos casos se está ante una más grave inobservancia del deber de cuidado¹⁹, pues tal cosa carece de fundamento alguno. No entendemos por qué razón debe considerarse más grave —continuando con el ejemplo del tráfico automotor— conducir bajo el influjo del alcohol o de drogas que hacerlo con luz insuficiente, marchar en contravía, tener el vehículo en malas condiciones mecánicas, etc. Ciertamente, cada uno de estos comportamientos descuidados ostenta alta capacidad lesiva para bienes jurídicos fundamentales como la salud y la vida, sin que pueda decirse que son menos graves que la embriaguez. ¿Acaso representa un menor riesgo un vehículo en contravía, sin luces y a velocidad excesiva que otro conducido por un sujeto en estado embriaguez?

Otra cosa es que la embriaguez sea la más recurrente de las infracciones de tránsito que terminan con resultado de muerte o lesiones, pero de ello no se puede deducir que conducir en estado de embriaguez sea de por sí más grave para la vida o la salud que hacer un adelantamiento prohibido, por ejemplo. Por el contrario, la explicación del alto índice de accidentalidad por consumo de alcohol debe buscarse más bien en el número de ebrios que conducen vehículos de motor, cosa que es directamente atribuible a la política estatal existente en nuestro país en materia de consumo de bebidas alcohólicas, la cual, por ser la producción de licores monopolio del propio Estado, se encamina más a la promoción del consumo que a su prevención²⁰.

También GÓMEZ MÉNDEZ acude a criterios de culpabilidad en busca de una justificación de la agravante, al entender que el hecho se hace más grave, por cuanto "el agente voluntariamente ha alterado su organismo en condiciones que disminuyen su capacidad de previsión, los reflejos, las posibilidades de actuar, etc."²¹. En el fondo, tal argumento implica admitir algo que resulta incuestionable, como es que la realización del hecho en estado de embriaguez o bajo el influjo de estupefacientes no solo no aumenta el injusto, sino que también disminuye la culpabilidad, pues en tales casos, precisamente por la influencia de dichas sustancias —y tal como lo sostiene el propio GÓMEZ MÉNDEZ—, el sujeto dispone de una menor capacidad de comprensión y/o determinación, teniendo lugar una especie de imputabilidad disminuida²². Lo que este autor plantea, entonces, es algo así como la existencia de una especie de *actio libera in causa*, al fundamentar la agravación no tanto en la embriaguez misma, sino en el hecho de que el sujeto se haya puesto *voluntariamente* en tal situación.

¹⁹ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, págs. 264 y 265.

²⁰ Cfr. H. L. LONDOÑO BERRÍO, "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, 1990, págs. 16 a 20.

²¹ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, *op. cit.*, págs. 264 y 265. También argumenta en esta dirección, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 61.

²² Sobre el tratamiento jurídico-penal de la embriaguez, véase a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 596 a 598; y, en Colombia, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 570 y 571.

Este punto de vista es, sin embargo, equivocado, pues pasa por alto que la voluntad en estos supuestos no está orientada al resultado muerte, pues si así fuera el homicidio sería doloso y no imprudente²³. Mas, cuando la embriaguez ha llegado hasta el punto de excluir la capacidad de comprensión y/o determinación del sujeto (inimputabilidad, según el art. 31 C. P.), pero se comprueba que el sujeto *voluntariamente* se puso en tal situación sin prever las consecuencias previsibles o confiando en evitarlas, de lo único que podría hablarse sería, a lo sumo, de un hecho imprudente simple (consciente o inconsciente)²⁴. Si, por el contrario, la embriaguez no llega hasta el punto de excluir la imputabilidad sino solo de disminuirla, no se está ya en un supuesto de *actio libera in causa*, por lo que el sujeto, siendo imputable (así sea de manera disminuida), responderá por el dolo o culpa con que actuó, y si él mismo provocó dicha disminución de la imputabilidad ello solo tendrá relevancia para determinar si hay lugar o no a la atenuante por menor culpabilidad que normalmente cabría reconocer en estos casos²⁵.

GÓMEZ MÉNDEZ parece confundir entre la *existencia* de voluntad y la *dirección* de la misma: la primera es un requisito que inclusive desde planteamientos causalistas se exige de la acción para considerarla propiamente tal y por ende típica²⁶, mientras que de la segunda depende la configuración del dolo. En realidad, también en los delitos imprudentes se exige la existencia de una acción voluntaria, no *dirigida* hacia la producción del resultado pero sí violatoria del cuidado debido; por ello desde tal punto de vista no existe ninguna diferencia entre la imprudencia derivada de la embriaguez y la derivada del hecho de disparar un arma de fuego en un lugar público, o de conducir por vía contraria. En todos estos casos solo cabe hablar de culpa, si el sujeto *quería* conducir en estado de embriaguez, *quería* disparar el arma o *quería* conducir por vía contraria, precisamente por cuanto tales comportamientos *voluntarios* implican la infracción de un deber objetivo de cuidado. En otras palabras, si fuera más grave la culpa cuando el sujeto voluntariamente ha infringido el deber de cuidado, todos los delitos imprudentes serían agravados, pues ello es inherente a la imprudencia misma. En definitiva, también por esta vía se termina confundiendo entre los elementos y circunstancias del hecho punible.

²³ Sobre los problemas relacionados con la *actio libera in causa*, vid. C. ROXIN, *Derecho penal, parte general*, t. I, Madrid, Edit. Civitas, 1997, págs. 850 a 858.

²⁴ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., pág. 851. Como bien explica J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 253), "En toda acción libre en su causa, lo que se examina es el *dolo criminal*, pues la sola consciencia y voluntad del trastorno mental transitorio llevaría a un *versari in re illicita* que, como se sabe, es forma de responsabilidad objetiva vedada por el artículo 5°. No es porque el sujeto se embriagó o se dejó hipnotizar voluntariamente por lo que debe responder, sino por haberse embriagado o hecho hipnotizar para cometer el delito, o a pesar de haber previsto la posibilidad de su comisión al colocarse o dejarse colocar en tal estado. Por lo tanto, no es cierto que la embriaguez tenga que ser fortuita, involuntaria, accidental o casual para que llegue a excluir la responsabilidad penal" (cursivas textuales).

²⁵ Cfr. C. ROXIN, *Derecho penal*, op. cit., pág. 855.

²⁶ Idea ya claramente expuesta por F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, t. II, Madrid, Reus, s/f, pág. 297.

Vistas las cosas de este modo, creemos que los argumentos a los que nos venimos refiriendo no dan cuenta del fundamento de esta peculiar circunstancia agravante; más bien explican que cada vez que se actúa bajo el influjo del alcohol o sustancias estimulantes (estupefacientes, narcóticos, etc.) se está violando el cuidado objetivamente debido en un determinado ámbito de relación. Y ello, en última instancia, puede dar cuenta de que se ha cometido un homicidio imprudente —si se cumplen los demás requisitos— pero no de que este deba agravarse.

En consecuencia, agravar en estos casos significaría una doble desvaloración jurídico-penal del hecho de actuar bajo el influjo de alcohol o sustancias que producen dependencia psíquica o física: a los efectos de la constitución del homicidio imprudente (infracción del deber objetivo de cuidado), y a los efectos de aumentar la punibilidad del hecho (circunstancia agravante del homicidio culposo). En suma: el influjo del alcohol o de sustancias psicoactivas desemboca en algo así como un comportamiento imprudente agravado por la imprudencia²⁷.

Llegados a este punto, podemos afirmar entonces que la circunstancia agravante del artículo 330-1 del Código Penal, al ostentar una doble consecuencia sancionatoria frente a un mismo hecho, en tanto *constituye* la tipicidad y *agrava* la pena al mismo tiempo, conculca la garantía constitucional del *non bis in idem* (art. 29) y por tanto es inaplicable.

Finalmente, existe aun otra objeción, esta vez de carácter político-criminal, aunque no por ello menos relevante: no resulta plausible que el Estado emita como directriz obligada una mayor represión del consumo de alcohol valiéndose del instrumento jurídico-penal (incremento de pena, para este caso), que siempre resulta oneroso y destructivo en términos de existencias humanas, al tiempo que la producción de bebidas alcohólicas constituye un monopolio rentístico del Estado, cuyos recursos se destinan a solventar rubros sociales de primer orden como la salud y la educación. Ciertamente, aunque determinados comportamientos produzcan efectos socialmente dañinos (y no se niega que el consumo de alcohol puede traerlos), el Estado carece de legitimidad para sancionarlos cuando es él mismo el que directa o indirectamente los promueve y se lucra de ellos.

3. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE AGRAVADO POR EL ABANDONO DEL LUGAR DE COMISIÓN DEL HECHO (C. P., ART. 330, NUM. 2).

Tampoco son muchos los autores colombianos que se preguntan por el fundamento de la agravante del homicidio imprudente prevista en el numeral 2 del artículo 330 del Código Penal, consistente en abandonar, sin justa causa, el lugar de comisión

²⁷ Así queda evidenciado en los planteamientos de H. BARRERA DOMÍNGUEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Derecho y Ley-Jurídica Radar, 1985, pág. 148), quien afirma: "Es imprudencia temeraria la del homicida culposo que, al momento de cometer el hecho, se encuentre bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica". Como quien dice, la embriaguez es la imprudencia y la embriaguez torna el hecho más grave.

del hecho²⁸. Sin embargo, con la excepción de BARRERA DOMÍNGUEZ, quien sostiene la inaceptable tesis de que tal circunstancia pone de manifiesto “una grave ausencia de sentido moral”²⁹, existen sobre el particular dos posiciones: a) La primera, sostiene —de forma expresa o tácita— respecto de la agravante un fundamento mixto, al entender que la misma obedece a un mayor daño, en un doble sentido: en primer lugar, porque con el abandono se aumenta el peligro para la vida; y, b) porque se afecta también la administración de justicia. La segunda posición, por el contrario, considera que solo la lesión del deber de solidaridad que significa el abandono del lugar de los hechos justifica la agravante.

A) *¿Fundamento mixto (alternativo) de la agravante (abandono de la víctima y elusión de la acción de las autoridades)?*

Sostiene TOCORA que esta agravante se fundamenta en “la falta de ayuda que pueda prestarle —a la víctima— en el accidente y en la finalidad de eludir la responsabilidad”³⁰. MOLINA ARRUBLA, por su parte, entiende que la agravante obedece “a dos consideraciones: la primera, porque con tal actuar no solo se impide el auxilio efectivo de la víctima, en la medida que de habersele prestado el auxilio debido y a tiempo, posiblemente la víctima se hubiera salvado, lo que demuestra una mayor insensibilidad moral (que no necesariamente ‘social’) de parte del agente delictivo; y la segunda, que con tal actuar, se está eludiendo (o buscando eludir), la acción de las autoridades”³¹.

Esta doble consideración del fundamento de la agravante en alguna medida recoge opiniones surgidas en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de 1974 y, aunque en las actas no aparece del todo claro, nos atrevemos a pensar que con la redacción final de la agravante, en la que se prescindió de la exigencia de que el abandono tuviese lugar “sin prestar socorro a la víctima” como lo propuso inicialmente el comisionado BAQUERO BORDA, se quiso cobijar también el abandono realizado con el solo fin de eludir la acción de la autoridad, como a su vez lo había sugerido el doctor SALGADO VÁSQUEZ³².

²⁸ También en relación con esta agravante tiene validez lo dicho en la nota 11.

²⁹ H. BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 148. Sin duda, una tal fundamentación deviene inaceptable pues en un Estado social y democrático de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana (Const. Pol., art. 1º) carece de legitimidad el derecho penal para intervenir coactivamente sobre los ciudadanos apoyándose en su supuesta inmoralidad o conducta de vida, con lo cual no cabe emitir veredictos morales sobre el individuo, sino solo averiguar sus hechos penalmente prohibidos; vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 222 y 223.

³⁰ F. TOCORA, *Derecho penal especial*, 4ª ed., Santa Fe de Bogotá, Librería del Profesional, 1996, pág. 38.

³¹ C. M. MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 294. De opinión similar, A. GÓMEZ MÉNDEZ (*Delitos contra la vida...*, ed. cit., pág. 265), si bien estima que la razón de la elusión de la acción de la autoridad, “pese a ser válida, me parece menos importante que la primera”.

³² Cfr. *Anteproyecto...*, op. cit., acta núm. 107, pág. 668.

Lo primero que hay que se debe resaltar es que tal punto de vista conduce a una desmesurada ampliación de la agravante, pues en el fondo no se trata de la exigencia conjunta de dos requisitos diferentes sino, por el contrario, de fundamentos alternativos: el hecho se agrava, bien porque el abandono aumente el riesgo para la vida o porque, aunque no lo aumente, se pretenda eludir la acción de la autoridad.

Las consecuencias de este que podríamos llamar “fundamento mixto alternativo” son sin embargo inaceptables, pues, entre otras cosas, lleva a apreciar la circunstancia inclusive en aquellos casos en los cuales el abandono se produce después de consumado el homicidio imprudente, esto es, cuando se abandona no a una persona en peligro de muerte sino a un cadáver, cosa que debe sin duda rechazarse, por cuanto constituye un planteamiento totalmente ajeno al bien jurídico vida, cuando se supone que es el atentado sufrido por este bien jurídico lo que se considera agravado.

Agravar el homicidio imprudente por el hecho de dejar abandonado el cadáver de la víctima a lo sumo podría relacionarse con el bien jurídico “administración de justicia”, en la medida que implicaría fijar una especie de “deber de permanencia” en el sitio de ocurrencia del hecho, a fin de asegurar la acción de las autoridades a los efectos de las pesquisas iniciales y posterior esclarecimiento de los hechos (v. gr., averiguación de la identidad del autor, obtención de su versión, etc.). No obstante, tal “deber de permanencia” no es admisible desde el punto de vista constitucional, por cuanto constituiría una flagrante violación de la garantía constitucional de la libertad personal y, más concretamente, del derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, uno de cuyos principales contenidos es el “derecho al silencio”, a no aportar a la investigación pruebas incriminantes que provengan de sí mismo³³ (Const. Pol., art. 33; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —ley 74 de 1968—, art. 14, num. 4, lit. g; Convención Americana de Derechos Humanos —ley 16 de 1972—, art. 8º, num. 2, lit. g.).

Por otra parte, si lo determinante fuese la protección del bien jurídico administración de justicia, resulta contradictorio que tal “deber de permanencia” en el sitio de los hechos exista únicamente para el homicidio imprudente, cuando es de suponer que el interés por el esclarecimiento de todos los delitos sería el mismo. No puede ser ése, entonces, el sentido válido de la norma, pues, como bien ha dicho GÓMEZ LÓPEZ, “de exigírsele al autor de un homicidio imprudente que se entregue a la autoridad, con mayor razón debería exigirse un comportamiento igual al autor de un homicidio doloso, y en general de cualquier delito, lo cual de todas formas, resultaría inaceptable”³⁴.

³³ De esta opinión, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, op. cit., pág. 68; vid. en relación con esta garantía, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pág. 608; T. FREIXES SANJUÁN, “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, págs. 81, 86 a 88.

³⁴ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, pág. 66.

B) *La lesión del deber de solidaridad como fundamento único de la agravante del artículo 330-2 del Código Penal*

Por las razones antes mencionadas, tiene razón GÓMEZ LÓPEZ cuando considera que "es la omisión del cumplimiento del deber de auxilio a la víctima (C. P., art. 95, num. 2), lo que constituye la razón de la circunstancia de agravación y no el simple abandono del lugar del hecho. No es necesario que el autor tenga éxito en el auxilio que presta, basta que se esfuerce racionalmente en ofrecer la ayuda de que es capaz a la víctima y que procure suministrarle atención para evitar la muerte o daños mayores, bien por sí o por medio de terceras personas, o llevándola a un hospital, o solicitando oportuna atención médica"³⁵.

No se trata, por supuesto, de un deber de solidaridad en abstracto, sino en relación con la vida de una persona en particular (la víctima del hecho imprudente), bien jurídico en relación con el cual puede decirse que el abandono implica una mayor gravedad del hecho, en cuanto el riesgo creado para la vida por la acción imprudente se ve incrementado por la omisión de auxilio que tiene lugar al abandonar el autor el lugar de los hechos.

Entendida de esta manera la agravante, coincidimos también con GÓMEZ LÓPEZ, en un principio, al extraer de esta fundamentación las siguientes consecuencias³⁶:

a) En primer término, como ya se indicó, si al momento del abandono la persona ya ha muerto, no procede aplicar la agravante, pues no hay a quién prestar auxilio y la elusión de la acción de las autoridades no puede fundamentar incremento punitivo alguno.

b) La contravención de omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45) no concursa con el homicidio agravado por omisión de socorro a la víctima, por ser dicha omisión precisamente la circunstancia agravante del delito.

c) Como es apenas obvio, si el sujeto causó la muerte y abandonó sin justa causa a la víctima, pero no actuó de manera imprudente, o si habiendo actuado de forma imprudente el resultado no es imputable al riesgo creado por su acción sino al actuar de la víctima, de un tercero o, en definitiva, a un caso fortuito, etc., por supuesto no habrá homicidio imprudente al faltar uno de los *elementos* del tipo (imprudencia, imputación objetiva del resultado o relación de determinación, etc.). Solo podría apreciarse, en estos casos, la ya mencionada contravención de omisión de auxilio.

d) La aplicación de la circunstancia agravante desplaza y, por ende, hace inaplicables las circunstancias genéricas de agravación previstas en los numerales 10 (hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible) y 13 (observar con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor perversidad) del artículo 66 del Código Penal.

En definitiva, solo puede aplicarse válidamente la agravante cuando el sujeto sin justa causa no socorre a la víctima de su acción imprudente, siempre y cuando esta se

³⁵ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 66 y 67.

³⁶ O. GÓMEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 67-69.

encuentre aún con vida. Sobre el particular creemos necesario aclarar, adicionalmente, dos aspectos: en primer término, si el sujeto cree erróneamente que la persona está muerta y abandona el lugar de los hechos, no podrá apreciarse la agravante por la sencilla razón de la existencia de un error, que en todo caso, es decir, aunque hubiese sido evitable, excluye el dolo respecto de la omisión de socorro y por ende impide su apreciación, ya que este hecho solo es punible en su realización dolosa.

Por otra parte, cabría preguntar también si procede o no la agravante si el sujeto no abandona el lugar de los hechos, pero tampoco presta, siendo posible, ayuda a la persona en peligro, quien finalmente muere. Podría pensarse inicialmente que la agravante no es aplicable, dado que el sujeto no abandonó el lugar de los hechos y, por tanto, agravar en este caso iría en contra del tenor literal de la ley³⁷. Opinamos, no obstante, lo contrario, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en relación con el artículo 330-2 no es admisible una aplicación literal, por cuanto conduciría al absurdo de agravar o por lo menos de afirmar la concurrencia de los requisitos típicos con el argumento del tenor literal de la ley, cuando el sujeto abandona el lugar de la comisión del hecho, pero con el fin de trasladar a la víctima a un hospital, por ejemplo³⁸.

En segundo término, ya hemos visto que la redacción de la agravante buscaba inicialmente cobijar dos supuestos: cuando se abandona a la víctima y cuando se buscaba eludir la acción de la autoridad. Este era el *sentido* original de la ley, mas, al no ser constitucionalmente admisible agravar por el mero hecho de pretender eludir la acción de las autoridades, la agravante queda con un solo sentido posible: el de agravar por el abandono de la víctima³⁹.

³⁷ De todas maneras vale la pena aclarar que de considerarse inaplicable la agravante por este motivo, lo será para *todos* los casos, pues el principio de igualdad (Const. Pol., art. 13) haría improcedente que el homicidio se agrave para quien no socorre a la víctima y se aleja del lugar de los hechos, pero que no se agrave cuando el sujeto se queda en el lugar sin auxiliar a la víctima. No es suficiente para garantizar un trato igualitario el hecho de que en este último supuesto el homicidio imprudente simple concurre con la contravención de omisión de socorro, pues de todas maneras se estaría imponiendo penas diferentes a un mismo hecho. De aceptarse esta interpretación, lo importante no sería entonces si con el abandono se aumenta o no el riesgo para la vida de la víctima del acto imprudente, sino el hecho del abandono en cuanto tal, cosa que, según se dijo atrás, resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional. La única manera de dejar a salvo el principio de igualdad de trato sería, entonces, inaplicando la agravante del art. 330-2 del C. P. y, por lo tanto, resolviendo todos los casos de la misma manera: homicidio imprudente simple (C. P., art. 329) en concurso con la contravención de omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45).

³⁸ Como explica O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 65: "no es el simple abandono lo que agrava el hecho punible, sino el abandono de la víctima sin prestarle ayuda o auxilio, pues una cosa es abandonar el lugar de comisión del hecho, esto es, irse del sitio, y otra bien distinta abandonar a la víctima sin prestarle auxilio. El autor puede abandonar el lugar de la comisión del hecho, pero llevando al herido rumbo a un hospital, caso en el cual sería no solo absurdo sino injurídico aplicarle la agravante, pues equivaldría a exigirle que deje morir al herido y que permanezca impávido en el lugar de los hechos" (cursivas textuales).

³⁹ De esta opinión también, O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, *op. cit.*, pág. 68. Habría que aclarar, como veremos luego, que si el sujeto no solo se queda en el lugar de los hechos, sino que además asume el dominio personal de la protección de la víctima (excluyendo por tanto la posibilidad de que se puedan presentar otras acciones de salvamento), pero no realiza ninguna acción tendiente a dicha protección, se configuraría un

C) *El artículo 330-2 del Código Penal: ¿Un supuesto de homicidio doloso de comisión por omisión? (injerencia, posición de garante y comisión por omisión en el código penal).*

Lo que no aparece claro en el análisis de GÓMEZ LÓPEZ es, sin embargo, si en el caso de la agravante del artículo 330-2 del Código Penal el sujeto adquiere solo el deber de prestar ayuda o más bien el de impedir el resultado muerte. La duda surge del hecho de que invoca como fuente de dicho deber de actuar, por un lado, la omisión de socorro prevista en el artículo 45 del decreto 522 de 1971, que establece un deber de auxilio para quien encuentra a una persona en peligro, sin necesidad de que él mismo la haya colocado en dicha situación; pero también invoca el actuar precedente o injerencia, esto es, cuando con una acción se da lugar al peligro inminente de un resultado típico, surgiendo en tal caso, en opinión de este autor, el deber de evitar que se produzca el resultado⁴⁰.

Lo anterior genera confusión acerca de qué deber grava al sujeto, a la vez que deja sin respuesta la cuestión acerca de qué norma de mandato infringiría en caso de no cumplirlo, cuestiones a las que directamente está vinculado el problema del fundamento de la circunstancia agravante. Es decir, ¿La pena se aumenta porque el sujeto omitió brindar auxilio a la víctima o porque no impidió el resultado de muerte? Estos deberes, desde luego, son diversos, pues en uno y otro el ordenamiento jurídico exige una intervención de muy distinta índole por parte del sujeto.

Nos explicamos: si se tratase de lo primero (omisión de socorro) se estaría únicamente frente a la infracción del deber (Const. Pol., art. 95-2) de prestar auxilio a quien se encuentra en peligro de muerte, y por ende ante un hecho punible propio de omisión (decr. 522 de 1971, art. 45), pues su contenido típico está dado por la simple infracción de un deber de actuar y por ello basta auxiliar a la persona en peligro para cumplir con el deber derivado del bien jurídico (solidaridad). Si se tratase de lo segundo, estaríamos frente a un delito impropio de omisión, el cual presupone el deber de evitar el resultado típico (en este caso la muerte); por tanto, desde este punto de vista, si quien

delito de homicidio de comisión por omisión y no un homicidio imprudente agravado; tal sería el caso, por ejemplo, de quien después de haber causado el accidente, traslada a la víctima a un lado de la carretera, ocultándola y quedándose en el lugar de los hechos hasta que aquella fallece. En este caso habría que apreciar un delito de homicidio doloso por omisión, siempre y cuando pueda establecerse la imputación del resultado a la omisión (cfr. a E. GIMBERNAT, "Causalidad, omisión e imprudencia", en el mismo, *Ensayos penales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1999, págs. 250 a 252); de lo contrario, es decir, si el resultado muerte es imputable a la acción imprudente y no a la omisión, se estará en la situación que se comenta en el texto y por tanto solo cabe apreciar un homicidio imprudente agravado. Sobre la noción de *dominio* personal en los delitos de comisión por omisión, cfr. a B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN y J. WOLTER (Edit.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, U. Complutense, 1994, págs. 21 y 22; y L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión en el derecho penal español", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIII, La comisión por omisión, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 82 y ss.

⁴⁰ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, op. cit., pág. 67.

hiere de forma imprudente a una persona adquiere un deber de salvamento, si omite cumplir con dicho deber y la persona muere, sería responsable de un homicidio doloso por omisión (siempre que el resultado sea imputable a la no realización de una acción de salvamento) y no de homicidio imprudente agravado por el abandono.

Esta última parece ser la posición que GÓMEZ LÓPEZ entiende de *lege ferenda* como correcta, aunque considera que "esta interpretación, válida doctrinalmente, queda desplazada por existir para el caso una *solución legal*, pues sea que muera el sujeto a consecuencia del abandono, o que fallezca por las lesiones recibidas, si el sujeto activo no prestó ayuda es responsable de homicidio culposo agravado según el artículo 330, numeral 2, del Código Penal"⁴¹. En otras palabras, en opinión de este autor el artículo 330-2 del Código Penal en realidad lo que consagra es un supuesto de homicidio doloso de comisión por omisión que nuestro legislador, no obstante, optó por regular más bien como un homicidio culposo agravado.

No creemos en este punto acertado el planteamiento de GÓMEZ LÓPEZ, por cuanto entender que en estos casos simple y llanamente el legislador "se equivocó" al tratar como un delito de acción (imprudente) lo que es un delito de omisión (doloso), no solo es un pobre argumento dogmático, sino que, además, implica aceptar, por una parte, que el actuar imprudente descrito genera posición de garante, con todo lo criticable que ello resulta⁴²; y, por otra, admitir la no menos criticable presunción de que la no evitación del resultado lesivo, cuando el peligro para el bien jurídico ha sido creado por una acción precedente, es por ese solo hecho equivalente a la acción dolosa de producir dicho resultado⁴³.

Lo anterior significaría, por lo menos conforme a la legislación penal colombiana, que si bien por razones estrictamente legales no podría apreciarse un homicidio doloso por omisión en el caso que se comenta (C. P., art. 330-2), tal impedimento legal no existiría frente a otros supuestos. En efecto, de aceptarse esta interpretación debería responder por homicidio imprudente de comisión por omisión el tabernero que sirve alcohol a un cliente (actuar precedente), quien se embriaga, si luego aquel no impide que este conduzca en ese estado su automóvil, atropellando y matando un peatón⁴⁴.

⁴¹ O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. II, op. cit., pág. 67 (cursivas textuales).

⁴² Cfr. a E. GIMBERNAT, "La omisión impropia en la dogmática penal alemana", en el mismo, *Ensayos penales*, op. cit., págs. 273 a 282; y D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro", en el mismo, *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, PPU, 1990, págs. 169 a 178.

⁴³ Sobre el tema, vid. con especial claridad, a L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", cit., págs. 59 y ss.; y J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión (Concepto y sistema)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 349 y ss.

⁴⁴ El caso es citado por E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", pág. 274. Habría de todas formas que entender que para O. GÓMEZ LÓPEZ solo el actuar precedente imprudente genera posición de garante, mas no el fortuito, pues considera que "la circunstancia se aplica para cuando se establece que existió culpa de parte del procesado; si se demuestra que no hubo culpa de su parte, pero que abandonó sin justa causa al lesionado, no existirá delito de lesiones personales u homicidio, sino la contravención de 'omisión de auxilio'" (*El homicidio*, t. II, op. cit., pág. 68). En Colombia, F. VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, cit., págs. 447 y 448) sostiene una concepción amplia de la injerencia como fuente de la posición de garante, al afirmar la existencia de deberes de protec-

De igual forma, habría que apreciar una dolosa privación ilegal de la libertad por omisión en la conducta de quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente se percata del hecho⁴⁵.

Admitir en estos casos la existencia de un delito de omisión pero negarla en el caso que se analiza, genera graves confusiones valorativas, como, por ejemplo, entender que de la realización de un comportamiento lícito aunque riesgoso, como el consistente en vender bebidas alcohólicas a una persona adulta, se genera un deber de protección; pero, al mismo tiempo, negar el surgimiento de dicho deber frente a un hecho no solo igualmente riesgoso, sino inclusive típico (atropellar a un peatón de forma imprudente). Así mismo, también es contradictorio que el actuar precedente fortuito no genere posición de garante en relación con el bien jurídico vida (atropellar de manera fortuita a un peatón y sin embargo no socorrerlo), pero sí frente a otros bienes jurídicos (cerrar la puerta de una habitación, donde alguien queda encerrado, y luego de percatarse del hecho, no abrirla).

Cuando una interpretación genera tantas contradicciones no parece entonces que el problema esté en la ley que se interpreta sino más bien en la interpretación que de ella se hace. En realidad, si algo está diciendo el artículo 330-2 del Código Penal es que la injerencia, ni siquiera cuando tiene lugar por una acción imprudente, genera posición de garante alguna.

En el fondo de toda esta problemática se encuentra la ya mencionada y discutida cuestión de la distinción entre delitos propios e impropios de omisión y, más concretamente, del concepto de "comisión por omisión"⁴⁶, asuntos estos que un buen sector de nuestra doctrina ha creído resueltos por la fórmula de equivalencia del artículo 21 del Código Penal, según la cual, "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo"⁴⁷. En efecto, a partir de este artículo se ha entendido que para equiparar una omisión a la acción basta con la sola

existencia de un deber jurídico de acción. En palabras de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "no impedir un resultado de cuya evitación se es jurídicamente garantizador (por la calidad de protector o vigilante del bien jurídico), pudiendo hacerlo, equivale a producirlo; es decir, no es ello igual que causarlo, pero tiene legalmente su mismo valor"⁴⁸.

Dado que los supuestos en los cuales se considera que alguien tiene el deber jurídico de evitar el resultado de un tipo de acción no se encuentran determinados en forma clara y cierta, una tal concepción de los delitos impropios de omisión no solo no logra satisfacer las exigencias propias del principio de legalidad⁴⁹, sino que, además, lleva a cabo una extensión de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos que, al no estar comprendidos en ellos, realmente carecen del desvalor típico y, por ello, no deben merecer la misma pena⁵⁰, por lo que también se vulnera el principio de proporcionalidad.

Como bien explica SCHÜNEMANN, "la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión solo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión"⁵¹. Por tanto, la aplicación de los tipos de la parte especial presupone en todos los casos la existencia de los elementos materiales que configuran lo ilícito de la correspondiente figura delictiva, razón por la cual la comisión por omisión exige algo más que la existencia de un deber jurídico particular; se requiere la equivalencia o identidad valorativa (típica) entre acción y omisión⁵². Y "dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control"⁵³.

Dicho *dominio* no se puede confundir con la mera *posibilidad* de dominio o de evitación⁵⁴, por lo que la sola existencia del deber de evitar el resultado, así se trate de un deber particular, no es por sí suficiente para válidamente identificar tal omisión con

ción "cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo, como sucede con los deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos (el que embriagó a otro tiene la obligación de protegerlo, el que conduciendo correctamente atropella al peatón desatento tiene el deber de asistirlo, etc.)" (cursivas textuales); J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, sin embargo, parece rechazar la injerencia, al plantear que "El mayor problema de la acción precedente como fuente deber de garantía personal es que resulta, este sí, violatorio de la reserva de ley y representa un recurso inadmisibles a la costumbre" (*Derecho penal...*, op. cit., pág. 172).

⁴⁵ El caso es comentado también por E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., pág. 274.

⁴⁶ Cfr. a J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, op. cit., págs. 311 y ss.; E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", págs. 262 a 265; L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 57 y ss.

⁴⁷ Así lo plantea la gran mayoría de los comentaristas de la parte general: F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 94; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 113; S. T. RUIZ, "Conducta omisiva y delitos de omisión", en J. E. VALENCIA (Director), *Estudios Penales (homenaje al profesor Luis Carlos Pérez)*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 79 a 88; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., pág. 169; con dudas, F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., págs. 446 a 450. El más completo estudio de los delitos de omisión en el código penal colombiano es, sin embargo, el realizado por O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1993, págs. 225 a 268.

⁴⁸ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., págs. 169 y 170. En igual sentido, L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, op. cit., pág. 113; S. T. RUIZ, "Conducta omisiva...", op. cit., pág. 88; O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, cit., págs. 230 y 231.

⁴⁹ Así lo plantea también F. VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, op. cit., pág. 450), quien, pese a ello, sigue derivando la posición de garante de fuentes formales. Por el contrario, consideran que el art. 21, inc. 2º, resuelve los problemas de legalidad de los delitos impropios de omisión, F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, op. cit., p. J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, op. cit., p.; y O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, cit., pág. 231.

⁵⁰ Así lo ha expuesto, en relación con el derecho español, L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., pág. 68.

⁵¹ B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", cit., págs. 21 y 22.

⁵² Cfr. en este sentido, B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., págs. 21 y 22; L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 73 y ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia...", cit., págs. 175-176; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit., págs. 306 y 307; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, op. cit., págs. 359 y ss.; E. GIMBERNAT, "Causalidad...", op. cit., págs. 248 a 256.

⁵³ B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., pág. 22.

⁵⁴ Cfr. a B. SCHÜNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., pág. 22.

la acción típica, por la sencilla razón de que quien omite, a diferencia de quien actúa, no crea ningún riesgo para el bien jurídico sino que se encuentra frente a una situación de riesgo ya creada. Hablar de responsabilidad penal por comisión por omisión supone, pues, "que la existencia o indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado queda efectivamente en manos del omitente: bajo su *control personal* —para lo que no basta la genérica 'posibilidad de salvación', condición también de la omisión pura—"⁵⁵.

Conforme a lo anterior, debe entenderse que cuando el artículo 21 inciso 2º del Código Penal hace equivalente la no evitación del resultado a su producción, a partir de la existencia de un deber jurídico, implícitamente está exigiendo que debe tratarse de la omisión de un deber jurídico penal (y no extrapenal), esto es, derivado de un tipo penal en particular y no normas de derecho civil o administrativo⁵⁶, pues solo en tal caso es posible establecer la identidad absoluta que plantea la norma. Tal identidad valorativa es la que precisamente falta en toda injerencia y en particular en el supuesto en el que, por ejemplo, se atropella a alguien y luego se le abandona, produciéndose su muerte (C. P., art. 330-2), pues aquí es evidente que el atropellamiento es el que crea el peligro para la vida. Como lo plantea LUZÓN PEÑA, "la posterior omisión de socorro ya no desencadena, no crea peligro alguno para la vida; solamente se encuentra con un peligro que ya está ahí, fuera del control y en este estadio el sujeto solo puede intentar volver a controlarlo. Por ello, porque no supone la creación del riesgo, se trata de una omisión propia, y no de comisión por omisión subsumible en el tipo del (y equiparable en desvalor al) homicidio"⁵⁷.

Creemos que una interpretación restrictiva como la que proponemos deberá ser aceptada inclusive por los autores que en nuestro país sostienen, en principio, la existencia de un deber jurídico como el único criterio de equivalencia exigido por el artículo 21 inciso 2º del Código Penal para equiparar una omisión a la acción típica⁵⁸, pues no creemos que tal punto de vista permita llegar a afirmar la configuración de una "violación por omisión", por ejemplo, en el caso del padre (garante) que no evitó, pudiendo hacerlo, que su hijo realizara la violación. Si en este caso, desde el punto de vista que se comenta, solo cabría apreciar, a lo sumo, una complicidad por omisión, se debe precisamente al hecho de que no es posible establecer una identidad valorativa entre la acción de acceder carnalmente de manera violenta a otra persona y el no evitar dicha acción. Tal ausencia de identidad valorativa es la que lleva en nuestro país a GÓMEZ MÉNDEZ a entender, con razón⁵⁹, que "Si, por ejemplo, un agente de la Policía Nacional que tiene la obligación de proteger la vida de los ciudadanos (decr. 1355 de

⁵⁵ S. MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit., págs. 306 y 307 (cursivas textuales). Así también, L. GRACIA MARTÍN, "La comisión por omisión...", op. cit., págs. 85 y 86; B. SCHÖNEMANN, "Sobre el estado actual...", op. cit., págs. 21 a 24.

⁵⁶ Sobre esta distinción, E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., págs. 264 y 265.

⁵⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, "Injerencia...", op. cit., pág. 175.

⁵⁸ Vid. nota 47.

⁵⁹ Así lo haga a partir de evidentes equívocos y confusiones conceptuales, como los de entender que el art. 21 inc. 2º del C. P., se refiere es a la omisión propia y que por lo tanto no es aplicable al tipo de homicidio; cfr. A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 46. Una crítica a la posición de este autor puede verse en O. GÓMEZ LÓPEZ, *El homicidio*, t. I, op. cit., págs. 236 y 237.

1970, art. 1º) observa que alguien va a matar a otro, y no lo impide, su conducta es reprochable ciertamente, pero no puede ser considerado como autor del homicidio cometido. Tenía sí la obligación jurídica de impedir el resultado, pero si no lo hizo, no puede decirse que aquel no hacer es tanto como haber ocasionado el resultado mismo"⁶⁰.

La lectura que proponemos del artículo 21 inciso 2º, del Código Penal, aparece entonces no solo compatible, sino ratificada por el artículo 330-2 del Código Penal, que precisamente sanciona el hecho de atropellar a alguien y luego no socorrerlo, cuando se produce la muerte, no como un delito doloso de omisión sino como un homicidio imprudente de acción, agravado por la omisión de auxilio. La explicación y justificación de tal tratamiento legal está en la interpretación propuesta del artículo 21, inciso 2º y que, reiteramos, excluye el mero actuar precedente como generador de una posición de garante. En consecuencia, la que no parece válida es la ya criticada interpretación amplia del mencionado artículo 21 inciso 2º, en cuanto no logra explicar de manera satisfactoria lo previsto en el artículo 330-2 del Código Penal.

Por lo anterior, tampoco cabe derivar la existencia de una posición de garante del artículo 95-2 de la Constitución, entre otras razones, por cuanto si dicha posición no la adquiere quien con su actuar precedente imprudente ha ocasionado un riesgo para la vida, con mayor razón tampoco la adquiere quien se encuentra totalmente desvinculado de la creación del riesgo (v. gr., el conductor que encuentra a un accidentado y no lo socorre). Así mismo, un deber general como el previsto para *todas* las personas en la referida norma constitucional, niega de por sí la idea de la posición de garante, que por lo contrario lo que busca es *seleccionar* de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido⁶¹.

Una tal comprensión de la posición de garante parece además objetable también desde el punto de vista político criminal, puesto que un genérico y vago deber de solidaridad social que sirviera de base a la misma asfixiaría de deberes a los ciudadanos y conduciría a una parálisis de la actividad social, dado que esta conlleva cierto nivel de riesgos para la vida y la salud de las personas, riesgos que no puede exigirse que sean tenidos bajo control por todos los ciudadanos. No porque la Constitución proclame un deber de solidaridad para con las personas que estén en situación de peligro para su vida o su salud, adquieren posición de garante los ciudadanos; siempre y en todo caso será necesario que en el caso concreto concurren los presupuestos materiales de la posición de garante, vale decir, el dominio personal de la situación de riesgo. Si ello no sucede, el comportamiento se mantiene dentro de los límites de la omisión de socorro (decr. 522 de 1971, art. 45), hecho punible que precisamente encontraría amparo en la norma constitucional (art. 95-2).

⁶⁰ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida...*, op. cit., pág. 47. Lo que no es cierto es, como cree este autor, que tal equivalencia no se presente porque supuestamente el agente "no tuvo conciencia y voluntad de realizar el tipo" (op. cit., pág. 47). En realidad, en tal evento el sujeto conoce que no realiza ninguna acción de salvamento, solo que tal situación, por lo dicho, no puede entenderse recogida en el tipo de homicidio.

⁶¹ Cfr. a E. GIMBERNAT, "La omisión impropia...", op. cit., pág. 264.

El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal

*Alfonso Cadavid Quintero**

Hace unos meses la Fiscalía General de la Nación presentó al Congreso de Colombia un proyecto de reforma a la legislación penal, que actualmente es debatido por el órgano legislativo. Las primeras informaciones relacionadas con el proyecto lo justificaban con el pretexto de la urgente necesidad de compilar en un solo texto la dispersa legislación sobre la parte especial del derecho penal del país; pero el proyecto se presentó con unas pretensiones mucho más amplias, reelaborando varias de las figuras de la parte general y no pocos tipos penales, y tipificando además muchas conductas impunes en la actualidad.

Aunque prácticamente ninguna voz se había escuchado acerca de la necesidad de promulgar un nuevo Código Penal, pues no se puede concluir la incompatibilidad del estatuto vigente con la estructura axiológica de la Constitución de 1991, era y sigue siendo razonable y necesario reunir en un solo texto la abundante legislación penal promulgada en virtud de cada una de las necesidades coyunturales, que en 17 años de vigencia del estatuto actual no solo no han sido pocas, sino que más bien se han convertido en la regla general. Tanto, como para manifestar que en Colombia las crisis coyunturales se han convertido en lo estructural.

Después de muchos meses de ostracismo, algo, aunque muy poco, se ha sabido en las últimas semanas acerca del estado de la discusión del proyecto. Y si se tiene en cuenta que Colombia es un país donde las más importantes reformas judiciales se votan, sin apenas discusión científica,

* Profesor U. de A., UPB.

ca, mediante el mecanismo al que la costumbre ha dado lugar a denominar el "pupitrazo", no sería de extrañar que el proyecto presentado por la Fiscalía, muy pronto se convierta en el nuevo Código Penal, eso sí, con las necesarias enmiendas en los debates que permitan superar, por cuestiones de favorabilidad, los problemas penales que afronta en la actualidad un gran sector de la clase política del país.

Tampoco habrá lugar a la sorpresa si de un momento a otro el proyecto se archiva, porque alguna mente "lúcida" con capacidad de dirección sobre el voto de determinado número de congresistas concluye, con la misma facilidad que sus afanes burocráticos de distinto tenor le hubieran podido sugerir lo contrario, que no había necesidad de un nuevo Código, porque por ejemplo, los problemas de injusticia social y de corrupción de Colombia no han dependido de la estructura de la legislación penal vigente.

Con independencia de que el nuevo Código llegue a ser promulgado o no, cuestión sobre la que es muy difícil emitir una opinión si no se pertenece a las esferas en las que se puede canjear un voto por determinada contraprestación, la presentación del proyecto constituye un buen pretexto para discutir acerca de la regulación de algunas figuras penales en la legislación vigente y en el proyecto de legislación presentado a la consideración del Congreso.

La propuesta, en lo que a la parte general se refiere, ha alcanzado la regulación de la culpa o imprudencia, lo que es de agradecer, dada la desafortunada redacción del artículo 37 del Código vigente, que la caracteriza solo a partir del elemento previsibilidad¹.

Teniendo presente que en las modernas sociedades del riesgo es perceptible con claridad una huida al derecho penal, es una necesidad urgente ocuparse de la estructura de los delitos culposos, los cuales se han convertido, cada vez con mayor frecuencia, en fuente de responsabilidad penal.

Sirva todo ello de pretexto, entonces, para efectuar un breve análisis de la estructura de la culpa en el proyecto de Código Penal.

¹ Art. 37. *Culpa. La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.*

Pese a lo que se manifestará en la nota siguiente, esta definición demuestra la influencia que en la doctrina nacional de la época ejercía todo el pensamiento de autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, quien al referirse a la culpa manifestaba, destacando también la idea de la previsibilidad, que aquella existe "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo", *La ley y el delito*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Hermes, 1959, págs. 371 y 372.

Aparte de lo criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa del hecho de que el legislador efectúe una serie de definiciones que deberían corresponder a la doctrina y a la jurisprudencia, esta fórmula para caracterizar la culpa es manifestamente insatisfactoria. Así, por ejemplo, si un cirujano de manera cuidadosa practica una operación a un paciente con una herida por arma de fuego a nivel del abdomen, que en el 90% de los casos conduce a la muerte, confiando en que logrará salvar la vida del paciente tal y como lo ha hecho en casos semejantes, produciéndose sin embargo la muerte unos instantes antes de lo que era esperable, habría que imputar al médico un delito de homicidio culposo según la fórmula que se está criticando, pues confió en poder evitar un resultado previsto.

Se dijo líneas atrás que es muy insatisfactoria la caracterización de la culpa en el Código vigente, lo cual es incomprensible si se tiene en cuenta que dicho estatuto fue elaborado en momentos en que se había logrado un alto consenso doctrinal respecto a los elementos integrantes de la estructura del delito imprudente.

En efecto, ya para 1980 se aceptaba por la doctrina mayoritaria que los elementos que integraban la estructura del delito culposo eran los siguientes²: una acción infractora del deber objetivo de cuidado correspondiente al sector de tráfico jurídico al que pertenece el agente y un resultado. Y entre ambos extremos de la relación se debía constatar la existencia de un nexo causal. Además, siempre se ha entendido que debe existir un elemento adicional al nexo causal, pues no se acepta que se pueda derivar responsabilidad penal del mero hecho de que una acción imprudente cause un resultado típico. Como elemento complementario se ha propuesto tradicionalmente el nexo de determinación o de antijuridicidad.

Así las cosas, acción infractora del deber objetivo de cuidado, resultado, nexo causal y nexo de determinación, serían cuatro los elementos fundamentales del delito imprudente de resultado.

La exigencia de un elemento adicional al vínculo causal entre la acción imprudente y el resultado, se puede considerar aceptada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia. Y también lo ha sido la teoría que entiende que ese elemento complementario es el nexo de antijuridicidad.

No obstante, en el último tiempo se ha presentado alguna discusión acerca de la naturaleza de ese elemento que obre como complemento del nexo causal, lo que ha puesto en tela de juicio el papel del nexo de determinación. Quienes todavía lo defienden suelen acompañarlo de algún elemento complementario, surgido normalmente de entre los criterios de imputación objetiva, y a tal efecto, se invoca con gran frecuencia el fin de protección de la norma.

Lo anterior permite afirmar que en la discusión reciente se encuentran posiciones como las siguientes: una que destaca la coexistencia del nexo de determinación y de la imputación objetiva del resultado, y otra que propone la sustitución del nexo de determinación como elemento complementario del nexo causal, por los criterios de imputación objetiva del resultado al autor. No es frecuente encontrar autores que manifiesten su renuencia a aceptar que el nexo de determinación pueda ser complementado, a su vez, por alguno de los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva, reiterando que el de mayor acogida ha sido el fin de protección de la norma.

Ahora bien, no solo el nexo de determinación ha sufrido severos cuestionamientos en los últimos años. También la infracción del deber objetivo de cuidado ha sido cuestionada durante los últimos años, con el argumento de su inutilidad en comparación con un desarrollo ordenado de los criterios de imputación objetiva.

² En tal sentido, por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal alemán*, 3ª ed. castellana, trad. de J. Bustos y S. Yañez, Santiago, 1987, traducción de la 11 ed. alemana de 1969, págs. 187 y ss.

En este escrito se hará una mención de las críticas más relevantes formuladas en los últimos años tanto a la infracción del deber objetivo de cuidado, como al nexo de determinación.

Los problemas relacionados con el nexo causal y con el resultado no serán materia de análisis en este texto. El primero, porque su problemática en el ámbito de los delitos imprudentes no presenta características especiales³, y el segundo, porque ya ha sido objeto de desarrollo en otro lugar⁴.

Así las cosas, en este texto se incluirán los siguientes aspectos: inicialmente se hará una mención de las características que debe reunir la actuación sobre la que se asienta el delito imprudente (1). Allí se analizará la infracción del deber objetivo de cuidado (1.1.) y la propuesta de sustitución de este elemento por la creación de un riesgo desaprobado como núcleo del delito imprudente, efectuada por un todavía minoritario, aunque muy calificado sector doctrinal (1.2.); se aludirá a los efectos de dicha propuesta (1.3. y 1.4.); y seguidamente se expresarán algunas ideas acerca de la problemática actual de la teoría del nexo de determinación (2); se hará referencia también a uno de los aspectos que menor atención ha despertado entre la doctrina como es el del régimen de la autoría y la participación en los delitos culposos (3), y se concluirá con una mención acerca de las modificaciones introducidas al régimen del delito culposo en el proyecto de reforma a la legislación penal (4).

1. DELITO IMPRUDENTE E INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

1.1. La fórmula tradicional de infracción del deber de cuidado como núcleo del delito imprudente

La noción del delito imprudente no ha gozado de un desarrollo pacífico en la doctrina. Históricamente se ha entendido que existen dos formas diferentes de responsabilidad penal, una derivada de una actuación intencional, otra asociada a la producción de un resultado no "buscado" por el sujeto.

Con el paso del tiempo y con el refinamiento de las elaboraciones dogmáticas en la estructura propuesta para el delito doloso, y en particular para el concepto de dolo, se fue alcanzando un alto nivel de desarrollo teórico, a la vez que se iba produciendo un destacable grado de consenso doctrinal y jurisprudencial respecto a los resultados de aquellas construcciones⁵. Frente a esta situación, la culpa o imprudencia, fue objeto de un desarrollo más lento, en el que con frecuencia destacaba una caracterización nega-

³ "La causalidad en el tipo culposo participa de las mismas penurias que el resultado pero, por lo demás, sigue siendo un concepto físico al igual que en el tipo doloso", ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 431.

⁴ CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998, págs. 195 y ss.

⁵ Sin embargo, existe una gran discusión en la doctrina reciente acerca del concepto de dolo. Al respecto puede consultarse la obra de DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1994, que le da un amplio tratamiento al tema.

tiva a partir de la ausencia de dolo o de un elemento intencional⁶. Varios años debieron transcurrir antes de llegar a caracterizarla como la infracción del deber objetivo de cuidado necesario para la vida de relación.

Se suele ubicar en 1930, gracias a los planteamientos de ENGISCH, el desarrollo de esta última idea (que ya había sido formulada con antelación)⁷; y su traslado sistemático al ámbito del injusto, lo que daría lugar a entender por la doctrina posterior y mayoritaria en la actualidad, que dolo e imprudencia son formas de injusto (de manera más específica, formas de tipicidad)⁸. Ello frente a la doctrina tradicional, que los entendía como formas de culpabilidad⁹.

A partir de la elaboración del sistema finalista, sobre todo debido a los planteamientos de WELZEL, y hasta la actualidad, aunque con un fundamento diferente al señalado por ENGISCH, se ha consolidado la comprensión de que dolo y culpa dan lugar a dos formas diferentes de injusto.

De acuerdo con lo expresado, la culpa (a la que después algún sector de la doctrina extranjera acordaría denominar como imprudencia, entre otras cosas para eludir la posible confusión terminológica con la idea de culpabilidad)¹⁰, ha sido caracterizada de manera mayoritaria dentro de la doctrina, y así lo ha aceptado también la jurisprudencia, como la infracción del deber objetivo de cuidado necesario para la vida de relación social.

Esta formulación comportó un avance muy importante en varios aspectos. Por lo pronto, representaba de manera definitiva la superación de la posible determinación de la responsabilidad penal a partir de la mera causación (producción causal) de un resultado¹¹.

⁶ En la doctrina más clásica se encuentran por ejemplo caracterizaciones de la culpa como la siguiente: "La culpa, en su esencia, consta de dos notas: una, la falta de volición que parece clarísima en la imprevisión de las consecuencias del propio obrar, no pudiendo sostenerse que haya sido querido aquel evento que no se ha presentado en la conciencia del ser que obra antes de obrar como consecuencia cierta, o, por lo menos, probable de su movimiento; por lo tanto, la culpa, de igual modo que el caso, se diferencia del dolo. La otra nota característica de la culpa está en que el hombre si no ha previsto los eventos como posibles como consecuencia de un hecho suyo voluntario, podía preverlos". ENRIQUE PESSINA, *Elementos de derecho penal*, 3ª ed., trad. de H. González del Castillo, Madrid, Reus, 1919.

⁷ Ya antes de ENGISCH señaló EXNER que "quien hace lo que exige el ámbito de relación, está, ya por eso, libre de toda responsabilidad aun cuando su hacer lleva consigo determinados peligros..."; se trata del problema de la antijuridicidad, con el cual la culpabilidad se une en este punto indisolublemente, citado por C. TOZZINI y J. BUSTOS, "Los delitos culposos", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, pág. 230.

⁸ Por todos, véase a MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 298.

⁹ No obstante, en la actualidad un sector muy importante de la doctrina sigue defendiendo que el dolo y la culpa son elementos integrantes de la culpabilidad. Así por ejemplo, COBO-VIVES, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 569 y ss.

¹⁰ Al respecto, MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4 de., Barcelona, PPU, 1996, pág. 268.

¹¹ Comentando el principio rector consagrado en el art. 5º del Código Penal vigente manifiesta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que: "no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues toda pena la supone, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado", *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997.

Aceptando que actúa de manera imprudente quien al obrar no acató el deber objetivo de cuidado¹² correspondiente a la situación¹³, se operaba una restricción muy importante del ámbito de lo prohibido: la norma penal emitiría un mandato de actuación conforme a cuidado y no una prohibición de producción de resultados, prohibición que por demás no tardaría mucho en ser cuestionada de manera muy severa por parte de la doctrina.

Ahora bien, pese a la gran acogida que ha tenido esta formulación, ella no ha logrado superar algunos problemas de fundamentación de la punibilidad o de determinación del ámbito de lo punible.

Uno de tales problemas, y quizás uno de los que mayores dificultades ha generado, es el relacionado con la concreción del deber de cuidado correspondiente a la situación concreta. La doctrina pronto percibió que aunque la norma penal tenía un contenido de mandato de actuación cuidadosa en procura de evitar la afectación de bienes jurídicos, el cuidado a observar en la situación concreta debería ser determinado en un ámbito "complementario" al de la norma penal, pues el contenido de esta se caracterizaba por su generalidad y por la incapacidad de determinar cuáles eran las medidas de cuidado necesarias para la situación concreta¹⁴.

Siempre se reconoció la existencia de un criterio fundamental para determinar el deber de cuidado: la forma como actuara un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor¹⁵. Pero junto a este criterio, que requería aun de concreción, se propusieron algunos criterios auxiliares que ayudaran a determinar este elemento fundamental del delito imprudente.

Con el objetivo de estructurar los distintos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar si se había cometido un delito culposo, se diferenció entre norma de cuida-

¹² No está de más señalar que ha habido una ardua polémica en torno a la determinación del carácter objetivo o subjetivo que quepa predicar del deber de cuidado, polémica que apunta fundamentalmente a los criterios desde los cuales configurar el referente a tener en cuenta para la concreción del cuidado que se debió tener en la situación concreta: el correspondiente a un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, o el que podía haber observado el individuo concreto. Sobre el sentido y alcance de la discusión, véase a MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., págs. 277 a 279.

¹³ "No hay un deber de cuidado general, sino que a cada conducta corresponde un deber de cuidado", E. Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1986, pág. 429, cursiva en el texto.

¹⁴ En este sentido, ARMIN KAUFMANN, "El delito culposo", trad. M. Moreno H., en *Nuevo Pensamiento penal*, año 5, 1979, pág. 480.

¹⁵ Así, por ejemplo, manifiesta JESCHECK: "Actúa imprudentemente según el párg. 276, 2 StGB "quien no observa el cuidado exigible en el tráfico". A su tenor, lo decisivo es lo que en la comunidad resulte "exigible" en cuanto a precaución y atención para evitar lesiones de bienes jurídicos...". Y más adelante expresa: "El módulo para la atención exigible al autor en la advertencia de peligros es el hombre concienzudo y reflexivo de la esfera de tráfico a la que pertenece el agente y, ciertamente, en la concreta posición en que este se encontraba y contemplando *ex ante* la situación de peligro"; *Tratado de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., trad. J. L. Manzanares, Granada, Comares, 1993, pág. 525.

do, deber objetivo de cuidado, y normas o reglas técnicas¹⁶. Esta diferenciación resultaría importante para la concreción del deber de cuidado mediante la determinación de niveles cada vez más específicos del deber de actuación.

De acuerdo con esta diferenciación, el tipo del delito culposo estaría asentado sobre una norma de cuidado, que sería una norma de determinación orientada a la evitación de situaciones de peligro para bienes jurídicos. La norma emitiría un mensaje a los ciudadanos de abstenerse de realizar conductas que por la forma imprudente de ejecutarlas generen riesgos ilícitos para bienes jurídicos protegidos, o eleven esos riesgos a niveles superiores a los permitidos por el mismo ordenamiento¹⁷.

De la norma emergería un deber general, no concretado ni en el tiempo ni en el espacio, que daría lugar, eso sí, a un deber concreto de actuación según la situación en la que se hallara el destinatario de la norma. "El deber de cuidado es un deber intelectual general, no orientado de forma inmediata al ordenamiento. El deber de cuidado es consecuencia de la existencia de normas regladas —reglas técnicas— (que pueden ser legales, de costumbre, de uso...) de la vida social y es por ello una condición implícita común y esencial a toda norma jurídica"¹⁸.

Finalmente estarían las normas o reglas técnicas, que serían normas establecidas dentro de los distintos ámbitos de tráfico jurídico "para aquellos supuestos en los que la experiencia general de la vida demuestra la gran probabilidad de que una acción (...) de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico"¹⁹. A estas normas se les ha reconocido un origen diverso, que podría estar en las normas administrativas de reglamentación de determinado ámbito de actividad social, o en normas derivadas del consenso social acerca de su conveniencia y necesidad para la regulación y neutralización de los riesgos en determinados sectores de actividad o finalmente en las reglamentaciones expedidas por los mismos agentes sociales intervinientes en el correspondiente sector del tráfico jurídico a efectos de neutralizar los riesgos asociados a sus actuaciones.

En conclusión, para la doctrina tradicional en la configuración del delito imprudente se haría necesario reconocer varios elementos relacionados entre sí. El concepto fundamental sería el de norma de cuidado, que contendría un mandato de actuación cuidadosa, en los supuestos en los que con la actuación pudiera crearse un peligro para determinados bienes jurídicos. Dicha norma no alcanza a constituir una determinación del cuidado a asumir en la situación concreta, el cual, gracias al concepto de deber de

¹⁶ En España ha desarrollado esta diferenciación CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, cap. II, secciones a.b.) y a.c.), Barcelona, PPU, 1989.

¹⁷ CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 85.

¹⁸ CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 91. Ahora bien, debe llamarse la atención acerca de la posible equiparación del deber de cuidado con las denominadas normas técnicas. Esa equiparación que podría parecer posible dentro de la cita efectuada, es lo que se desea cuestionar en las líneas siguientes.

¹⁹ CORCOY, *El delito imprudente*, pág. 103. En el espacio entre paréntesis la autora habla de acción "de este tipo", expresión que para conservar la coherencia con lo que aquí se ha expresado se podría sustituir por la de "ejecutada en ese ámbito de tráfico jurídico".

cuidado vinculado a la manera como habría actuado un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor, genera criterios concretos de valoración del comportamiento; este, a su vez, podría ser concretado acudiendo a las reglas técnicas vigentes en un determinado sector de la actividad social, justamente el ámbito dentro del cual haya sido desarrollada la acción peligrosa.

La relación entre el deber de cuidado y la regla técnica ha sido reconocida como una relación contingente, no necesaria²⁰. Ello por varias razones. Por un lado, porque podrían existir espacios de actividad social (de tráfico jurídico), carentes de regulación específica; y sobre todo, porque en algunos momentos podría resultar que la situación concreta, en aras de una efectiva salvaguardia del bien jurídico, exigía una actuación contraria a la ordenada por la regla técnica; pues en general se acepta que las reglas técnicas tienen una vocación de regular, fundamentalmente, "situaciones tipo", pero sin alcanzar todas las variantes relevantes con respecto a la situación prevista que pudieran presentarse en el caso concreto²¹.

Lo problemático de la determinación del deber de cuidado correspondiente a la situación concreta ha tenido varias manifestaciones. Entre las más destacadas están las siguientes: el del contenido de la norma de cuidado; la discusión acerca de si la norma penal que consagra el delito imprudente es o no una norma penal en blanco; y la definición del *status* que le corresponde a las reglas técnicas.

Esos problemas, entre otros, han dado lugar a que se proponga la supresión de la infracción del deber objetivo de cuidado, a la hora de estructurar los delitos imprudentes, y su reemplazo por los criterios de imputación objetiva del resultado.

1.2. Las propuestas de sustitución del elemento infracción del deber objetivo de cuidado

CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS, dos de los penalistas más influyentes de los últimos años, han venido proponiendo que en la configuración del delito imprudente se suprima la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado; y han propuesto que su lugar lo ocupe la idea de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, al entender que todo lo que constituye el contenido de la infracción del deber de cuidado,

²⁰ En este sentido, por ejemplo, ZAFFARONI, "Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, tales como conducir vehículos motorizados. En esos casos, la violación de los preceptos reglamentarios será un indicio de la violación al deber de cuidado, pero será preciso tener siempre presente que una infracción administrativa no es un delito, dado que no siempre la infracción del reglamento es una violación al deber de cuidado", *Manual de derecho penal*, 5ª ed., pág. 431, negrita ajena al texto.

²¹ Así, citando un caso, que el autor del que se toma la cita reconoce como de uso frecuente, propone CÓRDOBA RODA la situación "del conductor que invade parte de la calzada de signo opuesto por la que ocasionalmente no circula nadie, al objeto de evitar el atropello de un menor que se encuentra en la parte derecha por la que el conductor circula. En tal caso puede haberse infringido un precepto reglamentario, pero la conducta realizada será adecuada a la norma de cuidado", "Los delitos culposos en la imprudencia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 204.

resulta explicado de manera más satisfactoria mediante los criterios de imputación objetiva.

Incluso manifiestan su desacuerdo con la comprensión del delito imprudente a partir de la infracción de una norma de cuidado, por entender que esa concepción es "errónea desde el punto de vista de la lógica de la norma", pues produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión²².

La propuesta de supresión de la infracción del deber objetivo de cuidado se enmarca dentro del contexto que configura la teoría de la imputación objetiva como una teoría de más amplio alcance, que ha venido intentando fundamentar sobre nuevas bases el concepto de injusto.

Por constituir la teoría de la imputación objetiva el marco de referencia de este planteamiento, se hará una breve alusión a la misma para explicar posteriormente el sentido de la propuesta de los autores acabados de mencionar.

Desde comienzos del decenio de los 60 ROXIN, ha venido propugnando la construcción de un sistema del hecho punible en clave valorativa, posición que a su vez representó en su momento la asunción de una postura muy crítica con los planteamientos de WELZEL, cuya sistemática finalista gozaba en ese momento de una estructura consolidada, por más que ocasionalmente el mismo WELZEL, se hubiese dado a la tarea de revisar algunos de los planteamientos derivados de sus premisas fundamentales.

En el aspecto que aquí interesa, se debe a ROXIN, el desarrollo de la idea de la imputación objetiva. El planteamiento fundamental al respecto es que la atribución a una persona de un resultado como obra suya debe superar la mera comprobación causal, para asumir la forma de un juicio de valor en el que se constaten por lo menos dos momentos diferentes: en el primero, la creación de un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, y en el segundo, la realización de dicho riesgo en el resultado.

Varios criterios de determinación del carácter desaprobado del riesgo, de la realización del mismo en el resultado, han sido propuestos por ROXIN. Sin embargo, interesa destacar en este momento que la idea fundamental correspondiente al primer nivel de imputación, se concreta en la idea del riesgo permitido. Aunque parezca una obviedad en la forma en que se va a expresar, no existe una creación desaprobada del riesgo, cuando desde una perspectiva *ex ante* el riesgo que se ha de crear mediante la realización del comportamiento, es permitido; y al contrario, el comportamiento será prohibido si el riesgo que *ex ante* se puede determinar que será creado por el comportamiento es prohibido o no permitido, lo que podría determinarse atendiendo a factores tanto cualitativos como cuantitativos respecto al riesgo.

Estas ideas tienen un precedente lógico importante, en la idea de que el legislador no podía prohibir la producción de resultados, sino la realización de comporta-

²² CLAUS ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Civitas, 1996, pág. 1000, la cita contenida en este aparte corresponde a JAKOBS, quien a su vez se refiere al asunto en su derecho penal, Parte general, trad. de la 2ª ed. por J. Cuello y J. L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1995.

mientos de los que fueran predicables determinadas características. En efecto, como se demuestra en innumerables casos, la tentativa, por ejemplo, los hombres no controlamos el transcurso y desarrollo de los procesos causales, sino simplemente la realización de comportamientos, y por esa razón el legislador debe dirigirse mediante la emisión de un mensaje normativo a los ciudadanos para que se abstengan de realizar aquellos comportamientos mediante los cuales puedan poner en peligro un bien jurídico, según la valoración de un observador medio desde una perspectiva *ex ante*, es decir, una valoración emitida por un sujeto que situado mentalmente en el momento de la realización del comportamiento, determinara cuáles eran los riesgos asociados al actuar que está apreciando.

Ahora bien, el riesgo que *ex ante* pudiera generarse con el comportamiento para bienes jurídico-penales debería ser un riesgo prohibido. La determinación de si el riesgo concreto tiene ese carácter puede determinarse de varias formas, pero existe una que ha sido especialmente importante y que ha gozado de una especial atención por parte de la doctrina reciente: el de la ponderación de intereses entre los riesgos generados por el comportamiento para determinados bienes jurídicos, y la utilidad social asociada a aquel.

En efecto, no todo comportamiento generador de riesgo para un bien jurídico protegido es, por ese solo hecho, un riesgo prohibido. Respecto a algunas actividades la sociedad tiene interés en permitir su realización dada la utilidad que las mismas le reportan. Así, por ejemplo, parece claro que existen riesgos importantes para bienes jurídicos fundamentales derivados de la permisión de actividades relacionadas con el tráfico automotor, pero difícilmente sería posible la vida social como la conocemos hoy, si la participación en el tráfico automotor constituyera una actividad prohibida (aunque la permisión está condicionada a otros factores adicionales, como, por ejemplo, la indeterminación de las posibles víctimas de la actividad riesgosa, en principio permitida).

PAREDES CASTAÑÓN ha demostrado de qué manera en una sociedad concreta las mayores necesidades, por ejemplo, de progreso industrial, justifican la permisión de niveles altos de riesgo para bienes jurídicos importantes, permisión que no se presentaría en sociedades en las que dado el mayor nivel de industrialización o de desarrollo social alcanzado, existan las condiciones necesarias para limitar de manera más efectiva los riesgos asociados a ese progreso industrial, y poder ofrecer así una protección más estricta a los diversos bienes jurídicos fundamentales²³.

Sin embargo, la problemática de la permisión del riesgo no termina ahí. Además de lo anterior, las altas cotas de desarrollo industrial y de progreso tecnológico al interior de las sociedades modernas por una serie de agentes particulares, en muchísimas ocasiones dejan al Estado al margen de la posibilidad de introducir reglamentaciones específicas para el control y determinación de la licitud de los riesgos creados para bienes jurídicos fundamentales con la actuaciones de esos agentes no estatales (piénsese,

por ejemplo, en la posibilidad de encontrar alguna explicación desde esta perspectiva a desastres como el de la Union Carbide en Nueva Delhi hace algunos años; o a los innumerables y cotidianos casos de intoxicación por ruido que afectan la salud de las personas, de manera especial en países del Tercer Mundo).

Como ya se señaló, no se puede perder de vista a los efectos de determinar el carácter permitido o no del riesgo generado por el comportamiento, que existen espacios de actividad social que no alcanzan a ser reglamentados específicamente por el Estado. Por esa razón, en muchas ocasiones la determinación de las condiciones en las que ha de ejecutarse el comportamiento, e incluso, los niveles de permisión del riesgo quedan condicionados a lo que dispongan los agentes sociales que se mueven dentro del ámbito de actividad respectivo.

La intervención de los agentes sociales generadores del riesgo, en la determinación del carácter permitido o no del mismo, ha sido reconocida de manera explícita por la doctrina. Así, por ejemplo, ROXIN ofrece una clasificación de las fuentes de determinación del carácter prohibido del riesgo: en primer lugar habla de las normas jurídicas: "En muchos ámbitos de la vida, sobre todo en el derecho de la circulación, el legislador ha dictado prohibiciones de puestas en peligro abstractas, cuya infracción fundamenta en general la creación de un peligro no permitido"; en segundo lugar destaca las normas de tráfico, señalando que además de las anteriores "la creación de un peligro no permitido se deriva sobre todo de la infracción de 'normas del tráfico'. Se trata de 'reglamentaciones' que han sido creadas por asociaciones o consorcios de intereses privados sobre todo en el terreno técnico y para el ejercicio de determinadas especialidades deportivas"²⁴.

A las anteriores fuentes de la prohibición del riesgo, añade ROXIN el principio de confianza (destacando su operancia en el ámbito de la circulación y del trabajo en equipo a la vez que estudia su relevancia en supuestos cercanos al de la "prohibición de regreso"); la figura-baremo diferenciada del hombre medio correspondiente a un individuo perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que aquel cuyo comportamiento es enjuiciado; los deberes de información y de omisión; y la ponderación de utilidad y riesgo²⁵.

Estos criterios, manifiesta ROXIN, serían mucho más eficaces en la determinación de la relevancia jurídica de la actuación peligrosa que el concepto de infracción del deber objetivo de cuidado. Y es por ello que este autor propone que a esos criterios, los mismos con ayuda de los cuales determinar desde una perspectiva *ex ante* si la actuación genera un riesgo no permitido, se les asigne la función de establecer la relevancia jurídica de la actuación peligrosa, con prescindencia del criterio que representa la infracción del deber objetivo de cuidado.

El paso siguiente será entonces constatar si, empleando un concepto al que suelen acudir los autores alemanes, es mayor la "capacidad de rendimiento" de los criterios de imputación objetiva que el de infracción del deber objetivo de cuidado.

²³ El riesgo permitido en derecho penal, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, págs. 144 y ss.

²⁴ ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 1001.

1.3. Los efectos de la propuesta de sustitución de la infracción del deber objetivo de cuidado

La propuesta de ROXIN para la determinación del carácter desaprobado del riesgo se construye a partir de la constatación de una serie de criterios, cuyo orden, en la propuesta de dicho autor, a la que se hizo referencia en el apartado anterior, es como sigue: normas jurídicas de carácter administrativo destinadas al control de riesgos, normas dictadas por los agentes pertenecientes al mismo sector de actividad, el principio de confianza; y la figura-baremo diferenciada del hombre medio.

La doctrina partidaria de la infracción del deber objetivo de cuidado, al ocuparse de la problemática de determinación del mismo en el caso concreto propone acudir a una serie de criterios en los que no se detecta una diferencia fundamental con los destacados por ROXIN.

A manera de ejemplo se hará a continuación una cita extensa de los criterios propuestos por JUAN BUSTOS, uno de los autores que reivindican la idea de la infracción del deber objetivo de cuidado, para determinar cuándo se ha producido este fenómeno: "... el juicio del juez parte del sistema normativo, del conjunto de regulaciones jurídicas y de lo que conforme a ello habría realizado el hombre medio del cual se parte en esa situación de acuerdo a esas circunstancias fácticas y personales (...).

Luego desde esta perspectiva, se trata de señalar con precisión cuáles eran las medidas de precaución o cuidado requeridas en esa situación determinada. Y tales medidas pueden llegar al caso más extremo, en el sentido de *que lo que la persona debió hacer fue abstenerse del comportamiento correspondiente* (...).

De ahí que para ello surjan en la vida moderna como esenciales los reglamentos, es decir, todas aquellas normas jurídicas dadas por la autoridad para regular determinada actividad...

Pero además la complejidad de la vida moderna ha llevado a que en ciertas profesiones, por su trascendencia en ella, se contemple por los propios profesionales o técnicos una determinada regulación de su actividad, dictándose ellos mismos determinadas *normas de regulación* que se denominan generalmente códigos de ética, o bien simplemente reglas técnicas...

Ahora bien, pero no solo en la vida moderna están estos códigos de ética o reglas técnicas, sino que se tiende además a reglar cualquier actividad por el grupo que la lleva a cabo.

Por último, también en la actualidad contratos y convenios colectivos contienen reglas a las cuales deben atenerse las partes (...)”²⁵.

Aunque BUSTOS pretende destacar en los apartes citados que existirán muy pocos ámbitos en los que no existan reglamentaciones que ayuden a delimitar el deber de

²⁵ ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, págs. 1004 y ss.

²⁶ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposos*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1995, págs. 46 a 49. Cursivas en el texto.

cuidado, resulta muy esclarecedora la alusión a esas distintas regulaciones en el orden señalado.

Si se coteja ello con lo propuesto por ROXIN a efectos de determinar cuándo estamos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado, se pueden percibir muy pocas diferencias. Una de ellas es fundamental: el papel que se confiere a la comparación de la actuación del agente con la que hubiera realizado un hombre medio correspondiente al mismo sector de tráfico jurídico que él. Mientras que para la teoría tradicional ese es el criterio rector, respecto del cual los demás son criterios auxiliares que ayudarían a concretarlo; para la propuesta de sustitución este es un criterio apenas complementario, que solo operaría en ausencia de disposiciones administrativas de control de riesgos, de una indicación precisa por la *lex artis* del buen obrar correspondiente a esa actividad específica, de una norma expedida por los agentes generadores de riesgos, o cuando no sea posible solucionar el asunto con la ayuda del principio de confianza.

En el fondo entonces optar por el criterio de la infracción del deber objetivo de cuidado, o por los criterios de determinación del carácter desaprobado del riesgo generado por la conducta, a la manera de la imputación objetiva, solo parece tener una diferencia específica: el papel que se asigna a la forma como se habría comportado un sujeto medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor. O es un criterio rector al que los demás le sirven de ayuda, o es apenas un criterio que opera si falta la posibilidad de acudir a los otros criterios.

La construcción de ROXIN, que transcurre por la segunda vía, tiene un efecto práctico: la infracción de la norma administrativa de control de riesgos tendría la virtualidad de determinar, ella misma, el carácter imprudente del comportamiento, quedando a un paso de agotar así el desvalor de acto correspondiente al hecho. Es decir, se convertiría la infracción de la norma administrativa, cuando la haya, en infracción directa de la norma penal.

Ese efecto, que justamente es el que se busca cuestionar en este escrito, solo podría corregirse si se considera que el criterio rector es el propuesto por la doctrina tradicional, es decir, el del hombre medio.

Además, existe otro aspecto en el que la propuesta de ROXIN sería muy insatisfactoria, si posibilita la relegación del hombre medio a un papel tan secundario como el que le asigna, y que se manifiesta de forma especialmente clara en la denominada imprudencia profesional. El efecto denunciado sería la asignación de carácter normativo a la reglamentación del correspondiente sector de actividad por parte de los agentes sociales intervinientes en el mismo.

De esa manera la determinación del cuidado correspondiente a la situación concreta sería efectuada por los mismos sujetos interesados en el control de su actividad, lo que pese a la confianza que en general pudiera generar la actuación de los mismos, es innegable que para el Estado de derecho resulta muy peligroso, pues podría propiciar amplios espacios de impunidad, toda vez que la conveniencia de los agentes sociales en la obtención de lucro podría llevarlos a relajar las medidas de contención de

riesgos por cuestiones de índole económica, con perjuicio de bienes jurídicos de trascendental importancia.

Ante una disyuntiva semejante, parece obvio que las exigencias del Estado de derecho sugieren limitar en la mayor medida posible la capacidad normativa que se puedan dictar los propios agentes sociales generadores de riesgos y ello lo propicia el criterio del hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el autor²⁷.

De lo acabado de manifestar se podrían extraer algunas conclusiones provisionales, para orientar la reflexión efectuada en el apartado anterior, que pretenden destacar las críticas que se le han formulado al concepto de la infracción del deber objetivo de cuidado. Las críticas a este criterio han estado vinculadas a las dificultades asociadas fundamentalmente a los problemas para su concreción; sin embargo, esas dificultades parecen estar asociadas a la naturaleza misma de las conductas reguladas y a lo variable del contexto social en el que las mismas son desarrolladas, lo que determina que en algunos eventos la persona que realiza el comportamiento deba asumir ella misma, la valoración sobre la idoneidad de las medidas necesarias para la neutralización del riesgo que se pudiera desprender de su actuación, en el entendido de que esos serán los criterios a emplear por el juez a la hora de valorar su actuación. La incertidumbre que genera la no definición absoluta de los criterios con los cuales determinar la infracción del deber objetivo de cuidado ha sido una la principal fuente de críticas al criterio de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Sin embargo, como se destacará a continuación estos problemas tampoco los soluciona la teoría de ROXIN.

1.4. *Cuáles son las ventajas de la supresión de la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado*

Si se observa bien, en la propuesta de ROXIN, a quien se tomó como representante del pensamiento de la imputación objetiva en el ámbito de la imprudencia, se apunta fundamentalmente a sistematizar los criterios de determinación del carácter ilícito del riesgo. Ellos coinciden con los de la doctrina tradicional de la infracción del deber objetivo de cuidado. Esos criterios, sin embargo, no habían sido materia de un desarrollo indiscriminado y ya venían siendo tratados de manera autónoma y muy similar a la indicada por ROXIN. Hasta este punto su propuesta no comporta un avance sustancial con respecto a los planteamientos previos.

De esa manera, si la ventaja de la supresión de la categoría de la infracción del deber objetivo de cuidado estaba representada por las mayores facilidades para la concreción de la ilicitud del comportamiento, los resultados son muy pobres. Las propues-

²⁷ Una reflexión especialmente relevante acerca de la necesidad de no confundir los criterios del hombre medio ideal y al deber de actuación según la posición ocupada según el sector de tráfico jurídico dentro del que se desarrolla la actuación peligrosa en PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, págs. 331 y ss.

tas de sustitución no representan un avance, ni solucionan los problemas generados por el criterio criticado.

Quiere decir lo anterior que pese a sus innegables limitaciones, derivadas sobre todo del carácter relativamente abstracto de los factores con ayuda de los cuales determinarla, la infracción del deber objetivo de cuidado sigue siendo el criterio más satisfactorio para determinar el carácter punible del hecho culposos. Lo abstracto del concepto obliga más a intentar precisarlo que a prescindir de él, en aras del empleo de otros criterios, que sin la misma tradición dogmática, podrían generar más problemas nuevos que soluciones.

Por ende se puede afirmar que al momento de enjuiciar el comportamiento el juez habrá de tener en cuenta la valoración que haya efectuado, o que hubiera debido efectuar el individuo, remitiéndose a la forma como hubiera actuado un hombre medio perteneciente al mismo sector de tráfico jurídico que el actor. Ese referente, que parece representar un coste relativamente alto para la punición del comportamiento imprudente, debe resultar complementado mediante el recurso a las reglamentaciones hechas por el Estado de determinadas actividades generadoras de riesgos frente a los que la sociedad resulta especialmente sensible dada su intensidad. Allí se encontrarán por lo menos pautas generales de valoración, que el ciudadano, en esas áreas frente a las que la sociedad es especialmente sensible, habrá podido tener en cuenta en la determinación de cuál es el actuar ajustado a derecho.

Por otro lado, no se puede desconocer que aunque las reglamentaciones administrativas no tienen un valor absoluto en cuanto a la determinación del carácter imprudente o no del comportamiento, lo que viene asociado generalmente a su vocación de reglamentar los "casos-tipo", si tienen una utilidad perceptible en relación con los efectos mencionados. Ellas no son despreciables, aunque no son pautas definitivas de valoración, pues deben ser apreciadas considerando que en algún caso el deber objetivo de cuidado podría sugerir actuar en contra de lo dispuesto por tales reglamentaciones.

Conviene también destacar la inconveniencia político-criminal de delegar a los agentes sociales generadores de riesgos, la determinación del carácter prohibido o permitido de los mismos. Las pautas de actuación emanadas de los mismos tendrán un valor heurístico importante, pero su fuerza vinculante ha de ser limitada.

En conclusión, el de la imprudencia no ha sido ni es el reino de la arbitrariedad. Existen pautas de concreción de la licitud de la actuación realizada por el sujeto, que aunque en determinados espacios sociales requieren de complementación, no por ello son repudiables ni sustituibles por otros criterios que no ofrecen resultados más satisfactorios.

Aventurarse en la senda de prescindir de un concepto que ha sido tan útil y claro como el del deber objetivo de cuidado, en aras de introducir otros criterios cuya fuerza explicativa es menor, y que darían lugar a equiparar injusto penal e infracción administrativa, no parece una experiencia que resulte útil al derecho penal, por lo menos no en Colombia, en un momento en el que el trabajo dogmático debe orientarse más bien a

perfilar debidamente los contornos de las categorías existentes que sean político-criminalmente satisfactorias, que a reproducir, por meros factores de novedad, los aportes de las doctrinas foráneas.

2. LA PROBLEMÁTICA DEL NEXO DE DETERMINACIÓN

Ya antes se manifestó que la doctrina tradicional y la jurisprudencia de nuestros tribunales exigen la constatación de un elemento adicional al nexo causal entre la actuación imprudente y el resultado típico. Ese papel tradicionalmente le ha sido asignado al nexo de determinación.

Lo que se busca con este concepto es establecer que el resultado típico además de haber sido causado por la actuación imprudente debe ser consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado. Ello significa que el sujeto solo será responsable si con una actuación cuidadosa, el resultado no se hubiera producido.

Este elemento ha sido caracterizado por la doctrina de la siguiente manera: “no se da la relación de imputación objetiva si a pesar de que la persona actuante hubiese aplicado el cuidado exigido, de todos modos se hubiese producido el resultado jurídico afectante. Por eso es que se habla de procedimientos o procesos hipotéticos a tener en cuenta, que no es sino una argumentación valórica sobre la base del principio lógico de contradicción”²⁸.

El recurso al nexo de determinación ha sido fundamental en la práctica judicial, a la hora de determinar la responsabilidad penal de una persona; pero sin embargo, este elemento ha sido objeto de una crítica radical en los últimos años en la medida que comporta el empleo de un curso causal hipotético.

Los cursos causales hipotéticos implican la comparación de lo efectivamente acaecido, con el desarrollo que habrían tenido los sucesos si en lugar de la actuación objeto de enjuiciamiento se hubiera realizado una distinta; y han sido empleados de manera recurrente por la doctrina, no solo en el ámbito de los delitos culposos, sino también en el ámbito de los delitos de omisión, bajo la forma del denominado nexo de evitación.

Los cursos causales hipotéticos son empleados en un ámbito complementario al de la causalidad de acuerdo con lo que se expresó unas líneas atrás. Sin embargo, los problemas epistemológicos que plantea la suposición de una actuación no realizada no son de poca monta y ello ha conducido a plantear que su empleo se debe suprimir.

La crítica de GIMBERNAT, uno de los autores que mayor atención ha dedicado a esta cuestión es muy radical: “La primera objeción contra la aplicación de una fórmula de la *conditio sine qua non* que no tenga en cuenta el resultado concreto nos es ya

conocida: entonces habría que aceptar la inadmisible solución de que el conductor que mata culposamente no debe responder por su acción si se demuestra que la víctima hubiera perecido después, de todos modos, a consecuencia de un incendio o de un atropello.

La segunda objeción es: toda condena por homicidio culposo lesionaría el principio *in dubio pro reo*, pues nunca se podría llegar a un conocimiento seguro sobre lo que le habría ocurrido a la víctima en los próximos días”²⁹.

En desarrollo de esa idea manifiesta GIMBERNAT que de ser consecuentes con la aplicación del *in dubio pro reo*, la gran mayoría de procesos en los que se aplicaran los cursos causales hipotéticos deberían conducir a la absolución³⁰; porque el desarrollo consecuente de la teoría del nexo de determinación demanda que se compruebe con certeza que la conducta adecuada a derecho hubiera impedido la realización del resultado. Si al respecto existe algún margen de duda, en el sentido de que con la acción cuidadosa hubiera podido acaecer el resultado, habría que absolver, en aplicación del principio probatorio antes mencionado.

Los teóricos de la imputación objetiva, que comparten dicha crítica, han manifestado que el elemento complementario del nexo causal entre la actuación imprudente y el resultado típico debe ser el incremento del riesgo, pues este ofrece mayores seguridades a la hora de valorar los hechos. Para ROXIN no es satisfactorio que en presencia de una pequeña posibilidad de que el resultado se hubiera presentado con la conducta alternativa adecuada a derecho haya que absolver al imputado.

En relación con el famoso caso del ciclista³¹ manifiesta ROXIN lo siguiente: “Está ampliamente aclarada la cuestión, ya tratada, de que se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo

²⁹ GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, reimp., Madrid, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1990, págs. 132 y 133.

³⁰ “La doctrina que quiere aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non* para determinar cuáles son los casos en los que hay que absolver al autor por no realización de la infracción del deber, se encuentra en una situación sin salida: si exige que se demuestre con probabilidad rayana en la certeza que el resultado se habría producido también con un comportamiento diligente, lesionará el principio *in dubio pro reo* al condenar en aquellos casos en los que no se demuestre, con una probabilidad grandísima, que el resultado habría sido el mismo tanto con conducta imprudente, como con conducta correcta —con lo que la conducta se interpretará no a favor, sino en contra del agente—; por otra parte, en el momento en que no se exija una gran probabilidad en la prueba de que el resultado hipotético habría sido el mismo si la conducta ejecutada hubiera sido la prudente, habrá que absolver en casi todos los casos de producción culposa del resultado”, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pág. 133, nota 65.

³¹ La teoría de la imputación objetiva, que en la tónica ha tenido un instrumento fundamental de desarrollo, ha debatido una serie de casos que han ayudado a definir sus contornos. Uno de ellos es el caso del ciclista planteado por ROXIN de la siguiente manera: “El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo, no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico”, *Derecho penal*, Parte general, pág. 379.

²⁸ BUSTOS, *El delito culposo*, págs. 79 y 80.

resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. En cambio, en el caso del ejemplo, según la concepción aquí mantenida, es obligada la imputación, porque una conducción correcta habría salvado la vida, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente, y por tanto la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal³².

Las consecuencias de uno u otro planteamiento dogmático surgen con plena claridad en este caso: ante la incertidumbre de lo que hubiera acaecido en el caso de que se hubiera adelantado al ciclista a la distancia reglamentaria se opta por condenar, si se estima que se elevó la posibilidad de matarlo al conducir el camión como se hizo. El argumento fundamental que subyace a la postura que propone la imputación del resultado de muerte al autor radica en que al incumplir la norma reglamentaria de tránsito, que apuntaba a la limitación de riesgos, el sujeto aumentó las posibilidades de producción de la muerte del ciclista.

Es claro también que ante esa incertidumbre los autores que abogan por el reconocimiento del nexo de determinación propondrían absolver.

En este caso se manifiesta con toda claridad una de las consecuencias de la teoría de la imputación objetiva: una manifiesta ampliación del ámbito de la responsabilidad penal, mediante el refinamiento de las categorías dogmáticas. Es decir, de alguna manera se legitimó teóricamente la extensión del derecho penal, haciendo de la pena un mecanismo más con el cual afrontar el problema que se deriva de la producción del resultado típico.

Hay un caso en la jurisprudencia española que refleja con toda claridad el problema que se quiere destacar (sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 1991, magistrado ponente: A. Huerta y Álvarez). El caso es el siguiente: un paciente ingresó a un centro hospitalario en pésimo estado neurológico (se encontraba en estado de coma carus, grado III, con pérdida absoluta de sus funciones de relación y con respiración espontánea insuficiente). Pocas horas después de su ingreso al centro hospitalario pasó de coma grado III a coma grado IV, sin respuesta a ningún tipo de estímulos, midriasis bilateral, ausencia de reflejos osteo-tendinosos, cutáneo-plantares corneales y encefalográficos y falta de respiración espontánea, todo lo cual reflejaba una irreversible ausencia de actividad cerebral. Agravado su estado, se le detectó radiológicamente un problema a nivel pulmonar. El problema era una atelectasia pulmonar que erróneamente se confundió con un derrame pleural. El médico tratante efectuó una punción para extraer el líquido pleural, pero "al hacerlo por inadecuada vía de abordaje y grado de penetración le produjo un desgarró en una arteria intercostal y alcanzó el bazo originando un sangramiento interno que determinó el fallecimiento por parada cardíaca, por shock hipovolémico, once horas después". Lo que interesa a los efectos del análisis es lo siguiente. La ley española de transplantes (Real Decreto de 22 de febrero de 1980) señala los requisitos para declarar cerebralmente muerto a un paciente. Ellos

son 4: ausencia de respuesta cerebral, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis, y electroencefalograma plano.

Al momento de la intervención errónea, el paciente presentaba los tres primeros signos clínicos, pero no se había practicado el electroencefalograma. En la situación del paciente existía una gran probabilidad de que el resultado de ese examen hubiera demostrado una inactividad cerebral, es decir, que fuera plano (una probabilidad que la sentencia estima de 99.998 entre 100.000).

La sentencia que fue absolutoria en la instancia, fue casada por el Tribunal Supremo, manifestando que "aunque mínima, existe posibilidad de sobrevivencia del orden de 0,002%, esto es, que de cien mil casos con una sintomatología como la que presentaba el lesionado, tan solo dos conseguirían remontar dicha situación clínica, según predicciones efectuadas por la ciencia médica, y esa tan ínfima posibilidad impide declarar que se había producido la muerte cerebral, como se hace en la sentencia recurrida".

Las sentencias del Tribunal Supremo español no exigen, para la declaratoria de responsabilidad penal por culpa, que se establezca la existencia de un nexo de determinación o de antijuridicidad. Ese problema por consiguiente no fue ni siquiera planteado en la sentencia referida, pero es innegable que ella ejemplifica bien el problema de que se trata en este caso: la intervención errónea del cirujano aumentó las posibilidades de muerte del paciente. En el análisis del caso no se puede perder de vista que el paciente posiblemente ya había fallecido.

Este caso permite detectar bien las consecuencias del desarrollo de la teoría del incremento del riesgo: habría que imputar la muerte de un paciente con una probabilidad de 99.998 sobre 100.000 de estar ya muerto³³.

Ahora bien. Autores como GIMBERNAT podrían replicar que si existiera una posibilidad entre cien mil (1/100.000) de que el paciente hubiera fallecido habría que absolver, por falta de certeza, porque de lo contrario se estaría contrariando el *in dubio pro reo*. De la forma como este autor plantea el problema, esa propuesta de solución, que le parece absurda, parece desarrollar consecuentemente la teoría del nexo de determinación.

Detectada entonces la relevancia de las críticas formuladas a la teoría del nexo de determinación, cabe preguntarse cuál es la solución más correcta a la hora de definir el carácter del elemento complementario del nexo causal a que antes se hizo referencia.

³³ Sobre la relevancia del factor cuantitativo en la determinación de la licitud del riesgo manifiesta PAREDES CASTAÑÓN: "el juicio de peligrosidad, por su naturaleza de proposición predicativa modal, no admite la simple afirmación (o la simple negación), sino que exige una graduación de la misma. De este modo, se plantea la cuestión de cuál es el grado de peligro de causación del resultado disvalioso que es preciso para que afirmemos jurídicamente la existencia de un juicio positivo de peligrosidad: es decir, la relevancia jurídica de la peligrosidad. Problema este que ha de ser resuelto necesariamente atendiendo a criterios valorativos, puesto que el mero juicio de probabilidad nada nos puede decir acerca de su propia relevancia", *El riesgo permitido en derecho penal*, pág. 193.

³² ROXIN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 379.

Varias son las objeciones que se le podrían hacer al planteamiento de ROXIN citado. En primer lugar que su marcado interés por suprimir la relevancia de los cursos causales hipotéticos no es bien logrado, pues su mecanismo para determinar si se aumentó el riesgo respecto a lo que habría sucedido con una conducta que, por ejemplo, no fuera infractora de reglamentos, está introduciendo en el fondo una comparación con una conducta que no fue realizada, y de la que, en consecuencia, será muy difícil establecer cuáles habrían sido los riesgos que generara.

Dentro de la cita atrás efectuada, eso es lo que significa justamente la expresión "una conculción correcta habría salvado la vida del ciclista, cierto que no con seguridad, pero sí posiblemente".

En segundo lugar, es legítimo entender que las normas que determinan el carácter permitido del riesgo que se despliega con una actuación buscan la limitación del mismo, para mantenerlo dentro de rangos que la sociedad o el ordenamiento jurídico están dispuestos a tolerar. De esa manera toda conducta mediante la cual se infringen esas normas, determinaría en la práctica un incremento del riesgo respecto a lo permitido, razón por la cual, en la práctica, el planteamiento de ROXIN implicará que baste la causación mediante una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado del resultado típico y la producción de este, para que sea procedente efectuar la imputación del hecho al autor (quedando únicamente el correctivo posterior que emplean este autor y GIMBERNAT, aunque este último autor de manera exclusiva, del fin de protección de la norma³⁴).

Con una interpretación distinta del pensamiento de ROXIN a la propuesta en este escrito ha sostenido RUSCONI que en la práctica el autor alemán no prescinde del nexo de determinación, sino que lo denomina de manera distinta, atribuyéndole funcionalmente el mismo papel: "La solución ofrecida por ROXIN no difiere en verdad demasiado de la aplicación de la llamada 'teoría del nexo', salvo en la elección terminológica. Sucede que en los casos en los cuales el comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiera evitado el resultado, no hay ninguna 'elevación del riesgo'. Que esta ausencia de elevación del riesgo se ubique físicamente en el marco de la infracción del deber objetivo de cuidado o que forme parte de un eventual nexo de imputación, no modifica demasiado las cosas"³⁵.

³⁴ "Por lo que se refiere a los delitos culposos, nuestra solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Cuál sea el fin de la norma, es algo que se puede determinar perfectamente utilizando los métodos corrientes de la interpretación jurídicopenal. En los delitos dolosos el procedimiento es análogo: si el resultado producido es uno de los que la norma quería evitar, el autor responderá por delito consumado". GIMBERNAT, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, págs. 146 y 147.

³⁵ RUSCONI, "La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente", en *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996.

Respecto al criterio del fin de protección de la norma es importante destacar las dificultades existentes para su concreción en una gran cantidad de supuestos. La inseguridad que en ocasiones está aparejada a dicho criterio, dificulta tenerlo como criterio único de configuración del elemento constitutivo del "plus" adicional al delito culposo que se está buscando.

Por ejemplo, en el caso propuesto unas líneas atrás podría indagarse por el fin de protección de la norma que obliga a efectuar de manera cuidadosa las punciones toraco-abdominales. A lo mejor podría señalarse que el fin de esa norma de cuidado es la de evitar que se produzca cualquier lesión en el paciente que pudiera llegar hasta a producirle la muerte por hemorragia, con independencia de las posibilidades de que exista o no muerte cerebral; o por el contrario, podría pensarse que el fin de la norma se relaciona solo con la protección de personas vivas (en el sentido jurídico-penal del término) y que por ende se debería dejar en la impunidad los casos en los que se produzca la parada cardíaca de quien estaba ya muerto cerebralmente. Pero sin embargo, ¿qué hacer cuándo, como en el caso propuesto, existe una incertidumbre respecto a este último aspecto? ¿Dependerá la solución de que la posibilidad de vida fuera más o menos alta?

Si la respuesta fuera la primera (es decir, la evitación de cualquier lesión que pudiera concluir con la muerte por hemorragia), habría que definir todavía si la norma pretende castigar como homicidio la actuación sobre un organismo aún en el caso de que haya solo un 0,002% de posibilidades de que esté con vida. En ese caso, la teoría sería muy poco satisfactoria desde el punto de vista político-criminal y de la extensión debida del sistema de derecho penal.

Si la respuesta fuera la segunda, habría que concluir que sería muy escaso el aporte de la teoría del fin de protección de la norma, si no se soluciona previamente la relevancia del hecho de que existiera una posibilidad de vida tan escasa y solo determinable en términos porcentuales tan bajos. En esa medida parece que habría que determinar a partir de qué porcentaje se puede considerar relevante la posibilidad de que la persona estuviera viva. Y no parece ser esa la vía deseada por GIMBERNAT y por quienes sostienen la vía argumental esbozada por él.

Es posible finalmente que ninguna de las propuestas de fijación del fin de protección de la norma en este caso concreto sea la correcta, sino una tercera que aquí no ha sido vislumbrada. Pero si esa es la conclusión habrá que decir que la utilidad del fin de protección de la norma es limitado dada la dificultad para desentrañar su verdadero contenido. Una de las críticas que de manera reiterada se formulan a la teoría del nexo de determinación es la imposibilidad práctica de establecer lo que hubiera sucedido con un comportamiento alternativo cuidadoso. Por lo menos, se afirma, esa imposibilidad es constatable en una gran mayoría de supuestos. Y tener que absolver en los casos en los que es perceptible una actuación descuidada por parte del agente, que además ha producido el resultado, con el mero argumento de que es posible, aun en una mínima medida que el resultado también se hubiera producido con una conducta cuidadosa, no parece justo, según manifiestan los críticos.

La teoría de la imputación objetiva se presenta en este campo como un mecanismo ampliatorio del ámbito de la responsabilidad penal, según se demostró al analizar el caso de la punción toraco-abdominal. Y un derecho penal que mantenga su pretensión de ser la *ultima ratio* dentro de los mecanismos de control social no debería tener tanto temor frente al hecho de que las redes del sistema penal se amplíen para permitir que menos personas queden comprendidas en él³⁶. Máxime en ordenamientos jurídicos como el colombiano en el que los derechos del perjudicado (que en estos tiempos de replanteamiento del papel de la víctima se van haciendo cada vez más importantes), podrían ser discutidos mediante un proceso civil independiente, para el que una eventual absolución proferida dentro de un proceso penal que concluyera antes de la emisión de sentencia en el proceso civil podrá no ser vinculante.

Además la dificultad que plantea la solución en clave tópica de los asuntos dogmáticos es que se suele acudir a casos extremos, para respaldar o para refutar una determinada teoría, con lo que en no pocas ocasiones se pierde la relevancia de casos intermedios. Y estos casos demuestran que el derecho penal puede contar en un número razonable de casos con la herramienta que le reporta el empleo de los cursos causales hipotéticos.

El sentimiento de justicia que a algunos les podría hacer aparecer como injustificadas determinadas absoluciones a partir del empleo de aquel elemento, podrían ser confrontadas con el sentimiento de otros que por su parte considerarían insatisfactorio el empleo del derecho penal cuando exista alguna posibilidad, por mínima que sea, de que el resultado también se hubiera producido con una conducta ajustada a cuidado.

Además, existe la tendencia a distorsionar el problema que representa el empleo de los cursos causales hipotéticos en derecho penal. En efecto, en medida importante es pertinente la afirmación de RUSCONI según la cual "la afirmación de que 'uno nunca sabe cómo se hubieran producido las cosas en un curso hipotético' o cualquier otra parecida, tan repetida como poco profunda, es más efectista que real"³⁷; pues a la teoría del nexo de determinación se la ha querido llevar a expresar unos resultados que nunca han estado dentro del ámbito de significación posible.

Así, por ejemplo, si un paciente fallece por choque hipovolémico en el transcurso de una cirugía porque el cirujano erróneamente lesiona la aorta cuando suturaba un pulmón, no se podría decir que necesariamente se debe absolver al paciente porque toda cirugía tiene riesgos inherentes, o porque, por decir algo, el 1% de los pacientes pueden desarrollar una reacción alérgica a la anestesia en el transcurso de la cirugía. Eso nunca lo ha dicho la teoría del nexo de determinación; porque en últimas esta

³⁶ Pronunciándose sobre los argumentos críticos con la vigencia del *in dubio pro reo* en este ámbito que exponen algunos autores manifiesta RUSCONI que: "Las afirmaciones contrarias recientes son algo así como la afirmación de que 'se debe respetar el *in dubio pro reo*', pero 'no tanto'. Como si el respeto a una garantía del Estado de derecho pudiera ser graduable y el Estado estar autorizado a 'violiar un poco' algunas exigencias republicanas", *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*, pág. 68.

³⁷ *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*, pág. 68.

siempre se ha valido de lo que hubiera sucedido suprimiendo solo la actuación imprudente (la lesión de la aorta), y sustituyéndola por una actuación cuidadosa (una en la que no se produjera la punción de la arteria). Si desde una perspectiva *ex post* no aparecieron hechos que indiquen la existencia de reacciones desfavorables al anestésico, ese factor no habrá de ser tenido en cuenta.

Si para establecer el nexo de determinación se toman en consideración únicamente los factores que hayan sido objeto de constatación desde una perspectiva *ex post*, hay que concluir que en gran medida las críticas carecen de base real. De no ser así, es verdad que nunca se podría considerar cometido un delito culposo, pues siempre aparecerían factores generadores de riesgo que se hubieran podido plasmar en el resultado (el médico siempre podría manifestar que el paciente podría integrar el 1% de los que desarrollan reacciones alérgicas al anestésico).

Si como consecuencia del empleo del nexo de determinación se abren espacios de impunidad que otras teorías cerrarían, no hay allí un argumento suficiente para prescindir de este mecanismo, en un derecho penal preocupado por mantener su carácter de *ultima ratio*. Ese es un coste que el sistema penal perfectamente puede asumir, sobre todo si se tiene en cuenta que la respuesta penal no garantiza la mejor solución social que subyace al conflicto derivado de la producción de un resultado típico.

Y si es cierto que existen problemas metodológicos para la concreción del nexo de determinación en determinados casos, de manera semejante a lo que ha sucedido con la problemática inconcreción del bien jurídico, que ha sido una de las causas fundamentales para las críticas que en los últimos tiempos se le han formulado³⁸, no debe perderse de vista que las dificultades que aun se derivan del empleo de los cursos

³⁸ En una línea muy crítica con el concepto de bien jurídico manifiesta Jakobs que "El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso", *Derecho penal*, Parte general, pág. 55.

Y ciertamente suscitan serias dudas la capacidad crítica del concepto de bien jurídico, al menos respecto a ordenamientos jurídicos como el nuestro, manifestaciones como la de Roxin respecto a la vida de los animales y su carácter de bien jurídico: "Un punto neurálgico —en la discusión sobre el alcance del bien jurídico— lo constituye también el tipo de los malos tratos a animales (...) que siempre se cita como prueba de que incluso sin lesión de bienes jurídicos ha de admitirse la punción... Pero ello no significa que en este caso se proteja una mera concepción moral, sino que hay que partir de la base de que el legislador, en una especie de solidaridad entre las criaturas, también considera a los animales superiores como nuestros semejantes, como 'hermanos distintos' y los protege como tales", *Derecho penal*, Parte general, pág. 59.

Pese a que las limitaciones estructurales que posee el concepto de bien jurídico, podrían justificar que autores que se manifiestan consecuentes defensores suyos lleguen a justificar la intervención del derecho penal para la protección de la vida de los animales superiores, como hermanos nuestros que serían, es bueno repetir, que el concepto de bien jurídico tiene una capacidad crítica de la que no parece político-criminalmente conveniente renunciar en los países de lo que ZAFFARONI llamaría "nuestro margen", a lo mejor desde una perspectiva más modesta que aquella desde la que tradicionalmente ha sido enfocada la cuestión. En este sentido ha manifestado FERRAJOLI que "En realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Lo que significa que una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente —y además no serviría para nada que nos lo dijera— que una determinada proposición penal es justa en cuanto protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación", *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1995, pág. 471.

causales hipotéticos tienen que constituirse en un reto para perfeccionar ese mecanismo, pero no necesariamente para renunciar a su empleo. Máxime además, si en ambos casos, las alternativas de solución han sido insatisfactorias.

Finalmente es necesario destacar algo que lo extenso de la mención de otra problemática no pareciera haber destacado en la medida que la cuestión lo merece: los aportes que a la teoría del delito han efectuado los criterios de imputación objetiva del resultado no parecen prescindibles en este momento histórico.

Por esa razón parece que el complemento del nexo causal debe estar dado por el nexo de determinación, que además ha de ser corregido en sus resultados por criterios con el fin de protección de la norma, y antes que él por el del incremento del riesgo. Reconociendo a estos un carácter complementario, pero no sustitutivo del nexo de determinación, se irán afinando los mecanismos que fundamenten la responsabilidad penal. Y la irán limitando, retornándola a los cauces que el maximalismo penal ha querido hacerle perder.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE IMPRUDENCIA

Uno de los aspectos que presentan mayor importancia práctica al efectuar el estudio de la responsabilidad por imprudencia, es el de la determinación de los criterios a partir de los cuáles definir el título de autor o partícipe con que interviene una persona en el hecho punible.

No es extraño que en las sociedades modernas la realización de actividades de las que deriva el riesgo de afectar un bien jurídico, corresponda a un número plural de personas. Ello es particularmente claro en supuestos como el de las actividades médicas, o de construcción, para citar algunos de los que más han ocupado a la jurisprudencia durante los últimos años. En actividades de este tipo, el reparto de funciones es determinante para su ejecución, pues de otra manera no podrían ser llevadas a cabo. Así, por ejemplo, sin un reparto de funciones al interior del quirófano entre el cirujano y el anestesiólogo y el personal auxiliar, difícilmente podría desarrollarse la intervención quirúrgica. Igual necesidad de distribuir funciones se presenta en la actividad de arquitectos y aparejadores.

Pues bien, en el desarrollo de una actividad ejecutada de manera conjunta, puede suceder que se infrinja el deber de cuidado correspondiente a la situación concreta por parte de alguno de los intervinientes o por parte de varios de ellos. Uno de los principales problemas por resolver dentro de la dogmática de la imprudencia es el del tratamiento que se ha de dar a cada uno de los individuos participantes en el acto.

Por lo pronto es necesario afirmar que en el derecho penal español la doctrina y la jurisprudencia han sido muy renuentes a aceptar como sujetos pasivos de imputación de responsabilidad jurídico-penal a sujetos distintos de las personas naturales, exclusión que por supuesto comprende a cualquier tipo de colectivos, máxime si carecen de personalidad jurídica autónoma. La imputación se efectúa a título estrictamente

individual. Ello significa que según la doctrina y la jurisprudencia dominantes, y en realidad casi unánimes, hay que buscar cuál de los intervinientes, mediante su actuar imprudente, determinó la aparición del resultado, para hacerlo sujeto pasivo de la atribución del resultado, y ello, de acuerdo con lo que se señalará más adelante, a título de autor.

Dada la necesidad de diferenciar entre los co-intervinientes los distintos ámbitos de responsabilidad, la doctrina ha propuesto en este ámbito la aplicación de dos principios con ayuda de los cuales determinar a quién corresponde la responsabilidad por la infracción del deber de cuidado que dio lugar a la producción del resultado lesivo. Ellos son el principio de división del trabajo y el principio de confianza.

El principio de división del trabajo constituye, de la forma en que ha sido empleado por la doctrina, más que un principio para delimitar ámbitos de responsabilidad, un reconocimiento de que la distribución del trabajo es una forma esencial de ejecución de determinadas actividades dentro de las sociedades modernas³⁹.

En la búsqueda de criterios para atribuir responsabilidades, el principio de confianza resulta mucho más útil. La formulación más satisfactoria de este, debe partir del reconocimiento de que el deber de actuación de cada uno de los participantes en la actividad de que se trate está condicionado por la actuación de los demás⁴⁰, de tal manera que la percepción o la posibilidad de percibir lo imprudente de la intervención del otro, dará lugar a un incremento del deber de cuidado, que en el caso concreto se manifestará en el deber de adoptar las medidas necesarias para neutralizar la aportación imprudente del cointerviniente.

La anterior formulación permite destacar varios rasgos importantes. Entre ellos cabe destacar, que pone de presente el carácter graduable del deber de cuidado, es decir, la posibilidad de que aparezca como más o menos intenso de acuerdo con la situación concreta; y este es el segundo aspecto, que además tiene una íntima relación con otro ya señalado: el deber de cuidado siempre se determina atendiendo a las circuns-

³⁹ Esta extensa digresión no ha tenido objeto distinto al de señalar que al igual que el bien jurídico, el nexo de determinación ha sido objeto de enconadas críticas a partir de los problemas de concreción o de limitada extensión de la responsabilidad penal que se les ha imputado en uno u otro caso. Ello, más que un argumento que para prescindir de esos conceptos debiera ser un pretexto para concretarlos mejor.

Al respecto manifiesta Ag. JORGE BARREIRO que "La división de trabajo se refiere a una actividad en la que varias personas colaboran para conseguir un objetivo común.

Siguiendo a WILHELM puede señalarse que las cuestiones a dilucidar en esta problemática son: qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes; cómo es su distribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo", *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, reimpresión de la 1ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995.

⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, WELZEL: "la jurisprudencia ha planteado y desarrollado para el tránsito urbano el principio de confianza, según el cual al participante en el tránsito le es admisible confiar en que el otro partícipe se comportará también en forma correcta, hasta que circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario", *Derecho penal alemán*, Parte general, 12ª ed., 3ª ed. castellana, trad. J. Bustos y S. Yañez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, pág. 188.

tancias dentro de las cuales se debe actuar. Además de lo anterior, esa caracterización del principio de confianza ayuda a destacar la posibilidad de que existan deberes de vigilancia radicados en cabeza de algunos de los sujetos, con respecto a la actividad de otros participantes en la misma actividad, lo que será especialmente claro en los casos en que exista una relación vertical (o jerárquica) entre los distintos intervinientes. En muchos casos habrá lugar a afirmar la responsabilidad del superior por el incumplimiento de sus deberes de vigilancia con respecto a la actuación del inferior que resulta lesiva para los bienes jurídicos de terceros.

En principio, el incumplimiento de esos deberes de vigilancia podría pensarse que resulta generador de responsabilidad tanto para el superior como para el inferior que fue quien determinó la concreta aparición del resultado.

Esta solución, sin embargo, cabrá formularla solo como principio general necesitado de sucesivas matizaciones. En efecto, este problema conecta de manera directa con la problemática enunciada al comienzo de este apartado, de elaboración de un concepto unitario de autor en materia de delitos imprudentes.

Y es que si bien la imputación de responsabilidad de manera estrictamente individual parece asumible en todos sus resultados; no parece que se pueda predicar lo mismo de la consideración general como autores de los distintos intervinientes imprudentes en el hecho, sin efectuar ninguna diferenciación entre autores y cómplices, de acuerdo con lo que se explicará a continuación.

En efecto, se afirma por la doctrina y por la jurisprudencia mayoritarias que la persona que mediante la infracción del deber objetivo de cuidado determina la aparición de un resultado concreto, es responsable del mismo, y lo es a título de autor; pues según se afirma, en materia de imprudencia domina un concepto unitario de autor⁴¹.

En términos prácticos lo anterior significa lo siguiente. Toda persona que mediante un comportamiento infractor del deber objetivo de cuidado haya determinado la aparición del resultado lesivo, responde como autor de la producción del mismo; sin que quepa la diferenciación que se establece en materia de responsabilidad dolosa entre autores y cómplices. En otras palabras, todo interviniente imprudente en la realización de un hecho responde, según esta opinión mayoritaria, como autor, sin atender a la magnitud de su aportación para la realización del hecho.

Esta conclusión parece excesiva. No resulta satisfactorio afirmar que si en materia de responsabilidad dolosa existe una diferenciación en la calificación dada a los distintos intervinientes a partir de la magnitud de la aportación prestada por el sujeto a la realización del hecho; con respecto a un delito menos grave como es el delito imprudente, deba desconocerse la magnitud de las distintas aportaciones al resultado final, y darse a los distintos intervinientes un tratamiento similar: el de autores del hecho.

⁴¹ Al respecto manifiesta JESCHECK: "De ahí que sea autor del delito imprudente todo el que, infringiendo el cuidado exigible en el tráfico, contribuya a realizar el tipo, bien entendido que, siempre que no se trate de un puro delito de resultado, aquel, para ser castigado, ha de realizar también los elementos de la acción. Tampoco existe diferencia entre autoría y participación imprudente", *Tratado de derecho penal*, Parte general, 4ª ed., trad. J.L. Manzanares, Granada, Comares, 1993, pág. 596.

En los últimos años han sido varias las voces que se han levantado contra las conclusiones a las que conduce el planteamiento de la doctrina mayoritaria. Una de las más coherentes ha sido la de LUZÓN PEÑA a través de la formulación de lo que se conoce como la determinación objetiva del hecho.

Según este autor existe un sustrato común a la autoría en materia de injusto doloso e imprudente. Ese sustrato estaría configurado por la "determinación objetiva del hecho"⁴², la cual, concretada respecto al delito imprudente, se caracterizaría así: "solo es autor imprudente aquel cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. Y ello implica que tal conducta, consciente o inconscientemente de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta, el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente, hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero 'poder o capacidad de impedir o contener' el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, 'dominio negativo', característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria"⁴³.

Según este planteamiento solo sería autor de un hecho aquella persona que con su actuación haya determinado la concreta configuración de este, es decir, la forma como el mismo apareció. Quien habiendo efectuado algún tipo de aportación al hecho, no haya determinado la forma concreta de aparición del mismo, no podrá ser considerado como su autor, sino como un partícipe; y por supuesto no podrá ser sometido a la pena correspondiente a aquel.

La teoría propuesta por LUZÓN tiene un mérito especial y es que procura fundamentar la distinta punibilidad correspondiente a personas que vinculadas causalmente al resultado mediante una actuación imprudente, no determinan sin embargo, de la misma manera, la producción de aquel.

Un supuesto práctico puede ayudar a entender la problemática: un cirujano se apresta a realizar una cirugía, y en el preoperatorio, uno de los ayudantes prepara una zona anatómica distinta de la que debía ser intervenida. El cirujano ingresa al quirófano y sin constatar cuál era la intervención indicada, que incluso había sido ordenada por él mismo, procede a operar en un lugar innecesario, lo que produce una lesión al paciente representada por una ejecución de manera manifiestamente contraria a la *lex artis* de la

⁴² "Esa cualidad de la acción o característica fáctica de la autoría (en los delitos de resultado) es, a mi juicio, la "determinación objetiva" del hecho, o sea, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. Ahí se encuentra el sustrato o base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. En el delito doloso ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una dirección de voluntad consciente y final", LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho", en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, págs. 112 y 113.

⁴³ LUZÓN PEÑA, *La determinación objetiva del hecho*, págs. 113 y 114.

intervención⁴⁴ (que ya con el traumatismo derivado de una intervención, podría entenderse configurada).

En este caso parece claro que la conducta del auxiliar de cirugía que actúa de manera errónea o imprudente dentro del preoperatorio, propició de alguna manera el error en que incurrió el cirujano; sin embargo, no se puede desconocer que fue este quien con su actuación determinó de manera concreta el resultado producido. Es decir, que la magnitud de la intervención de ambos, de cara a la lesión del bien jurídico, no fue la misma. Y en esa medida, parece insatisfactorio dispensar a ambos un tratamiento similar, atribuyéndoles el carácter de autores de la lesión.

En principio podría pensarse entonces que existen razones político-criminales que justifican el intento de diferenciar entre diversas formas de participación en el hecho imprudente, por lo menos entre la autoría y la complicidad⁴⁵. La inducción imprudente presenta una problemática muy particular que desafortunadamente no es posible tratar en este lugar⁴⁶.

Establecida la conveniencia de efectuar la citada diferenciación, el paso siguiente será el de escudriñar si el concepto mismo de complicidad es incompatible con la imprudencia, posición asumida por un sector doctrinal importante para negar la existencia de complicidad imprudente y afirmar, al tiempo, que todo interviniente imprudente en el hecho, es coautor del mismo.

La complicidad se encuentra regulada en el artículo 29 del Código Penal: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

En esta figura destaca, fundamentalmente, el aspecto objetivo de la actuación del cómplice, sin incluir ninguna mención expresa al dolo con el que debiera actuar la persona que coopera a la ejecución del hecho. La única posibilidad de entender que la complicidad debe ser necesariamente dolosa, sería la interpretación del término cooperación como portador, él mismo, del propósito de efectuar un aporte a la realización del hecho.

⁴⁴ Supuesto similar, aunque no en cuanto a la intervención del auxiliar en la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de noviembre de 1984, en la que se casó la sentencia condenatoria contra un urólogo que por un mal examen de los medios de diagnóstico y de la historia clínica extrajo a un paciente, que luego falleció, un riñón sano en lugar del enfermo.

⁴⁵ En este sentido manifiesta FEJOO SÁNCHEZ: "En primer lugar es preciso oponerse a la idea de que toda persona relacionada con un tipo penal imprudente debe responder solo como autor individual. Como punto de partida hay que negar el presupuesto de que solo se puede diferenciar entre niveles de responsabilidad por un hecho delictivo en virtud de criterios subjetivos como el dolo del autor"; y más adelante señala "La conversión de todo partícipe en autor no respeta el tenor literal posible de los preceptos penales y convierte actos preparatorios en ejecuciones típicas. No se entiende por qué lo que es realizado dolosamente precisa de la accesoriedad con el ejecutante para adquirir relevancia penal, mientras en los supuestos imprudentes la misma conducta se entiende sin más como un hecho típico", La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda*), en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, págs. 322 y 325.

⁴⁶ De todas maneras parece conveniente señalar que existen razones de peso para pensar en su impunidad. En este sentido, BERDUGO y otros, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Barcelona, Praxis, 1996, pág. 252.

Y ello podría entenderse si en el significado que al término confiere el Diccionario de la Real Academia Española: 'Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin', se destaca la idea del fin como objetivo que se ha propuesto alcanzar⁴⁷, es decir, si se le dota de una connotación fundamentalmente subjetiva.

Sin embargo, esa es solo una de las interpretaciones posibles, pues podrían formularse otras que se limitaran a destacar el aspecto objetivo de la aportación del cómplice, entendiendo "el mismo fin" como el resultado final de la actuación, para alcanzar el cual se pudo prestar una ayuda aun sin mediar acuerdo entre los cooperantes y sin que existiera el propósito de facilitar al autor el logro del resultado; además, no se puede desconocer la facultad de que goza el derecho para recrear los conceptos y dotarlos de una determinada funcionalidad.

En España ha existido una mayor disposición de la doctrina que en Alemania a aceptar la existencia de complicidad imprudente, llegando incluso algunos de los autores que se han inscrito en esta línea a postular la impunidad del cómplice imprudente. A ello se hará mención más adelante.

Así las cosas, existe una pluralidad de opciones con respecto a la punibilidad de la participación imprudente, que se podrían resumir de la siguiente manera. La primera señalaría que la complicidad imprudente es conceptualmente improcedente y en consecuencia, que todo aquel que por imprudencia intervenga en la realización de un hecho responde a título de autor, sin importar la magnitud de la aportación⁴⁸; la segunda afirmaría que es posible y debe reconocerse su existencia⁴⁹, y la reducción de la pena correspondiente con respecto al delito doloso; o finalmente, que esta forma de participación es posible pero impune⁵⁰.

⁴⁷ Diccionario de la Real Academia, 20 ed., 1984, pág. 375.

⁴⁸ Este es el planteamiento de quienes sostienen que el dolo constituye un elemento propio de la participación. Pese a la radicalidad con la que suelen plantearse el concepto de autor en materia de imprudencia, y sus consecuencias, es posible pensar en la existencia de correctivos para aminorar los resultados de este teoría, a los que antes se calificó como excesivos.

Uno de ellos, el más importante quizás, sería el establecimiento de procesos de imputación independientes para cada uno de los intervinientes en el hecho, de tal manera que se dejara subsistente la posibilidad de invocar la ruptura del nexo de imputación debido a la intervención de otro sujeto imprudente; es decir, afirmando que el riesgo que se realizó en el resultado fue el correspondiente a la actuación de este último individuo. De hecho, esta parece la forma de razonar de los teóricos del concepto unitario de autor. Sobre la relación entre el concepto unitario de autor y el principio de accesoriedad, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 117 y ss.

⁴⁹ Así por ejemplo, FEJOO, criticando el planteamiento de Luzón, La imprudencia en el Código Penal de 1995, págs. 328-330. No es clara la posición de MANZANARES SAMANIEGO, "La imprudencia en el nuevo Código Penal", en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1997, págs. 4 y ss.

⁵⁰ En vigencia del Código Penal español de 1995, SILVA ha creído encontrar un argumento de derecho positivo para sostener la impunidad de la participación imprudente (postura que sostenía desde antes de la entrada en vigencia de dicho Código: "Con la introducción de un sistema de *numerus clausus* parece inevitable la solución de que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden solo cometerse a título de dolo, y eso para cualquier delito, de modo que la participación por imprudencia es impune

Todas estas aparecen como alternativas que es necesario tomar en consideración. Algunas de ellas, en concreto las dos últimas, ofrecen vías conceptuales muy interesantes y bien fundamentadas para descartar la afirmación según la cual todos los intervinientes en el hecho que hayan actuado con imprudencia, deben responder a título de autores. Las dos posibilidades mencionadas al final presentan un importante punto de conflicto en cuanto a las perspectivas político-criminales sobre las que se asientan. En la que propone la impunidad para el cómplice imprudente, se destacan argumentos relativos a la escasa magnitud de la aportación en relación con la ulterior afectación del bien jurídico, lo que desde el principio de antijuridicidad justificaría el prescindir de la imposición de pena. A este planteamiento se podría oponer que la prescindencia de pena podría comportar una permisividad del relajamiento de las medidas de cuidado a adoptar con respecto al bien jurídico, lo que a la larga determinaría una mayor exposición del mismo a situaciones de peligro, pues la falta de pena le permitiría al cómplice actuar de manera descuidada.

Problemas de espacio no permiten extenderse en este lugar en la defensa de una o de otra propuesta. Interesa destacar de todas maneras que partiendo de valoraciones que tomen en consideración la gravedad del comportamiento con respecto a la generación del riesgo, podría sostenerse como premisa general la impunidad de la participación imprudente. Ahora bien, si se desea extremar la protección a bienes jurídicos fundamentales como la vida, la jurisprudencia podría prescindir de este como principio general, de forma que se apropie del instrumento para la sanción de los casos de complicidad de especial relevancia, que sin embargo, no alcanzan a constituir autoría.

4. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL Y LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS IMPRUDENTES

Este trabajo mencionó en su inicio lo insatisfactorio de la fórmula consagrada en el art. 37 del Código Penal vigente. Por las razones expuestas a lo largo de este escrito es conveniente, si se opta por hacer definiciones que debieran quedar reservadas a los jueces y a los doctrinantes, que se reconozcan expresamente en el artículo 23⁵¹ del proyecto tanto la infracción del deber objetivo de cuidado, como el nexo de determinación, en la medida que se exige que el resultado sea producto de la infracción al deber objetivo de cuidado.

En cuanto a la parte especial, el proyecto no introduce modificaciones sustanciales a las figuras culposas existentes en la actualidad. Solo se introducen dos nuevas disposiciones consagradoras de delitos culposos. El de lesiones al feto (art. 123 del

proyecto) y el de contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (art. 321 del proyecto).

El primero de tales delitos muestra la influencia que en la elaboración han tenido los proyectos legislativos más recientes de países que ejercen una marcada influencia sobre nuestra doctrina. Y en concreto el Código español de 1995 en el que se estableció el carácter punible de las lesiones al feto. Sin embargo, existe una manifiesta incongruencia valorativa frente al hecho de que el aborto culposo sea impune.

En cuanto al delito culposo contra el medio ambiente no es de extrañar su tipificación si se tiene en cuenta que en los últimos años el principio del bien jurídico se ha convertido más en un principio que demanda la criminalización de determinados comportamientos y no un principio limitador del ius puniendi. Y respecto de un bien jurídico al que algunos han considerado el principal bien jurídico después de la vida⁵², no es de extrañar la protección frente a comportamientos culposos. Sin embargo, si se confirió al bien jurídico medio ambiente una relevancia similar a la que le confiere el autor del que se extrajo la cita anterior, la protección contra comportamientos culposos, es muy limitada la protección dispensada por vía de la tipificación de comportamientos. A lo mejor porque se piensa, que si se promulga el nuevo código, la protección penal del medio ambiente mantendrá el carácter fundamentalmente simbólico que ha tenido en la actualidad.

por atípica". "Teoría de la infracción penal. Regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Parte general, Madrid, Estudios de derecho judicial, CGPJ, 1996, pág. 153, cursiva en el texto; en sentido similar, Luzón, *Curso de derecho penal*, Parte general, pág. 507.

⁵¹ *Culpa*. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberla previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

⁵² "Y como, además, no hay razón alguna para que sea de mejor condición una generación frente a las demás, cabe deducir como norma básica que existe un derecho de todas las generaciones a una parte relativamente igual de los recursos naturales, de lo que a su vez puede inferirse la existencia y la preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que esta pueda desarrollarse en condiciones favorables como el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquía de valores después de la existencia y de la preservación de la especie *homo sapiens*". BERND SCHUNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de M Cancio, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 21.

La nueva Corte Penal Internacional

El difícil equilibrio entre una eficiente persecución penal y la "realpolitik"

*Kai Ambos***

Pasados 50 años, la comunidad de Estados dio un paso decisivo hacia el cumplimiento de la promesa formulada en Nuremberg: a las 22.50 horas del 17 de julio de 1998 fue aprobado en Roma el estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) permanente. El estatuto, aprobado en una dramática votación solicitada por EE. UU. por 120 votos a favor, 7 en contra (aparte de EE. UU., China e India) y 21 abstenciones, es un importante paso en los esfuerzos internacionales para que graves violaciones de los derechos humanos no queden impunes.

Un año después más de 80 Estados han firmado el Estatuto y 4 lo ratificaron. La Unión Europea se comprometió a ratificarlo a finales del año 2000.

Teniendo en cuenta que un día antes del cierre de la conferencia nadie creía en un final feliz e incluso la mayoría de los delegados y representantes de ONG temía un fracaso, se puede hablar de un logro histórico. A pesar de todas las legítimas reservas que se puedan tener, el mensaje de Roma es claro: ¡no más impunidad para graves violaciones de los derechos humanos!

* Dr. jur. (Universidad de Munich). Referente científico de derecho penal internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo, Brisgovia (Alemania). Fue miembro de la delegación alemana en Roma. Expresa aquí su opinión personal.

** Para un análisis más detallado del Estatuto, ver Ambos-Guerrero (comps.), *El Estatuto de Roma*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1999.

1. COMPETENCIA RESTRINGIDA

Luego de una lectura sobria del estatuto de Roma (www.un.org/icc) se plantea la pregunta de si la nueva Corte es lo suficientemente poderosa. Tomando como medida las propuestas originales de la Coalición pro CPI —a la que pertenecen más de 800 ONG— y la casi idéntica posición de los Estados favorables a una CPI fuerte (*like-minded-states*), en particular también de Alemania, se constata que en el documento final fueron aceptadas considerables limitaciones de la Corte, especialmente en lo que respecta a su competencia. La competencia de la Corte no es universal ni inmediata, es decir que no abarca sin más a todos los Estados parte en lo que respecta a los delitos en cuestión (genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos de guerra y agresión, figura jurídica esta última que aún debe ser definida más exactamente). Por el contrario, el estatuto prevé un complicado sistema de tres niveles (art. 12).

— En el *primer* nivel rige —y ello es un éxito de los *like-minded-states*— que con la adhesión al tratado, todo Estado acepta automáticamente la competencia de la Corte (*competencia automática*). Los Estados con una posición escéptica con respecto al tratado, en particular EE. UU. y Francia, habían exigido una opción *opt-in*, por la que todo Estado debía reconocer en una declaración por separado (en forma similar al art. 56 del estatuto de la Corte Internacional Justicia, CIJ) la competencia de la CPI para juzgar en los delitos mencionados. Exceptuado de esa regla debía quedar solo el genocidio. Esa idea sobrevivió por lo menos en una regulación transitoria, porque Francia hizo depender de ello su aprobación. Se trata del art. 114, por el que un Estado parte puede excluir por (en principio) 7 años la competencia de la CPI en caso de crímenes de guerra (*opt-out*). En comparación con el régimen original de *opt-in*, la relación entre la regla y la excepción es ahora la inversa: en principio, la competencia de la Corte abarca también los crímenes de guerra, en tanto el Estado en cuestión no haya hecho uso de la cláusula *opt-out*. Esa regulación será revisada (quizás limitada o incluso eliminada) en una nueva conferencia (*review conference*) dentro de 7 años.

— En un *segundo* nivel debe verificarse —esta es la lamentable limitación de la competencia— si en un caso concreto se cumplen los *requisitos específicos* que fundamentan la competencia de la CPI. En este caso, la propuesta alemana de una competencia universal sobre la base del principio del derecho internacional (reconocido consuetudinariamente) debió ceder al principio del “Compromiso Corea”. Según este, la CPI es competente cuando el Estado del lugar de los hechos, el sospechoso, la víctima o el lugar de detención (en forma alternativa, no acumulativa) es Estado parte o acepta (*ad hoc*) la competencia de la Corte en ese caso concreto.

Esa propuesta fue aceptada en principio por el 79% de los Estados representados en Roma, pero reducida en las últimas dos semanas a dos puntos en negociaciones secretas de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las NN. UU. bajo la dirección de Gran Bretaña, que en realidad estaba considerada *like-minded*.

De acuerdo con la versión aprobada, la CPI es competente solo cuando el Estado del lugar de los hechos o del sospechoso es Estado parte del tratado o acepta *ad hoc* su

competencia. Ello significa que la mayoría de las guerras civiles y conflictos internos actuales no caen en la competencia de la Corte, ya que en esos casos el Estado del lugar de los hechos es siempre idéntico con el Estado sospechoso y este evitará siempre, en el caso de un conflicto interno, adherirse al estatuto. De acuerdo con esta regla, la CPI podría haber juzgado al dictador camboyano Pol Pot por el genocidio a la población solo en el caso de que Camboya (como Estado del lugar de los hechos y del sospechoso) hubiera sido Estado parte o hubiera reconocido *ad hoc* la competencia de la Corte.

El punto contenido en la “propuesta Corea” con respecto al Estado de detención hubiera contemplado por lo menos la posibilidad de que el sospechoso, en caso de abandonar su país, pudiera ser detenido en un Estado parte, basándose en ese hecho la competencia de la Corte. Ahora solo cabe esperar que muchos potenciales Estados de hechos o sospechosos se adhieran al estatuto, aceptando así la competencia de la CPI en caso de delitos en su territorio o cometidos por sus ciudadanos.

— A un *tercer* nivel se ubica finalmente la ya mencionada posibilidad de que el Estado de los hechos o del sospechoso acepte *ad hoc* la competencia de la Corte. Esta regulación da a la opinión pública internacional un eficiente instrumento para presionar a Estados envueltos en casos particularmente graves a aceptar la competencia de la CPI.

En caso de que no puedan salvarse las dificultades de competencia, resta la posibilidad que el Consejo de Seguridad de las NN. UU., basándose en el capítulo VII de la Carta de la ONU (CONU), ponga en manos de la Corte una determinada situación (art. 13 (b)). En ese caso, no son necesarias más definiciones de competencias.

En caso de haberse salvado las condicionantes de *competencia*, deben observarse —salvo en el caso de una transferencia del Consejo de Seguridad— *más condiciones de admisión* (art. 17-19):

— De acuerdo con el principio de la *complementariedad*, contenido ya en el preámbulo y en el artículo 1º, un juicio ante la CPI es solo posible cuando la justicia nacional no está en condiciones de hacerlo o no quiere realizarlo. Este caso puede registrarse cuando un proceso penal nacional es realizado solo para proteger a un sospechoso, tiene como consecuencia una prosecución *ad infinitum* del proceso o la justicia penal nacional se ha desintegrado. Es de destacar que existe una *prioridad* de competencia para la justicia penal nacional y no para la internacional, como en los casos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda.

— El sospechoso y los Estados afectados pueden impugnar la competencia de la CPI, la admisión de un determinado proceso y exigir su transferencia a la justicia nacional. Ello puede llevar a una demora del proceso e incluso a su postergación *sine die* y —a pesar de las regulaciones en contra— desembocar en una pérdida de las pruebas.

— Finalmente, también el Consejo de Seguridad puede, de acuerdo con el capítulo VII de la CONU, suspender la iniciación de un juicio hasta por 12 meses. Ese lapso puede prolongarse, pero solo por decisión unánime de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (art. 27 III CONU).

2. LOGROS EN OTRAS ÁREAS

Si bien, como hemos visto más arriba, se registraron lamentables limitaciones con respecto a la competencia de la CPI, en numerosas otras cuestiones se impusieron los *like-minded-countries*:

— La competencia de la Corte no se limita solo al genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, sino que esos delitos fueron también definidos en forma relativamente detallada (art. 5-8). Por ejemplo, entre los delitos de lesa humanidad se registra la “desaparición” y entre los crímenes de guerra —y ello va más allá del art. 3° común de la Convención de Ginebra—, también graves violaciones del derecho de guerra en conflictos internos. No obstante, también aquí se observan lamentables limitaciones. En caso de crímenes de guerra, se introdujo un obstáculo para su aplicación, quedando así detrás del estándar fijado por el derecho internacional humanitario: en particular se perseguirán aquellos delitos parte de un *plan* o de una *política* o que se cometan en forma masiva. Se prevé que las disposiciones penales en caso de conflictos internos no afecten la responsabilidad del gobierno de restablecer la ley y el orden internos y defender la unidad nacional con todos los medios legítimos (incluso no legales). En el caso de los delitos de lesa humanidad, se exige un conocimiento positivo del autor de los crímenes, en tanto el delito sea un ataque amplio y sistemático contra toda población civil.

— El estatuto prevé una *fiscalía fuerte* (arts. 15, 42), que puede actuar de oficio sobre la base de informaciones “confiables” de toda fuente —es decir, también no estatales— y que debe someterse solo a la verificación legal de una “cámara pre-juicio” (*pre-trial chamber*). Así se evitó el peligro de una politización de la fiscalía por parte de instancias de control político (Consejo de Seguridad de las NN. UU., Asamblea de los Estados parte). Queda, sin embargo, el derecho de intervención del Consejo de Seguridad de la ONU sobre la base del capítulo VII.

— En la cuestión del recurso a las pruebas que (supuestamente) afectan los *intereses de la seguridad nacional* (art. 72), de eminente importancia práctica, se halló una solución diferenciada, que obliga al Estado afectado a explicar sus razones para mantener el secreto y posibilita a la Corte en última instancia el uso de esas pruebas vía inferencia.

— Finalmente se logró que no sea posible expresar *reservas* contra el estatuto (art. 120). Así se evitó un conflicto en relación con reservas admisibles en el marco del derecho internacional y se quitó a los Estados escépticos con respecto al Corte un importante instrumento para sustraerse de sus obligaciones. Si fueran posible reservas, un Estado podría, por ejemplo, negar la entrega de un ciudadano debido a disposiciones constitucionales. Si así fuera, la Corte estaría condenada a no poder intervenir, ya que en el caso de los sospechosos se trata normalmente de ciudadanos del propio país.

3. EL TRÁGICO PAPEL DE EE. UU.

La delegación norteamericana, a pesar de las numerosas concesiones de los países *like-minded*, mantuvo hasta último minuto sus exigencias, por ejemplo la de una

declaración explícita de aceptación de la competencia de la Corte por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, justamente también para Estados no partes. Si se hubieran impuesto los criterios estadounidenses, la Corte hubiera sido un tribunal contra Estados pequeños y pobres, sin poder contra los intereses de los poderosos. Quien fue testigo de las negociaciones estadounidenses en Roma no puede sorprenderse que ahora EE. UU. quiera resistir activamente a la Corte. Con ello ya había amenazado en Roma y su derrota en la votación era más que previsible.

Esa actitud es lamentable, pero el funcionamiento de la Corte no depende de acciones militares internacionales, sino de la cooperación de los Estados parte, que como Estados del lugar de los hechos y de los sospechosos estarán obligados a entregar a estos. Acciones militares internacionales serán necesarias solo en el marco del capítulo VII CONU, para el mantenimiento de la paz internacional. En esa situación, EE. UU. intentará utilizar, como en la Guerra del Golfo, tanto al Consejo de Seguridad de las NN. UU. como a la CPI para sus propios fines políticos. Justamente el futuro papel de la CPI en el mantenimiento de la paz y su estrecha relación con el Consejo de Seguridad, fue una concesión a EE. UU., que imposibilitará a EE. UU. a largo plazo renunciar a una cooperación con la Corte.

4. CONCLUSIÓN

Las limitaciones en la competencia de la CPI fueron compensadas solo parcialmente por los logros mencionados, ya que estos tienen validez solo si la Corte puede intervenir. Por otra parte, para un funcionamiento eficiente de la Corte se necesita el mayor número posible de Estados parte. Ello —junto con aceptaciones *ad hoc*— puede compensar finalmente las limitaciones de competencia. Finalmente es de esperar que los Estados parte aprueben, en la conferencia dentro de 7 años, una ampliación de la competencia de la Corte. En fin, las palabras de Kofi Annan, Secretario General de las NN. UU., son correctas:

“Sin duda, muchos de nosotros hubiéramos preferido una Corte investida de mayores poderes, pero ello no nos permite minimizar lo logrado. La creación de la Corte es una esperanza para las futuras generaciones y un gigantesco paso en la senda de la vigencia universal de los derechos humanos y el imperio de la ley”.

Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista*

Jaime Sandoval Fernández**

INTRODUCCIÓN

El tema de la presente exposición se rige a partir de los límites materiales en una visión garantista, es decir, de cómo es posible rodear al individuo de unas garantías sólidas y efectivas frente al derecho penal, que lo resguarden al menos en parte de la intromisión arbitraria de ese poder punitivo.

Desde las enseñanzas de la criminología crítica y en particular del profesor BARATTA, nos dimos en defender la denominada política criminal alternativa con aspiraciones de reducir el ámbito del derecho penal. Descriminalizar comportamientos que no reunían las exigencias del derecho penal, de *ultima ratio* y fragmentario, de su necesidad, la utilización de los principios fundamentales del derecho penal, etc., constituían la primera franja de lo que había por reformar.

Pero a su vez las conductas socialmente negativas, aquellos comportamientos vulneradores de la convivencia social y de los bienes jurídicos más importantes, el delito de cuello blanco, los atentados contra bienes jurídicos colectivos, la lucha contra la corrupción, ocupaban el otro sector de la política criminal destinada a la criminalización.

* Ponencia presentada a las XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26-27-28 de agosto de 1998.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Norte (Barranquilla).

Las dudas siempre fueron las mismas. ¿Podría ese derecho penal malvado, recomponer su destino, desde el otro lado?

Además, los inconvenientes iniciales se acrecentaron cuando esa nueva criminalización topó con supuestos establecidos en el derecho penal. Los criterios sobre la persona jurídica, la culpabilidad y en general los principios fundamentales del derecho penal.

Al lado de ese derecho penal "mínimo", el ordenamiento jurídico penal en nuestros países prosiguió su rumbo imparable, reafirmandose cada vez más como derecho penal máximo. A su manera fue absorbiendo poco a poco los anhelos criminalizadores, reforzándolos y desdeñando los descriminalizadores.

Una de las instituciones que pasó rauda desde las antigüedades del derecho hasta los nuevos usos alternativos, fue la de los tipos en blanco. Si se averigua a propósito de qué temáticas se volvieron a poner de moda como "modelos de la mejor descripción típica", ello fue en razón de los bienes jurídicos colectivos y en especial del medio ambiente. La doctrina española así lo demuestra. No creemos que iguales bríos hubiesen tenido sus defensores demócratas, si se hubiera tratado de los otros bienes jurídicos tradicionales, quizás allí el discurso hubiera cambiado sustancialmente.

Pero en nuestro ordenamiento jurídico acogieron los tipos en blanco no como se quería, sino que siguieron utilizándolos indistintamente y cuando lo deseaban. Se hallan en las cruzadas contra el narcotráfico, financieras, tributarias, contractuales, etc. Conviene entonces reexaminarlos y en particular insistir en el sistema de garantías para el derecho penal, límite que debería guardarse cualquiera que sea la perspectiva que nos guíe: criminalizadora o descriminalizadora, pues de lo contrario desde los dos lados seguiremos alimentado al derecho penal de la arbitrariedad. Ese examen es el que nos proponemos en este trabajo.

A. Los tipos penales en blanco

1. EL ORIGEN DEL CONCEPTO

Coincide la doctrina en considerar que el origen de esta denominación se encuentra en BINDING (así, por ejemplo, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, pág. 348; REYES ECHANDÍA, 1997, pág. 124; VELÁSQUEZ, pág. 108; GARCÍA PABLOS, pág. 174). Estima JIMÉNEZ DE ASUA (págs. 348-349) que el autor alemán la utilizó para denominar aquellas leyes penales en que la sanción está determinada, pero el precepto a que se asocia no está formulado más que como prohibición genérica, que deberá ser definido por un reglamento, orden de autoridad, incluso por una ley presente o futura.

REYES ECHANDÍA (1997, págs. 124-125) enuncia las características que tenía la figura para BINDING: a) La prohibición cuya transgresión se castiga proviene de la autoridad policiaca de un Estado o lugar o de otra autoridad o de la legislación local. b) El derecho local decide a qué autoridad compete la sanción de la norma. c) Esa dispo-

sición prohibitiva puede solo producirse después de la ley penal... d) Depende del arbitrio de la autoridad correspondiente. VELÁSQUEZ, pág. 108, por su parte, comenta que el concepto fue introducido por BINDING,... para explicar la delegación que hacía la ley del imperio en los Estados o municipios, los cuales como órganos de inferior categoría, podían complementarla; era, pues, un problema de competencia.

Concluye también la doctrina en considerar a MEZGER como el autor que ensanchó la concepción de tipo en blanco. Dice JIMÉNEZ DE ASUA (pág. 349) que este autor admite tres formas: 1. El complemento se halla en la misma ley; 2. Se encuentra en otras leyes, pero emanada de la misma instancia legislativa; 3. Está contenida en otra norma procedente de otra instancia legislativa, "estas últimas son para MEZGER las leyes penales en blanco en sentido estricto" (véase también, sobre este tema a VELÁSQUEZ, pág. 108; QUINTERO OLIVARES, pág. 22; MIR PUIG, pág. 33).

2. LAS OPINIONES CONTEMPORÁNEAS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Si se examina la doctrina en las dos últimas décadas, en particular los autores que analizan los distintos grupos de opinión al respecto (véase, entre otros, a MUÑOZ CONDE, pág. 18; GARCÍA PABLOS, pág. 178; MORILLAS CUEVA, pág. 64; COLAS TUREGANO, pág. 214; MIR PUIG, pág. 34), se puede decir que la discusión se centra en dos aspectos básicos: La norma en blanco es aquella que remite el complemento del supuesto de hecho a la misma ley penal o a otros ordenamientos legales, y su remisión debe hacerse a normas de igual jerarquía legal o a normas de inferior jerarquía.

Sobre el primer aspecto la doctrina mayoritaria estima que el supuesto de hecho se consigna en una norma no penal (MIR PUIG, pág. 34). Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (págs. 35-103), dicen que es aquella cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal (cfr. MUÑOZ CONDE, pág. 18; también, RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 194; GARCÍA PABLOS, pág. 179; MORILLAS CUEVA, págs. 65-66; QUINTERO OLIVARES, pág. 22; BERDUGO y ARROYO, pág. 22; MIR PUIG, pág. 34). MUÑOZ CONDE (pág. 18), considera que su definición parecería demasiado estricta si se estima también como norma en blanco aquella en la que el supuesto de hecho viene dado en otro precepto de la misma ley penal. Observa que se ampliaría en exceso el concepto y sería imposible diferenciarle de las normas penales incompletas, así como de las completas en que el supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignados en artículos distintos del Código (en igual sentido, MORILLAS CUEVA, pág. 65; MIR PUIG, pág. 34).

QUINTERO OLIVARES (pág. 22) estima que un Código por naturaleza constituye una sola expresión normativa, y no tolera consideraciones limitadas a una sola parte de él. Lo importante es que delito y pena se encuentren en la misma ley penal. Termina diciendo que en estos casos a lo sumo podría decirse que hay una "impropia ley penal en blanco".

La doctrina mayoritaria identifica como representante de la concepción del complemento del supuesto de hecho por la misma ley penal a RODRÍGUEZ DEVESA. También

podría ubicarse allí a LANDECHO VELASCO (pág. 134): "esta puede remitir a otro precepto de la misma ley penal, a otra ley no penal o disposición de rango inferior".

Sobre el segundo aspecto hay quienes opinan que el tipo en blanco solo comprende la remisión para consignar el supuesto de hecho en una norma de inferior jerarquía a la ley, ante autoridad de categoría inferior al legislador. Así, por ejemplo, CASABO RUIZ (pág. 253): las leyes penales en blanco "exigen acudir a normas de rango inferior para la determinación del ámbito de su precepto" (*videre* MESTRE DELGADO, pág. 507). Por el contrario, otros autores consideran que conceptualmente la remisión comprendería normas de igual o menor jerarquía legal (así: JIMÉNEZ DE ASÚA, págs. 350-351; ANTÓN ONECA, pág. 108; MUÑOZ CONDE, pág. 19; MIR PUIG, pág. 34; BUSTOS, pág. 74; BLANCO LOZANO, pág. 145; MIR PUIG, pág. 35) estima esta misma concepción mayoritaria en Alemania.

Entre las opiniones de estos últimos autores destacamos las siguientes: MUÑOZ CONDE (pág. 19) arguye que si existe alguna razón para que el legislador no consigne el supuesto de hecho de una norma penal dentro de ella misma, es porque la conducta que constituye el supuesto está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico de finalidad y alcance diferentes a lo penal, por lo que resulta secundario si esa remisión se hace mediante ley o norma de inferior jerarquía.

MIR PUIG (pág. 34) anota que esta concepción volvería al punto de partida histórico del concepto y que existen otros aspectos que harían preferible un criterio más amplio, a efectos del tratamiento del error y la retroactividad de la ley más favorable. Conforme con esta visión, BUSTOS (pág. 74), admite no solo normas de menor jerarquía, sino también del mismo rango (ley), pero que no tengan la calidad exigida por la Constitución para esta materia.

En conclusión la doctrina española mayoritaria se inclina a pensar que el tipo en blanco es aquel cuyo supuesto de hecho se complementa o consigna en una norma no penal, ya sea de jerarquía igual o inferior a la ley.

3. LAS OPINIONES DE LA DOCTRINA EN COLOMBIA

El debate entre nosotros ha sido menos candente y abundante, limitándose en particular al primer aspecto: la remisión del supuesto de hecho a otra norma de la misma ley penal o en disposición extrapenal.

REYES ECHANDÍA (1986, págs. 161; 1997, pág. 124), consideró que los tipos penales son: "... aquellos cuya conducta no está íntegramente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla": Todos ellos contienen ingredientes normativos de carácter jurídico (en igual sentido, PAEZ POLO, pág. 185; PÉREZ PINZÓN, págs. 173-294). Por el contrario, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1986, pág. 71), opina que en el tipo en blanco, regularmente hay una reconducción total o parcial del precepto a disposiciones extrapenales que no siempre son leyes formales, sino reglamentos administrativos o similares. Y VELÁSQUEZ (pág.

108) conceptúa que la norma penal en blanco es "aquella cuyo supuesto de hecho aparece consignado o complementado total o parcialmente, en una norma de carácter no penal".

Nos mostramos partidarios de esta última noción, pues consideramos válidas las observaciones que se hacen desde la doctrina española al criterio extensivo que integra el tipo en blanco aún con otras normas del mismo ordenamiento penal. Para efectos prácticos de este trabajo los problemas habidos en la misma ley penal se resuelven con los parámetros de aquella, sin mayores dificultades. Los inconvenientes comienzan con la remisión fuera de la ley penal, he allí en donde habría que colocar el límite del tipo en blanco.

Entre nosotros no existe resistencia alguna para entender en el concepto, remisiones normativas de menos o igual jerarquía a la ley (REYES ECHANDÍA, 1997, pág. 125; VELÁSQUEZ, pág. 108; PÉREZ PINZÓN, pág. 174).

El profesor REYES ECHANDÍA (págs. 274-275 y 278) hizo también mención a la problemática de los paratipos penales, cuya similitud o identidad con los tipos en blanco merece analizarse, más aún cuando continúan utilizándose con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico. Decía el maestro que los paratipos se encuentran diseminados en códigos diversos al penal, como el de procedimiento penal o de comercio, ora en leyes especiales que se ocupan de materias diferentes a la punitiva.

Se trata de una descripción casuística hecha por el legislador que se encuentra asimilada o referida a un tipo penal. Considera que de todas maneras deberá aclararse si la conducta real se adecua o no al tipo, porque en algunos casos el paratipo no reúne todas las exigencias del tipo respectivo, es decir, la adecuación debe hacerse en el tipo, al cual se asimila o refiere. Si la conducta concreta no reúne la exigencia del tipo habrá atipicidad; no obstante que el paratipo haga esa asimilación.

Se refiere también a los casos en que el paratipo no solamente describe conductas que no encuadran en el tipo asimilado, sino que la referencia punitiva no establece con precisión el tipo a que se refiere. Aquí habría un desconocimiento al principio de la tipicidad.

Al final dirá que en todos los casos de paratipicidad cobra importancia el principio contenido en el artículo 3° del Código Penal y debe mantenerse incólume que no hay delito sin tipicidad.

En la doctrina española MUÑOZ CONDE (pág. 125) ha llamado la atención también sobre esta "técnica legislativa" que el autor caracteriza en estrecha conexión con los problemas de la norma penal en blanco, "normas extrapenales que consideran delictivos supuestos de hecho cuya subsunción en una norma penal es por lo menos dudosa". Concluye que el penalista no está sujeto a una previa calificación extrapenal en la interpretación de la norma penal, sino que su punto de partida será la norma penal y su finalidad político criminal, siendo su planteamiento, por tanto, similar, desde otra legislación, con el de REYES.

4. SÍNTESIS

Con la doctrina dominante concluimos que el tipo penal en blanco es aquel cuyo supuesto de hecho se integra por remisión que hace la ley penal a otra norma extrapenal (sobre los caracteres que debe reunir la norma en blanco nos ocuparemos en el curso de la exposición).

Los llamados paratipos penales, tienen como particularidad provenir de ordenamientos distintos al penal (comercial, laboral, tributario...), pero que regulan la materia penal mediante normas que se refieren o asimilan a tipos penales. No son exactamente tipos penales en blanco pero dada su "estrecha conexión" merecen ser estudiados conjuntamente.

A. *Los problemas del tipo en blanco. Las garantías del derecho penal*

Desde la noción de tipo en blanco que establece la remisión de este a otro ordenamiento distinto al penal e incluso a normas de menor jerarquía, se origina una serie de interrogantes sobre su compatibilidad con los postulados de la sociedad democrática, en especial con principios básicos orientados del derecho penal garantista.

El ordenamiento jurídico penal debe comprender un sistema de garantías que operen frente al Estado como límite infranqueable, es decir, la pena solo es posible si se respetan estas garantías, que harán parte de las reglas de juego imprescindibles al interior de la sociedad democrática. Conforme al cometido, lo que sigue es comprobar el rendimiento de los tipos en blanco dentro del sistema de garantías, si es que lo tienen, labor que empezaremos inmediatamente.

Los mayores cuestionamientos recaen sobre las remisiones de los tipos a normas de menor jerarquía o a las autoridades distintas al legislador. Por tal motivo trataremos primero estos tipos en blanco, para referirnos después a los reenvíos de igual jerarquía y autoridad.

1. *Tipo en blanco y remisión a normas de menor jerarquía: la pugna con el principio de legalidad y sus garantías*a) *Las razones y justificaciones de estas remisiones*

La doctrina ha dado distintas explicaciones para justificar la existencia de los tipos en blanco.

COLAS TUREGANO (pág. 217) expresa que algunos autores entienden que es la única vía para penalizar ataques a bienes jurídicos sometidos a frecuentes variaciones por las más diversas causas; así, por ejemplo, MORILLAS CUEVA (pág. 66) señala como función de la norma en blanco impedir el anquilosamiento del derecho penal en determinados aspectos, superado por la rapidez y frecuencia de los cambios sociales. CASABO (pág. 260) explica que la ley penal caería en el casuismo y por la variedad no se podría prescindir de ellas. TERRADILLOS (pág. 90) refiriéndose al medio ambiente, estima que la complejidad de la materia y sobre todo su dinamismo aconsejan la remisión del

Código Penal a leyes y reglamentos, técnica inevitable. BUSTOS (pág. 75) habla de materias inabarcables por el derecho penal en las que resultan indispensables las remisiones. Así también, LANDECHO (pág. 134) considera imposible introducirlas en el código penal, necesidad ineludible. GARCÍA PABLOS (pág. 177) se refiere a la actividad legiferante continua, materia estrechamente vinculada a sectores muy dinámicos, distintos del derecho penal (sanidad, orden económico, etc.). GARCÍA RIVAS (pág. 71) "imprescindibles" en bienes jurídicos colectivos, salud pública, medio ambiente, economía. MORALES (pág. 25) estima que esta técnica es necesaria en bienes jurídicos de nuevo cuño, medio ambiente, urbanismo, funcionamiento financiero y societario, como mecanismos de integración. MUÑOZ CONDE (pág. 19) ha dicho que si existe alguna razón para la existencia de esta remisión es porque la conducta que constituye el supuesto de hecho está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico de finalidad y alcance distinto al penal.

En la doctrina colombiana el profesor MEZA VELÁSQUEZ (cfr. REYES ECHANDÍA, 1997, pág. 127) también acude a la "variabilidad" de las circunstancias como razón de los tipos en blanco en materia contravencional. VELÁSQUEZ (pág. 109) por su parte, expone que son muy comunes en la regulación de las actividades riesgosas para la sanidad del país, el orden social, etc., campos en que "la actividad legislativa es incesante".

No obstante los anteriores criterios justificantes, de todas maneras todavía quedan sin resolver algunos interrogantes: si realmente esta técnica es la única vía de solución, ¿resulta compatible con el sistema de garantías? Y si no lo fuera ¿el efectivismo invocado primaría sobre los límites garantistas? ¿Es la única vía o existen salidas alternas dentro o fuera del derecho penal?

Estos interrogantes se seguirán tratando en el curso de la exposición, pero no obvia decir, mientras tanto, que no podremos encontrar la respuesta a la conveniencia o inconveniencia político criminal de su utilización actual en explicaciones ontológicas o referidas al origen histórico de la técnica, como si ese fuese su destino eterno, o en el apego de las construcciones dogmáticas.

Los criterios político criminales y en especial el análisis de nuestra propia realidad política, social y jurídica son el mejor camino para hallar la solución más conveniente a nuestros problemas, todo ello con miras a construir la sociedad democrática participativa que propugna nuestra Constitución.

El principio de legalidad y las garantías como límites materiales al poder punitivo.

No haremos en esta exposición un estudio pormenorizado de este principio (para tal fin, véase a JIMÉNEZ DE ASÚA, pág. 334; ANTÓN ONECA, pág. 107; BUSTOS, págs. 59-70; MIR PUIG, pág. 75; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, pág. 89; BERDUGO y ARROYO, pág. 45), sino que nos concretaremos a los aspectos centrales que se estiman vulnerados por la técnica legislativa examinada.

El principio de legalidad se ha considerado como el principal límite que impone el Estado de derecho a la imposición de penas y de él se derivan garantías fundamenta-

les para los ciudadanos, algunas de las cuales parecerían afectadas por la utilización de los tipos en blanco.

1) *El principio de reserva legal*

a) *Delimitación*

El principio de legalidad entraña a su vez al principio de reserva absoluta, según el cual, la materia penal solo puede regularse privativamente por la ley, expedida por el órgano que le corresponde hacerlo constitucionalmente —el legislativo— y en España aún más, pues si limita derechos fundamentales deberá regularse por ley orgánica.

Al respecto dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (págs. 93-95) que en el esquema de división de poderes la reserva de ley establece la potestad de definir delitos y penas en el poder legislativo: las Cortes generales, como representantes de la voluntad popular (JIMÉNEZ DE ASÚA; en España conforme al art. 51 de la Constitución de la República de 1932 "... la potestad legislativa reside en el pueblo, que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los diputados", pág. 334).

La legitimación —continúan los autores citados— exclusivamente atribuida al legislativo para decidir qué conductas debe perseguir el Estado, para proteger los intereses que la sociedad considera más importantes en la convivencia, para aplicar el instrumento más grave de que dispone, la pena, en la búsqueda del mayor consenso posible, resulta favorecida por la exigencia de la mayoría calificada propia de las leyes orgánicas (conforme, MESTRE, pág. 510: "Garantizando la intervención institucionalizada de fuerzas políticas minoritarias").

En la misma línea de opinión, BERDUGO y ARROYO (pág. 45-46), se refieren al subprincipio de reserva absoluta de ley —monopolio del Parlamento— para definir las conductas constitutivas de delito e imponer penas: "Con exclusión de otras disposiciones legales de inferior rango...". Seguidamente al referirse al triple fundamento del principio de legalidad señalan que el primero y principal es el democrático representativo. En el pensamiento moderno esa facultad comprende en exclusiva a la ley como expresión democrática-representativa de la voluntad general y de la separación de poderes consustancial al Estado de derecho, y en España se concreta en la Ley de Cortes".

En igual forma se manifiesta MIR PUIG (págs. 75-77), para quien el sentido actual del principio de legalidad se derivó en principio de la teoría del contrato social que suponía una organización política basada en una división de poderes, donde la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Según este autor, el principio de legalidad implica no solo seguridad jurídica, sino, además, garantía política de que al ciudadano no lo afecten "Penas que no admita el pueblo"; la garantía criminal exige entonces que el delito se determine por ley. Quedarían excluidas como fuentes en esta materia las normas reglamentarias emanadas del poder ejecutivo (en esta misma línea de opinión, MESTRE, pág. 510).

En Colombia FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1986, pág. 19) manifiesta que lo ideal y correcto es que tal competencia privativa se refiere a la ley en sentido formal, pues esto

da al pueblo, por medio de la democracia representativa y de los legisladores colegiados una cierta participación en esta tarea. Para PÉREZ PINZÓN (pág. 284), solo el legislador ordinario tiene la facultad de crear delitos y penas.

b) *¿La remisión a normas de menor jerarquía vulnera el principio de reserva legal?*

b1) *Examen de la doctrina*

La doctrina mayoritaria considera que los tipos en blanco cuya remisión se hace a normas de menor jerarquía, vulneran el principio de reserva legal.

MUÑOZ CONDE (pág. 20) había dicho que la norma penal en blanco supone muchas veces una infracción al principio de legalidad y del de división de poderes estatales al permitir que el delito pueda ser determinado por una autoridad que constitucionalmente no está legitimada para ello. COLAS TUREGANO (pág. 215) concluye que la vulneración se produce en todo recurso a la normativa inferior; se abandona la regulación de la materia penal al ejecutivo.

BERDUGO y ARROYO (pág. 50) estiman que las leyes penales en blanco que remiten a normas de rango inferior a ley, afectan el mandato de la reserva de ley, "Por delegar en instancias administrativas parte de la tarea" (De igual manera en medio ambiente, BERDUGO y ARROYO pág. 49). Estiman estos autores (BERDUGO y ARROYO, pág. 22) que tales normas son una vía de expansión del poder ejecutivo para eludir el control parlamentario y la división de poderes.

COBO y VIVES (pág. 325) expresan que en definitiva es el ejecutivo quien la fija y concreta, peligrando así el principio de legalidad y en todo caso se rompe el principio de división de poderes.

Así también MORILLOS CUEVA (pág. 66): "Constitucionalmente no están legitimados"; DE VEGA RUIZ (pág. 30), por su parte, las tilda de "inadmisibles" para; QINTERO OLIVARES (pág. 23): "Se mengua el poder en principio exclusivo que tiene el legislador para producir leyes penales"; les hace una "seria censura" y las excluye como complementos de tipos penales.

MESTRE (pág. 512), no obstante aceptar que se ha provocado una cierta indeterminación de los límites de la reserva penal, sostiene que en estos casos la intervención de la administración no se debe a la fuerza expansiva del ejecutivo en detrimento del legislativo, sino a la autorización que este le da, en ejercicio de la soberanía popular.

En Colombia PÉREZ PINZÓN (pág. 294) considera que dado su origen eminentemente político y la eventual violación al principio de legalidad, los tipos penales en blanco solo es posible aplicarlos cuando cumplan unos requisitos, y allí excluye los que remiten a normas de menor jerarquía. Más adelante estima que la remisión a normatividad inferior viola el principio de legalidad, y por ello son inaplicables. Así también VELÁSQUEZ pág. 109, quien estima que este mecanismo implica infracción a los principios de legalidad y separación de poderes, contraviene la Constitución (pág. 109).

Parte de la doctrina considera que estas normas "pueden" infringir el principio de reserva. Así MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (pág. 103), cuando dicen que parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que complementando a la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley.

Ese "puede" al que se refiere este autor, sin embargo, no resulta del todo armónico con quien sostiene que la reserva de ley no es algo formal, sino que es el legislador quien proporciona la seguridad jurídica contenida en la garantía material. Lo lógico hubiera sido decir, como ya se había dicho antes, que la remisión a normas de menor jerarquía, no es que "puede", sino que infringe el principio de reserva. Esto se confirma cuando MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (págs. 103-105) comentan la teoría del núcleo esencial de la prohibición, expresando que de todas maneras "la definición de ciertos elementos del delito queda en manos de la administración".

BUSTOS (págs. 74-75) estima en principio que "violarían la reserva de ley en materia penal", en estos podría aparecer una contradicción con el principio de legalidad, ya que el legislador está haciendo dejación de una potestad que le corresponde en forma exclusiva según la Constitución. Pero seguidamente expresa que el problema es de límites, es decir, de cuando esta técnica pueda producir arbitrariedad, y a la vez de la necesidad de eficacia de ciertas leyes en razón de su materia. Para ello respalda la teoría del núcleo esencial en el tipo concluyendo que así no aparecerán como contradictorias con la constitucionalidad de la ley. Finalmente BUSTOS considera (págs. 74-75), que se podía colocar otro límite a las leyes penales en blanco, consistente en que, cuando la materia es propia de ley orgánica, no fuera posible la remisión, porque en este caso tanto la materia como la Constitución exigen el máximo de garantías al ciudadano y por lo tanto no es necesario ni admisible flexibilidad alguna.

En Colombia REYES ECHANDÍA (1997, pág. 125) da la razón al profesor NÚÑEZ cuando advierte que se produce una suerte de delegación susceptible de violar el principio de legalidad penal. Otros autores se muestran en alerta, ante los riesgos que corre el principio de legalidad. Así CANTARERO (pág. 75) quien expresa que estas normas hacen temer por la salvaguardia del principio de legalidad. También LANDECHO (pág. 134), cuando dice que se concede a la administración un poder difícilmente conciliable con el entendimiento estricto del principio de legalidad, con quien presenta una seria dificultad.

La doctrina minoritaria no cree que estas normas violen el principio de legalidad. TERRADILLOS (pág. 91) expresa que el inevitable reenvío a normas de rango inferior no tiene por qué suponer merma al principio de legalidad. Lo decisivo según este autor es que el reenvío respete el principio de legalidad, en su faceta formal relativa al rango necesario de las normas sancionadoras, como en lo material.

b2) Síntesis y comentarios

La doctrina mayoritaria estima que los tipos en blanco cuando remiten a normas de menor jerarquía violan la garantía absoluta de reserva de ley y por consiguiente el

principio de legalidad que la contiene. Otros autores consideran que estos tipos podrían afectar la garantía, que estaría en riesgo o le ocasionaría dificultades. Es decir, para casi toda la doctrina está claro que la utilización de esta técnica lesiona o pone en riesgo la garantía de reserva legal. Finalmente la minoría no cree que vulneren el principio de legalidad.

No hay que hacer mayor esfuerzo para llegar a la conclusión mayoritaria, pues si la concepción democrática representativa entrega al poder legislativo como representante del pueblo, la función de hacer la ley penal, esta garantía se quiebra cuando órganos diferentes o disposiciones normativas de inferior jerarquía a la ley regulan en todo o en parte la materia penal (véase en consonancia art. 3º; tít. VI, art. 133; cap. 3, art. 150, Const. Pol. col.).

La Constitución colombiana también faculta al ejecutivo en hipótesis concretas y taxativas para que expida normas de efectos transitorios, en las cuales puedan regular la materia penal, aunque con limitaciones (Const. Pol. col., arts. 213-214; ley 137 de 1994, art. 44). Por supuesto aquí se recorta el principio de reserva absoluta. En estos casos se entendería vulnerada la reserva cuando el ejecutivo legisla por fuera de esas hipótesis taxativas, como es el caso de las remisiones a normas de menor jerarquía, delegación "permanente" no autorizada por la Constitución.

Otra cosa es que a pesar de reconocerse la vulneración al principio de legalidad, ello se sopesa con la supuesta efectividad de estas normas en la materia que rigen, lo que a su vez conlleva el intento por hacerlas compatibles o paliar los efectos negativos por la mengua de los principios. Ello parece ser el norte de parte de la doctrina y jurisprudencia proclive a esta técnica.

En cuanto a lo argüido por MESTRE en el sentido de que en estos casos la intervención de la administración en la configuración de tipos no se debe a la fuerza expansiva del ejecutivo en detrimento del legislativo, sino en la autorización que este le da en ejercicio de la soberanía popular, conviene hacer unas acotaciones.

En nuestro país la historia de la expansión e intromisión del ejecutivo en el ámbito de la reserva absoluta de ley penal contó con la anuencia del Congreso quien por lo general autorizaba o delegaba en el gobierno la expedición de Códigos. Por consiguiente, el autoritarismo pasó por la usurpación y entrega de la facultad de hacer leyes, procederes confluyentes, no excluyentes, pues la garantía se quiebra de todas maneras, si el ejecutivo se toma la facultad o si se la entregan.

Con relación al criterio de BUSTOS creemos que se refuerza la reserva absoluta con la exigencia de ley orgánica, aunque sería mucho mejor que este tratamiento se expandiera a toda la materia penal, por cuanto de todos modos esta afecta derechos fundamentales. Pero de igual manera, no hay por qué entender que la reserva de ley ordinaria encarna flexibilidad en el principio, sino exigencias diferentes, pero al fin y al cabo reserva absoluta.

Por último no vemos cómo pueda sustentarse que las remisiones a normas de menor jerarquía no vulneren el principio de legalidad, y que lo decisivo sea que el envío respete el principio en su faceta formal relativa al rango necesario de las normas

sancionadoras, como en lo material, pues como ya se dijo se regula la materia penal omitiendo la representación popular que elige al parlamento para hacer la ley. He ahí la vulneración a la garantía política, a la división de poderes.

2) El principio de determinación

a) Delimitación.

El principio de legalidad también comprende el de taxatividad, según el cual la ley en materia penal debe determinar el supuesto de hecho y la pena de manera clara y precisa, que no haya duda acerca de la materia prohibida.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN expresan que la garantía de reserva de ley no es una exigencia formalista, sino que se relaciona con el contenido material del principio de legalidad. Para que la ley cumpla con la función de señalar las conductas punibles debe hacerlo claramente.

“Este contenido de seguridad jurídica —la garantía material— es el que monopoliza el legislador mediante la reserva de ley”. Por mucho que un reglamento administrativo puede definir conductas con “exquisita precisión” el principio de legalidad exige que lo haga el legislador, porque la representación popular lo legitima para ello. “Si órganos no legislativos definen delitos, no se quebrantaría solamente la garantía formal, sino también la material”.

Así también, BERDUGO y ARROYO (pág. 49): La reivindicación ante el Antiguo Régimen, no se limitaba a reclamar el poder penal para el legislativo que encarnase la voluntad popular, sino frente a ese legislador que las leyes penales fueran claras y precisas. Integran esta posición, además: COLAS TUREGANO (pág. 215): Solo la ley debe establecer delitos y pena, supone la salvaguardia al principio de seguridad jurídica, taxatividad, GARCÍA RIVAS (págs. 73 y 74): El principio de taxatividad comprende la garantía de legitimación y garantía de seguridad. Remarca la división de poderes propia del Estado de derecho; MIR PUIG (pág. 78) el mandato de determinación, exige que la ley determine la conducta punible. En la doctrina colombiana, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989, págs. 19 a 27) para quien esta función de describir el injusto penal con claridad y precisión, principio de determinación, es función que se le asigna privativamente a la ley, “que debería ser solo la ley formal”.

b) ¿La remisión a normas de menor jerarquía viola el principio de taxatividad?

b1) Examen de la doctrina

La doctrina mayoritaria admite que los tipos en blanco remisorios a normas de menor jerarquía violan el principio de determinación. MUÑOZ CONDE (pág. 20), por ejemplo, llama la atención sobre las dificultades para el penalista en esta clase de remisiones, porque se traslada hacia ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que no conoce tan bien y porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas produce discordancia que no ayuda a la certeza y seguridad jurídica.

cas. Así también, BLANCO LOZANO (pág. 149), cuando habla de la prolijidad y dispersidad que hace imposible conocer con exactitud; falta de claridad (pág. 149). Y en Colombia VELÁSQUEZ, FERNANDO (pág. 109).

Vale la pena resaltar que cuando MUÑOZ CONDE (pág. 103) no comparte el planteamiento de quienes estiman que los tipos en blanco en las remisiones de menor jerarquía pueden proporcionar mayor seguridad jurídica al concretarse la conducta en el reglamento, por cuanto considera que la reserva legal no es solamente garantía formal, sino que el legislador es quien debe proporcionar la seguridad jurídica contenida en la garantía material.

POLAINO (pág. 878), por su parte, expresa que “estos reenvíos contienen una grave inobservancia de las exigencias de seguridad y certeza” jurídicas. Así también QUINTERO OLIVARES (pág. 23), quien al referirse a la seguridad jurídica manifiesta que el contenido de la ley penal puede variar por la sola voluntad de la Administración, por lo que se modifica *de facto* el tipo penal.

En la doctrina colombiana, PÉREZ PINZÓN (pág. 294) dice que “Viola el principio de tipicidad” (así también, IBÁÑEZ, pág. 332).

Otros autores estiman que estas normas pueden vulnerar el principio de determinación. Así, en este sentido, ARROYO y BERDUGO (pág. 50) sostienen que “Puede afectar el mandato de determinación”; y MORILLAS CUEVAS (pág. 66) y CANTARERO (pág. 75) creen que tales normas hacen temer por la certeza y seguridad jurídica (pág. 75).

En la doctrina colombiana REYES ECHANDÍA 1986 (pág. 161) expone que en la elaboración de esos tipos se ha de tener mucho cuidado, porque se corre el riesgo de que su norma integrada generalmente proveniente del ejecutivo, no tenga suficiente claridad o de que sea modificada frecuentemente, con eventual violación del principio de tipicidad.

TERRADILLOS (pág. 91) en España, como ya dijimos, sostiene que estas normas no tienen por qué suponer una merma al principio de legalidad y por el contrario es la técnica más adecuada para conseguir una mejor definición de lo prohibido.

b2) Síntesis y comentarios

Como síntesis se puede afirmar que la doctrina mayoritaria conviene en que los tipos en blanco cuando remiten a normas de menor jerarquía vulneran el principio de determinación y otro sector cree que tales remisiones pueden vulnerar ese principio. Por consiguiente la casi totalidad de la doctrina es consciente de la lesión y riesgo a que se somete la garantía de taxatividad.

Si se entiende que la garantía formal—principio de reserva absoluta de ley—rige en la delimitación de la materia penal, de tal manera que solo el legislativo puede crear delitos y penas, desde un concepto democrático representativo corresponde a la ley, al legislativo, garantizar esa seguridad o certeza, describiendo de manera inequívoca la materia prohibida.

Creemos entonces que cuando el ejecutivo directamente o por delegación, incluyendo aquí las remisiones de los tipos en blanco, regula la materia penal en todo o en

parte, se entromete en funciones que no le corresponden, y no solo viola la garantía formal de la reserva absoluta, sino también la garantía material de la determinación, asignada en la democracia representativa al legislativo.

En nuestro país la vía excepcional de la delegación existe para situaciones transitorias, limitadas en el tiempo, no para hacer, reformar códigos o expedir la normatividad ordinaria, después de las cuales se recobra la legislación ordinaria. Por fuera de esa eventualidad no se puede regular la materia penal por el ejecutivo. La vía de remisión permanente al ejecutivo, propia del tipo en blanco, no cuadra con nuestra disposición constitucional, vulnerando el principio de reserva y el de taxatividad.

No se olvide que en la elaboración de la Constitución de 1991 se tuvo mucha preocupación por establecerle límites al ejecutivo en materia legislativa, pues en la práctica durante muchos años se había constituido en legislador *de facto*. Acudir a la representación popular no es solo el apego al origen histórico del principio, sino la garantía política para restablecer el concepto de la división de poderes, destrozado en un largo período de autoritarismo desbordado. Así mismo en el Congreso, la revocatoria y demás reformas buscaron que este asumiera su papel, extraviado en los conciliábulos con el ejecutivo.

El principio de legalidad y sus garantías de reserva y determinación no son solo importantes instrumentos a los límites de intromisión punitiva del Estado, sino también un instrumento fundamental en el proceso de transformación democrática y el fortalecimiento de instituciones básicas como el de la representación democrática.

3) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en España y la Corte Constitucional en Colombia

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

En tratándose de la reserva de ley orgánica la STC 140, 11 noviembre 1986, establece que las normas penales "... son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la Constitución española, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener el carácter de leyes orgánicas". Por consiguiente la imposición de una pena de privación de libertad en una norma que no tuviere el carácter de ley orgánica, vulnera las garantías reconocidas en el artículo 17.1 (así también, STC 122, 13 julio 1987).

Sobre este mismo aspecto la STC 127, 5 julio 1990, manifestó que el principio de legalidad comprende la garantía de la necesidad de una ley para definir las conductas punibles y su sanción —reserva absoluta— y cuando se trata de penas privativas de la libertad esta ley debe ser orgánica. El principio de legalidad además comprende la garantía referida a la seguridad de prohibición, a la necesidad de predeterminación a través de una tipificación precisa. Así también, STC 24, 13 febrero 1996, garantía que denomina taxatividad.

La STC 122 de 1987 admitió la utilización de los tipos en blanco. Pero fue la STC 127/90 la que de manera más detallada se ocupó del tema. Expresa que "Es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62 de 1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes en blanco (STC 122 de 1987), esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta" (así también, STC 24, 13 febrero 1996).

Refiriéndose al reenvío la STC 127 de 1990 establece los requisitos que debe reunir: que sea expreso; justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma; la ley debe señalar la pena y además contener el núcleo esencial de la prohibición; que sea satisfecha la exigencia de certeza estos requisitos los reitera en decisiones posteriores: STC 62, 28 febrero 1994; STC 24, 13 febrero 1996.

El Tribunal Constitucional en sentencia 118, 16 septiembre 1992, también se pronunció sobre la remisión a ley que no cumple la jerarquía de ser orgánica y al caso que esa ley extrapenal regula la materia penal. Se trataba de la ley 39 de 1981, ley especial, no penal, sin rango de ley orgánica que modificaba lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal. Consideró el tribunal que la reserva absoluta y la exigencia de ley orgánica no debe extenderse a todos los aspectos relativos de la descripción del supuesto de hecho, porque como se ha dicho en otras decisiones es posible la utilización de tipos en blanco siempre que reúna los requisitos exigidos. Agrega el tribunal que en estos casos la norma integradora "Por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva orgánica..."

Pero sobre la modificación que hace en este caso la ley extrapenal a la penal, cuando automáticamente en todos los supuestos habría publicidad, consideró que no es el 123 del Código Penal quien se remite a la ley 39 de 1981 para precisar el concepto de publicidad, sino la ley quien se remite al Código Penal; no se integra el precepto mediante norma instrumental sino que se modifica, cuestión que solo puede hacerse como regulación de la materia penal y limitación a un derecho fundamental por ley orgánica.

De las sentencias antes mencionadas se podría en principio arribar a las siguientes conclusiones:

Si el principio de reserva de ley, cuando esta limita derechos fundamentales, exige ley orgánica, regular esta materia penal por leyes ordinarias o de menor jerarquía vulnera la garantía de reserva. Si se acepta que otras sanciones pueden establecerse por leyes ordinarias, de igual forma se vulneran las garantías cuando la materia se regula por normas de menor jerarquía.

En los dos casos aludidos se vulnera el principio de determinación cuando quien tiene la reserva de ley con las condiciones exigidas: orgánica u ordinaria, no fija la materia prohibida, sino otra autoridad o norma de menor rango. Así mismo, cuando en tratándose de la autoridad legítima y la clase de ley exigida, la materia de prohibición no se determina o describe de manera inequívoca, clara.

Pero la regulación inadmisibles, por cuanto vulnera las garantías, lo es cuanto esta se hace en todo o en parte, pues en eso consiste la reserva absoluta, en no poder reglar la materia si no tiene la legitimidad o jerarquía exigida. Por ello no resulta aceptable la teoría del núcleo de la prohibición, pues las llamadas normas instrumentales o que describen aspectos secundarios, no esenciales, integran la materia prohibida, que no puede ser regulada sino por el legislativo y la ley.

Se observa que el Tribunal Constitucional utiliza la expresión "conciliable" para referirse a los tipos en blanco y su admisibilidad: "es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes en blanco" (conciliable: 'que puede conciliarse o componerse'. Conciliar: 'conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias'. Diccionario de la Real Academia), con lo cual parecería que su decisión en su momento siguió orientaciones político criminales que sopesaron el efectivismo de estas normas en materia harto difíciles en materia penal y la violación al principio de legalidad, definiéndose por lo que parecería mejor. Pero eso no obsta para reconocer también que sí hay violación al principio de legalidad y sus garantías, vulneración que se intenta amainar con la teoría del núcleo esencial.

Sobre la teoría del núcleo esencial de la prohibición fijado en ley, es indudable que resulta menos perjudicial que no tener ningún límite para contener la vulneración al principio de legalidad, es decir, sería tolerar que se regule la materia prohibida en parte y con ciertos límites establecidos a las remisiones. Por consiguiente, en ordenamientos jurídicos donde no se pueda más, habrá que aceptarlos, más, sin embargo, de todas maneras se quiebra el principio de legalidad, se relativiza, con consecuencias muy negativas en la solidez de los sistemas democráticos y su legitimidad.

En cuanto a las regulaciones de la materia penal efectuadas por leyes no penales que se remiten a las penales (en nosotros paratipo), es importante que el tribunal constitucional con base en la reserva absoluta de ley, y en los casos que se limitan derechos fundamentales —de ley orgánica— no acepte que la ley ordinaria modifique al tipo, pues en este caso no reúne el rango exigido. De igual manera resultaría inadmisibles que donde se requiera una ley ordinaria se haga mediante ley de menor jerarquía. Aquí el principio de reserva y de taxatividad se erigen en límites a la punición.

b) La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La Corte Constitucional a propósito del artículo 665 que traía el Estatuto Tributario (paratipo) se ocupó en los siguientes términos del principio de legalidad: "El principio en mención exige que el legislador y solo él, incluido el legislador de excepción (en las condiciones previstas en los arts. 213 y 214 de la Const. Pol., y art.44 de la ley 137 de 1994) determine las hipótesis de desviación punitiva con referencias empíricas y prácticas exhaustivas como garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos en cuanto existe certeza sobre los presupuestos necesarios para la aplicación de una pena.

Como el tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal necesaria para efectos de determinar cuándo se configura el

hecho típico, resultaría arbitrario y discrecional que el intérprete procediera a integrar la norma con otra y otras que regulen aspectos semejantes (en este caso de carácter administrativo), pues la elección de esas disposiciones puede ser diversa y, en consecuencia, no solo se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad, sino también el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados *ex post facto*" (Corte Constitucional, sent. C-285, 27 junio 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz, f. 24).

De esta sentencia cabe descartar lo siguiente: El principio de reserva establece que solo el legislador puede regular la materia punitiva. Debe entenderse en principio al legislativo-Congreso mediante ley formal aunque también autoriza al legislador extraordinario, pero en hipótesis concretas y taxativas. En estos casos la legislación extraordinaria no puede hacer o reformar códigos (Const. Pol., art.150) y por ello sus normas solo rigen en períodos excepcionales y limitados, al final de los cuales vuelve a regir la legislación ordinaria. Por fuera de esas hipótesis no es posible que nadie más distinto al Congreso, legisle en materia penal.

La hipótesis de la delegación permanente que hace la ley a instancias y normas de inferior jerarquía —como las administrativas— por medio de los tipos en blanco, no encuentra asidero en esa concepción de reserva legal, pues no está comprendida dentro de las excepciones a la reserva absoluta contenidas en los artículos 213 y 214 Constitución Política y artículo 44 de la ley 137 de 1994, situaciones que la Corte caracteriza como violatorias de los principios de separación de poderes y de legalidad.

El principio de taxatividad comprende la legitimidad de quien lo ejerce con exclusividad, el legislativo ordinario y el extraordinario por excepción en los casos expresamente señalados. Por consiguiente, las descripciones a la materia penal hechas desde normas de menor jerarquía, violan el principio de taxatividad.

4) El ámbito nacional de la regulación legal

En España se ha discutido bastante si las comunidades autónomas (CA) en las regiones podrían regular la materia penal. La mayor parte de la doctrina considera que esto no es posible. CASABO RUIZ (págs. 242 y 243) concluye que a partir de 1956 es netamente mayoritaria la doctrina contraria al reconocimiento de capacidad normativa penal en las regiones.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (pág. 93) estiman que los cuerpos legislativos de las CA se excluyen de la reserva legal, por cuanto la definición de delitos y penas es competencia del Estado conforme, CASABO RUIZ (págs. 242, 243 y 248). Así también, COLAS TUREGANO, quien habla de la violación al principio de igualdad, en igual sentido CASABO RUIZ (págs. 242 y 243); MESTRE (págs. 518 y 55), quien se refiere a la violación al principio de uniformidad y a la quiebra de la reserva legal orgánica. También niega que las CA puedan regular la materia penal, MIR PUIG (pág. 82). CASABO RUIZ (pág. 257) agrega que la reserva de ley es absoluta siempre. Solo la ley, y únicamente ella, puede determinar las conductas delictivas incluso en aspectos marginales. No obstante esta afirmación, creemos que el autor se contradice cuando más adelante acepta las

remisiones a normas de menor jerarquía, porque la teoría del núcleo esencial se basa precisamente en que es posible que las normas de remisión regulen la materia de prohibición en lo secundario o marginal, aspecto sobre lo cual, según CASABO, rige la reserva absoluta.

TERRADILLOS (pág.91) señala que estos organismos no pueden inmiscuirse en el ámbito penal, aunque el contenido de este sí queda condicionado en el reenvío autonómico. Refiriéndose al medio ambiente admite que pueden ser distintas las regulaciones por el clima, etc., sin que genere desigualdad.

En Colombia REYES ECHANDÍA (1997, pág. 125) acepta la remisión a normas municipales o departamentales, como acuerdos municipales u ordenanzas departamentales.

La polémica es la misma: la intangibilidad o no del principio de legalidad frente a normas de menor jerarquía. En el caso español unánimemente se sostiene que las CA no pueden regular la materia penal porque vulneran el principio de reserva (solo el legislativo central) y taxatividad, pero a la vez se discute si podría admitirse que por vía de remisión la disposición autonómica pudiera reglar aspectos secundarios o instrumentales, cuando el núcleo de la prohibición se establece en la ley formal. Luego, la posición que expresamos con anterioridad es igualmente aplicable en este tópico: no se puede delegar porque de todas maneras se quiebra el principio de legalidad.

Vale la oportunidad para traer una idea al respecto, desde el derecho comparado, que no se encuentra en los contextos doctrinarios que aquí analizamos. CURY (pág.84), partidario de las remisiones a normas de menor jerarquía y al núcleo esencial de la prohibición en la ley, sostiene que las disposiciones complementarias deben tener una potestad extendida a todo el territorio nacional. Según su parecer, ello es válido para los Estados unitarios y los federales que confían la formación de normas penales solo al poder legislativo central. Que las normas rijan sobre la "totalidad del territorio nacional", o por lo menos "han sido determinadas por una misma autoridad legislativa con unidad de criterio", no exponer al ciudadano a que en ciertos lugares el hecho se considera ilícito y en otros no y viceversa.

Esta opinión, no obstante provenir de un defensor de las remisiones a normas de inferior jerarquía, es indudable que establece un límite a estas, pues la normatividad de las CA, consejos y asambleas, por no tener cobertura nacional no pueden complementar el tipo en blanco. Entre nosotros, se atentaría contra el principio de territorialidad de la ley o "unidad del país", ya que esta se aplica en todo el territorio nacional en cualquier parte de este (véase Const. Pol., art.101 y C. P., art.13); según señala PÉREZ PINZÓN (pág. 78), "existe una regla en virtud de la cual la ley punitiva se aplica a todas las personas que habitan un país". Las excepciones, por tanto, deben ser establecidas por Constitución o ley, pues de lo contrario se vulneraría con ello el principio de igualdad o uniformidad y el de generalidad.

En un análisis más riguroso, la inadmisibilidad de las remisiones a estas normas municipales o departamentales estriba en que vulneran el principio de legalidad. Constitucional y legalmente estas disposiciones y corporaciones no están instituidas para

regular la materia penal "en todo o en parte", esto es, el principio que rige es la reserva de ley *siempre*, en el caso colombiano con la excepcionalidad expresa y taxativa, aun para los aspectos denominados "marginales, secundarios, instrumentales".

En nuestro país esa carencia de legitimidad no solo se reafirma conceptualmente, en los principios y criterios que rigen la democracia representativa participativa, en la Constitución y la ley, sino que también se confirman en la simple sensación práctica del elector primario. ¿Podríamos imaginarnos una democracia que convierta en legislador penal a los concejales y diputados?

5) La favorabilidad en la norma complementaria de menor jerarquía

a) Las opiniones de la doctrina y de la Corte Suprema de Justicia

En derecho penal la exigencia de ley previa deviene en prohibición de retroactividad y ultractividad para la ley que crea delitos y penas, la gravosa o desfavorable —límite a la intervención punitiva—, pero así mismo, en virtud del principio de favorabilidad, se permite excepcionalmente la retroactividad y ultractividad de la ley benigna o favorable.

Los fundamentos legales de esta distinción están en la Constitución (art.29 inc.3º; C. P., art.6; C. de P. P., art.10. En el derecho penal español C. P., art.22).

Los tipos en blanco, por remitirse a otras normas de complemento, originan una serie de controversias en torno a la favorabilidad. En el pensamiento que venimos defendiendo la discusión se obviaría por extracción de materia por cuanto estas normas serían inadmisibles. Recuérdese que quienes aceptan la remisión a jerarquía inferior con la teoría del núcleo esencial, integran el tipo en blanco con su complemento, hacen un todo normativo que regula la materia penal, si ello es así; ¿por qué entonces tendría que discutirse sobre el principio de favorabilidad, si se trata de ley penal? sin embargo las cosas no resultan tan sencillas.

JIMÉNEZ DE ASUA (pág.661), considera que en el artículo 24 del Código Penal español de la época, la palabra ley se refiere al total "Estado jurídico". Ha de entenderse por ley, para saber cuál es más beneficiosa, no solo la consecuencia penal, sino también el tipo, cuyos presupuestos pueden proceder de zonas extrapenales. Si estos cambios son favorables deben tener efectos extractivos. Ello es aplicable en las leyes en blanco cuando el complemento procede de una autoridad gubernativa.

En esta misma línea de pensamiento se inscribe ANTÓN ONECA (pág.127), cuando expresa que para efectos del artículo 24, por ley penal debe entenderse todo precepto del que resulten consecuencias penales. Incluye entonces los de "otras ramas jurídicas que han contenido a las llamadas leyes penales en blanco". Así también, BUSTOS (pág. 86), cuando explica que el principio de favorabilidad se aplica de "modo general", luego también a las "disposiciones complementarias" como en el caso de las leyes penales en blanco.

GARCÍA RIVAS opina que si se sigue un razonamiento lógico-formal, puesto que la materia extrapenal queda incorporada al contenido propio de la ley penal, deberá

aplicársele la retroactividad de ley favorable. Sin embargo, anota que SILVA SÁNCHEZ considera que cuando la normativa extrapenal posterior atenúe los efectos punitivos, no se podrá asegurar tajantemente su aplicación. La interpretación del artículo 2° del Código Penal de 1995 quedaría corregido en sentido restrictivo en atención a criterios teleológicos, y más concretamente, a la ausencia político-criminal (preventivo general y preventivo especial) de pena. Agrega GARCÍA RIVAS que "ello implica 'algo menos' que su taxativo reconocimiento".

A propósito de esta limitación al principio de favorabilidad, CURY (págs. 124-127) expone otro límite mucho más "desfavorecedor" que el anterior. Según él, como el uso de estas normas se justifica porque la materia regulada es "cambiante", podían quedar sin efecto ante las modificaciones frecuentes si se estimaran favorables. La modificación posterior en este planteamiento "no implica una alteración del juicio que recae sobre la que se realizó en el período precedente". Concluye que en este punto "las leyes en blanco propias se deben considerar como leyes temporales", y con ello le niega su efecto retroactivo: "lo que se desvalora con arreglo al tipo de injusto mientras lo integra una cierta disposición complementaria, sigue siendo desvalioso cuando esta cambia siguiendo las alternativas de la situación".

En la doctrina colombiana PÉREZ PINZÓN (págs. 227 a 240) expresa que ley favorable es aquella del ordenamiento penal y extrapenal que mejora de cualquier manera la situación del ciudadano. El artículo 6° del Código Penal no hace distinción entre las clases de normas. VELÁSQUEZ (págs. 149 y 150) considera que cuando se habla de "ley" también se alude a las en blanco, en la cual deben tenerse en cuenta todas las modificaciones sufridas por el supuesto de hecho, para determinar cual es la que completa al mismo, "sin restricción de ninguna índole".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en Colombia, con ponencia de ÉDGAR SAAVEDRA (sala de casación penal; ver rad. núm. 4206, acta 039 de junio 11 de 1990), admitió la favorabilidad de una disposición administrativa que complementaba un tipo en blanco. Se trataba de la supresión de un requisito que con anterioridad se exigía e integraba al tipo, por lo que con su desaparición la conducta era atípica por favorabilidad.

b) Síntesis y comentarios

En ambas legislaciones, cuando se hable de ley favorable en materia penal no se hace distinciones con relación al tipo en blanco y por consiguiente queda incluido. Aunque entre nosotros resulta válido afirmar que se acepta la favorabilidad de leyes penales o extrapenales en complemento a remisiones del derecho penal.

Ahora bien, si los partidarios de las remisiones a normas de inferior jerarquía, sostienen que el tipo en blanco se integra o completa con la norma extrapenal, formando un todo, por supuesto que el principio de favorabilidad, norma rectora en nuestro ordenamiento, cobija también al complemento. De tal manera que podría modificarse el tipo en blanco, desde la descripción del tipo que reenvía o desde el complemento del reenvío.

Condicionar la aplicación de la favorabilidad en el caso de la ley extrapenal posterior que atenúa los efectos de la pena, a la ausencia de necesidad político-criminal de pena (prevención general y prevención especial), nos parece que invierte el sentido de la garantía. En efecto, tratándose de creación de delitos y penas o de hacerles más gravosos, la irretroactividad y prohibición de ultractividad se erigen en límite de aplicación punitiva frente al Estado. Así mismo, cuando el Estado ha demostrado la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del procesado, aun podría acudir el ciudadano a la innecesariedad de la pena, por cuanto esta en el caso no cumple con los fines preventivos generales o especiales, con lo cual vuelve a operar como límite a la aplicación punitiva.

Pero cuando el Estado atenúa los efectos de la pena, regresar otra vez a su necesidad, al fin de prevención general o especial, no puede alterar la favorabilidad, pues aquellos fines se encuentran ahora limitados en el tope del *quantum* o condición favorable impuesto por la nueva pena. En síntesis, la favorabilidad debe concederse cuando se atenúan los efectos de la pena, sin condición o restricción distinta a lo que la norma más benigna establece.

En relación con el criterio de convertir los tipos penales de remisiones a normas de inferior jerarquía en normas temporales, para negarles su favorabilidad y así conservar la efectividad de la ley temporal, también obedece a una construcción jurídica que se creó de espaldas a las garantías, así en principio se persiga lo contrario. El hecho de que la razón fundamental de las remisiones cuestionadas sea la variabilidad en la materia que regula, no las convierte automáticamente en ley temporal. Pero además, si así fuera, ello reñiría otra vez con la autonomía del derecho penal y la teoría del núcleo esencial. Porque si el tipo en blanco no es temporal, ni puede serlo en el esquema de reserva legal, más aún en el de ley orgánica (España), el hecho de que la norma de complemento fuera en el ordenamiento jurídico extrapenal una norma temporal, no es esa finalidad y alcance lo que prima en derecho penal. Acá una vez integrada forma un todo, un tipo único, y por consiguiente en la finalidad y alcance del derecho penal no es temporal. Por consiguiente, los cambios favorables que se den en la norma integrada cumplen con este principio y no se pueden limitar con esa "asimilación" o "transformación" doctrinal.

Afortunadamente nuestro ordenamiento jurídico está resguardado contra esa interpretación reductora del principio de favorabilidad. Inicialmente porque la norma constitucional establece que "en materia penal", lo que indica que cualquiera sea que la ley que regule esta materia se le aplicará la favorabilidad; si los partidarios de las remisiones a normas de menor jerarquía concluyen que estas pueden regular la materia penal, no habrá razón alguna para negarles favorabilidad. Igual acontece con el artículo 6° del Código Penal que directamente habla de la ley permisiva o favorable sin hacer distinción. Y el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al expresar que "en materia penal y procesal de efectos sustanciales".

Ello significa que el ordenamiento jurídico colombiano no hace distinciones para las leyes en blanco o las temporales y por consiguiente en todas ellas rige sin restricción alguna el principio de favorabilidad, cosa que no se puede decir con igual exacti-

tud del ordenamiento penal español que en el artículo 2º.2 del Código Penal establece una regulación especial para las leyes temporales.

Es evidente que relativizar las garantías finalmente las convierte en inoperantes. El problema comienza cuando una disposición administrativa aparece regulando la materia penal, vulnerando el principio de legalidad: reserva taxatividad, pero que termina aceptándose con la creación de la teoría del núcleo esencial como parte integradora del tipo en blanco. Luego, extrañamente, la norma de remisión es caracterizada como temporal y así se termina excluyendo el principio de favorabilidad, con lo cual es ley penal cuando conviene violar una garantía y no lo es cuando conviene vulnerar la otra garantía. Así, mediante razonamientos similares, terminan las garantías convertidas en lucubraciones teóricas inútiles y se despedazan en el relativismo o conveniencia de teorías, las más de las veces orientadas por buenas intenciones.

Como si fuera poco, después los aplicadores de la ley le darán su propia relativización, con lo que finalmente la garantía será solo un tema para estas oportunidades en que nos reunimos para hablar de lo que nunca o muy poco se aplica o se respeta.

6) Problemas y riesgos para otros principios y garantías

El problema del conocimiento de los elementos que integran el tipo complementado por la norma de referencia —tipo único—, no es nada sencillo, especialmente dada la dispersión, abundancia y poca precisión de los ordenamientos extrapenales, que creados para otros fines no cumplen con exigencias imprescindibles en el derecho penal.

A más de que si el legislador decidió regular esta materia “variable” mediante normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos, esa decisión deberá reflejarse en la remisión expresa del tipo en blanco, en la aceptación preferentemente expresa del reenvío, y en la disposición concomitante o posterior del redactor extrapenal para describir con precisión el fragmento del supuesto de hecho que se quiere completar. Aquí parecería que la voluntad legislativa exige como deber aunar esfuerzos entre los ordenamientos jurídicos que concurren para regular la materia.

Pero como ello no acontece y por lo general las normatividades se complementan sin que se hayan dispuesto mutuamente para tal fin, el principio de certeza “delegado” que algunos pregonan, también queda hecho añicos, y el conocimiento del tipo parece más bien una suposición o ficción del derecho penal.

La conciencia de antijuridicidad tendrá que comprender para el sujeto activo no solo el conocimiento de contravenir el ordenamiento extrapenal, sino específicamente el penal, y además, que la transgresión rebase el ilícito administrativo y adquiera carácter delictivo. QUINTERO OLIVARES (pág. 23).

El problema de la exclusión de la motivación o de la disminución en la ya cuestionada motivación de la ley penal, trae serias preocupaciones, específicamente para justificar la pena que en estos casos por lo general resulta bastante “ejemplarizante”, intimidante. Así mismo, pone en tela de juicio la norma misma y su razón de ser, lo cual parecería más bien el resguardo de deberes o decisiones legitimantes del poder.

Obviamente, los problemas antes planteados también repercuten en las fronteras del error. En conclusión, se multiplican los problemas en el injusto penal (tipicidad y antijuridicidad), en la culpabilidad, en la pena, en el fundamento y razón de la norma, con el consecuente deterioro de las garantías, las cuales penden de tan intrincados y sofisticados planteamientos que las más de las veces no se tienen en cuenta en la aplicación concreta de ley.

2. TIPOS EN BLANCO QUE REMITEN A OTRA LEY EXTRAPENAL Y PARATIPOS

Los problemas en estos otros tipos se disminuyen considerablemente. QUINTERO OLIVARES (pág. 24) llama la atención sobre el peligro de automatismo en la reacción penal. Considera que desde un punto de vista técnico un delito existe solo cuando la conducta típica ha merecido los atributos técnicos de antijuridicidad y culpabilidad. El precepto no penal a lo sumo establece la conducta que indiciariamente infringe la norma, pero siempre y cuando en un segundo momento la misma constituya delito en los presupuestos estrictamente penales.

Este planteamiento resulta bastante similar al que ya había hecho en nuestra doctrina REYES ECHANDÍA cuando se refería a las asimilaciones o referencias que se hacen desde fuera de la ley penal (paratipos). En estos casos deberá comprobarse que se dan los requisitos exigidos por el tipo penal, pues si no se dan, habrá atipicidad, independiente a las aspiraciones modificadoras del paratipo.

Contra ese automatismo también se pronunció el tribunal constitucional 118 de 1992, a propósito de una ley extrapenal, que además pretendía complementar el tipo penal pero modificándolo, por lo cual el tribunal consideró que esa ley no podía regular la materia penal, pues no se trataba de un complemento al cual se remitía el Código Penal, sino de una modificación que se hacía a la materia penal sin tener el rango exigido de ley orgánica.

Entre nosotros, admitidos los tipos en blanco que se complementan con leyes extrapenales, estaría vedado integrarlos con normas de menor jerarquía o que se regulara la materia penal mediante referencias o asimilaciones que vienen desde fuera de la ley penal (paratipos) y se pretenden aplicar automáticamente, sin constatar si se dan o no los requisitos del tipo penal, y mucho menos aceptable que la regulación paratípica se intente hacer desde normatividades con rango inferior a ley.

Lo recomendable será prescindir de esos paratipos y que la ley penal, previo estudio de sus caracteres de *ultima ratio* y necesidad, los regule directamente.

C) ¿El recurso a los tipos en blanco constituye la técnica más aconsejable?

Ya vimos cuando hablamos de las razones esgrimidas para la existencia de los tipos en blanco que en su mayoría estas se refieren a las particularidades de la materia regulada. Se trata de proteger ciertos bienes jurídicos, sometidos a frecuentes variaciones en su regulación, y además cuyo contenido resulta bastante complejo y especializado.

En este campo, según se dice, el derecho penal caería en el casuismo, y dada su poca capacidad para variar sus normas, no cumpliría su cometido y por ello la utilización de normas de menor jerarquía resulta inevitable. Incluso se dice que mediante ellas se alcanza una más completa determinación de la materia prohibida. O que la materia está relacionada con otros campos jurídicos de fines y alcances diversos que hacen necesaria la remisión.

No obstante, la mayoría de la doctrina reconoce que estas remisiones afectan importantes principios y garantías o las ponen en peligro, aunque luego, un sector importante de dicha doctrina, al sopesar el efectivismo de las normas que estiman necesarias en esta materia y las garantías del derecho penal se deciden por lo primero, lo hacen "conciliable". Inclusive, hay autores LANDECHO (pág. 134) que expresamente reconocen que las críticas a las remisiones normativas de menor jerarquía son acertadas, y sin embargo admiten el uso de esta técnica. Mientras que otros con fundamento en esas objeciones proponen salidas diferentes.

Por otra parte, en España se muestran como ejemplo de la "inevitabilidad" de los tipos en blanco, el que la codificación del 1995 intentó evitarlos, pero cayó en técnicas que comprometen aún más las garantías. MORALES (videre QUINTERO OLIVARES, pág. 25) ha puesto en claro que la técnica de los elementos descriptivos en esta materia es muy limitada, por ello se obliga a los elementos normativos o al tipo en blanco. Menciona que el Código Penal de 1995 por evitar los tipos en blanco se decidió por los ingredientes normativos indeterminados: Así, el peligro grave en el artículo 325; riesgo de deterioro inevitable o catastrófico 326; que suscitan mayores problemas que el tipo en blanco en relación con la garantía de legalidad-determinación y con relación a la utilización de elementos normativos de tipo jurídico como el caso del 197.2 comportan un reenvío implícito y no explícito como el tipo en blanco, trayendo mayores problemas. Por ello concluye que esta técnica es necesaria, y para ello asume la teoría del núcleo esencial.

Otros autores estiman que sí es posible hallar otras soluciones menos objetables. POLAINO (pág. 884) habla de la inaplazable elaboración de una reforma punitiva respetuosa de los principios inspiradores del sistema penal. También MESTRE (pág. 527), quien expresa que "resulta adecuado plantear la conveniencia de sustituir esa por tantos motivos criticable figura por otra técnica normativa": Propone la elaboración de normas penales especiales para la protección de "esos bienes jurídicos", que podrían responder a la constante actualización y el contenido complejo. Así como fortalecer la característica de *ultima ratio* del derecho penal y volver más operativo el control administrativo. Por último, BLANCO LOZANO (págs. 165 a 167) propone asumir tal remisión normativa, lo que evitaría la violación a principios básicos del Estado de derecho, y regularlo directamente en el derecho penal, lo que traería inconvenientes, pero estos son preferibles a los otros.

De lo analizado concluimos que no se trata de remplazar los tipos en blanco que remiten a normas de menor jerarquía por otras técnicas mucho más objetables, como los ingredientes normativos indeterminados, remisiones genéricas, y en general de re-

envío implícito cuando es posible hacerlo mediante descripción precisa e inequívoca en el ordenamiento jurídico.

Además, si confrontamos las técnicas en discusión bien se podría pensar en otra alternativa. Reducir a su mínima expresión estas regulaciones por intermedio de los tipos penales autónomos, para ello deberá adelantarse una minuciosa y decidida revisión codificadora. Y en lo que fuese imposible de regular así, acudir a las leyes especiales o al auxilio del derecho penal administrativo. En todo caso en la pugna de los principios y garantías del derecho penal y el efectivismo normativo me inclino por lo primero. Como dice COLAS TUREGANO (pág. 219): "Si aprobamos la existencia de leyes en blanco le damos al principio de legalidad una flexibilidad incompatible con la esencia del mismo, porque o se establecen delitos y penas por ley, o no".

Pero hay otra razón fundamental para pronunciarnos en favor de los principios y garantías, me refiero al proceso de construcción democrática que urge en el país, y en establecer frentes de contención al autoritarismo que desde hace muchos años se entronizó en la vida política y jurídica.

El sistema penal tiene que ver muy poco o nada con la solución real a conflictos de los que se ocupa. Por supuesto que en ello también cuenta el olvido de una política social audaz que satisfaga las necesidades de la mayoría. Pero a la vez el derecho penal cobró importancia como instrumento útil al poder excluyente, ya que por su intermedición se conculcaron garantías y derechos, se respaldaron intentos de legitimación del Estado en la lucha contra el delito y se facilitó el atropello, la mano fuerte, el régimen excepcional "permanente", la justicia sin alma y sin rostro y mucho más.

Por largos años este derecho penal de la arbitrariedad nació del maridaje legislativo-ejecutivo, y en la entrega-usurpación de la legitimidad para hacer leyes, convirtiéndose al ejecutivo en legislador "ordinario".

Tendencias políticas renovadoras dieron a la Constitución de 1991, que intentó desmontar al autoritarismo, limitando las delegaciones para hacer leyes y los estados de excepción, impidiendo que el ejecutivo hiciera códigos, y a su vez estremeció al Congreso con la propuesta de revocatoria del mandato. Se crearon formas de participación ciudadana y en particular se insistió en que el constituyente primario recobrara su papel, renovara el Congreso y este a su vez recuperara sus funciones perdidas, en especial las de hacer leyes.

Por consiguiente también es un problema de la legitimidad democrática, de la representación del pueblo en hacer las leyes y de las responsabilidades que devienen para el elector y su vida participativa.

Ahora bien, construir y cumplir esas metas constitucionales hace parte de una ardua tarea social, que sea capaz de interiorizar pautas y aceptarlas en la solución de problemas en la vida de convivencia. Ese itinerario incluye también al Estado y a todo aquel que piense en el poder como forma de excluir al otro y desbaratar las reglas de juego.

A nombre de la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y ahora contra la corrupción (que está de moda), se montan regulaciones excepcionales y se rompen las

garantías como límite a la intervención estatal. Recobrar los valores centrales de la democracia y la convivencia, las reglas de juego en la solución de conflictos, se torna, eso sí, imprescindible y en ello gran parte del ejemplo debe darlo el Estado.

La vida política del país identifica al autoritarismo en varios aspectos, uno de los cuales consiste en la intromisión del ejecutivo en las funciones de las otras ramas del poder. Y está en lo cierto, dejemos que el Congreso legisle, respetemos la Constitución y no delegamos en el ejecutivo funciones que la Constitución reservó de manera explícita al Parlamento.

Con ello fortalecemos las garantías y principios limitadores de la pena, y contribuimos con un granito en la construcción de democracia y el respeto a pautas establecidas.

D. A manera de ejemplos

Queremos analizar rápidamente dos figuras en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque podrían ser muchas más. Comencemos por el artículo 146 del Código Penal. "Contrato sin cumplimiento de requisitos legales".

Este tipo penal contiene un elemento normativo: "sin observancia de los requisitos legales esenciales". Su obligada remisión a la ley nos conduce a examinar en ella cuáles son esos "requisitos legales esenciales". Sabemos que la legislación penal no los establece; corresponde hacerlo a la legislación administrativa, comercial o civil.

En efecto, la Comisión de 1976, a quien se debe la redacción de este tipo (art. 178), señaló expresamente cuáles eran los requisitos legales de los contratos que integraban el tipo: Licitación, determinación del objeto, cuantía y plazo para la ejecución, anticipo y constitución previa de garantía. Por supuesto, aquellos otros requisitos legales que no señalaba el tipo ley penal, quedaban por fuera de este (véase Actas, pág. 203).

No hay duda de que desde su origen, la ley, para el caso directamente la ley penal, señalaba cuáles eran los requisitos relevantes para el derecho penal, distinguiéndolos de aquellos otros que a pesar de ser requisitos legales de los contratos no interesaban al ámbito penal.

Ello es de gran importancia para una visión garantista del derecho penal que entienda los principios fundamentales y las normas rectoras, en consonancia con las características de *ultima ratio* y fragmentario, como un límite de la intromisión estatal en la vida de los ciudadanos. Así la ley penal (legalidad y determinación) distinguirá entre los requisitos legales de los contratos, aquellos que estima más importantes, merecedores de la protección penal, diferenciándolos de aquellos otros que están por fuera de la protección penal, aunque integren la normatividad jurídica y el ámbito de otros controles, ya sean constitucionales, comerciales o administrativos.

En busca de una mejor técnica legislativa la Comisión de 1979 (Actas, pág. 302), siguiendo los pasos de su antecesora cuyo texto le sirvió de guía, prefirió hablar de: "sin el cumplimiento de los requisitos legales", expresión que si bien remitía a la ley el

señalamiento de los requisitos, los sustruía de la descripción expresa del tipo penal y los trasladaba a la norma de referencia, además que extendía el ingrediente normativo: primero porque el término legal se entendió en sentido material y no formal y segundo porque al no señalar requisitos legales específicos, los incluyó a todos en el tipo.

La redacción anterior fue la misma del Código Penal de 1980 que se modificó por el decreto 141 de 1980, artículo 1°; este adoptó la fórmula que hoy nos rige y que volvió a limitar al ingrediente normativo, así: "... sin observancia de los requisitos legales esenciales". Con lo que nuevamente el tipo penal distinguió entre los requisitos legales contractuales, los esenciales de aquellos que no lo son, pero que a diferencia de la comisión de 1976 no señalaba cuáles eran esos requisitos legales "esenciales". Luego, entendemos que debía ser la ley la que debía concretarlos, si bien no la penal, sí la contractual propiamente dicha pero en todo caso la ley.

Así mismo, como la legislación penal no señalaba cuales eran esos requisitos legales esenciales, como lo hizo la Comisión de 1976, el supuesto de hecho no quedaba completamente descrito, correspondiéndole a la norma de referencia determinar cuáles eran esos, dándole carácter de tipo en blanco. Este carácter lo comparte la doctrina, así, por ejemplo, VELÁSQUEZ (pág. 108); IBÁÑEZ (págs. 371 y ss.) y la jurisprudencia (véase C. S. J., Sala de Casación Penal, magistrado ponente: Edgar Saavedra, rad. 4206, acta 039 de 11 junio 1990 f.7 y ss.).

No es dable entonces, si se toma como referente el origen de la norma, identificar "requisito legal esencial" con todo requisito legal o requisito contractual, pues como ya se vio el Código Penal se decidió por distinguir entre los requisitos contractuales legales aquellos que tenían relevancia penal —los esenciales— y entregó a la ley contractual la facultad de determinarlos, señalarlos.

Sobre este aspecto existen variadas interpretaciones. Se dice que habría que acudir a las nulidades (C. C., art. 1501), no obstante el reparo de identificar elementos esenciales por vía de interpretación con requisitos esenciales en materia penal (véase a IBÁÑEZ, pág. 378).

Hemos conocido otra opinión según la cual los requisitos legales esenciales están en el Código Administrativo cuando hable de los principios. Sin embargo, esa labor de desglosar principios para hallar requisitos esenciales también es equívoca en derecho penal. También se piensa que deberían hallarse los requisitos mencionados en una remisión genérica al estatuto administrativo, esto es, acudir a la vía de interpretación analizando el conjunto de las normas pertinentes, con lo cual se desfiguraría la referencia expresa que debe hacer el tipo en blanco en quienes así lo admiten.

A su vez, IBÁÑEZ opina que los requisitos esenciales podían ser los señalados por la Comisión de 1976 IBÁÑEZ (pág. 378). Finalmente, quizás la opinión con más adeptos en Fiscalía considera que los requisitos legales esenciales hay que buscarlos en todas las disposiciones legales vigentes: Ley de contratación, códigos fiscales municipales, etc., identificándolos con requisitos exigidos por ley, sin detenerse a dilucidar sobre su "esencialidad". Esta interpretación va en contravía del origen y redacción final de esta disposición, es decir, es una interpretación contraria a ley. A lo más, esta sugerencia lo

que haría sería aplicar un ingrediente normativo de referencia genérica o indeterminada.

Sea como fuere, la ley no señala de manera expresa, clara, cuáles son los requisitos legales esenciales de los contratos, teniéndose que acudir a la remisión genérica del estatuto de la contratación y a los más variados planteamientos de la doctrina y jurisprudencia, que pese a provenir de connotados juristas no compagina con la decisión rectora de nuestro Código Penal, que ordena que el hecho punible esté descrito de manera inequívoca en la ley. Por ello el tipo comentado resulta inaplicable por violación al principio de determinación.

En la búsqueda de requisitos contractuales se acudió también a los códigos fiscales municipales que son proferidos mediante acuerdos de los concejos, contravieniendo el principio de reserva y determinación. Como se dijera en el análisis a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, estas remisiones no están conforme con el texto constitucional, pues de manera expresa se establece quiénes pueden regular la materia penal, entre los cuales no está esa corporación.

Pero además, la norma de referencia a la que se acude, generalmente tampoco cumple con determinar en forma clara y rigurosa el complemento de la conducta, aplicándose en forma caprichosa y acomodaticia.

Con la entrada en vigencia del nuevo estatuto de la contratación las viejas disposiciones fiscales municipales quedaron sin efecto, por lo que el principio de favorabilidad se convierte en otro importante instrumento frente a la interpretación que seguía completando el tipo penal con esas normas ilegítimas, y las más de las veces la conducta resulta atípica. Esta norma, no obstante, aparece intacta en el proyecto de reforma actualmente en curso.

Caso similar acontecía con el paratipo del artículo 665 del Estatuto Tributario, que se aplicó a pesar de que su remisión temporal se hacía a una disposición administrativa, y que dio lugar a la decisión de la Corte Constitucional ya vista, donde expresamente se señaló que violaba el principio de reserva y división de poderes. Pero es que además esta figura asimilaba la pena sin haber una referencia explícita a la norma penal, presentándose el caso en que el funcionario judicial dudara en la clase de peculado en que debía adecuarla (la norma señalaba como sanción la misma prevista en la ley penal para los empleados públicos que incurrían en apropiación indebida de fondos del tesoro público), por lo cual, se atentaba contra la determinación.

Por razones de tiempo no podemos dedicarle espacio a otras figuras, como por ejemplo: el artículo 43 de la ley 30 de 1986, modificado por el artículo 20 de la ley 365 de 1997, cuando utiliza las expresiones "elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como (y seguidamente hace una enunciación), para al final decir: "u otras sustancias que según concepto previo del consejo nacional de estupefacientes se utilicen con el mismo fin". No cabe duda de la facultad legislativa omnímoda en cabeza de este organismo por virtud de la citada ley.

Así también, en la omisión de control en el lavado de activos (art. 247-B adicionado ley 365 de 1997, art. 9º), cuando dice que "omite el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por los artículos 103 y 104 del decreto 663 de 1993 para las transacciones en efectivo".

En fin, como hemos dicho, lo recomendable parece prescindir de todas estas figuras violatorias de principios fundamentales del derecho penal y buscar otras técnicas uniformes con el Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS del nuevo Código Penal colombiano, Parte especial, vol. II, Bogotá, Pequeño Foro, 1981.

ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho penal*, 2ª ed., Edit. Akallure, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: "El medio ambiente como bien jurídico protegido", JUAN TERRADILLOS BASOCO (Edit.): en *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Trotta, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y LUIS ARROYO ZAPATERO: *Manual de derecho penal*, Parte general, Barcelona, Edit. Praxis, 1994.

BLANCO LOZANO, CARLOS: *La protección del medio ambiente en el derecho penal español y comparado*, Granada, Edit. Comares, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1989.

CANTERO BANDRES, ROCÍO: "El delito ecológico"; JUAN TERRADILLO BASOCO, en *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Trotta, 1992.

CASABO RUIZ, JOSÉ: "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. V, Universidad Santiago de Compostela, 1982.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y TOMÁS VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1987.

COLAS TUREGANO, MARÍA ASUNCIÓN: "Artículo 347^{bis} ¿Ruptura con el principio de legalidad?", en *Poder judicial*, núm. 26, Madrid, 1992.

CONDE PUMPIDO, CÁNDIDO TOURON: "Introducción al delito ecológico"; JUAN TERRADILLOS BASOCO, en *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Trotta, 1992.

CURY, ENRIQUE: *La ley penal en blanco*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Codex, 1991.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal y fundamental*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

— *Derecho penal y fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989.

GARCÍA PABLOS, ANTONIO: *Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: *El poder punitivo en el estado Democrático*, Edit. Universidad de Castilla la Mancha, 1996.

IBÁÑEZ, AUGUSTO: *El sistema penal y la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, t. II. 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1964.

LANDECHO VELASCO, CARLOS MARIO y CONCEPCIÓN MOLINA BLAZQUEZ: *Derecho penal español*, Parte general, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1996.

MESTRE DELGADO, ESTEBAN: "Límites constitucionales de las remisiones normativas en material penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLI, fas.II, mayo-agosto, Madrid, 1988.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, 1996.

MORILLAS CUEVA, I. y RUIZ ANTÓN L. F.: *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1992.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

PÁEZ POLO, ESTEBAN: *Nuevo derecho penal colombiano*, Parte general, Barranquilla, 1982.

PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, Parte general, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO: *Introducción al derecho penal*, 3ª ed., Ibagué, Corporación Universitaria de Ibagué, 1994.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: "La criminología ecológica en la legislación penal española", en *Homenaje a la memoria del profesor dr. Juan del Rosal*, Madrid, Edit. Edersa, 1993.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Curso de derecho penal*, Parte general, Edit. Cedecs., 1996.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho Penal*, Parte general, 10ª ed., Universidad Externado de Colombia, 1986.

— *Tipicidad*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Derecho penal*, Parte general, Edit. Civitas, 1978.

TERRADILLOS, JUAN: "El ilícito ecológico. Sanción penal, sanción administrativa en el delito ecológico, en el mismo, *El delito ecológico*, Madrid, Edit. Tritta, 1992.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.

La comisión por omisión en el derecho penal español**

Luis Gracia Martín

Dedicado a mi querido y entrañable amigo
Agustín Coronil.

1. CONCEPTO DE COMISIÓN POR OMISIÓN DEL QUE SE PARTE

Como es bien sabido los llamados delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión¹ plantean desde el principio agudos problemas de compatibilidad con el principio de legalidad y, por consiguiente, con uno de los postulados fundamentales del Estado de dere-

* Publicado originalmente en *La comisión por omisión*, obra de la serie *Cuadernos de Derecho Judicial*, coordinada por E. GIMBERNAT, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

** Abreviaturas utilizadas: A = Aranzadi; ADPCP = Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP = Actualidad penal; C. C. = Código Civil; C. P. = Código Penal; CPC = Cuadernos de Política Criminal; Fest. = Festschrift; JZ = Juristenzeitung; LK-StGB = Leipziger Kommentar, 11ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1993; n. = nota a pie de página; NEJ = Nueva Enciclopedia Jurídica Seix; PJ = Poder judicial; SK-StGB = Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6ª ed., Frankfurt a. M., Alfred Metzner Verlag., 1993; STS = Sentencia del Tribunal Supremo; wistra = Zeitschrift für Steuer-Wirtschafts-und Strafrecht. Los tratados, manuales, comentarios y monografías, se citan la primera vez con su referencia bibliográfica completa, y a partir de la segunda, mediante la abreviatura indicada en la primera cita y remisión, entre paréntesis, a la nota a pie de página en que la obra se citó por primera vez.

¹ Con esta terminología se alude a la distinción entre esta clase de delitos y los delitos de omisión pura; véase sobre ello la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 314 y ss.

cho², dado que, según la opinión mayoritaria, se trata de delitos que no están regulados legalmente o, al menos, no lo están de un modo expreso o explícito³. Estos problemas de legalidad de los llamados delitos de comisión por omisión estarían asociados, según una opinión muy extendida, a las dificultades de construcción o de elaboración dogmática del tipo de tales delitos⁴.

Problemática es ya la misma definición de lo que es comisión por omisión⁵. En el derecho penal español, como en el resto de los ordenamientos jurídico-penales, el comportamiento humano punible puede ser uno activo o puede consistir en una omisión. Según el artículo 1º de nuestro Código Penal: "Son delitos o faltas las *acciones* y *omisiones* dolosas o culposas penadas por la ley". En la ciencia del derecho penal se considera, por ello, que una primera clasificación de los delitos es la que distingue entre delitos de acción y delitos de omisión⁶. Esta clasificación, sin embargo, no me parece correcta si con ella se pretende abarcar a *todos* los delitos. El concepto de delito es único, mientras que la acción y la omisión son dos tipos de comportamiento distintos idóneos para realizar el delito⁷. En rigor, por lo tanto, solo podría ser válida la expresión "delitos de acción" para designar a aquellos que única y exclusivamente pueden ser realizados mediante una conducta positiva, es decir: por una acción y, por lo mismo, de delitos de omisión únicamente cabría hablar en relación con aquellos que única y exclusivamente pueden realizarse mediante una omisión. Hay delitos, sin embargo, que pueden realizarse tanto mediante una acción como por una omisión y por ello no puede decirse que sean ni delitos de acción ni delitos de omisión en sentido estricto. Es en estos delitos donde, a mi juicio, se inscribe la llamada comisión por omisión. No obstante, aún es preciso realizar aquí una ulterior distinción en la misma comisión por omisión. Pues en algunos casos el mismo legislador ha descrito con precisión en el precepto legal la omisión típica junto a la modalidad activa de realización del delito. En la mayor parte de los casos, sin embargo, no lo ha hecho así, y entonces es tarea de la doctrina y de la jurisprudencia la de interpretar los tipos delictivos a fin de determinar si, igualmente que la conducta activa, la omisión es una modalidad de comportamiento idónea para realizar el tipo. El concepto de comisión por omisión en sen-

tido estricto debe reservarse, a mi juicio, para estos últimos casos⁸, y este es el sentido en que emplearé el concepto en la exposición que voy a desarrollar.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA DOCTRINA MAYORITARIA

1. La doctrina mayoritaria requiere la posición de garante como elemento fundamentador de la comisión por omisión.

A) La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico⁹. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un *deber jurídico específico de evitación del resultado*¹⁰. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa¹¹. La mayor parte de los autores fundamentan la posición de garante en la *teoría formal del deber jurídico*. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales¹², como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia)¹³.

⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 348 y s.

⁹ De entre las muchas caracterizaciones de la posición de garante selecciono aquí como representativa de la doctrina española la que sugieren COBO, DEL ROSAL BLASCO, *Código Penal comentado*, Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. CPCom), pág. 760: "es necesario que respecto del bien jurídico, el omitente se encuentre en una posición tal que le obligue, frente a la comunidad, a garantizar la integridad o la salvaguarda de dicho bien jurídico, es decir, es necesario que, frente al bien jurídico, el sujeto se encuentre en una posición de garante".

¹⁰ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*. Parte general, 16ª ed., Madrid, Ed. Dykinson, 1993 (cit. PG, 16ª ed.), pág. 387; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Ed. Civitas, 1985 (cit. TJD), pág. 591; SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*. Parte general II, 2ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1985 (cit. PG II, 2ª ed.), pág. 265; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Ed. Civitas, 1978 (cit. PG), págs. 310 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal*. Parte Especial I. *Delitos contra las personas*, 2ª ed., Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991 (cit. PE I, 2ª ed.), pág. 10; COBO, CARBONELL, en COBO, VIVES, BOIX, ORTS, CARBONELL, *Derecho penal*. Parte especial, 3ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1990 (cit. PE, 3ª ed.), págs. 506 y s.; CARBONELL, GONZÁLEZ, CUSSAC, en VIVES, BOIX, ORTS, CARBONELL, GONZÁLEZ, *Derecho penal*. Parte especial, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PE), pág. 504; MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*. Parte General, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PG), pág. 227.

¹¹ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387.

¹² Véase ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Ed. Akal, 1986 (cit. PG, 2ª ed.), pág. 195; COBO, VIVES, *Derecho penal*. Parte general, 3ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1990 (cit. PG, 3ª ed.), pág. 304; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCom (n. 9), pág. 760; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 265 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 592 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

¹³ Véase la STS de 10 diciembre 1982 (A. 7.398): la omisión está "integrada por un específico deber de actuar, derivado de un precepto o mandato jurídico (ley, norma, contrato, etc.), o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente, que le coloca en situación de garante". SSTS 31 enero 1986 (A. 211), 23 marzo 1988 (A. 2081), 13 diciembre 1988 (A. 8505).

² Véase, por ejemplo, la exposición, con referencias, de MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, PPU, 1990 (cit. PG, 3ª ed.), págs. 327 y ss.

³ Véase, por ejemplo, las referencias de MIR PUIG, como n. 2.

⁴ Como, con razón, estima ROMEO CASABONA, en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del prof. dr. D. Juan del Rosal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (cit. Homenaje a del Rosal), págs. 926 y ss. y en GIMBERNAT-SCHÜNEMANN-WOLTER (edit.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Jornadas Hispano-alemanas de Derecho Penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor "Honoris causa" por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994 (cit. Homenaje a Roxin), pág. 34.

⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 319 y ss.

⁶ Así, en las partes generales del derecho penal, el tipo de los delitos de acción y el tipo de los de omisión se estudian en capítulos diferentes.

⁷ Véase GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990 (cit. EDP, 3ª ed.), págs. 186 y s.

a) Como posiciones de garante que tienen su fuente en la ley se reconocen sobre todo las que emanan de la estrecha relación familiar. De preceptos como los artículos 68, 154.1 y 155 del Código Civil¹⁴ deduce la opinión dominante la existencia de una posición y deber de garante para los padres, hijos y cónyuges en relación con *la vida* de sus corresponsables y, por tanto, el deber de impedir la muerte o lesiones corporales del familiar¹⁵. Esta opinión se refuerza, además, con el argumento de la existencia del tipo agravado del parricidio y del carácter agravante de la circunstancia de parentesco del artículo 11 en los delitos contra las personas, cuyo fundamento radicaría en que el atentado de un pariente a otro supondría, además de la lesión del bien jurídico, una infracción de aquellos deberes específicos determinante de una mayor gravedad de lo injusto¹⁶. Como posiciones de garante emanadas de la ley se mencionan también las que derivan de la regulación legal de determinadas profesiones, como la del médico con respecto a la vida de sus pacientes¹⁷, o la del funcionario, con especial referencia a la del funcionario de prisiones con respecto a la vida de los reclusos¹⁸.

b) La aceptación voluntaria y contractual de un deber de actuar determina también para la doctrina dominante el surgimiento de una posición de garante¹⁹. En la jurisprudencia²⁰ se atribuye esta categoría de posición de garante, por ejemplo, al *guardabarreras*²¹,

¹⁴ Según el art. 68 del C. C. "Los cónyuges están obligados a ... *socorrerse mutuamente*"; según el art. 154.1 del C. C. "La patria potestad ... comprende los siguientes deberes: 1º) Velar por los hijos..."; según el art. 155 del C. C. "Los hijos deben ... *respetarles (a sus padres)* siempre". El art. 143 del C. C., por su parte, establece el deber de alimentos entre cónyuges y entre ascendientes y descendientes.

¹⁵ STS 30 junio 1988 (A. 5387); 28 marzo 1989 (A. 2746); BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12; GONZÁLEZ RUS, en CARMONA, GONZÁLEZ RUS, MORILLAS, POLAINO, *Manual de derecho penal*. Parte especial, I, Delitos contra las personas; la libertad sexual; el honor; el estado civil, la libertad y la seguridad, y los derechos laborales, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993 (cit. PE I), pág. 16; RODRÍGUEZ, DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), pág. 592; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), pág. 228.

¹⁶ Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*. Parte general I, Introducción. Teoría jurídica del delito 1, 4ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1994 (cit. PG I, 4ª ed.), pág. 359 y nota 65; *Curso de derecho penal español*. Parte general II, Teoría jurídica del delito, 2, Madrid, Ed. Tecnos, 1990 (cit. PG II), pág. 148; GUALLART DE VIALA, NEJ Seix, t. XVIII, 1986, pág. 928; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 16; implícitamente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte especial, 9ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. PE, 9ª ed.), pág. 26.

¹⁷ Véase BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

¹⁸ Que se fundamentaría en lo dispuesto, entre otros preceptos, por el art. 5.3 del Reglamento penitenciario: "La administración penitenciaria velará por la vida ... de los internos". Así, MUÑOZ CONDE, PE, 9ª ed. (n. 16), pág. 72. Sobre la problemática de la posición de garante del funcionario penitenciario, desde perspectivas materiales, SILVA SÁNCHEZ, CPC, núm. 38, 1989, págs. 368 y ss. y DIEZ RIPOLLÉS, CPC, núm. 30, 1986, págs. 628 y ss.

¹⁹ Véase COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), pág. 304; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom (n. 9), pág. 760; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 265 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 592 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

²⁰ Véase M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 990 y ss.

²¹ STS 13 junio 1981 (A. 2653): la compañía de ferrocarriles transfirió al procesado la custodia de un pso a nivel sin guarda, por lo que este asumió así, *contractualmente*, la posición de garante. Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 990 y ss.

al *encargado de línea eléctrica*²² o a los *directores de obras*, como arquitectos y aparejadores²³. En la doctrina se mencionan como ejemplos típicos de posición de garante por asunción contractual al *socorrista* de la playa o de la piscina²⁴, al *guía alpino* que asume garantía de seguridad de los excursionistas²⁵ o al sujeto que se ha obligado contractualmente a vigilar la ejecución de unas obras²⁶.

c) Se atribuye, por último, una posición de garante surgida de un actuar precedente (injerencia) a quien, a consecuencia de tal actuar, ha provocado una situación de peligro para la vida de otro²⁷. Se discute intensamente, sin embargo, acerca del tipo de relación subjetiva que ha de existir entre el que creó el peligro y este para que pueda serle atribuida la posición de garante por actuar precedente. La cuestión se plantea y discute con miras, sobre todo, a la delimitación del homicidio por omisión del tipo agravado de omisión del deber de socorro del párrafo tercero del artículo 489 *ter* por haber sido el omitente del auxilio debido el causante del accidente para la víctima de la omisión de socorro²⁸. La opinión doctrinal es prácticamente unánime en el sentido de atribuir posición de garante a quien creó el peligro *voluntariamente*^{29 y 30}. Para algunos

²² STS 17 febrero 1982 (A. 669): el procesado, que desempeñaba el cargo de jefe del Distrito de Hidroeléctrica Española S. A. asumió "una posición de garante ... que tenía su fuente en el *contrato* pactado con la compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado". Vid. además, SSTs de 5 julio y 22 diciembre 1990 (A. 6239 y 10004). Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 993 y ss.

²³ SSTs de 28 septiembre 1987 (A. 6646), 30 mayo 1988 (A. 4116), 15 mayo 1989 (A. 6738). Más información en M. C. ALASTUEY DOBÓN, ADPCP, 1992, págs. 997 y ss.

²⁴ Véase LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, en COBOS, LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS, *Manual de derecho penal*. Parte especial I, Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. PE I), pág. 22.

²⁵ Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, PG (n. 12), 2ª ed., pág. 195; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), págs. 311 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 12.

²⁶ Véase RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387.

²⁷ Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 195; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 388; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), pág. 266; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 593 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 312; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom (n. 9), pág. 760; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), págs. 16 y ss. Y en la jurisprudencia véanse las SSTs de 31 enero 1986 (A. 211), 23 marzo 1988 (A. 2081), 25 abril 1988 (A. 2922), 13 diciembre 1988 (A. 9505) y 28 marzo 1989 (A. 2746).

²⁸ Art. 489 *ter*: "Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor".

²⁹ No me parece acertado hablar aquí, como hacen sin embargo la mayor parte de los autores, de creación *dolosa* del peligro, pues el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Por ello me parece más adecuado hablar de creación *voluntaria o intencionada* del peligro, lo que como se verá luego tiene un valor más que terminológico.

³⁰ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 341; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCCom (n. 9), pág. 761; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), págs. 18 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 765. STS 26 junio 1990 (A. 5679). BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte especial, 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1991 (cit. PE, 2ª ed.), págs. 86 y s., parece rechazar que surja posición de garante incluso cuando la creación del peligro (= producción del accidente en el art. 489 *ter*) sea intencionada. Cfr. luego *infra*.

autores también la creación *imprudente* del peligro hace surgir en todo caso la posición de garante³¹. La doctrina mayoritaria, en cambio, entiende que de la creación imprudente del peligro no surge nunca o no surge siempre la posición de garante, sino que da lugar únicamente a la agravación prevista por el tipo del párrafo tercero del artículo 489 *ter* de omisión de socorro a la víctima de accidente causado por el propio omitente³².

B) En un sentido dogmático la posición de garante tiene la naturaleza de una *característica objetiva de la autoría* del tipo de los delitos de comisión por omisión en general, y se considera por ello que estos tienen la naturaleza de delitos especiales³³.

2. Ahora bien, como sucede en todo delito especial, la cualidad de la autoría —en nuestro caso la posición de garante— concurre en el sujeto con independencia de que actúe o no y de que, en caso de que actúe, la acción realizada sea típica. La posición de garante no cumple otra función que la de seleccionar a la clase de sujetos cuyas omisiones pueden realizar el tipo de comisión por omisión. Para la realización de este, por tanto, es precisa la concurrencia de ulteriores requisitos:

A) Al tipo del delito de comisión por omisión pertenece en primer lugar la llamada situación típica, que estará constituida por el *peligro* para el bien jurídico³⁴. En segundo lugar se precisa la no realización de la acción de impedir el resultado³⁵. Es necesario, en tercer lugar, que el sujeto tuviera la posibilidad de realizar la acción³⁶. Y, por último, se precisa, como en el tipo de acción, la producción del resultado del delito.

³¹ Así HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987 (cit. Problemas), págs. 178, 267 y ss.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 765; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 18; POLAINO NAVARRETE, PE I (n. 15), págs. 522 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 593 y ss.; también con matices QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal IV*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1967, págs. 429 y s. Esta tesis es acogida por la STS 25 abril 1988 (2922).

³² Véase, ALAMILLO CANILLAS, *La solidaridad humana en la ley penal*, 1962, pág. 106; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1967, págs. 583 y s. (antes de la introducción del párrafo tercero del art. 489 bs anterior en el C. P.); RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, 1973, pág. 511; MUÑOZ CONDE, PE, 9ª ed. (n. 16), pág. 192; BUSTOS RAMÍREZ, PE, 2ª ed. (n. 30), pág. 86; QUERALT, *Derecho penal español*. Parte especial, 2ª ed., Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1992 (cit. PE, 2ª ed.), pág. 162; COBO, DEL ROSAL BLASCO, CPCOM (n. 9), pág. 761; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), págs. 12 y s.; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 342 y s.; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 578; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, págs. 571 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1970, pág. 726, pero desde una perspectiva que niega que la posición de garante sea elemento fundamentador del tipo de lo injusto de la comisión por omisión. LUZÓN PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990 (cit. DPcir., 2ª ed.), págs. 174 y ss., niega que la posición de garante fundamente la responsabilidad por omisión, pero considera que en ciertos casos la creación *no dolosa* del peligro —“si el peligro estaba perfectamente controlado precisamente hasta que comienza la omisión” (loc. cit., pág. 175)— dará lugar a comisión por omisión: terrorista que deja olvidada en una oficina de correos una bomba que pensaba colocar en un banco y cuando se acuerda de ello no vuelve a recogerla.

³³ Así la doctrina dominante, véase, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PE, 2ª ed. (n. 30), pág. 20; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), pág. 591; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 309; ROMEO CASABONA, *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 929, 935 y s.; *Homenaje a Roxin* (n. 4), págs. 37 y s., 44 y s.; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), pág. 227.

³⁴ Véase BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*. Parte general, 2ª ed., Madrid, Ed. Akal, 1990 (cit. PG, 2ª ed.), pág. 259.

³⁵ Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), págs. 259 y s.; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 333, 345.

³⁶ Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 260; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 334, 345.

Ahora bien, del mismo modo que en el delito de acción se exige una determinada relación interna entre acción y resultado³⁷, en el tipo de comisión por omisión debe comprobarse también una determinada relación entre la producción del resultado y la omisión de la acción debida. Esta relación se establece mediante la exigencia de determinadas características a la acción omitida.

B) Entre omisión y resultado no puede existir ninguna relación de causalidad, entendida esta en el único sentido posible como causalidad material³⁸. La opinión dominante y la jurisprudencia españolas, sin embargo, requieren una *causalidad hipotética* entre el resultado y la omisión. Para la comprobación de esta hipotética causalidad de la omisión se recurre a una fórmula mediante la que, emulando a la teoría de la equivalencia de las condiciones, se afirma que la omisión ha sido causa del resultado si *colocada mentalmente la acción esperada y no realizada por el omitente el resultado desaparece*³⁹, lo que se comprueba mediante el juicio de que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado *con una probabilidad rayana en la certidumbre*⁴⁰ o incluso con certeza absoluta⁴¹. Dado que estos juicios acerca del grado de probabilidad o de certeza, sin embargo, presentan a veces serias dificultades de prueba, la doctrina española más moderna, siguiendo a la alemana, exige para la *imputación*

³⁷ Entre acción y resultado tiene que existir, al menos, una relación de causalidad que, sin embargo, es insuficiente para dar lugar a la constitución del tipo. En la doctrina moderna la relevancia típica de la relación de causalidad se determina, por unos, mediante los criterios de la imputación objetiva del resultado y, por otros, mediante la exigencia de que la relación de causalidad esté comprendida por el dolo. Sobre ello cfr. la exposición de CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), págs. 307, 345 y ss., 375 y ss.

³⁸ Como bien dice HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 45: “la causalidad o es óntico-materialmente construida o no es: y está claro que en la omisión no se da causalidad en este sentido” (subrayados de la autora).

³⁹ SSTS 10 diciembre 1982 (A. 7398): “la omisión ... debe ser causal, interviniendo como *conditio sine qua non* del resultado típico”; 22 diciembre 1984 (A. 6635), 30 diciembre 1985 (A. 6469), 31 enero 1986 (A. 211), 28 febrero 1986 (A. 928), 28 septiembre 1987 (A. 4481), 7 junio 1988 (A. 6646), STS 38 marzo 1989 (A. 2746), 8 julio 1991 (A. 5702). Véase en este sentido ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 195; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 11; RODRÍGUEZ DEVEZA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), pág. 387; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 345 y s.; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 20; MUÑOZ CONDE, PG (n. 10), págs. 226 y s. Un sector de la doctrina considera que entre omisión y resultado existe una relación de causalidad negativa en el sentido de que aquella es una “condición negativa” del resultado, pues mediante la fórmula hipotética “puede llegarse a la conclusión de que la omisión *realmente* no impidió el resultado”, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1966 (cit. *La omisión*), págs. 64 y ss.; PG (n. 10), pág. 310; DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español*. Parte especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1962 (cit. PE), pág. 139; CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, Ed. Ariel, 1972 (cit. ComCPI), pág. 9; SÁINZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), págs. 264 y s.; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 700.

⁴⁰ Véase MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989 (cit. TGD, 2ª ed.), pág. 43; PG (n. 10), pág. 226; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 346 y s.; COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 506; CARBONELL, GONZÁLEZ CUSSAC, PE (n. 10), pág. 503.

⁴¹ Así TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 699 y ss., exige “certeza” y no solo probabilidad.

objetiva del resultado a la omisión de la prueba de que la acción no realizada hubiera sido apropiada para disminuir el peligro del bien jurídico⁴².

3. De acuerdo con lo expuesto, la doctrina dominante afirma la comisión por omisión siempre que un garante, es decir: un sujeto que tenía el deber jurídico de evitar el resultado, no ha realizado una acción que con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre hubiera disminuido el peligro de o evitado la producción del resultado. Es decir: la doctrina española parece conformarse con la existencia de la posición de garante, mitigada con las exigencias adicionales de imputación objetiva expuestas, para fundamentar ya la autoría por omisión del omitente⁴³. Se considera de este modo, y por ejemplo, que cometen homicidio (en su caso: parricidio o infanticidio) por omisión —lo que es tanto como decir: *matan*— la madre que no suministra alimento al hijo recién nacido y así le deja morir de inanición⁴⁴, la madre que deja morir al hijo recién nacido omitiendo atarle el cordón umbilical⁴⁵, el cónyuge que ante una repentina enfermedad o accidente de su esposo no avisa a los servicios médicos de urgencia y deja así que aquel muera⁴⁶, el socorrista de la playa o de la piscina que permanece inactivo contemplando cómo se ahoga un bañista⁴⁷, el profesor de natación que el primer día de clase deja que se ahogue el niño que le ha sido confiado⁴⁸, el guía alpino o los participantes en la escalada que ante la situación de peligro para la vida de uno de los excursionistas no hace nada que impida la muerte de este⁴⁹, el encargado de cuidar a un

⁴² Véase BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 262; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 602 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 11; probablemente MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), pág. 43; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 701; GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 20. Opinión discrepante representan COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 506 y CARBONELL, GONZÁLEZ CUSSAC, PE (n. 10), pág. 503, al estimar que lo que da lugar a la comisión por omisión es la probabilidad rayana en la certidumbre de que la acción no realizada hubiera evitado el resultado, mientras que si únicamente hubiera supuesto una disminución del riesgo estaremos ante una omisión pura.

⁴³ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*. Parte general, 4ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por HERNÁN HORMAZÁBAL MALAREE, Barcelona, PPU, 1994 (cit. PG, 4ª ed.), págs. 382 y ss., 451 y s.; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), págs. 43 y ss.; BACIGALUPO, PG, 2ª ed. (n. 34), págs. 268 y s.; COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), 1990, pág. 302: "esta posición de garante es la que permite que el resultado acaecido pueda imputarse a una omisión, y en ella radica la esencia de la comisión por omisión"; RODRÍGUEZ DEVEZA, SERRANO GÓMEZ, PG, 16ª ed. (n. 10), págs. 387 y s.

⁴⁴ Así FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, IV, Madrid, 1956 (cit. ComCP IV), pág. 230; ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 196; SÁNCZ CANTERO, PG II, 2ª ed. (n. 10), pág. 265; LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, PE I (n. 24), pág. 22; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 336; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), págs. 44 y s. y en la jurisprudencia STS de 11 diciembre 1984 (A. 6265): madre que deja abandonada a su hija recién nacida en un cubo que ha dejado en el tejado de un vecino; STS de 30 junio 1988 (A. 5387): madre que dejaba solos a los niños —de 4 y 7 años— en su domicilio durante largos periodos sin alimentos, muriendo uno de inanición.

⁴⁵ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 308; STS de 28 marzo 1989 (A. 2746).

⁴⁶ Véase LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, Barcelona, PPU, 1991 (cit. EP), pág. 237, quien niega, con razón, como veremos, que en estos casos haya comisión por omisión.

⁴⁷ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 311; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 10; LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, PE I (n. 24), pág. 22; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed. (n. 40), pág. 45.

⁴⁸ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 335.

⁴⁹ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), págs. 311 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, PE I, 2ª ed. (n. 10), pág. 10; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 337 y s.; MUÑOZ CONDE, TGD, 2ª ed., pág. 45.

ciego que no le impide a este avanzar hacia el precipicio⁵⁰, el conductor que imprudentemente provoca un atropello y no auxilia a la víctima⁵¹, el que deja morir de hambre al secuestrado⁵², el que, habiendo tirado un colchón en llamas por un balcón, que cae encima de un vagabundo a quien previamente había arrojado desde el primer piso, no hace nada tendente a impedir que este muera a consecuencia de las quemaduras⁵³, el guardaagujas que no realiza el cambio de vías cuando viene otro tren por la misma vía produciéndose una catástrofe⁵⁴.

4. Con los planteamientos de la doctrina dominante que acaba de exponerse, lo que realmente debiera causar sorpresa y extrañeza sería que la comisión por omisión, mejor: esa concepción de la comisión por omisión, estuviera libre de reparos desde el punto de vista del principio de legalidad. Sencillamente porque en la gran mayoría de casos que la doctrina mayoritaria quiere penar como comisión por omisión por el tipo de la parte especial, y por ello con la pena de este, no aparece por ningún lado —porque ello es imposible— lo injusto *específico* constitutivo del tipo correspondiente; de ahí que, hablando con propiedad, no sea cierto que la construcción de la comisión por omisión de la doctrina dominante plantee problemas de legalidad; lo cierto es, más bien y simplemente: que es incompatible con el principio de legalidad⁵⁵. Las objeciones de legalidad que alcanzan a la doctrina dominante solo podrían ser superadas mediante la intervención del legislador, es decir: mediante la introducción de una disposición legal específica que —como sucede por ejemplo en el Código Penal Alemán, pretende un importante sector de la doctrina española⁵⁶ y quiere al parecer también nuestro prelegislador⁵⁷— estableciese una equiparación legal de la omisión de impedir la producción de un resultado a su realización mediante un comportamiento activo.

⁵⁰ Véase FERRER SAMA, ComCP IV (n. 44), pág. 230.

⁵¹ Véase GONZÁLEZ RUS, PE I (n. 15), pág. 18.

⁵² Véase CUELLO CALÓN, CAMARGO, *Derecho penal*, II, Parte especial, 14ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1985 (cit. PE II, 14ª ed.), pág. 480.

⁵³ STS de 25 abril 1988 (A. 2922). En STS de 26 junio 1990 (A. 5679) se condena por homicidio en comisión por omisión al que, junto con otros dos, había conducido a otro a su domicilio y contemplando cómo los otros dos le rociaban gasolina no hizo nada por impedirlo, muriendo la víctima a consecuencia de las quemaduras. En la STS de 8 julio 1991 (A. 5702) se condena por homicidio por omisión a quien habiéndose hecho pasar por médico y habiendo asumido de hecho el tratamiento de una enferma no decide el tratamiento adecuado y la mantiene en el estado inicial, muriendo aquella poco después.

⁵⁴ Véase ANTÓN ONECA, PG, 2ª ed. (n. 12), pág. 196; STS de 13 junio 1981 (A. 2653).

⁵⁵ Así, con razón, véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 242; DÍAZ Y GRACIA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, pág. 208; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 697 y ss.

⁵⁶ Así MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 329; con recelos COBO, VIVES, PG, 3ª ed. (n. 12), pág. 304; TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, pág. 707; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 572; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1982 (cit., Problemas), pág. 349; *el mismo*, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, Ed. Tecnos, 1993 (cit. Estudios), págs. 14, 148, 201; ROMEO CASABONA, "El anteproyecto de Código Penal de 1992", en *Propuestas para la reforma penal*, Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos, 1, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1992, págs. 16 y s. *el mismo*, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 936 y ss.; *el mismo*, Homenaje a Roxin (n. 4), págs. 48 y ss.

⁵⁷ El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, de 1992, incorporado a su art. 10 la siguiente cláusula: "Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto

A) La solución de la regulación legal expresa de la comisión por omisión, a la que también podría llegarse mediante la introducción de tipos específicos de omisión de la acción de impedir un resultado en la parte especial, permitiría superar en gran medida las objeciones de legalidad pero, dejando ahora al margen que aún así podría ser objetable desde el punto de vista del principio de determinación del tipo⁵⁸, tiene que hacer frente a objeciones de carácter dogmático y político-criminal. Pues lo que debe precisamente ser cuestionado es que los casos comprendidos en una disposición legal de la comisión por omisión consistan realmente en hechos que realicen el tipo de la parte especial. Dicha disposición tendría más bien un carácter *constitutivo*, es decir: se trataría de una disposición de ampliación o de extensión de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos no comprendidos en ellos y que, por ello mismo, no podrían ser sancionados por tales tipos en el caso de que no existiera en el Código dicha disposición constitutiva. Por el contrario, si dicha disposición comprendiera única y exclusivamente supuestos de omisión real y, por tanto, directamente subsumibles en los tipos de la parte especial, entonces no tendría más que un valor meramente *declarativo* y sería supérflua.

B) En mi opinión, a la doctrina dominante cabe objetarle lo primero, es decir: que cuando está respaldada por una disposición legal, a lo que realmente da lugar es a una ampliación de la punibilidad de los tipos de la parte especial a supuestos que realmente carecen del desvalor típico y que, por ello, no deben merecer la misma pena⁵⁹. Pensemos en algunos ejemplos. Si un padre está conversando con un amigo y ninguno de los dos —ambos expertos nadadores— se lanza al agua para salvar al hijo del primero que está a punto de ahogarse, como así sucede, la doctrina dominante condenaría al padre por homicidio (parricidio) por omisión con la pena de reclusión mayor, mientras que al amigo le haría responsable de un delito de omisión del deber de socorro al artículo 489 ter y le podrá imponer únicamente la pena de arresto mayor o una multa de 100.000 a 200.000 pesetas⁶⁰. También habría que condenar por homicidio (parricidio) por omisión a la esposa que ante la repentina complicación cardíaca de su marido no

da aviso a los servicios médicos, imposibilitando así la realización de una intervención que con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre hubiera impedido la muerte de aquel. En cambio, solo podrá condenarse por una omisión del deber de socorro al amigo que se encuentra de visita y en la misma situación y con los mismos resultados tampoco avisa al servicio médico⁶¹. Estos ejemplos y otros muchos que podrían imaginarse deben suscitar, cuando menos, dos interrogantes. En primer lugar no parece fácilmente aceptable que dos personas que en idéntica situación omitieron también idéntica acción y pudieron impedir de igual manera el resultado de muerte sean tratadas con semejante diferencia punitiva; esto solo podría explicarse si se fundamentara a la vez que entre el *desvalor* de la omisión del uno y el de la del otro existe esa misma diferencia, lo que me parece aun menos explicable. Pero en segundo lugar y aun suponiendo que pudiera fundamentarse para los amigos (no garante) de los ejemplos una posición de garante, de modo que pudieran también ser condenados, como el padre o la esposa, por homicidio por omisión, aún menos aceptable —y acaso disparatado— me parece que esos comportamientos sean calificados y penados *igual* que los de quien hubiera matado al niño del ejemplo sumergiendo con sus propias manos su cabeza en el agua hasta su ahogamiento o el de quien con sus propias manos hubiera matado a la víctima de una puñalada o de un disparo en el corazón. Lo que sucede es que no puede estimarse realizado el tipo, como ha señalado acertadamente LUZÓN PEÑA, “por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca... (pues) el no evitar que se produzca un resultado ... por mucho que se tenga un deber específico de protección del bien jurídico y de evitación de ese resultado no es tan grave ni es lo mismo que crear con la conducta el riesgo de producción del resultado”⁶². Con base en estos planteamientos una doctrina minoritaria, que comparto en sus resultados, niega la comisión por omisión en muchos de los casos en que, como antes se ha visto, la afirma la doctrina dominante. Y así *no cometen* homicidio por omisión —sino a lo sumo omisión del deber de socorro— el padre o el socorrista que no han salvado a su hijo o al bañista de perecer ahogados⁶³, el cónyuge o conviviente que no

por acción como por omisión pero, en este último caso, solo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”, véase sobre dicha cláusula RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 915 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 1069 y ss. En la misma línea el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1994, establece en su art. 11 que: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado no podrán entenderse realizados por omisión solo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”.

⁵⁸ Así, expresamente RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), pág. 914; “semejantes cláusulas no satisfacen el *mandato de determinación* que emana del principio de legalidad” (subrayados del autor).

⁵⁹ Por esa misma razón, pues, y como ya antes se ha dicho, la doctrina dominante es contraria al principio de legalidad cuando, sin haber en el Código disposición legal alguna, pretende penar por los tipos de la parte especial la totalidad de los casos que encajan irremediabilmente en la estructura de la comisión por omisión diseñada por aquella doctrina.

⁶⁰ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, PG (n. 10), pág. 311, quien afirma dicha solución para la variante en que compara al socorrista (garante) con los demás bañistas obligados solo por un deber genérico de solidaridad.

⁶¹ Un caso similar, salvando la cuestiones de que la situación de la víctima pueda ser calificada de suicidio y de que el omitente solo convivía con ella en situación de hecho, es el de la STS de 8 de julio de 1985, comentada por SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, págs. 45 y ss. La víctima había ingerido una gran cantidad de un herbicida en el domicilio de su compañero y este, pese a la evidente situación de peligro para la vida de su compañera, no recabó ninguna ayuda a terceros, especialmente a médicos. El TS condenó al omitente por un delito de imprudencia con resultado de muerte, lo que dogmáticamente, como señala SILVA SÁNCHEZ (loc. cit., pág. 477), remite a un homicidio imprudente en “comisión por omisión”.

⁶² Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 235; En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 340 y ss., 344 nota 279 bis; *el mismo*, *La Ley*, núm. 1632, 23 enero de 1987, pág. 3.

⁶³ Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, pág. 552; LUZÓN PEÑA, DP, 2ª ed. (n. 32), nota de pág. 176; *el mismo*, EP (n. 46), pág. 237; con toda probabilidad SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 370; probablemente también MIR PUIG, PG 3ª ed. (n. 2), págs. 335 y 337, pues el ejemplo que maneja —el profesor de natación que deja dolosamente que el primer día de clase se ahogue el niño que le ha sido confiado— en uno que, como debe resultar de la construcción que realizará del tipo de comisión por omisión, difiere sustancialmente del caso del socorrista.

socorren al esposo o compañero que se han puesto gravemente enfermos⁶⁴, el médico de guardia que no atiende a un paciente que luego fallece⁶⁵, el médico u otro funcionario de prisiones que no auxilia al recluso que se encuentra en situación de peligro para su vida a consecuencia de autolesión, por haberse colocado en huelga de hambre o por cualquier otra causa, como por ejemplo un accidente, y luego fallece⁶⁶, o el conductor que tras atropellar a la víctima se da a la fuga sin socorrerla⁶⁷. Por el contrario se afirma la comisión por omisión en los casos de la madre que no alimenta al niño y le deja morir de inanición⁶⁸, el médico que ha dado comienzo a un tratamiento u operación quirúrgica y omite continuarlos muriendo entonces el enfermo⁶⁹, el funcionario de prisiones que no impide la muerte *dolosa* de un interno por un tercero⁷⁰, o el guardaagujas que no cambia de vía cuando se aproximan dos trenes por la misma, produciéndose el choque de ambos⁷¹. La cuestión que se nos plantea es la de explicar por qué en estos casos sí, y en aquellos en que la doctrina dominante la afirma, por el contrario, no cabe afirmar la realización del tipo (de la parte especial) por omisión.

C) La respuesta a dicho interrogante y con ella la demostración de que la doctrina dominante es errónea debe obtenerse, a mi juicio, a partir de un desarrollo consecuente de los fundamentos y de los límites reconocidos por la Ciencia a la misma función de protección de bienes jurídicos que incumbe al Derecho Penal. El Derecho no puede prohibir la causación de resultados, sino solo acciones dominadas por la *voluntad* humana en dirección a la producción de resultados de lesión o de peligro de los bienes jurídicos⁷². Por ello, y como destaca CEREZO MIR, “*el desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la ac-*

⁶⁴ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237; dudoso SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pág. 476, pues de su exposición parece deducirse que si el conviviente omitente hubiera asumido el compromiso específico de constituir una barrera de contención para esos riesgos entonces cabría hacerle responsable por el delito de comisión por omisión. Probablemente también MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 336 y s.

⁶⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, núm. 1632, de 23 de enero de 1987 págs. 1 y ss., que la niega para el médico que se encuentra en “posición de monopolio de ayuda” y para el médico de guardia o de urgencias.

⁶⁶ Y ellos incluso aunque el propio recluso reclamara y consintiera en el auxilio, véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 176 y s., 191; SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 380 y ss., 403.

⁶⁷ Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 174 y s.

⁶⁸ Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, pág. 552; LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), nota de pág. 176; EP (n. 46), págs. 238, 241; MIR, PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 336 y ya antes en sus Adiciones de Derecho Penal español a su traducción, junto con MUÑOZ CONDE, del Tratado de Derecho Penal, Parte General, II, de JESCHECK, Ed. Bosch, Barcelona, 1981 (cit. Adiciones II), pág. 874.

⁶⁹ Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 174 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *La ley*, núm. 1632, 23 enero 1987, pág. 2.

⁷⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 33, 1989, págs. 378 y ss.

⁷¹ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 238, 241.

⁷² Idea que hoy puede considerarse generalmente aceptada; véase, por ejemplo, CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), págs. 18 y s., 338, 368 y s. 394, 457.

ción”⁷³. Ahora bien, la acción prohibida por la norma subyacente al tipo del homicidio del artículo 407 es una *acción finalista* de matar, es decir: lo que se pena por el artículo 407 es el ejercicio de toda actividad que consista en la dirección consciente y voluntaria de un curso causal a la producción de la muerte de otro y la efectiva realización de la voluntad en este resultado. La situación de peligro para el bien jurídico en que consiste la situación típica de la omisión, tiene *siempre* su origen, por el contrario, en una fuente causal que no está dominada por la voluntad del autor en dirección a la producción del resultado⁷⁴.

Se trata siempre, por ello, y *sin excepción*, de una situación de peligro *atípica*, porque en su origen no es atribuible a la acción prohibida por la norma. La realización de ese peligro en el resultado no podría dar lugar al *desvalor* del resultado del homicidio, pues este, como se ha dicho, no puede fundamentarse con independencia del desvalor de la acción. En principio, y por ello, *todo* aquel que se encuentra con esa situación puede optar por realizar una acción dirigida en mayor o menor medida⁷⁵ a la desviación o contención del curso causal peligroso *atípico* o por dejar que el peligro siga su propio curso. Si esto último es lo que sucede y el peligro se realiza en el resultado de lesión del bien jurídico, no podrá afirmarse, sin embargo, que se haya producido el *desvalor* del resultado en todo caso, pues no puede decirse que este aparezca como realización de la acción prohibida por la norma. De ahí que a subsunción en el tipo del homicidio, sin más, de la omisión de impedir la producción del resultado de muerte, aunque el omitente hubiera podido impedirlo con certeza o con probabilidad rayana en la certidumbre, supondría una vulneración del principio de legalidad. Y ello sería así sea cual fuere la posición del sujeto frente al y en relación con el bien jurídico⁷⁶. Este se habría limitado a dejar seguir su curso a un peligro atípico. De todo ello se sigue que si el no impedir el resultado de muerte es un hecho que está fuera del marco de lo injusto típico del homicidio, la subsunción de tales casos en el tipo del artículo 407 supondrá una clara vulneración del principio de legalidad en un código en que, como sucede en el español, no existe ninguna cláusula de equiparación entre el no impedir la muerte de otro, es decir: la omisión, y matarle. Mas aún, cuando existiera una cláusula semejante, creo que tales supuestos tampoco serían subsumibles en el tipo del homicidio. Lo que se aplicaría a estos casos sería un tipo distinto al del homicidio.

Concretamente se aplicaría un tipo *modificado* que, siguiendo a MARXEN, podríamos denominar “tipo asociado” al tipo original —en este caso al tipo original del art. 407—

⁷³ Véase CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 457. Del mismo modo que el desvalor de la acción no puede fundamentarse tampoco sin referencia al desvalor del resultado, véase CEREZO MIR, notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, de WELZEL, edit. Ariel, Barcelona, 1964, págs. 44 y s. nota 10.

⁷⁴ Pues si así fuera estaríamos ya en el ámbito del tipo de acción.

⁷⁵ Todo dependerá de su concreta capacidad de acción.

⁷⁶ Salvo en el caso a que enseguida haremos referencia, que es el único en que a mi juicio cabe fundamentar la *tipicidad* del peligro y la constitución, por ello, del tipo de comisión por omisión.

cuyo contenido no sería en ningún caso coincidente con el del tipo original⁷⁷. Dicho tipo resultaría de la conexión del tipo original del homicidio a la cláusula de imputación a la omisión. Ahora bien, se trataría de un tipo del que, precisamente en virtud de la cláusula de imputación a la omisión, se habría sustraído el elemento de la situación típica en el sentido expuesto y, por añadidura, el desvalor típico del homicidio. Que el contenido de lo injusto de la acción de matar y la omisión de la acción de impedir un resultado de muerte no pueden ser idénticos me parece que, por todo ello, debe estar fuera de duda⁷⁸. De ahí resulta que para poder penar estas omisiones del deber de impedir un resultado es imprescindible que se introduzca en el Código Penal una disposición legal expresa, bien sea mediante la técnica de una cláusula general o bien mediante la previsión de disposiciones específicas en relación con determinados delitos. Estas cláusulas tendrán, por cierto, un *carácter constitutivo*. Fundamentarían la punibilidad de omisiones que no son subsumibles en los tipos de la parte especial. Pero precisamente por ello, porque no son portadoras de lo injusto típico, su equiparación en la punibilidad sería entonces contraria al principio de proporcionalidad⁷⁹.

3. LA DOCTRINA MINORITARIA —Y ADEMÁS CORRECTA— DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN: LA OMISIÓN COMO COMPORTAMIENTO DIRECTAMENTE SUBSUMIBLE EN EL TIPO DE LA PARTE ESPECIAL

1. Frente a la doctrina dominante considero que de comisión por omisión en sentido estricto únicamente puede hablarse en relación con aquellas omisiones que, porque *realizan* por sí mismas el tipo de la parte especial, constituyen una constelación de casos que, junto con otras constelaciones configuradas por comportamientos activos que realizan asimismo el tipo de la parte especial, sean ya directamente y sin más subsumibles en este. La comisión por omisión es ante todo un problema de *tipicidad*. Es preciso tener en cuenta que, como observa CEREZO MIR, “los tipos se forman en virtud de un proceso de abstracción a partir de las acciones (los comportamientos) de la vida real” y que estos comportamientos —prosigue CEREZO— presentan una enorme variedad en cuanto a su circunstancias de tiempo, lugar, medios utilizados, etc.”⁸⁰. De

ahí que el legislador formule los tipos extrayendo de los comportamientos de la vida real “unas pocas notas o caracteres comunes”; así por ejemplo “todos los homicidios son diferentes en sus circunstancias concretas, pero en todos ellos aparece, como nota común, que un ser humano mata a otro”, y por ello “*el que matare a otro*” es la expresión mediante la que el legislador ha definido el homicidio doloso en el artículo 407 del Código Penal⁸¹. Si se tiene en cuenta esto, la cuestión de si el tipo de la parte especial puede realizarse por omisión no debe plantear problemas distintos a los que pudieran plantearse en el mismo sentido respecto a otras constelaciones de casos. En relación con el delito de homicidio, por ejemplo y como es sabido, se discute acerca de si puede realizarse por medios morales⁸²; en los delitos contra la libertad sexual se discute acerca de si las acciones consistentes en obligar a la víctima a realizar actos sexuales sobre sí misma realizan o no el tipo⁸³; en el delito de coacciones se discute acerca de si el tipo es susceptible de realización mediante la denominada *vis in rebus*⁸⁴, y en fin, en todo análisis de un tipo delictivo surge siempre la cuestión de si uno o varios grupos o clases de acciones lo realizan o si, por el contrario, quedan fuera de él. La respuesta positiva o afirmativa a estos interrogantes se alcanza mediante un proceso de razonamiento analógico, que consiste básicamente en comparar las constelaciones problemáticas con aquellas otras respecto a las que ya se tiene la certeza de que verifican la definición típica abstracta⁸⁵. Si resulta que en la constelación problemática se identifican aquellos elementos determinantes de que aquellas otras constelaciones verifiquen la definición típica, entonces cabrá afirmar también la tipicidad de aquella. De este modo cabe afirmar que varias constelaciones de casos que sean distintas en sus elementos naturalísticos serán, sin embargo, *idénticas en valor* si todas ellas tienen de común, al menos, los elementos esenciales sobre los que recae una y la misma valoración, es decir: el juicio de específica relevancia penal, que se expresa en la tipicidad. El problema de la comisión por omisión se plantea de modo idéntico al descrito. Consiste en resolver sobre si la constelación constituida por omisiones es una *idéntica* —y no solo equivalente— a la constelación de comportamientos positivos portadores del contenido de lo injusto específico acotado por el tipo. De comisión por omisión en sentido estricto, por ello, solo cabe hablar respecto a aquellas omisiones que, porque

⁷⁷ Sobre el concepto de “tipo asociado” véase MARXEN, JZ, 1988, págs. 287 y s.; págs. 287 y s.; Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1, Luchterhand, 1990 (cit. AK-StGB), § 14, págs. 437 y s. núms. 6 y s.; GRACIA MARTÍN, AP, núm. 16, 1993, págs. 227 y s. y AP, núm. 32, 1993, pág. y nota 84.

⁷⁸ En este sentido, por tanto, puede aceptarse la afirmación de HUERTA TOCHILDO, *Problemas* (n. 31), págs. 161 y s. Véase, además, reconociendo que el no impedir no es igual a realizar el resultado mediante una acción positiva GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 589 y s., 604.

⁷⁹ Lo que solo podrá salvarse mediante la previsión de una atenuación de la pena, que encontraría su fundamento, precisamente, en el reconocimiento de que las omisiones penadas no son idénticas en desvalor a las acciones típicas, como reconoce abiertamente ROMEO CASABONA, *El anteproyecto* (n. 56), pág. 17, al sugerir que hay que “prever la atenuación facultativa de la pena, también en la parte general, dada la «equivalencia» relativa de estos delitos con su realización activa desde el punto de vista de lo injusto” (subrayados añadidos); véase también ROMEO CASABONA, en *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 937 y s. y en *Homenaje a Roxin* (n. 4), pág. 49.

⁸⁰ Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), pág. 351.

⁸¹ Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), pág. 351.

⁸² Véase, por ejemplo, GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1993 (cit. *Delitos*), págs. 40 y s.

⁸³ Véase, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Edit. Bosch, 1985, págs. 119 y ss.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 2ª ed. Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 109 y ss.

⁸⁵ Sobre estas cuestiones véase ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2ª ed. R. V. Decker-C. F. Müller, Heidelberg, 1982, págs. 50 y ss., particularmente para nuestro problema, págs. 53 y s.; CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español*. Curso de iniciación, parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1994, págs. 185 y s.

son portadoras de un contenido de injusto *idéntico* al de la acción típica, realizan y por ello son directamente y sin más subsumibles en el tipo de la parte especial⁸⁶.

2. Cuestión decisiva de la dogmática de la comisión por omisión es, por tanto y de acuerdo con lo dicho, la determinación del criterio de identidad entre acción y omisión, lo que requiere a su vez determinar los elementos de hecho a partir de los cuales es posible deducir dicho juicio de identidad. Este juicio de identidad solo puede establecerse en la esfera normativa del tipo de lo injusto, pues entre acción y omisión no puede establecerse en la esfera ontológica ninguna relación de identidad. Acción y omisión, en la esfera ontológica, son estructuras contrarias e irreductibles⁸⁷. La cuestión decisiva, desde este planteamiento, es la de determinación de los elementos ontológicos de la omisión con respecto a los cuales es posible deducir en la esfera normativa el juicio de identidad de lo injusto típico, es decir, el de determinar cuáles son las omisiones *típicas*.

3. Desde hace algunos años un minoritario, pero altamente cualificado y autorizado sector de la doctrina penal española, al que recientemente me he sumado, ha dado un nuevo rumbo a la dogmática de la comisión por omisión y busca una verdadera *identidad* entre acción y omisión en el marco del tipo de lo injusto.

A) Una parte de este sector de la opinión minoritaria, representada por GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA Y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, considera que entre la acción y la omisión existe una total identidad cuando esta, igual que aquella, determina la creación o el aumento del riesgo para el bien jurídico⁸⁸. Es muy posible que, para estos autores, la posición de garante no desempeñe papel alguno en la fundamentación del juicio de iden-

⁸⁶ Véase LUZÓN PEÑA, DP cir., 2ª ed. (n. 32), págs. 175 y ss., 185; EP (n. 46), págs. 235 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 208 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 369 y ss.; ADPCP, 1987, pág. 476; La ley, núm. 1632, 23 enero 1987, pág. 2; ADPCP, 1988, pág. 573; C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 374 y s. 376 y ss., 389 y s. *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 1077 y ss.; asumiendo criterios de SILVA, recientemente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 913 y ss.; GRACIA MARTÍN, AP, núm. 18, 1994, págs. 361, 364; *Delitos* (n. 82), pág. 78; muy similar, y en muchos aspectos decisiva, es la construcción de MIR PUIG, PG. 3ª ed. (n. 2), págs. 334 y ss. También en esta dirección, implícitamente, GIMBERNAT ORDEIG, ADCP, 1970, pág. 726; ADPCP, 1964, pág. 552.

⁸⁷ Véase, en este sentido, CEREZO MIR, PG. 4ª ed. (n. 16), págs. 282 y s. 290 y s. 293.

⁸⁸ Véase GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1964, pág. 552; *el mismo*, ADPCP, 1970, pág. 725; *el mismo*, EDP, 3ª ed. (n. 7), pág. 194, nota 40; LUZÓN PEÑA, DPeir, 2ª ed. (n. 32), págs. 175 y ss., 185; *el mismo*, EP (n. 46), págs. 235 y ss.; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 209 y ss. Excepcionalmente en este sentido, véase la STS de 15 de noviembre de 1977. GONZÁLEZ RUS, PEI (n. 15), pág. 20, parece aceptar este planteamiento, pues considera que es necesario constatar que "la omisión supuso un incremento de riesgo para el bien jurídico, de tal manera que el resultado sea la realización del riesgo creado con la omisión", criterio que luego concreta en la comprobación de la certeza de que la acción omitida "hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado". Con esta complementación de criterios, sin embargo, la posición de GONZÁLEZ RUS no puede ser calificada de restrictiva sino que está próxima a la de la doctrina dominante. Si la omisión crea o aumenta el riesgo cuando la acción omitida hubiera disminuido el mismo, entonces no será posible distinguir entre comisión por omisión y omisión pura pues toda acción tendente a producir efectos positivos sobre la situación del bien jurídico —salvo las acciones inidóneas— supone una disminución del riesgo y entonces y correlativamente habrá que afirmar que su omisión ha creado o aumentado el riesgo.

tidad⁸⁹. La creación o aumento del riesgo por la propia omisión tendrá lugar, según LUZÓN PEÑA, en aquellos supuestos en que por la posición social del sujeto o el desempeño normal de su función habitual y específica el peligro para el bien jurídico se considera controlado, conjurado o prácticamente inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. Si el sujeto omite de pronto cumplir con su deber y desempeñar su función, entonces desencadena o descontrola *con su omisión* el peligro que hasta entonces estaba conjurado o era inexistente, es decir: *lo crea*, o si ya existía un peligro, pero controlado, *la propia omisión*, al descontrolarlo, *aumenta el peligro de modo determinante* de la lesión⁹⁰. "En los restantes casos en que la omisión se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, sino a dejar que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión, aunque el omitente sea garante"⁹¹. La madre que no alimenta al niño, el guardaagujas que no cambia las vías o el médico de la UVI que deja de administrar la medicación cometen homicidio por omisión, porque es justamente la *omisión* de las acciones de alimentar, de cambiar las vías o de administrar la medicación, respectivamente, la que crea o aumenta un peligro que mientras los sujetos actuaban se encontraba conjurado, era inexistente o estaba perfectamente controlado⁹². El médico de prisiones que omite la acción de salvamento del recluso en huelga de hambre o que se ha autolesionado, la esposa que no socorre a su cónyuge ante la repentina complicación cardíaca de este o el que no socorre a la víctima del accidente imprudente que ha provocado, en cambio, no cometen homicidio por omisión porque al omitir se limitan a dejar seguir su curso a un peligro *ya existente*, es decir, a un peligro diverso cronológicamente y en origen con respecto a la omisión: el peligro que desencadenó el huelguista con su propia conducta⁹³, el desencadenado por la enfermedad⁹⁴, o el desencadenado por el accidente previo⁹⁵.

B) Muy próxima a la tesis defendida por LUZÓN y asumida por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁹⁶ es la construcción de SILVA SÁNCHEZ. Esta se resume en que la omisión será estructuralmente idéntica a la comisión activa y dará lugar por ello a comisión por

⁸⁹ Así lo ha sostenido expresamente GIMBERNAT ORDEIG en su intervención en el curso de doctorado impartido por el profesor CEREZO MIR durante el curso 1991-1992 en la facultad de derecho de Zaragoza sobre "Los delitos de omisión en el Código Penal español". La cuestión la sugiere también LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241 n. 27: "no entro aquí" —dice LUZÓN— "en si además puede darse en otros casos comisión por omisión sin posición de garante, porque de todas maneras la omisión misma creará o aumentará el riesgo, como por ejemplo podría plantearse en los casos en que la propia omisión obstaculizara un curso causal salvador ajeno. Si se puede anticipar, sin embargo, que en las formas de participación cabe perfectamente cooperación en comisión por omisión sin posición de garante alguna".

⁹⁰ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 240.

⁹¹ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241.

⁹² Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 241.

⁹³ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 177.

⁹⁴ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237.

⁹⁵ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 237 y DPeir, 2ª ed. (n. 32), pág. 175.

⁹⁶ Véase DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, PJ, núm. 24, 1991, págs. 209 y ss.

omisión cuando el sujeto ha asumido material y efectivamente un *compromiso específico*, es decir: una posición de garante, que se concreta en que el sujeto actúa a modo de “barrera de contención” de un riesgo específico. De tal modo que “el retirarla, esto es, el no contener el riesgo cuando este amenaza con realizarse en el bien que hay que proteger, muestra una auténtica identidad estructural, en el plano normativo, con el hecho comisivo”, siendo “indiferente que el riesgo se genere por vía causal por el sujeto, o que este, teniéndolo normativamente controlado, esto es, “en sus manos”, le deje producir sus resultados lesivos”; por ello, afirma SILVA, “cabe hablar de la realización de un riesgo controlado por el sujeto”⁹⁷. No realizan homicidio por omisión, por tanto, el médico rural, aunque tenga posición de monopolio de ayuda, ni el médico de guardia o de urgencias, porque su compromiso es uno genérico e indiferenciado y no uno que tenga por objeto la creación de una barrera de contención del riesgo *específico* que amenaza al bien jurídico⁹⁸. Este compromiso específico, idóneo para dar lugar a la comisión por omisión, solo tiene lugar si el médico procede a una *asunción efectiva* del tratamiento que, por la confianza que despierta en el paciente o en terceros, provoca el abandono o la renuncia a adoptar otras medidas de protección, lo que da lugar a un peligro que convierte al médico en dueño absoluto del proceso que ha de llevar al resultado⁹⁹. El compromiso del funcionario de prisiones no va más allá de la contención del riesgo específico de las agresiones *dolosas* de terceros a la vida del interno, lo que daría lugar homicidio por omisión¹⁰⁰.

C) Una construcción restrictiva, también próxima a las anteriores, pero muy matizada, es la desarrollada por MIR PUIG. El contenido de la tipicidad de la comisión por omisión queda reducido para él prácticamente a la posición de garante¹⁰¹. Ahora bien, a diferencia de la doctrina dominante no concibe la posición de garante como un mero *status* personal, sino que, tomando como referencia la teoría de las funciones¹⁰², confi-

gura las distintas categorías de posición de garante mediante una referencia *absolutamente concreta* de la posición del sujeto *a la situación determinada*¹⁰³. Para MIR PUIG únicamente cabe afirmar una posición de garante si se cumplen estas dos condiciones: “a) la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine una *situación de dependencia personal* del bien jurídico respecto de su causante”¹⁰⁴. Mediante el primer requisito es necesario que el peligro *no sea ajeno* al omitente, sino que este ha de ser *responsable de dicho peligro*¹⁰⁵, lo que faltará cuando, por ejemplo, el peligro sea atribuible a la propia víctima¹⁰⁶. Lo segundo implica que “la existencia o indemnidad del bien jurídico... quede efectivamente en manos del omitente: bajo su *control personal* —para lo que no basta la genérica «posibilidad de salvación», condición también de la omisión pura”¹⁰⁷, lo que faltará por ejemplo “cuando el sujeto en peligro no quede desamparado y pueda ser socorrido por terceras personas”¹⁰⁸. Dada la referencia *absolutamente concreta* de la posición de garante *a la situación determinada*, los ejemplos de comisión por omisión que propone MIR PUIG no son generales sino circunstanciados, y así *solo si se dan los requisitos estudiados* —pero no en otro caso— serán responsables en comisión por omisión la madre que deja morir a su hijo por falta de cuidados¹⁰⁹, los cónyuges y hermanos entre sí y los hijos con respecto a padres ancianos y desvalidos e incluso en supuestos de comunidad de vida como los de convivencia cuasi-matrimonial, entre homosexuales, etc.¹¹⁰, los que —como por ejemplo los compañeros de escalada— participan en una comunidad de peligro¹¹¹, el que tiene un león en su jardín y omite cerrar la puerta de la jaula si el león da muerte a un visitante¹¹², o el que está encargado de la vigilancia de menores irresponsables, enfermos mentales o delincuentes peligrosos¹¹³.

D) Estas construcciones, que acaban de ser expuestas en apretada síntesis, están a mi juicio en el camino correcto. Las concepciones *globales* de estos autores me parecen asumibles. No me es posible aceptar únicamente alguna de las fundamenta-

⁹⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 369 y ss., correspondiendo el entrecomillado a pág. 371; *el mismo*, ADPCP, 1987, pág. 476; *el mismo*, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3; *el mismo*, ADPCP, 1988, pág. 573; *el mismo*, CPC, núm. 38, 1989, págs. 371, 372 s., n. 23, 374 s., 376 y ss., 389 s.; *el mismo*, Homenaje a del Rosal (n. 4), págs. 1076 y s.

⁹⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3.

⁹⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, La Ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, pág. 2.

¹⁰⁰ Pues en la prisión, en virtud del control que se realiza sobre la vida del interno, se disminuye muy considerablemente las posibilidades de autoprotección de este, por lo que el funcionario asume el compromiso de contener el riesgo específico de agresión dolosa de los internos y, por ello, de protección de la vida de los otros frente a tales agresiones, véase SILVA SÁNCHEZ, CPC, núm. 38, 1989, págs. 378 y ss. Con respecto a situaciones derivadas de accidentes y agresiones imprudentes para el interno, como la situación de este es la misma que la de la persona en libertad, no puede decirse que el funcionario haya asumido un compromiso específico de protección de la vida del interno frente a esos riesgos genéricos o indiferenciados, por lo que en estos casos no cometerá homicidio por omisión sino omisión de socorro, véase SILVA SÁNCHEZ, loc. cit., págs. 382 y ss.

¹⁰¹ Véase MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), págs. 874 y s. y PG, 3ª ed., págs. 334 y s. Naturalmente exige también MIR PUIG la ausencia de una acción determinada, la producción de un resultado y la capacidad de evitar dicho resultado, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 333, 345 y ss.

¹⁰² Que desarrolla y matiza de un modo verdaderamente plausible, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 336 y ss.

¹⁰³ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 334 y s., especialmente nota 33.

¹⁰⁴ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334 y ya antes en *Adiciones II* (n. 68), pág. 874.

¹⁰⁵ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

¹⁰⁶ Véase MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874.

¹⁰⁷ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

¹⁰⁸ Véase MIR PUIG, PG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874.

¹⁰⁹ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 337; no cometerá parricidio por omisión la madre que desatende a su hijo recién nacido si este queda a cargo de personal facultativo aunque se demuestre que hubiera podido evitar el resultado.

¹¹⁰ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 337 y n. 37.

¹¹¹ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 338 y s. y *Adiciones II* (n. 68), pág. 874; excluye de la comisión por omisión, por falta de posición de garante, cuando se trate de riesgos de los que expresa o tácitamente no se hace responsable el sujeto, véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 338.

¹¹² Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 343.

¹¹³ Véase MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334, matizando que en estos casos únicamente se dará la comisión por omisión respecto de tal peligro específico y además (loc. cit., págs. 344 y s.) solo como partícipe (cooperador necesario) porque el dominio del hecho lo tiene el sometido a vigilancia.

ciones concretas que sugieren por razones de incompatibilidad con mis concepciones dogmáticas más generales y, por otro lado, creo que en los criterios decisivos de dichos autores que me es posible asumir y que, por ello, asumo y comparto, es preciso introducir, no obstante, algunos elementos nuevos de concreción que precisaré al exponer mi propia construcción dogmática de la comisión por omisión. A mi juicio el criterio de identidad no puede ser el de la creación o aumento del riesgo por la omisión misma, como pretenden GIMBERNAT, LUZÓN y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO¹¹⁴. Como ha señalado con razón MIR PUIG "naturalísticamente ninguna omisión puede crear nada positivo ni, por tanto, tampoco puede originar peligro alguno"¹¹⁵. Es cierto que LUZÓN considera salvada esta dificultad si en el caso de la omisión se atribuye a la creación o aumento del riesgo un sentido normativo-social y no naturalístico¹¹⁶. Pero así tampoco puede fundamentarse, a mi juicio, la identidad normativa (típica) entre acción y omisión. El concepto mismo de *riesgo* tiene una naturaleza esencialmente normativa¹¹⁷. En el delito de acción, por ello, tampoco puede entenderse la creación o aumento del riesgo en un sentido naturalístico sino precisamente en un sentido normativo-social. Lo que sucede en el delito de acción es que *el juicio normativo de creación o de aumento del riesgo* tiene un sustrato *naturalístico*, y este no es otro que *la causalidad de la acción*, como reconoce LUZÓN¹¹⁸. Esto no quiere decir aún, de todos modos, que no sea posible deducir con respecto a la omisión un juicio normativo de creación o de aumento del riesgo que sea en su contenido *idéntica* al de la acción. Ahora bien, dado que en la esfera ontológica acción y omisión son estructuras diversas, de ahí tiene que resultar que el *sustrato* del juicio tiene que ser para la omisión uno diferente al de la acción. La posibilidad de fundamentar un juicio de creación o aumento del riesgo idéntico para la omisión está condicionada por las posibilidades de valoración que ofrezcan los elementos estructurales, es decir: lógico-objetivos, del sustrato correspondiente a la omisión. Ahora bien, si a la omisión le falta la causalidad, y únicamente un desarrollo causal puede crear o incrementar un riesgo, pues solo la *adición* de algo nuevo a una si-

tuación dada es susceptible de modificarla en el sentido de hacer aparecer *ex novo* o incrementar la probabilidad de que se produzca el resultado, entonces no alcanzo a vislumbrar en la omisión misma ningún sustrato respecto al que pudiera fundamentarse un juicio de peligro. MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ, consideran en general que los tipos de omisión tienen como presupuesto previo al tipo un comportamiento positivo que si bien no tiene relevancia para determinar el sentido positivo específico de la omisión, sí la tiene en cuanto que aquel se realiza en lugar de la acción debida. De modo que para los tipos de omisión existen tantos comportamientos típicos (positivos) cuantas posibles conductas activas distintas e incompatibles con la acción esperada¹¹⁹. Este planteamiento, sin embargo, no me parece convincente. A partir de la acción que efectivamente haya realizado el sujeto en lugar de la acción debida no puede deducirse en absoluto *cuál es la concreta acción debida*¹²⁰ y si la concreta acción no realizada por el omitente era precisamente la que podía dotar a la omisión del atributo de la tipicidad.

IV. TESIS QUE SE PROPONE: EL DOMINIO SOCIAL Y SOBRE LA CAUSA FUNDAMENTAL DEL RESULTADO COMO CRITERIO FUNDAMENTADOR DE LO INJUSTO Y DE IDENTIDAD ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

1. Un número muy reducido de omisiones son directamente subsumibles en el tipo de la parte especial porque su contenido de injusto es idéntico al de la realización del tipo mediante una acción. En mi opinión el problema de la identidad radica en primer término en la "situación típica" y, más concretamente, en la posición en que se encuentre el sujeto con respecto a ella. Solo si dicha posición es idéntica a la que adopta el sujeto cuando realiza la acción *típica* cabrá afirmar que el resultado que se produzca satisface el contenido del desvalor *específico* del resultado. Una fijación de criterios determinantes de la identidad con pretensiones de validez desde el punto de vista del principio de legalidad y del contenido de lo injusto y, por ello, de la posibilidad de subsunción directa de la omisión en el tipo solo puede alcanzarse si no se violentan las siguientes premisas metodológicas. La primera es que no se trata de buscar una identidad entre acción y omisión, es decir: una identidad en la esfera ontológica, porque las dos formas de comportamiento son ontológicamente diversas. De lo que se trata es de fijar una identidad entre acción y omisión *típicas*, es decir: una identidad valorativa, normativa, que ha de ser fijada en la esfera del *tipo de lo injusto*. Ahora bien, y esta es la segunda premisa, como las posibilidades de valoración de un objeto están condicionadas y predeterminadas por sus propiedades ónticas, una identidad normativa entre acción y omisión solo podrá establecerse a partir de la determinación del sustrato *on-*

¹¹⁴ Véase también en contra de dicho criterio, con razón a mi juicio. CEREZO MIR, *Estudios* (n. 56), pág. 201; ROMEO CASABONA, Homenaje a Roxin (n. 4), págs. 45 y s.

¹¹⁵ Véase MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874; HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 272; ZUGALDÍA ESPINAR, CPC, núm. 24, 1984, pág. 586 n. 46.

¹¹⁶ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 239 y s.

¹¹⁷ Véase CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 333; "el concepto de peligro es también un elemento normativo".

¹¹⁸ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), pág. 236: "cuando se realiza —como autor— un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que *con su hacer* interviniendo en el curso natural de las cosas, *el sujeto causa...* al intervenir *modificado el curso causal o provocando uno nuevo*", con lo que "incrementa de modo decisivo y determinante el riesgo, que se convierte en peligro concreto y se transforma en lesión" (subrayados añadidos). Por lo demás, en la tentativa y en la frustración, al faltar el resultado no cabe hablar de relación de causalidad entre acción y resultado, pero la acción realizada por el autor habrá provocado la configuración de uno o varios factores causales hasta el momento inexistentes o la modificación de la disposición de los existentes. En cualquier caso, creo que lleva razón y convengo con Romeo Casabona, Homenaje a Roxin (n. 4), pág. 46, al advertir que "la idea de peligro —de su creación o aumento— tiene distinto significado en la acción y en la omisión".

¹¹⁹ Véase MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1982 (cit. Función, 2ª ed.), págs. 52 y ss.; *el mismo*, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 177 y ss., 320 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 134 y ss., 146 y ss., 158 y ss.; probablemente muy próximo a estas concepciones también BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970, págs. 70 y ss.; *el mismo*, PG, 2ª ed. (n. 34), pág. 255.

¹²⁰ Véase en este sentido CEREZO MIR, PG, 4ª ed. (n. 16), pág. 283 nota 52.

tológico de la omisión con respecto al que sea posible deducir, en la esfera normativa, la *tipicidad* de la omisión. *Ontológicamente* la omisión es la no realización de una acción *finalista* determinada por quien tenía capacidad de realizarla en la situación concreta¹²¹. Si el sustrato ontológico de la omisión radica en la acción finalista no realizada, entonces el único punto de referencia que es posible tomar en consideración para deducir el contenido de lo injusto típico de la omisión es la acción finalista no realizada. Se trata en definitiva de determinar cuáles son las propiedades específicas de la *acción* que puede ser objeto del mandato y cuya omisión es capaz de realizar lo injusto típico.

2. A mi juicio, el criterio decisivo de identidad es el de la relación de dominio social, que he formulado y desarrollado ampliamente en otro lugar. Por dominio social entiendo el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho *típico*¹²².

A) El dominio social es una característica objetiva del tipo de lo injusto de un gran grupo de delitos especiales, y cumple la función de concreción de las posibilidades de actualización del dominio del hecho típico. En los delitos comunes, como sucede con el homicidio por acción, cualquiera puede establecer por sí mismo una relación de dominio del bien jurídico. Ahora bien, dado que los bienes jurídicos se encuentran en principio libres de influencias ajenas, quien quiera situarse en condiciones de lesionar o poner en peligro a un bien jurídico deberá realizar antes determinados actos *preparatorios* cuya finalidad es organizar la situación a partir de la que le será posible actualizar su capacidad de acción, es decir: su dominio actual sobre el bien jurídico. Y así, todo el que quiera matar a otro mediante una acción, tiene que realizar antes una serie de actos, como procurarse los medios de ejecución y colocarse en la situación concreta, no existente en el momento en que ha planeado la muerte, en que sus actos —por ejemplo el disparo— puedan provocar efectos en la esfera personal de la víctima, es decir: tiene que hacer entrar a esta, que hasta entonces se encontraba libre de su esfera de influencia, en su ámbito de dominio personal. En algunos delitos, dada la configuración del tipo, la realización de actos concretos de influencia o de dominio *típicos* sobre el bien jurídico no es posible decidirla por cualquiera. En primer lugar porque los medios de que él dispone personalmente no le permiten organizar una actividad de influencia sobre el bien jurídico en el sentido del tipo de lo injusto. Solo mediante la realización de determinados actos podría el sujeto colocarse en la situación de accesibilidad *típica* al bien jurídico. Así el que quiera lesionar la “rectitud en la admi-

nistración de la justicia, en el sentido típico del delito de prevaricación judicial de los artículos 351 y siguientes del Código Penal, tendrá que licenciarse en derecho, prepararse luego unas oposiciones a la carrera judicial, aprobarlas, superar el período de prácticas, tomar posesión de su cargo, de derecho o al menos de hecho, y que un concreto asunto entre, para su resolución, en su esfera concreta de competencias. Estas condiciones son las que constituirán al sujeto en la relación de dominio social típica del delito de prevaricación. El dominio social, por tanto, y como podrá fácilmente comprobarse, cumple en estos tipos —a los que denomino tipos de dominio social— la misma función que en los delitos comunes cumplen los actos preparatorios, es decir: los actos que el autor tiene necesariamente que realizar para crear la situación en la que le será posible ejercitar una acción de dominio concreto (típico) sobre el bien jurídico. El dominio social es, pues, el conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y solo a él, tomar la *decisión*, y posteriormente actualizarla mediante un acto concreto de dominio, de realizar la lesión del bien jurídico en una forma típica, que es, por cierto, el acto supremo de dominio personal sobre un bien jurídico. Lo que me importa destacar especialmente en relación con este razonamiento es lo siguiente. Que *en todo delito*, la toma de la decisión de realizarlo y su posterior ejecución requiere la *organización* de una situación *previa* a partir de la cual sea posible actualizar la capacidad de acción. En los delitos comunes, por regla general, es el propio autor el que organiza la situación personalmente¹²³, pero no es preciso que la organice personalmente de un modo completo y además es también posible que le venga ya previamente dada y completamente constituida, en cuyo caso no tendrá más que *aprovecharla y utilizarla*. Aun así, en estos casos siempre deberá realizar un acto *personal*: deberá *hacer* suya la situación mediante un acto personal de incorporación de dicha situación a su esfera de dominio personal. En los delitos especiales sucede exactamente esto último. La situación *típica* está ya previamente *organizada* —y por ello descrita y acotada por el tipo— y el autor tiene que realizar un acto personal de incorporación de esa situación organizada —situación objetiva de dominio social— a su esfera de dominio personal. Únicamente en esas condiciones le será posible tomar la decisión de lesionar *típicamente* el bien jurídico y de ejecutar a continuación mediante la actualización del dominio del hecho. La relación de dominio social presupone, por lo tanto, que el bien jurídico está ya involucrado en el ejercicio de una determinada función que desempeña el autor¹²⁴, que tanto la situación como el conjunto de factores causales favorables a la producción de la lesión del bien jurídico están ya previamente dados y a disposición del autor *antes de* que este se decida por la lesión del bien jurídico. Únicamente *en el ejercicio de dicha función* es posible realizar, por ello, acciones de lesión o de peligro típicos para el bien jurídico¹²⁵. De esto se sigue que la actua-

¹²¹ Véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), págs. 281 y s., 293. Asumo, sin reservas, el concepto de omisión. Sobre él, fundamentalmente sobre el formulado por ARMIN KAUFMANN, véase la excelente síntesis de SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 35 y s.

¹²² Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, I. Teoría general. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985 (cit. *El actuar*), págs. 350 y s., 354 y s., 359-361, 365 y ss.; *el mismo*, *Delitos* (n. 82), págs. 78 y ss.

¹²³ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar* I. (n. 122), págs. 350 y ss.

¹²⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar* I. (n. 122), págs. 365 y ss.

¹²⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar* I. (n. 122), págs. 368 y ss. Se trata de acciones de dominio social porque solo la previa existencia de la relación de dominio social posibilita la actualización de este mediante el ejercicio del dominio finalista del hecho.

lización mediante un acto concreto del dominio personal y previamente asumido sobre la constelación causal dispuesta y organizada en dirección a la producción del resultado es el *momento constitutivo de lo injusto típico*.

B) Todo lo anterior es, justamente, lo que exacta e idénticamente sucede o debe suceder en la omisión para que esta, por realizar plenamente el contenido de lo injusto típico, sea directamente subsumible en el precepto de la parte especial. Conectando con lo antes dicho, en los casos de omisión la situación de peligro es en su origen *atípica*, pues no aparece como realización de la acción prohibida por la norma. Ahora bien, lo que sucede es que dicha situación, cuando entre en la esfera de posible influencia del sujeto está ya plenamente *organizada* de un modo adecuado en dirección a la lesión del bien jurídico¹²⁶. Pero para que el sujeto pueda tomar una *decisión* sobre la lesión *típica* del bien jurídico, será absolutamente necesario que realice un *acto personal* de asunción del dominio sobre esa situación, es decir: que la incorpore a su esfera personal de dominio, o dicho de otro modo: que mediante un acto voluntario establezca la relación de dominio social sobre el bien jurídico. A este acto personal de asunción del dominio de la situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico le llamo posición de garante específica. Ese acto representa, a mi juicio, el momento constitutivo de la situación *típica* para la omisión. Es el acto que hace entrar a un peligro *atípico* en la situación de lo injusto *típico*, y como se ve es el acto que en los delitos de comisión por omisión sustituye a la necesidad existente en los delitos de acción de que el autor realice los actos preparatorios, es decir: los actos de organización de la situación típica. De todo ello se sigue: que el sujeto que ha asumido el dominio de los factores causales *en la dirección* a la lesión del bien jurídico se encuentra ya en una situación en que puede decidir sobre la lesión del bien jurídico tanto mediante la realización de una acción, por ejemplo, de aceleración de la eficacia del curso causal, como dejando que este siga su curso. La omisión, aquí será idéntica a la acción en su contenido de injusto porque en ella concurre el momento constitutivo de lo injusto típico. La realización del curso causal plenamente dominado por el sujeto en el resultado, permitirá constituir el desvalor *típico* del resultado y en referencia a él, el desvalor típico de la omisión.

C) Si la posición de garante encuentra su fundamento en el dominio social, es decir, en el poder de decisión que el sujeto tiene acerca de la situación del bien jurídico

¹²⁶ Véase recientemente en este sentido SHÜNEMANN, Homenaje a Roxin (n. 4), pág. 22, quien señala que mientras en la comisión activa el dominio del hecho lo transmite un acto positivo, en la omisión el dominio está ya preestablecido; véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971, págs. 231 y ss.; en la misma dirección apunta la idea de ARTHUR KAUFMANN, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer*, Duncker/Humboldt, Berlín, 1966, pág. 105; "en el hacer activo el agente se sirve de la causalidad del propio cuerpo (utilización de la causalidad propia); en el omitir el agente se sirve de un proceso causal ajeno que se encuentra fuera de aquel (utilización de la causalidad ajena)"; véase asimismo en la misma línea GIMBERNAT ORDEIG, EDP, 3ª ed. (n. 17), págs. 189 y s.; el concepto de comportamiento —dice GIMBERNAT— "podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior *manejando procesos causales* (esto es incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso o que no se inicien)" (subrayados míos).

co, creo que en los delitos de comisión por omisión no es posible fundamentar aquella en un momento anterior al de la producción de la situación de peligro para el bien jurídico¹²⁷. La mera asunción de una función de protección del bien jurídico *antes* de que se haya producido la situación de peligro no puede determinar una dependencia del bien jurídico con respecto a una decisión del sujeto de no realizar la acción. Y así, por ejemplo, el socorrista de la playa que ha asumido el compromiso de proteger a los bañistas que puedan colocarse en situación de peligro de perecer ahogados no puede decidir a su antojo y arbitrariamente la muerte de un bañista a consecuencia de la omisión de realizar la acción de salvamento: en ese momento no están aún *organizados* los factores causales en dirección a la lesión del bien jurídico. Si el socorrista quisiera realizar el resultado tendrá que organizarlos él mismo de un modo positivo; en otro caso tendrá que confiar al azar la organización de dichos factores en esa dirección. Mas aún cuando esto sucediera, únicamente con la realización de un acto personal de incorporación de esa situación a su esfera de dominio e influencia personales quedaría constituida la situación típica¹²⁸. La asunción de la función de protección de bienes jurídicos ante peligros futuros no determina, por consiguiente, el dominio del sujeto sobre el bien jurídico ni la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión. Si la situación de peligro no tiene su origen en una acción realizada consiente y voluntariamente por un sujeto *precisamente* en dirección a la producción del resultado de lesión del bien jurídico, entonces no puede afirmarse que el bien jurídico esté en una situación de dependencia de ese sujeto por la sencilla razón de que el curso causal no está controlado o dominado por el sujeto en esa *dirección*. El sujeto podrá tener controlado el curso causal en otra dirección, pero si lo que no está sometido a su control es justamente *la dirección de aquel a la lesión del bien jurídico*, entonces no puede afirmarse que este se haya situado bajo la dependencia de dicho sujeto. La omisión de una acción consistente en detener ese curso causal e impedir así la producción del resultado no puede ser idéntica a la acción porque lo que en tal caso sucedería es que el sujeto deja seguir un curso causal que, *porque no está sometido a su dominio personal*, no está comprendido en el tipo de lo injusto de la parte especial. Solo un acto voluntario de asunción del dominio de la situación, es decir: de la posición de garante *específica*, podrá dar lugar a la constitución de la situación típica.

¹²⁷ Probablemente en este sentido o muy próximo a él, si bien dentro de una concepción dogmática distinta de la aquí se asume, COBO, CARBONELL, PE, 3ª ed. (n. 10), pág. 507, cuando estiman que "generalmente se hace depender la posición de garante de la comprobación del deber específico, cuando debe operarse con el módulo contrario. El deber surgirá de la posición".

¹²⁸ Se trata, como he expuesto en otro lugar (cfr. GRACIA MARTÍN, AP, núm. 18, 1994, pág. 361) de precisar el momento en que acción y omisión sean comportamientos *fungibles*, de modo que el autor disponga de la posibilidad de *elegir* entre una u otra forma de conducta para la realización del tipo en el sentido sugerido por AUDROUTAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München-Berlín, 1963, págs. 158 y ss. Se trata, además, de que la omisión aparezca, junto con la acción positiva, como una posibilidad de realización de la "decisión determinante" de la producción del resultado en el sentido del criterio de equivalencia formulado por RUDOLPH, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1966, págs. 97 y ss.; *el mismo*, SK StGB, 6ª ed., § 13, núm. 21.

D) Mi concepción de una posición de garante *específica* para el tipo de la comisión por omisión supone también, como la desarrollada por MIR PUIG¹²⁹, una referencia *absolutamente concreta* de aquella a una *situación determinada* y, además, que, como certeramente ha destacado SILVA SÁNCHEZ, las posiciones de garante se ordenan en una escala gradual, de modo que *no todas* pueden fundamentar una comisión por omisión¹³⁰, sino solo aquellas en las que concurren “determinadas propiedades específicas”¹³¹. Esta concepción diferenciadora de una posición de garante *específica* para el tipo de comisión por omisión, cuyo fundamento radica en la efectiva asunción del dominio personal sobre una situación de peligro *preexistente* y, por lo tanto, *absolutamente determinada*, supone ya la exclusión del tipo de comisión por omisión de todos los supuestos en que la garantía que haya asumido el sujeto se extiende a la protección de bienes jurídicos —incluso a la evitación del resultado de lesión— frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro¹³², es decir: no existentes de un modo real en el momento en que el sujeto asume esa posición de garantía¹³³. Esas posiciones de garantía se fundamentan también en un posicionamiento o en la asunción de un compromiso personales de un sujeto ante situaciones en que es, desde luego posible, que surja un peligro para bienes jurídicos y el compromiso del sujeto puede extenderse

¹²⁹ Cfr. *supra*.

¹³⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 334 y s. y especialmente págs. 340 y s., 344 y ss., 369 y ss.; La ley, núm. 1632 de 23 de enero 1987, pág. 3; ADPCP, 1987, págs. 476 y s.; ADPCP, 1988, págs. 573 s.; C. de P. C., núm. 38 1989, págs. 371 y ss., 375 y ss.

¹³¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 350.

¹³² Pues, como dice SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., 1989, pág. 377 y ya antes en *El delito* (n. 1), pág. 370: “no se trata de proteger a un bien jurídico de todos los peligros que le vayan a afectar”.

¹³³ En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 370 y s.: “el compromiso no debe pues, vincularse «desde fuera» a la aceptación de roles cuyo ámbito y las obligaciones de ellos derivadas resultan extraordinariamente difusos”, como sucede en “los casos de función de protección de determinados bienes jurídicos: los ejemplos de niñeras, alpinistas, etc. están en la mente de todos”, es decir: que es preciso “no «atribuir» al sujeto compromisos que este en ningún momento ha pensado adquirir; ello, aun en el caso de que vayan «usualmente» unidos a la investidura de determinado papel social»; véase, además, SILVA SÁNCHEZ, La ley, núm. 1632, de 23 de enero de 1987, págs. 2, 3, donde tras reconocer, acertadamente, que el médico de urgencias o el médico rural con posición de monopolio de ayuda tienen posición de garante, concluye que dicha posición de garante, sin embargo, no es la específica del tipo de la comisión por omisión, porque “el compromiso genérico e indiferenciado en que consiste la asunción del servicio de guardia no es fundamento suficiente de una identidad estructural con la comisión”; SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, págs. 380 y ss., donde reconoce la posición de garante del funcionario de prisiones, fundamentada en un compromiso de asistencia al recluso, frente a los peligros que se deriven para la vida de este por agresiones imprudentes de otros o frente a accidentes, pero no que esa sea la posición de garante *específica* del tipo de la comisión por omisión; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1987, pág. 476, donde reconoce una posición de garante en un supuesto de comunidad de vida que, sin embargo, no es la específica de la comisión por omisión; y SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, págs. 573 y s.: posición de garante fundamentada en hacer precedente que no da lugar, sin embargo, a comisión por omisión. También en esta línea MIR PUIG, PG. 3ª ed. (n. 2), pág. 337, pues considera acertadamente que: “no basta la concurrencia de las expresadas relaciones familiares” sino que es preciso que “la situación de absoluta dependencia personal que caracteriza a la posición de garante se produzca en el caso concreto”, y concluye con que: “más decisivo, pues, que el tipo de relación familiar existente es que concurra una efectiva dependencia absoluta de una persona respecto de otra y que ello determine la asunción del riesgo”.

incluso a la evitación del resultado para el caso de que sobrevenga efectivamente el peligro. Sin embargo, el hecho de que la situación de peligro no exista ya en el momento en que el sujeto asume la posición de garantía, impide afirmar su dominio social sobre el bien jurídico y la correlativa dependencia de este con respecto a él, es decir: impide la constitución del dominio social *típico*, específico del tipo de comisión por omisión y, por tanto, que el sujeto pueda *decidir* sobre la producción del resultado. Estas *situaciones genéricas* de garantía, por ello, no pueden fundamentar la comisión por omisión¹³⁴. Esto no quiere decir, desde luego, que el sujeto que ocupa una posición de garante solo genérica no pueda ser autor del tipo de comisión por omisión. No podrá serlo mientras permanezca solo en esa posición de garantía genérica, pero ello no impide que cuando sobrevenga realmente el peligro realice el acto de asunción personal del dominio de la situación de peligro y asuma entonces la posición de garantía *específica* del tipo de comisión por omisión, lo que se explica porque, como ya dije siguiendo a MIR PUIG, aquella se establece en referencia absolutamente concreta a la situación determinada. Por ello mismo, creo que no es posible elaborar una lista de casos concretos o de ejemplos clasificados *a priori* dentro o fuera de la comisión por omisión y que, como acertadamente hace MIR PUIG¹³⁵, es siempre preciso relativizarlos. Y así:

a) Al no existir la específica situación de peligro en el momento en que el sujeto asume su posición de garantía, esta será una genérica que, por no ser determinante de una dependencia del bien jurídico con respecto al garante, no dará lugar a comisión por omisión en los casos del socorrista que no hace nada para impedir que se ahogue un bañista que espontáneamente ha sufrido un corte de digestión, del cónyuge que ante una repentina complicación cardíaca del otro no avisa a los servicios médicos de urgencia a fin de que puedan atenderle y salvarle la vida, el funcionario de prisiones que no hace nada para impedir la muerte del recluso que está en situación crítica a consecuencia de haberse colocado en situación de huelga de hambre o por haber sufrido un grave accidente, el médico de guardia o el único médico rural de la zona que no atienden a un enfermo grave, el alpinista que deja abandonado al compañero de excursión

¹³⁴ Considero, sin embargo, que en tales casos la responsabilidad del omitente que se encuentra en esa posición de garante tiene que ser agravada con respecto a la del omitente que no se encontraba en esa situación previa. En principio, un tratamiento diferenciado de estas omisiones de garante que no dan lugar a comisión por omisión, pero que son más graves que las omisiones de no garantes, exigiría, en la línea sugerida por SILVA SÁNCHEZ, la introducción generalizada de tipos agravados de omisión *pura de garante* como el del párr. 3º del art. 489º del Código Penal que como es sabido, contiene una omisión de socorro agravada por la previa causación del accidente por el omitente, véase especialmente SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 334, 340 y s., y especialmente 344 y ss.; La ley, núm. 1632 23 enero 1987, pag. 3; ADPCP, 1987, págs. 476 y s.; ADPCP, 1988, págs. 573 y s.; C. de P. C. núm. 38, 1989, págs. 383 y n. 77, 384 y s., 398-9 n. 142; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 241 y s., quien propone *de lege lata* que, entretanto no se incluyan dichos tipos de omisión pura de garante, se apliquen al tipo de omisión pura las circunstancias agravantes que correspondan, como por ejemplo el abuso de confianza o el parentesco. MIR PUIG, PG. 3ª ed. (n. 2), pág. 343, reconoce también la existencia de omisiones de gravedad intermedia sin pronunciarse expresamente acerca de si la agravación se fundamenta o no en una posición de garante. Recientemente, y asumiendo la tesis de SILVA SÁNCHEZ, parece acoger este planteamiento también RODRÍGUEZ MOURULLO, Homenaje a del Rosal (n. 4), pág. 914. Sobre si cabe aun una ulterior diferenciación dentro de las omisiones de garante no constitutivas de comisión por omisión, véase luego.

¹³⁵ Cfr. *supra*.

que sufrió un grave accidente o, finalmente, el conductor que con *dolo de lesiones* arrolló a su enemigo y aun percatándose del peligro que de su hecho se ha derivado para la vida de la víctima no le transporta a un hospital para que pueda ser atendido y salvado¹³⁶.

b) En cambio, se situarían en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión el socorrista que se hubiera lanzado al agua creando así una expectativa seria de salvamento¹³⁷ y una vez que se encuentra con el bañista decide no hacer nada y deja que se ahogue, el cónyuge que habiendo sido instruido por el médico, ha asumido la responsabilidad de administrar en su domicilio el medicamento que es necesario para impedir que se desencadene el proceso de muerte del otro cónyuge, que no puede valerse por sí mismo¹³⁸, y en un momento determinado decide no administrarlo, desencadenándose así el proceso de muerte que tiene su origen en la enfermedad que estaba controlada mediante la administración del medicamento, el médico de prisiones, el de urgencias o el rural, que han asumido de un modo efectivo ya el tratamiento de contención de la inanición del recluso huelguista de hambre¹³⁹ o de la enfermedad del paciente, el alpinista que ya se ha hecho cargo de alimentar a su compañero herido, que no puede valerse por sí mismo¹⁴⁰, y decide dejar de proporcionarle alimento para que muera de inanición. En todos estos casos¹⁴¹ se fundamentaría la posición de garante específica de la comisión por omisión porque el omitente con posterioridad a la producción de la situación específica de peligro, ha realizado un acto de asunción personal del dominio de la situación y, entonces, puede decidir acerca de la producción del resultado¹⁴².

¹³⁶ Caso enjuiciado en la STS de 21 diciembre 1977 (A. 497 I).

¹³⁷ Pues, como sostiene nuestra mejor doctrina, la asunción efectiva, de modo expreso o concluyente, del ejercicio de una actividad de salvamento genera una confianza en el necesitado y/o en terceros y ello provoca que no se pongan en práctica otras medidas de protección, por lo que en tal caso el sujeto asume realmente el dominio personal de la situación de peligro y, con ello, la posición de garante específica del tipo de la comisión por omisión: véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 222 y s. y n. 319, La ley, núm. 1632, de 23 enero 1987 pág. 2; MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), pág. 334.

¹³⁸ Como destaca SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 383, acogiendo matizadamente la tesis de *Schünemann*, el dominio sobre la indefensión de la víctima puede fundamentar la posición de garante específica de la comisión por omisión si dicho dominio está expresado en el compromiso.

¹³⁹ Cuando este ha manifestado su voluntad expresa de que sea salvado y además el médico ha aceptado y asumido efectivamente el dominio o control del proceso de inanición. Si faltara alguno de estos requisitos —situaciones de inconsciencia, no asunción del tratamiento efectivo por el médico— entonces cabría plantear, a lo sumo, una omisión pura de garante, véase, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 403, quien parece no admitir comisión por omisión en ningún caso; LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 176 y s., que admite comisión por omisión si se impide un auxilio externo; de otra opinión Díez RIPOLLÉS, C. de P. C., núm. 30, 1986, pág. 640, quien parece admitir comisión por omisión en todas las situaciones de irracionalidad.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*.

¹⁴¹ Sobre otros casos en los que, a mi juicio, también concurriría comisión por omisión, cfr. los enumerados por LUZÓN PEÑA, SILVA SÁNCHEZ y MIR PUIG *supra*.

¹⁴² Naturalmente, si el resultado no se produce, no podrá aplicarse el tipo de comisión por omisión consumado, sino en grado de tentativa, porque en virtud de la asunción de la posición de garante específica y de

c) En los casos de asunción del dominio de una fuente de peligro¹⁴³ el sujeto se coloca, en principio, en la posición de garantía específica del tipo de comisión por omisión porque la situación de peligro radica en la misma fuente de peligro con anterioridad al acto de asunción de la función de su control. Como dice SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, en estos casos hay que adoptar también una posición restrictiva, de modo que ha de quedar clara desde el principio “la relación del garante con el peligro y su hipotética realización lesiva en determinados bienes”¹⁴⁴. Creo, por ello, que en tales casos solo cabe admitir la posición de garante específica con respecto a los resultados típicos de la concreta fuente de peligro, es decir: los resultados objetivamente previsibles cuya producción, además, tenga lugar fuera del riesgo permitido¹⁴⁵. Con respecto a la posibilidad de producción de resultados atípicos, es decir: resultados con respecto a los que cabe suponer que no se producirán mientras el sujeto mantenga a la fuente de peligro dentro del riesgo permitido, no cabe afirmar una posición de garante específica¹⁴⁶ del sujeto que asumió el control de la fuente de peligro porque la situación de peligro —precisamente por su atipicidad—, surge en estos casos *posteriormente*. No obstante, podrá fundamentarse en estos casos también una posición de garante específica si en la situación concreta la contención del peligro atípico ya sobrevenido depende de una actuación sobre la misma fuente de peligro no sea objetivamente previsible, pero sea previsible para el sujeto en virtud de sus capacidades excepcionales o sobresalientes, creo que debe fundamentarse la posición de garante específica del tipo de comisión por omisión¹⁴⁷.

la posterior omisión de la acción, habrá quedado constituido el desvalor específico de la omisión. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no es preciso que el sujeto que decide omitir la acción indicada considere segura la producción del resultado por la ausencia de su acción de dominio del peligro, sino que bastará con que considere que dicha producción del resultado sea posible, como sucede igualmente en el delito de acción, véase CEREZO MIR, PG I, 4ª ed. (n. 16), págs. 386 y s.

¹⁴³ Es decir, en los casos de asunción del control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y de control de personas peligrosas; véase sobre ello MIR PUIG, PG, 3ª ed. (n. 2), págs. 343 y ss.

¹⁴⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 371.

¹⁴⁵ Pues en general el contenido del deber de control de la fuente de peligro consistirá, a mi juicio, en mantener la fuente de peligro dentro de los límites del riesgo permitido; véase en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 207 y s.; sobre la relación entre el deber objetivo de cuidado y el deber de garante, véase, además, la exposición de CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*. Criterios de imputación del resultado, PPU, Barcelona, 1989, págs. 187 y ss.

¹⁴⁶ En el delito imprudente, en cambio, las situaciones atípicas son idóneas para fundamentar un deber objetivo de cuidado de contenido diverso al habitual que se determinaría de acuerdo con “el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social” y cuya infracción daría lugar a la realización del tipo si se cumplen además los restantes requisitos de la imputación objetiva; véase sobre ello, CEREZO MIR, PG, I, 4ª ed. (n. 16), pág. 423, a quien corresponde la cita.

¹⁴⁷ Véase en este sentido, CEREZO MIR, PG, I, 4ª ed. (n. 16), págs. 417 y s., quien rechaza con razón la inclusión del deber subjetivo de cuidado en el tipo de lo injusto del delito imprudente. También SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 215, quien admite, sin embargo, que el deber subjetivo de cuidado pertenece al tipo del delito imprudente.

d) De acuerdo con la concepción de la posición de garante específica que aquí se defiende, creo que debe rechazarse que esta pueda fundamentarse en el actuar precedente *mismo* (injerencia)¹⁴⁸. La posición de garante específica podrá fundamentarse solo si el sujeto *después* de su actuar precedente realiza un acto de asunción del dominio de la situación peligrosa, pero no en el mismo actuar precedente. Ahora bien, a este respecto, será indiferente, por ello, que, con respecto a la situación de peligro, el actuar precedente haya sido voluntario, imprudente o fortuito¹⁴⁹. Pues dicho actuar *precedente* solo podrá fundamentar una posición de garante genérica capaz de dar lugar a una omisión pura de garante¹⁵⁰, mientras que la posición de garante específica se fundamentará en el acto *posterior* de asunción del dominio de la situación peligrosa¹⁵¹ y la validez de dicho acto no puede hacerse depender de la naturaleza que tenga en origen la provocación del peligro. De ahí se deduce que la posición de garante específica que pueda fundamentarse *a consecuencia* del hacer precedente es una que se clasifica en otros grupos de la posición de garante¹⁵².

3. El criterio, expuesto hasta ahora, de la asunción del dominio personal de la situación de peligro no es suficiente, sin embargo, para explicar definitivamente el fundamento de la posición de garante específica de la comisión por omisión, pues, a mi juicio, está necesitado aun de ulterior concreción. De cuanto se lleva dicho hasta ahora, cabría deducir que la asunción personal de la realización de *cualquier* actividad de control sobre la situación de peligro específica que ya viene previamente dada —es decir: la realización de cualquier actividad que, en mayor o menor medida, sea idónea para impedir la producción del resultado— da lugar a la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión, deducción que no sería exacta ni, por ello, acertada. El criterio del *dominio social*, que sirve de fundamento a la posición de garante específica, no puede ser determinado independientemente del sentido y contenido de la *conducta típica*. Pues dominio social es, exactamente, *posibilidad de realizar el tipo de lo injusto*¹⁵³. Y, en mi opinión, no todo el que asume cualquier función de control de la situación de peligro está en condiciones, por eso solo, de realizar el tipo de lo injusto de la comisión por omisión. La omisión de una acción que hubiera

impedido la producción del resultado, como ya vimos¹⁵⁴, no es sin más idéntica a la producción activa del mismo desde el punto de vista del contenido de lo injusto. De ahí resulta que la evitación del resultado es posible a partir de la realización de una pluralidad de acciones que son susceptibles de producir efectos salvadores en diversos estadios del curso causal peligroso. La omisión de *una cualquiera* de ellas, sin embargo, no da lugar a comisión por omisión¹⁵⁵. Esto se ve claramente ya a partir del tipo de la omisión del deber de impedir determinados delitos del artículo 338 bis Código Penal. La acción mandada, cuya omisión da lugar a la realización del tipo, es aquí una acción de impedir la realización de un delito y, por ello, de impedir el resultado del delito¹⁵⁶, lo que pone claramente de manifiesto que no da lugar a comisión por omisión la no realización de cualquier acción que hubiera podido impedir el resultado y que la posibilidad de impedir el resultado no puede ser por sí sola determinante para la concreción del contenido de lo injusto en la comisión por omisión¹⁵⁷. Ello es una exigencia, en

¹⁵⁴ Cfr. *supra*.

¹⁵⁵ Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), pág. 337, quien reconoce que “en los delitos de comisión por omisión no puede ser sujeto activo todo aquel que pudiendo hacerlo no evita la producción del resultado delictivo”.

¹⁵⁶ Pues si bien es cierto que para el cumplimiento del mandato basta con que el sujeto haya realizado un intento serio de impedir la realización del delito, aunque no lo haya conseguido, la acción que es objeto del mandato no podrá estimarse realizada mientras lo que sea posible al sujeto sea precisamente la evitación del delito; véase BUSTOS RAMÍREZ, PE. 2ª ed. (n. 30), pág. 259; MUÑOZ CONDE, PE. 9ª ed. (n. 16), pág. 752; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español*. Parte Especial, 16ª ed., Madrid, Edit. Dykinson, 1993, pág. 1041. Debe llamarse la atención, por otro lado, sobre que la posición de garante no tiene nada que ver con la posibilidad de impedir el resultado, pues la realización de una acción capaz de impedir el resultado puede estar también en el ámbito de posibilidades de un no garante y entonces esa será la acción concreta que será el objeto del mandato en la situación concreta. Ahora bien, en este caso, el no garante responderá por el tipo de omisión pura y no por el de comisión por omisión. Si el que no realiza *esa misma* acción capaz de impedir el resultado es un garante, la doctrina dominante considera que entonces se le debe responsabilizar por comisión por omisión, sea como autor, sea como partícipe en el delito no impedido; véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión* (n. 39), págs. 379 y s.; ComCP I (n. 39), págs. 892 y ss.; HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), pág. 249; GÓMEZ BENÍTEZ, TJD (n. 10), págs. 607 y s.; y las SSTs de 10 de diciembre de 1982 (A. 7398), 28 octubre 1983 (A. 4808), 31 de enero de 1986 (A. 211), 25 febrero 1986 (A. 911) y 8 de octubre de 1991 (A. 7033). Es, sin embargo, imposible e incomprensible que a un sujeto que pudo realizar exactamente *la misma acción* de impedir el resultado que la que pudo realizar otro, se le otorgue el privilegio tan desmesurado de condenarle solo como autor del delito de omisión pura del art. 338 bis (arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pts.) por el mero hecho de que no estaba en posición de garantía o que al otro se le imponga la desmesurada carga de una responsabilidad por el homicidio no impedido a título de comisión por omisión (reclusión menor) por el simple hecho de que tenía posición de garantía. Y como aun es más inexplicable que a este último se le trate igual que al que con sus propias manos ha matado, por mucho que aquel hubiera podido impedirlo, de ahí que me incline por la tesis defendida por la que considero mejor doctrina y que considere que el no impedir la producción de un resultado, por sí mismo, no puede fundamentar automáticamente una comisión por omisión por el mero hecho de que el omitente sea garante (véase, en este sentido, LUZÓN PEÑA, EP. (n. 46), págs. 243 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, CPC. núm. 38, 1989, págs. 387 y ss. 391 y ss.; DIAZ y GARCÍA CONLLEDO, PJ. núm. 24, 1991, págs. 209 y ss.) sino que para ello será preciso que la acción no realizada sea una que posea *determinadas propiedades y características*. Ahora bien, si esto se acepta, de ahí tiene que resultar que lo que fundamenta la comisión por omisión no es la omisión de *cualquier* acción que hubiera podido impedir el resultado, sino la omisión de una acción *determinada* de entre todas las que son capaces de impedirlo.

¹⁵⁷ Lo que viene definitivamente confirmado porque, como ha destacado especialmente SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 347 y s., el Código Penal ha tipificado expresamente *omisiones referidas a resultado sin*

¹⁴⁸ Así también: GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1970, pág. 726; SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 344 y ss.; ADPCP, 1988, págs. 571 y ss.; LUZÓN PEÑA, EP. (n. 46), págs. 237 y s. DP cir, 2ª ed. (n.32), págs. 174 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, PG. 4ª ed. (n. 43), págs. 384 y ss., quien no incluye a la injerencia en el catálogo de posiciones de garante. Véase en este sentido, también MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención*. Edit. Trotta, Madrid, 1992, págs. 134 y ss.

¹⁴⁹ Así SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1988, pág. 574, en relación con la fundamentación de una omisión pura de garante en el hacer precedente. En el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ, PE. 2ª ed. (n. 30), pág. 86.

¹⁵⁰ Véase nota anterior.

¹⁵¹ Véase, en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, PE. 2ª ed. (n. 30), pág. 86: “lo cual parecería adecuado dada la amplitud del pensamiento de la injerencia, con lo cual se la podría limitar como fuente de la posición solo a aquellos casos en que ha habido una *asunción efectiva de la protección* del bien jurídico por parte del sujeto”.

¹⁵² Así, por ejemplo en el grupo de las posiciones de garante con fundamento en el deber de control de una fuente de peligro si el peligro provocado es uno que tiene su origen en un descontrol de la fuente de peligro originado por el sujeto y dicho peligro es típico en relación con la fuente de peligro.

¹⁵³ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar I* (n. 122), págs. 354 y s. 357, 361, 365, 367 y especialmente 368 y ss.

primer lugar del principio de determinación del tipo. En los tipos de acción la determinación de la acción típica no es excesivamente problemática, pues dicha acción aparece por lo general perfectamente individualizada en la descripción del precepto legal. En los tipos de comisión por omisión, sin embargo, la tarea de individualización de la acción cuya omisión es susceptible de realizar lo injusto típico ha de confiarla el legislador a la interpretación de la doctrina científica y de la jurisprudencia¹⁵⁸. Ahora bien, esto no significa en modo alguno que el tipo de comisión por omisión sea uno indeterminado. El tipo descrito por el legislador en la parte especial contiene ya elementos de determinación de lo injusto que son suficientes para deducir de ellos cuál es la concreta omisión que es portadora del contenido de lo injusto típico. Lo que sucede es que a la hora de enfrentarse a esa tarea doctrina y jurisprudencia se encuentran con que existe una multiplicidad de acciones susceptibles de evitar el resultado, pero a la vez con que no todas ellas pueden ser portadoras de lo injusto típico. La tarea de la elaboración doctrinal consiste aquí en *individualizar* a la acción cuya omisión será portadora de lo injusto típico, lo que es, por lo demás, una exigencia del carácter fragmentario del derecho penal. Por ello, las bases del juicio definitivo acerca de si el sujeto ha asumido realmente la posición de garante específica tienen que establecerse a partir de la determinación de las *características y propiedades específicas de la concreta acción omitida* por el sujeto que había asumido el control de la situación de peligro.

A) Si de la omisión de toda y cualquier acción que hubiera impedido el resultado no puede decirse que realiza el tipo de lo injusto, entonces los criterios de la causalidad hipotética y de la idoneidad de la acción para disminuir el peligro¹⁵⁹ deben ser considerados inadecuados para individualizar las características específicas de la acción omitida relevante para el tipo de comisión por omisión, pues esas comprobaciones no permiten llegar a otra conclusión que a la de que esa acción podría haber evitado el resultado, con lo que se vuelve de nuevo al origen del problema¹⁶⁰.

B) Acción y omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica. Las valoraciones del derecho sin embargo y a mi juicio, deben estar condicionadas y encontrar su límite en las estructuras lógico objetivas, es decir en las propiedades ontológicas del sustrato que es sometido a regulación jurídica.

equivalencia comisiva, es decir: omisiones a las que les es imputable un resultado trascendente a la no realización de la acción mandada y que, sin embargo, no realizan el tipo al que pertenece la realización de dicho resultado mediante una acción. Como ejemplo de estos tipos sugiere SILVA el del art. 371, II CP.

¹⁵⁸ Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), págs. 179, 337.

¹⁵⁹ Cfr. *supra*.

¹⁶⁰ En este sentido puede entenderse la crítica de MIR PUIG a la tesis de la creación o aumento del peligro por la omisión en un sentido normativo y social de LUZÓN PEÑA. Como dice MIR PUIG, *Adiciones II* (n. 68), pág. 874, a mi juicio acertadamente, "de toda omisión sin la cual el resultado se hubiera evitado podría decirse (en un sentido social) que ha creado o aumentado el peligro (esto es, las posibilidades de que se produzca el resultado) al no impedir la lesión, lo que impediría distinguir entre omisión pura y comisión por omisión". La réplica posterior de LUZÓN (EP. págs. 239 y ss.) a la objeción de MIR, por lo que expuse más arriba (cfr. *supra*), no me parece convincente.

Una valoración jurídica de la omisión solo puede ser válida si a la omisión no se le añade ninguna propiedad ontológica que le sea extraña. Una valoración de la omisión que tuviera como base elementos ontológicos ajenos a la omisión será una valoración necesariamente errónea. La omisión es, en la esfera ontológica, la no realización de una acción finalista *determinada* por quien tiene capacidad de realizarla en la situación concreta¹⁶¹. La valoración jurídica de la omisión, por lo tanto, solo puede tener un objeto: la acción no realizada. La identidad normativa, valorativa de la omisión con respecto a la acción, por ello, solo puede establecerse en referencia a determinadas propiedades de la acción omitida. Si, como ya se ha demostrado, la omisión de *cualquier* acción que hubiera podido impedir el resultado no puede ser, por eso solo, idéntica a la acción típica en contenido de injusto, es preciso establecer un criterio mediante el que, por imperativo del principio de determinación del tipo, pueda identificarse, ahora en el plano abstracto, a la *clase de acciones* cuya omisión es susceptible de realizar el tipo de lo injusto exactamente igual que como lo realizaría una acción positiva. En principio, además, este es un criterio también de concreción de la posición de garante específica del tipo de comisión por omisión. Pues nadie puede asumir la función o el compromiso, en la terminología de SILVA SÁNCHEZ, de garantizar la realización de una acción que esté fuera de sus capacidades personales de acción. En el caso concreto solo realizará el tipo la omisión de una acción concreta que se adecúe a las características abstractas de la acción mandada por la norma en el sentido que a continuación voy a definir.

a) Un primer criterio de aproximación es el de la certeza o seguridad total de que la acción no realizada hubiera evitado el resultado. Como exige con razón TORIO LÓPEZ, pues no cabría fundamentar la identidad entre acción y omisión si para aquella se trabaja con juicios de *necesidad* causal y con respecto a esta con juicios de *probabilidad*¹⁶². Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no tratamos aquí de la certeza en el caso concreto, sino de las características abstractas que deben concurrir en una acción para poder afirmar que *de esa clase* de acciones cabe esperar en *general* que su realización evita con certeza la producción del resultado. Pues si nos situamos en el plano del caso concreto, la concreta acción omitida por el sujeto podría ser una con respecto a la que en *esas circunstancias* concretas cupieran un margen de duda acerca de si hubiera o no evitado el resultado, a pesar de que, sin embargo, se trata de una acción que pertenece a la clase de las que *en general* evitan la producción del resultado. Por el contrario, cabría decir de una acción concreta que no pertenece a aquella clase, que, a la vista de las circunstancias del caso concreto, hubiera evitado el resultado con seguridad o certeza. Como de lo que aquí tratamos es de fijar y dar un contenido preciso al mandato de determinación del tipo, es evidente que no podemos situarnos en el plano del caso concreto sino en el abstracto del tipo legal, único modo de determinar *a priori* cuáles son las acciones *típicas* para la omisión. Así, si la acción del caso concreto hubiera evitado el resultado con certeza, pero no pertenece a la clase de acciones que en

¹⁶¹ Véase CEREZO MIR, PG. I, 4ª ed. (n. 16), págs. 283 y s., 293. Véase una excelente exposición del concepto finalista de omisión, que asumo sin la mínima reserva, en SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 35 y s.

¹⁶² Véase TORIO LÓPEZ, ADPCP, 1984, págs. 699 y s.

general son apropiadas para evitarlo y que, por ello, han sido acotadas por el mandato, entonces no cabrá afirmar en tal caso el delito de comisión por omisión en razón de la atipicidad de la omisión. Si, por el contrario, la acción del caso concreto es una que pertenece a la clase de las que en general son apropiadas para evitar el resultado con certeza, pero en las circunstancias concretas en que se omite no puede asegurarse que lo hubiera evitado, entonces y a pesar de esto, no podrá negarse la tipicidad de la omisión para el delito de comisión por omisión y habrá que estimar tentativa de comisión por omisión¹⁶³.

b) El criterio sugerido por SILVA SÁNCHEZ del "actuar a modo de barrera de contención del riesgo específico" me parece, en principio válido, pero insuficiente por sí solo o con esa formulación para individualizar la clase de acciones que pueden ser objeto de una omisión idéntica a la acción. Pues es definitivamente cierto que la acción específica tiene que ser una que, en efecto, determine una contención del riesgo. A mi juicio, sin embargo, es preciso aun concretar qué tipo de contención del riesgo es el que debe producir dicha acción. Pues en la medida en que el riesgo pueda ser contenido con una diversidad de acciones que pueden situar las barreras de contención a muy diferentes distancias de la producción del resultado, creo que la omisión de cualquier acción idónea para contener el riesgo específico no puede ser por eso solo determinante de la realización de lo injusto típico. Y así, por ejemplo, no creo que pueda negarse que la acción de *vigilancia de un enfermo grave*, que se ha encomendado a una enfermera que ha asumido el compromiso de realizarla, para que en el caso de producirse una situación crítica, reclame urgentemente la presencia del cirujano responsable de ese enfermo a fin de que este realice la intervención quirúrgica salvadora, es una acción que produce efectos de contención de ese riesgo específico. Pero sí habría que negar, a mi juicio, que la omisión de la enfermera diera lugar a homicidio en comisión por omisión. Diferente conclusión, es decir: calificación del hecho como homicidio por omisión, habría que extraer, en cambio, en la variante del caso, propuesta por LUZÓN PEÑA, en que la acción de contención del riesgo que debe realizar la enfermera consiste en administrar al enfermo la medicación que real y precisamente está conteniendo del hecho el avance del curso mortal de la enfermedad¹⁶⁴. De la realización de la acción omitida por la enfermera del primer caso no puede afirmarse que hubiera evitado *con certeza* la producción del resultado¹⁶⁵. De la segunda, por el contrario, sí. La diferencia entre uno y otro caso radica en el diverso alcance y trascendencia que tie-

¹⁶³ Así TORIO LÓPEZ, ADPCP, pág. 700, quien comparando con el delito de acción dice que "evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de tentativa de delito". TORIO, sin embargo, parece situarse aquí en el plano del caso concreto, según lo que deduzco de la atenta lectura de su discurso argumentativo, y, por ello, no aclara *qué clase de acciones de las que para afirmar con certeza que hubieran evitado el resultado son contenido del mandato del tipo de comisión por omisión*.

¹⁶⁴ Véase LUZÓN PEÑA, EP (n. 46), págs. 238, 241.

¹⁶⁵ Cabe imaginar todo tipo de factores negativos: que el cirujano no llegue a tiempo, que este se niegue a practicar la intervención, etc.

ne la contención del riesgo mediante una acción de vigilar y mediante una acción de administrar el medicamento eficaz. En el primer caso la contención del peligro es eventual e incierta, mientras que en el segundo caso es definitiva. Que la omisión de una y otra acción de contención del riesgo no pueden tener el mismo significado desvalorativo me parece que debe estar fuera de duda.

c) En mi opinión solo puede ser idéntica a la acción la omisión de una acción determinada de la que quepa afirmar que su realización produce en general, con certeza, definitivamente, y sin que sean necesarias ulteriores acciones intermedias, el resultado salvador, o, dicho de otro modo: que produce, de ese modo, *la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado*. Para la concreción de dicha acción, no es posible prescindir, a mi juicio, de referirla al factor causal de la situación de riesgo que es determinante el de la producción definitiva del resultado. A este factor se le puede denominar "la causa fundamental o determinante del resultado"¹⁶⁶. De entre todas las acciones idóneas para producir un efecto de control de la situación de peligro, disminuyendo o contrarrestando las posibilidades de producción del resultado, únicamente será apropiada para que su omisión de lugar a la constitución de lo injusto típico aquella acción capaz de producir un efecto de eliminación del potencial lesivo de la causa fundamental o determinante del resultado. El resultado positivo de dicha acción consiste en la producción en el mundo exterior de una contrafuerza causal que impida a la causa fundamental del resultado que se desarrolle en dirección a la lesión del bien jurídico. Se trata, por tanto, de una acción de *intervención material* y directa sobre la causa fundamental del resultado. De ahí se sigue que el dominio personal de la situación de peligro, que antes he formulado como fundamento de la constitución de la posición de garante *específica* del tipo de comisión por omisión, se concreta necesariamente en el dominio de la causa fundamental del resultado. Ahora bien, este dominio solo puede alcanzarlo el que tenga la capacidad de acción finalista de producción de la contrafuerza causal idónea para contener o desviar el potencial lesivo de la causa fundamental del resultado. Únicamente el que tiene esta capacidad de acción está en condiciones de realizar el acto de asunción del dominio personal de la situación de peligro y, por ello, de asumir la posición de garantía específica del tipo de la comisión por omisión. Quien teniendo esa capacidad asuma efectivamente la función de control de la causa fundamental del resultado se sitúa plenamente en condiciones de

¹⁶⁶ Me alíneo así en la doctrina —minoritaria— que, prescindiendo ahora de matices, adopta la idea del *dominio* como criterio básico y rector de la imputación a la omisión y de identidad de esta con la comisión activa; véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen* (n. 126), págs. 231 y ss.; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin/Bonn, München, 1979, págs. 84 y ss. 138 y ss. LK-StGB, 11ª ed., 1993, §14 núm. 17; *Homenaje a Roxin* (n. 4), págs. 21 y ss. BOTTKE, *wistra*, 1991, págs. 82 y ss.; *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, págs. 60 y ss., 88 y ss. 98 y ss. 139 y ss. SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1989, págs. 367 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El actuar* I (n. 122), págs. 350 y s., 354 y s., 356 y s. 359-361, 365 y ss.; *Delitos* (n. 82), págs. 78 y ss.; AP. núm. 16, 1993, págs. 226 y ss.; AP. núm. 18, 1994, págs. 363 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, *El delito de detención* (n. 148), págs. 133 y s. y n. 109.

decidir sobre la lesión del bien jurídico. Para ello le bastará con adoptar la resolución de dejar de producir la contrafuerza causal neutralizadora del potencial lesivo de la causa fundamental del resultado y dejar que esta se desarrolle en su dirección a la lesión del bien jurídico.

4. En definitiva y resumiendo: Solo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, *además*, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva. La falta de la capacidad de acción impide ya de un modo absoluto toda posibilidad de constitución de la posición de garantía específica, pues aquella es un presupuesto lógico-objetivo, y por ello necesario e imprescindible de esta. Para que esta se constituya realmente, sin embargo, no basta con la capacidad específica de acción sino que es imprescindible que, además, el sujeto haya realizado un acto personal de asunción del dominio efectivo de la causa fundamental del resultado, es decir: un compromiso efectivo de poner en práctica su capacidad específica de acción. Si falta cualquiera de estos dos requisitos la omisión del sujeto no será idéntica a la acción y no podrá subsumirse directamente en el tipo de la parte especial. La concurrencia de ambos requisitos a la vez determina, por el contrario, la constitución de la situación típica del tipo de comisión por omisión en sentido estricto. Si la omisión es en estos casos idéntica a la acción es porque en tal caso aquella es *plenamente* portadora, exactamente igual que esta, del contenido de lo injusto típico. Por ello mismo, la pena prevista para el tipo de comisión por omisión en sentido estricto tiene que ser la misma que la prevista para el tipo de acción. La introducción de una disposición específica para la comisión por omisión, por todo ello, es innecesaria, únicamente podría tener un valor declarativo y sería, cuando menos, perturbadora.

5. CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LA OMISIÓN PUNIBLE

Con base en lo expuesto sobre mi concepción básica de lo injusto de la omisión, creo que con respecto a esta deben distinguirse cuatro grados de injusto *específico*, de modo que, si se concibe al tipo de lo injusto como el conjunto de los elementos que fundamentan lo injusto *específico* de la figura de delito, el derecho positivo debería reconocer cuatro tipos específicos de omisión, que resultan de la distinta gravedad que puede adquirir la omisión en función de las posibles combinaciones que pueden formar los distintos grados de la posición de garante con la concreta capacidad de acción del sujeto referida a la situación de peligro.

1. El primer tipo de lo injusto de la omisión es el que corresponde a la comisión por omisión en sentido estricto. Estos tipos están constituidos por las omisiones de un garante que son idénticas a la acción en contenido de injusto, es decir, por la omisión de una acción idónea para eliminar o contrarrestar el potencial lesivo de la causa fundamental del resultado. Estas omisiones constituyen los genuinos delitos de comisión por omisión, deben ser penadas directamente por los tipos legales de la parte especial

y, además, con la misma pena que la acción. Para estas omisiones considero que no debe establecerse ninguna regulación legal expresa, dado que solo tendría un valor meramente declarativo¹⁶⁷. Ahora bien, dado que entre las diversas omisiones no subsumibles en el tipo de comisión por omisión existen, sin duda nítidas diferencias de gravedad, creo que no sería conforme con el principio de proporcionalidad relegar a todas ellas al campo unitario de la omisión pura. Distingo así de los delitos de comisión por omisión tres clases más de omisiones que se diferencian en el contenido de lo injusto.

2. Cuando entre el omitente y el bien jurídico no existe relación personal alguna de la que quepa deducir para él un deber específico de *auxilio* o *salvaguardia* con respecto al bien jurídico estaremos ante supuestos de omisión pura fundamentados solo en deberes generales de solidaridad para cuya punibilidad es preciso establecer en la parte especial tipos específicos de omisión pura. Las omisiones puras son, sin duda, las menos graves en contenido de injusto.

3. Cuando de la relación existente entre omitente y bien jurídico queda deducir una posición de garantía de las que más arriba he denominado *genéricas*¹⁶⁸, en estos casos es preciso establecer, a mi juicio, una diferenciación en lo injusto de la omisión en función de la concreta capacidad de acción del sujeto. Si el garante genérico carece de la capacidad específica de acción de dominio de la causa fundamental del resultado, entonces lo injusto de su omisión permanece en el campo de la omisión pura, pero es un injusto agravado por la defraudación del deber de garantía genérico que le incumbe. Estos casos configuran el campo de las llamadas, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, *omisiones puras de garante*, y para ellos deben establecerse tipos de omisión pura agravados¹⁶⁹.

4. Ahora bien, si el que ocupa una posición de garante genérica es un sujeto que posee la capacidad de acción específica de dominio de la causa fundamental del resultado, de modo que podría evitarlo realizando la acción idónea de contención del potencial lesivo de aquella, entonces creo que la gravedad de lo injusto de estas omisiones, a las que cabe atribuir el resultado, es superior al de la omisión pura de garante. Y puesto que a estas omisiones cabe atribuirles el resultado, están más próximas al delito de comisión por omisión en sentido estricto que al delito de omisión pura. Se trataría aquí de omisiones de garante genérico *referidas al resultado* que, por falta de una asunción efectiva del dominio personal sobre la situación de peligro, no pueden realizar directamente el tipo de la parte especial y que, por ello mismo, no pueden ser subsumidas en él. La falta de dominio social del sujeto impide que el bien jurídico sea dependiente de él

¹⁶⁷ Así ya SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 369; C. de P. C., núm. 38, 1989, pág. 375; *Homenaje a del Rosal* (n. 4), págs. 1077 y ss.; en contra también de la introducción de una disposición legal reguladora de la comisión por omisión LUZÓN PEÑA, EP, (n. 46), págs. 235, 242; BUSTOS RAMÍREZ, PG, 4ª ed. (n. 43), pág. 383; COBO, DEL ROSAL BLASCO, *Homenaje a del Rosal* (n. 4) págs. 914, 918; GRACIA MARTÍN, *Delitos* (n. 82), págs. 72 84; AP, núm. 18, 1994, págs. 361, 364.

¹⁶⁸ Lo que sucederá cuando al sujeto le falte la capacidad específica de la acción de dominio sobre la causa fundamental del resultado o cuando aun teniendo esta capacidad no haya realizado el acto de asunción personal efectiva del dominio.

¹⁶⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), pág. 369; C. de P. C. núm. 38, 1989, p. b. 375.

y que no pueda decidir sobre su lesión desde una posición previa, lo que, sin duda, resta gravedad a lo injusto de su omisión con respecto a la del garante específico. Para la adecuada punición diferenciada de estas omisiones referidas al resultado sin identidad con la acción en contenido de injusto deberían establecerse tipos expresos en la parte especial en relación con la protección de los bienes jurídicos más importantes, como la vida, pero con una pena atenuada con respecto a la del delito de acción y de comisión por omisión¹⁷⁰. Debe tenerse en cuenta que estos tipos deben estar nucleados en torno a la capacidad de evitar el resultado, que es lo que fundamenta lo injusto *específico* de esta clase de omisiones. Y dado que esta capacidad pueden poseerla tanto sujetos que ocupan una posición de garantía genérica como sujetos que solo están en una posición previa general de solidaridad con respecto al bien jurídico, la posición de garante genérica no deber ser elemento constitutivo de tales tipos de omisión referida al resultado. La diferente gravedad que quepa apreciar en estas omisiones en función de que el sujeto ocupe o no una posición de garante genérica deberá captarse mediante la aplicación de las circunstancias agravantes que puedan comprender la posición de garantía, como por ejemplo el parentesco, abuso de confianza, etc. y en la medición judicial de la pena.

ADDENDA

El Código Penal español de 1995 ha incorporado en su artículo 11 una regulación expresa de la comisión por omisión en el derecho español, y dado que aquella no

¹⁷⁰ Sobre las omisiones referidas a resultado sin identidad normativa con la acción, véase SILVA SÁNCHEZ, *El delito* (n. 1), págs. 347 y ss. La solución de configurar tipos expresos de omisión referida a resultado, con previsión de una pena atenuada con respecto al tipo de acción y la de omisión idéntica, parece estar también presente en la concepción de MIR PUIG sobre la comisión por omisión. Considera MIR PUIG (PG. 3ª ed. «n. 2», págs. 343 y ss.), que en los casos de causación imprudente de un peligro, “la omisión subsiguiente de evitar que el resultado se convierta en lesión, es más grave que la de quien se ha encontrado el peligro, pero no tanto como la de quien ha creado voluntariamente el peligro”. Por ello, según MIR PUIG, “parece razonable que proceda una pena de gravedad intermedia —no tan grave como la del delito de acción y más grave que el de la omisión pura”. Ahora bien, si bien esa pena intermedia puede obtenerse ya mediante la subsumición de estos casos en el tipo agravado de la omisión del deber de socorro del párrafo 3º del art. 489º MIR PUIG advierte con acierto que esta pena no parece adecuada como pena intermedia, pues el tipo de la omisión de socorro, aún el agravado, no requiere resultado porque es una omisión pura. En cambio en los casos que ahora son objeto de nuestra atención se trata de que el sujeto podía y tenía de deber de evitar el resultado, lo que excede en gravedad a los casos de omisión pura agravada. Por ello, considera con razón MIR PUIG que “sería útil prever la posibilidad de rebajar la pena típica de los delitos dolosos de resultado correspondientes en casos como estos de omisión —si es que admite que en ellos el resultado puede imputarse a la omisión en forma de comisión por omisión”. La propuesta de HUERTA TOCILDO, *Problemas* (n. 31), págs. 163 y ss. de regular la comisión por omisión en la parte especial mediante la creación de tipos expresos no puede captar la comisión por omisión en sentido estricto, pues esta es ya directamente subsumible en el tipo correspondiente de la parte especial. Los concretos tipos propuestos por HUERTA TOCILDO (loc. cit., págs. 179 y ss.) no son en realidad tipos de comisión en sentido estricto, porque su contenido estructural es un omisión referida a resultado que, como la misma autora parece reconocer (loc. cit., pág. 161), no comparte el mismo tipo de acción. Se tratará de tipos “asociados” al tipo originario que se formarán mediante la conexión del tipo original a la disposición específica del tipo asociado.

puede tenerla en cuenta en el artículo original precedente, pues se publicó en España antes de conocerse incluso que en aquel Código se iba a regular la comisión por omisión de un modo expreso —pues dicho artículo fue introducido sorpresivamente en las últimas fases de la tramitación parlamentaria del Código añadido a dicho artículo ahora, para su publicación en Colombia, la nota crítica que incluí en el prólogo a mi edición del Código Penal en 1996.

La regulación de la comisión por omisión en el artículo 11 del nuevo Código Penal español de 1995 es especialmente infortunada. Según este precepto, “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”. El legislador español ha prescindido aquí groseramente del esforzado proceso de racionalización de las estructuras básicas de la comisión por omisión, iniciado desde hace aproximadamente dos décadas, y proseguido hasta el presente con fructíferos resultados, por la mejor y más cualificada doctrina alemana y española. Cuestión diferente es que con la fórmula de ese texto legal se haya conseguido orillar realmente a la doctrina mencionada, lo que afortunadamente no sucede, dado que aquella, en razón precisamente de su solidez, está en condiciones de rectificar el tenor literal del precepto y limitar la comisión por omisión a solo los supuestos —por cierto, muy escasos— de los que puede afirmarse que realizan por omisión lo injusto *material específico* del tipo correspondiente.

1. Al decir en el artículo 11 del Código que, bajo ciertos presupuestos, la no evitación de un resultado da lugar a que el tipo delictivo al que pertenece dicho resultado se entienda cometido por omisión, el legislador está afirmando que, en tal caso, la omisión debe ser subsumida en el tipo de la Parte especial al que corresponde el resultado no evitado, y sancionada, por ello, dentro del marco penal previsto para aquel; o, expresado mediante un ejemplo: que, si se dan determinadas condiciones, el que no evita la muerte de otro realiza estrictamente el tipo del homicidio del artículo 138 del Código Penal y debe ser castigado, por lo tanto, con una pena de prisión de diez a quince años. Esta premisa —que, si se dan determinadas condiciones, la omisión realiza el tipo de la parte especial y debe ser penada dentro del marco penal previsto para aquel— es, sin duda, correcta. Pero así expresada no es otra cosa que una tautología: se pena como autor de, por ejemplo, un homicidio a quien —por omisión— no ha realizado nada distinto a un homicidio. La verificación de que el omitente ha realizado con su omisión precisamente un homicidio —y no algo diferente— es una cuestión que ha de resolverse, sin embargo, en el ámbito de la interpretación del tipo de la parte especial. Ahora bien, si de esta interpretación resulta que, igualmente que la producción de la muerte mediante un disparo con arma de fuego, mediante golpes con instrumentos sólidos y contundentes, mediante estrangulamiento o, finalmente, mediante la produc-

ción en la víctima de una viva impresión de terror, de angustia o de dolor, *determinadas* omisiones de evitar la producción de un resultado de muerte *también* realizan *por sí misma* el tipo del homicidio, de ahí no se deduce entonces nada distinto a que la disposición de la comisión por omisión de la parte general desemboca en una tautología y debe considerarse tan superflua como una hipotética cláusula que declarase expresamente que comete también homicidio el que mata a otro mediante el disparo de *determinadas especies* de arma de fuego.

2. Si para la punición de algunas omisiones de evitar un resultado perteneciente a un tipo de lo injusto determinado no basta, sin embargo, con el precepto de la parte especial, y es preciso recurrir para ello al auxilio de una disposición legal complementaria, cuya ubicación sistemática en la parte general o en la parte especial es a estos efectos irrelevante, este proceder, entonces, solo puede tener una explicación lógica si se reconoce que las omisiones que de ese modo quieren pensarse no realizan *por sí mismas* el tipo de la parte especial, es decir: que tales omisiones, simplemente, no son portadoras del contenido de lo injusto *específico* del tipo por el que quieran ser penadas. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con respecto a los actos de complicidad; como con ellos no se realiza el tipo de la parte especial, su punibilidad solo puede fundamentarse en la previsión de una disposición legal expresa de carácter extensivo y constitutivo de aquella. Pero, precisamente porque tales actos no son portadores de lo injusto específico del tipo correspondiente, entonces, si se opta no obstante por penarlos, tampoco pueden ser sometidos a su marco penal típico; pues, de lo contrario, se violentarían los principios de igualdad y de proporcionalidad. En la medida que esta clase de disposiciones, extensivas y constitutivas de la punibilidad, como las relativas a las formas de participación o a los actos preparatorios o ejecutivos no consumativos punibles, operan siempre en conexión con los tipos *originarios* de la parte especial, pueden calificarse como “tipos asociados” a aquellos. Estos tipos asociados deben ser formulados siempre positivamente por el legislador, pues fundamentan y, desde el punto de vista del principio de legalidad, legitiman la punibilidad de hechos que debieran quedar impunes en el caso de no existir tales disposiciones legales. Pero debe insistirse en que, puesto que los hechos subsumibles en tales tipos asociados no realizan lo injusto específico del tipo originario al que se asocian, tampoco pueden ser penados con el marco penal estricto de estos, que deberá ser atemperado mediante una cláusula de atenuación, al menos, de carácter facultativo.

3. El tenor literal del artículo 11 del Código Penal sugiere, en principio, que la cláusula de la comisión por omisión configura un tipo asociado a los de la parte especial, y, por lo tanto, tiene una eficacia constitutiva y extensiva de la punibilidad, en el sentido explicado de que determinadas omisiones de impedir la producción de un resultado, puesto que no realizan por sí mismas lo injusto específico, solo podrán ser penadas con el marco penal del tipo correspondiente de la parte especial en virtud de una conexión e integración de este con los presupuestos típicos de aquel precepto de la parte general. Por sí mismas, dichas omisiones no podrían ser penadas por el tipo de la

parte especial al que pertenezca el resultado no evitado, sino a lo sumo por el tipo de la omisión pura correspondiente. El artículo 11 del Código Penal parece establecer en su párrafo primero dos requisitos distintos para la punibilidad de la comisión por omisión. De acuerdo con el primero, el omitente debe infringir un deber especial de evitación del resultado; y, de acuerdo con el segundo, la no evitación del resultado debe equivaler, según el sentido del texto de la ley, a su causación mediante una acción. Pero su redacción es extraordinariamente confusa, pues no es seguro que la ley requiera realmente ese doble requisito, ya que también puede entenderse que todo queda reducido al único de la infracción del deber especial. En el primer párrafo del artículo 11 del Código Penal se puede entender que la equivalencia de la omisión se produce automáticamente, por virtud de la ley, “al infringir un especial deber jurídico del autor”. Interpretación que se vería reforzada por lo dispuesto en los apartados a) y b), pues al decirse que “a tal efecto *se equiparará* la omisión a la acción” *cuando* exista un deber legal o contractual de actuar o el omitente haya creado un riesgo por un actuar precedente, cabe entender que aunque la infracción de un deber especial no implica en general por sí misma una equiparación, esta se produce en tales casos, no obstante y como excepción al criterio general, tan solo con la mera infracción del deber especial legal o contractual o el surgido del actuar precedente.

4. De acuerdo, pues, con el tenor literal del artículo 11 del Código Penal, parece que es posible estimar que realiza en concepto de *autor*, por ejemplo un homicidio por omisión del artículo 138, y que, por lo tanto, deberá ser penado con prisión de diez a quince años, el cónyuge que ante un repentino infarto del otro cónyuge omite recabar los servicios médicos de urgencia que, con su intervención, hubieran podido evitar la muerte de este, que finalmente se ha producido. Para justificarlo se dirá que, de acuerdo con el tenor literal del artículo 11 del Código Penal, por un lado, el cónyuge tenía —a diferencia de otras personas— un deber *especial* de actuar orientado a impedir el resultado de muerte que finalmente se ha producido— y que, por otro lado, si hubiera recabado el auxilio médico necesario, entonces el resultado de muerte no se hubiera producido. Ahora bien, que el cónyuge omitente no ha podido realizar con su omisión lo injusto específico del homicidio es algo que debiera estar fuera de toda y la mínima duda, y ello tanto desde el punto de vista del significado estructural de la conducta como desde la perspectiva axiológica.

5. La estructura típica de la comisión por omisión gira en torno a la evitación del resultado. Ahora bien, parece evidente que igual que, con respecto a la realización activa del tipo, no es típica cualquier acción que haya condicionado (causado) el resultado típico —no lo son por ejemplo las acciones de mero favorecimiento, colaboración o complicidad—, por la misma razón tampoco puede ser típica, para el caso de la realización omisiva del tipo, la omisión de *cualquier* acción que represente alguna posibilidad —o incluso una probabilidad menor o mayor— de evitación del resultado, sino solo la omisión de una acción de características o propiedades determinadas. Para la realización de un tipo por omisión parece razonable exigir que la acción omitida sea una de características tales que, en el caso de haberla realizado el omitente, permitan

imputarle, objetivamente, el resultado de evitación del resultado penalmente relevante; es decir, una acción a la que, porque produce un resultado de *salvamento*, pueda serle atribuido el sentido social de una acción *salvadora* y ser calificada como tal. La acción omitida, en el caso de los cónyuges, no es, sin embargo, una acción salvadora, pues su resultado inmediato no podría ser uno de salvamento de la vida del otro cónyuge; el resultado de la acción omitida —recabar urgentemente los servicios médicos— no puede ser otro que la colocación de una condición que haga posible a otros —los médicos competentes— la realización, por estos sí, de la acción salvadora; la acción omitida por el cónyuge no puede tener otro sentido social que el de favorecer, auxiliar o colaborar con otros a la realización de la acción salvadora. En el curso y contexto de la acción de salvamento, y con respecto a esta, la acción de recabar auxilio médico no puede identificarse con esta; dicha acción no puede trascender el plano del mero auxilio, favorecimiento o colaboración; ella misma *no es* una acción de *salvamento*. En términos de la teoría de la participación, la acción omitida por el cónyuge no podría ser calificada, por lo tanto, como un acto de *autoría* del proceso de salvamento, sino solo como un acto de cooperación o de complicidad en la realización de dicho proceso por quienes serán realmente sus autores. Cómo podría fundamentarse que la omisión de una acción de mero auxilio o complicidad en un proceso salvador sea equivalente a la realización del tipo mediante una acción y, con ello, la atribución al omitente de la condición nada menos que *de autor* —por omisión— del tipo al que corresponde el resultado producido, plantea un interrogante que, para mí permanece, y probablemente permanezca siempre, en el terreno de los más inescrutables misterios.

6. Desde una perspectiva estrictamente axiológica, por otro lado, la calificación del hecho del ejemplo como homicidio por omisión resulta, cuando menos, subversiva y, emocionalmente, repugnante. Si el autor de la omisión fuera el hermano del fallecido, que visitaba a este en el momento de sufrir el infarto repentino, aquel no podría ser condenado por homicidio, pues sobre él no pesaba ningún deber *especial* de actuar, sino uno genérico que tan solo podría fundamentar una responsabilidad por omisión pura del deber de socorro. Pero esto nos lleva de nuevo al mundo de los misterios. Pues no se ve ni de lejos cómo podría justificarse seriamente el abismo existente entre el tratamiento penal que se daría a dos personas que han omitido una acción idéntica —recabar auxilio médico—, que podría haber conducido al mismo resultado de favorecimiento o de creación de la ocasión de que otro realice la acción salvadora; mientras que al cónyuge se le penaría con prisión de diez a quince años —art. 138 del C. P.—, al hermano —art. 195.1 del C. P.— tan solo se le impondría una multa de tres a doce meses.

7. Los argumentos desarrollados deben poner de manifiesto que la punibilidad de omisiones como las descritas, por el tipo de la parte especial, no puede fundamentarse en el dato —inexistente— de que aquellas satisfagan el contenido de lo injusto específico de este. No puede fundamentarse, por ello, que tales omisiones sean *por sí mismas* subsumibles en el tipo de la parte especial. Ahora bien, si por todo ello, la punibilidad conforme a este no puede basarse en las características mismas de la omisión —pues

una misma e idéntica omisión de quien no tiene un deber especial, no se pena por el tipo de la parte especial al que pertenece el resultado no evitado—, y a pesar de ello se quiere penar de ese modo, la razón no podrá ser otra que la de que el autor infringió un deber *especial* de actuar. Pero si, por un lado, el deber *especial* no es elemento constitutivo de lo injusto específico del tipo, y, por otro lado, lo que sea constitutivo para este no concurre en la omisión, entonces la única explicación posible de la punibilidad de aquella por el tipo de la parte especial no puede ser otra que la que brinda la teoría —antes expuesta— del tipo asociado. Esta teoría, sin embargo, como ya se ha explicado antes, solo puede legitimarse si se establece la posibilidad de atemperar el marco penal del tipo originario —en sentido atenuatorio— a la diferencia de injusto del tipo asociado, que es, en definitiva, un tipo *distinto*. En la regulación de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal no se ha previsto para esta, sin embargo, ninguna cláusula de atenuación de la pena y deberá aplicarse, por tanto, el marco penal del tipo originario a hechos que, por todo lo expuesto, no son portadores de lo injusto específico de aquel. Es evidente, por lo tanto, que una aplicación de la cláusula del artículo 11 del Código Penal conforme a la tesis expuesta tiene que pugnar de un modo visible con los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad. Cabe sugerir, incluso, que una aplicación de la disposición legal conforme a la tesis expuesta del tipo asociado podría ser contraria al mismo principio de legalidad. Pues, en definitiva, lo que al final resulta es que se aplica el tipo del homicidio, de las lesiones, de los daños, etc., y el marco penal correspondiente, a quienes, en rigor, *no han realizado el hecho penado por la ley que se aplica*. Una aplicación de la disposición de la comisión por omisión conforme a la tesis expuesta, por todo ello, violaría principios fundamentales del derecho penal, y en la medida que con ello se verían afectados derechos fundamentales, como el de igualdad o incluso el de legalidad, debe incitarse a su impugnación en vía constitucional.

8. La disposición legal de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal solo es admisible si su contenido se interpreta de modo que quede reducida a una tautología. Comisión por omisión punible, de acuerdo con la doctrina minoritaria que el legislador ha querido al parecer marginar, solo existe si la omisión *por sí misma*, es decir, directamente y sin más, es subsumible en el tipo correspondiente de la parte especial. Solo cuando esto sucede es posible afirmar que la no evitación del resultado equivale, *según el sentido del texto de la ley*, a su causación, pues por sentido del texto de la ley no cabe entender otra cosa que el sentido o contenido específico del tipo de la parte especial. De acuerdo con ello, el omitente puede infringir todos los deberes especiales que quiera, pero si en su omisión no concurren los requisitos constitutivos del tipo de la parte especial, no podrá estimarse que lo haya realizado en comisión por omisión y no puede ni debe ser penado por él. Esta interpretación de la disposición del artículo 11 del Código Penal, puede tropezar con el inconveniente de que haya casos en que, siendo la omisión directamente subsumible en el tipo de la parte especial, el omitente no haya infringido ningún deber jurídico especial, lo que determinaría una laguna de punibilidad. El inconveniente, sin embargo, puede salvarse si también el

concepto de deber especial del artículo 11 del Código Penal se reduce a una tautología. En mi opinión, cabe entender que con el concepto de deber especial no se hace referencia a deberes *extrapenales* específicos, en el sentido de la discutible teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, formulada por ROXIN. El concepto de deber especial puede quedar reducido a una tautología si se entiende por tal al *deber personalísimo de acción*, en el sentido de BINDING, es decir, en cuanto deber personalísimo de sumisión a la norma. Este deber no está preestablecido en la ley, ni en el contrato, ni surge tampoco del actuar precedente. El deber personalísimo de sumisión a la norma, y con él el deber personalísimo de acción o de omisión, surge exclusivamente de la relación concreta que, en un momento y circunstancias determinadas, se establezca entre el sujeto y la situación típica. Esta debe ser, por lo tanto, la relación en que, por ser constitutiva para el tipo, deben hallarse los elementos que fundamenten la subsunción directa, y sin más, de la omisión, en el tipo de la parte especial. Solo cuando entre el omitente y el bien jurídico exista la relación de dominio en el sentido que he definido y concretado en el trabajo precedente, podrá afirmarse una identidad de la acción y de la omisión y esta realizará el tipo de lo injusto de la parte especial. En otro caso el omitente debe ser absuelto del delito de comisión por omisión por no haber realizado los elementos del tipo y su responsabilidad deberá reconducirse al ámbito de la omisión pura.

La impugnación del acusador: ¿un caso de *ne bis in idem*?

Julio B. J. Maier**

I. La posibilidad de que el acusador recurra la sentencia de los tribunales de juicio, ¿significa un *bis in idem*? En el derecho procesal penal europeo-continental, de cuño inquisitivo originario, por lo tanto, también en nuestro derecho, ya la pregunta en sí significa menos que una extravagancia. En efecto, los principales códigos europeos, que siempre constituyen referentes para nuestro derecho procesal penal y su desarrollo, conciben al recurso contra la sentencia, fundamentalmente al recurso de casación, de modo "bilateral": se trata de remedios contra las resoluciones judiciales consideradas injustas por y para alguno de los protagonistas del procedimiento, legitimados para intervenir en él y a quienes la resolución alcanza, bajo la condición básica de que ella les provoque un "agravio", esto es, decide en contra de sus intereses expresados en el procedimiento, concediéndoles algo menos que aquello que pretenden de ella o algo distinto de aquello que pretenden.

Esa concepción "bilateral" de los recursos es aún más clara en presencia de la sentencia definitiva: Ley de Enjuiciamiento Criminal (España), 847, y 854; OPP (RFA), 296, 312 y 333; Código de Procedi-

* Este trabajo es una versión parcial y sintética del punto "Posibilidad de impugnar la sentencia de condena", desarrollo en el S 6, H, del libro *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996. Publicado inicialmente en *Revista de Ciencias Penales*, año 8, núm. 12, San José, diciembre de 1996.

** Profesor de derecho procesal penal de la Universidad de Buenos Aires.

miento Penal Italia, 568, III, 593, 1, 607 y 608; Código de Procedimiento Penal Portugal, 401, 1, a y b; Código de Procedimiento Penal Costa Rica, 472 y 473; CPP Nación, 457, 458 y 460, Código de Procedimiento Penal Tucumán, *idem*.

Frente a una sentencia emanada de un juicio público tanto el acusador, como el acusado, tienen, en general, la facultad de impugnarla, cuando ella, en su dispositivo³, perjudica el interés de quien se recurre o el interés de aquel en nombre de quien se recurre⁴: todo depende de aquello que decida la sentencia, de su signo —absolución o condena— y, en el último de los casos, incluso de la consecuencia jurídica que impone la decisión.

II. Otra es la inteligencia del problema en el derecho anglosajón. Allí, en general, una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal —*ne bis in idem*—, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeopardy*), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tal circunstancia implica, básicamente, negación del recurso para obtener un nuevo juicio, por “injusto” que puede ser presentado, en “apelación”, el veredicto final del primero.

El jurado representa, políticamente, una condición básica para la utilización de la coerción estatal, sobre todo en materia penal, debido a que la pena estatal significa, a su vez, la autorización más vigorosa para la utilización de la fuerza por parte del Estado, en perjuicio de un habitante sometido a su soberanía, la injerencia más grave en sus derechos básicos como persona. El jurado funciona así políticamente, a la manera de clave para que los funcionarios estatales (jueces) utilicen la pena en la solución de un conflicto social: la absolución del jurado impide la utilización de esta herramienta, cualquiera que sea la valoración del veredicto (justo o injusto frente a la ley); la condena del jurado abre paso a que los jueces profesionales y permanentes, en una instancia posterior, fijen la consecuencia jurídica a sufrir por el condenado. La necesidad del juicio por jurados (Const. Nac., 24, arts. 75, inc. 12 y 188) se puede resumir, entonces, en la condición que su autorización final representa para la aplicación de una pena estatal: a manera de compuerta abre o cierra la posibilidad de aplicar una pena. Conforme a esta inteligencia política de la institución, el juicio por jurados es, jurídicamente,

³ No pretendemos, ahora, debatir acerca de la parte de la decisión judicial de la cual debe emerger el “agravio”; universalmente triunfa la tesis que, de manera general, indica a la parte dispositiva, a la decisión en sentido estricto, como lugar de radicación del perjuicio que la sentencia judicial provoca: cfr. MANUEL N. AYÁN, *Recursos en materia penal*, Córdoba, Ed. Lerner, 1985, cap. III, A. 2, págs. 87 y ss.; CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (23ª ed.), Ed. Beck, München, 1993, § 51, B, II, 2, c, págs. 366 y ss.

⁴ Tampoco interesan aquí ciertas desviaciones parciales de esta regla, en homenaje a otros principios, como el de *objetividad* de actuación del ministerio público, que permite a los fiscales, por ej., recurrir “a favor del imputado”, es decir, por un “agravio” ajeno.

una garantía procesal y un derecho para el imputado, en materia penal (excepción hecha de infracciones penales muy leves: contravenciones).

Debido a que esta es la forma básica que nuestro constituyente pensó para el enjuiciamiento penal, el derecho de los EE. UU., de donde la exigencia procede para nosotros, es un buen ejemplo para decidir el problema aquí planteado. Allí el fiscal solo tiene una oportunidad de lograr la condena, en el juicio público ante el jurado; si durante el juicio, el caso resulta sobreesfido, porque, al presentar su caso, el juez resuelve que ningún jurado razonable podría condenar con la evidencia presentada y disuelve al jurado, o, a su terminación, el jurado declara inculpable al imputado, el caso termina definitivamente. Cualquiera que sea el grado de acierto o desacierto, o de “justicia” de estas decisiones (*acquittal*), el acusador no posee remedio alguno contra ellas: se trata de la decisión estatal emanada del órgano competente —judicial— sobre el caso y de la única persecución penal admitida (prohibición del *double jeopardy*)⁵. El derecho de “apelar” el fallo condenatorio, en procura de un nuevo juicio, fundado en la descalificación del veredicto, precisamente por los errores graves ocurridos durante el juicio o reflejados en el veredicto, solo le corresponde a quien es declarado culpable y, por tanto, en riesgo máximo de asumir una consecuencia jurídico-penal, único que además puede generar una nueva (doble) persecución penal, sin duda, el recurso contra el fallo de culpabilidad resulta concebido, en este sistema, como una garantía procesal⁶. El fiscal, en cambio, como el imputado, cuando ha existido una declaración de culpabilidad firme, puede recurrir la consecuencia jurídico-penal determinada en un procedimiento posterior al veredicto —regularmente en la audiencia para la determinación de la pena (sistema de “censura” entre el debate sobre la culpabilidad y el debate sobre la pena)⁷— y su decisión (sentencia penal).

III. Esta es, a mi juicio, la solución correcta del problema planteado, desde varios puntos de vista. En primer lugar, el principio *ne bis in idem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión adversa del

⁵ Green v. U. S., 1957, U. S. v. 355, págs. 184 y ss. (“... es uno de los principios elementales de nuestro derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea”); North Carolina v. Pearce, 1969, U. S. v. 395, págs. 711 y ss.; Smalis v. Pennsylvania, 1986, U. S. v. 476, págs. 140 y ss.

En algún Estado federado se conoce una variación de esta concepción: existen tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que se llevan a cabo y sentencian el juicio en primera instancia, que puede ser seguido, solo por recurso del condenado, por un juicio ante el jurado, al que únicamente él tiene derecho, recurso que no puede ser utilizado por el fiscal, según lo ha declarado conveniente la jurisprudencia suprema en los EE. UU. (Ludwig v. Massachusetts, 1976, U. S. v. 427, págs. 618 y ss.).

⁶ Idéntica es la concepción del derecho inglés: cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 73, III, 4, págs. 478 y ss.

⁷ U. S. v. Di Francesco, 1980, U. S. v. 449, págs. 117 y ss.; Pennsylvania v. Goldhammer, 1985, U. S. v. 474, págs. 28 y ss.

tribunal de juicio, mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un nuevo juicio.

Pero, además, a esa conclusión se debe de arribar en conjunción con el sistema integrado de garantías procesales previsto por nuestra Constitución Nacional para quien soporta una persecución penal. Si se repara en que el juicio público ante un tribunal que, como mínimo, se debe de integrar con participación de ciudadanos, es una de esas garantías (Const. Nac., art. 24)⁸, y, más allá de ello, en que con la incorporación del PIDC y P (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O. N. U.), 14, núm. 5, y de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), 8, núm. 2, h, al texto de la Constitución Nacional, Const. Nac., art. 75, inc. 22) el recurso contra la condena se ha transformado también en una garantía procesal para el condenado por un tribunal de juicio, no parece existir otra forma de interpretar estas garantías⁹, al menos desde el punto de vista práctico y político. Para llegar a esa conclusión basta advertir que si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente a que cuando la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía debe ofrecerse al condenado —por primera vez o por primera vez respecto de esa condena específica— un recurso para atacarla ante el tribunal superior. Se advertirá, al menos, que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que, en verdad, conduce a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar, en el sistema del recurso “bilateral”, que el acusador conseguirá la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Con alguna perspicacia, se advertirá también, más allá de ello, cómo queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometido múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventualmente no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in pejus*)¹⁰.

Hemos advertido varias veces acerca de la utilización de las garantías “en contra del imputado” que realizan a diario nuestros tribunales de justicia. En buena medida este riesgo de interpretación desviada se produce por la posibilidad del recurso del acusador, que logra la anulación de una sentencia favorable al imputado o consentida por él, sobre la base de las mismas garantías que lo amparan.

⁸ CARLOS NINO, *Fundamentos del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, SS 48 y 49, págs. 451 y ss., y 476, respectivamente.

⁹ El “derecho al recurso” contra la condena de los tribunales de juicio, en procura, incluso de un nuevo juicio, consiste, básicamente, en someter a la condena penal y a su consecuencia jurídica a la prueba matemática de la “doble conforme”, según lo ha explicado con acierto MARCELO FERRANTE, “La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria”, en AA. VV., *Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1995, S 1, pág. 17.

¹⁰ AYÁN, *Recurso de materia penal*, cap. V, 12, págs. 166 y ss.; JULIO MAIER, *DPP*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, S 6, D, 4, a, págs. 362 y ss.

Ese riesgo se eleva aún más cuando se sostiene que el acusador está amparado por estas garantías. Precisamente, el hecho de que esas garantías solo estén previstas en razón de quien sufre la persecución penal —al menos ello es claro para la garantía del recurso contra la condena— autoriza a extender la interpretación arriba indicada al mismo acusador privado, quien también carecerá de recurso contra la sentencia: su única oportunidad de arribar a una condena contra el imputado es el juicio público originario.

Tampoco puede existir duda en afirmar que nuestro sistema constitucional de enjuiciamiento penal deriva, al menos parcialmente, de la comprensión que, al respecto, ofrecen las instituciones jurídicas de principio de los EE. UU. (juicio por jurados).

IV. Para compaginar adecuadamente todas estas reglas de principio, en especial el derecho al recurso del condenado establecido por las convenciones internacionales, (hoy parte de nuestra Constitución Nacional) he propuesto sintéticamente¹¹:

a) Considerar suficiente, para cumplir la garantía de conceder el recurso al condenado por los tribunales de juicio, a nuestro recurso de casación, básicamente idéntico al “derecho de apelación” para el condenado de derecho estadounidense, si se lo re-forma adecuadamente.

b) Estas reformas deben de tender, en primer lugar, a garantizar el acceso al recurso sin trabas formales excesivas para su procedencia, que pueden ser superadas mediante el auxilio judicial para el recurso interpuesto tempestivamente¹².

c) Corresponde también, en segundo lugar, ampliar el objeto del recurso por la admisión de motivos que no son tradicionales para él en nuestra legislación: incorporación de todos los motivos del recurso de revisión, posibilidad de demostrar que, por

¹¹ Cfr. JULIO B. J. MAIER, *El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?*, inédito, enviado para publicar en el libro Homenaje al prof. dr. Ricardo C. Núñez, a cargo del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹² Hasta aquí me acompaña la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 24/92, sobre varios casos tratados con relación a la legislación costarricense, básicamente idéntica a la nuestra “el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo reclama por una opinión consultiva del gobierno de Costa Rica, con el texto de un proyecto de ley que pretendía cumplir con la exigencia impuesta por la Comisión, no resolvió el tema, precisamente porque formaba parte de casos litigiosos pendientes en los que, eventualmente, debía intervenir (OC-12/91 del 16/12/1991), no se resolverá más esos casos, pues el proyecto costarricense, que deroga toda limitación al recurso de casación del imputado contra la condena penal y estatuye un tribunal de casación para condenas de menor importancia, se convirtió en ley y cumplió la exigencia de la Comisión (previamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional esas limitaciones *erga omnes*).

Nos acompaña también, actualmente, nuestra Corte Suprema nacional, en “David Girol di y otros, Recurso de casación —causa 32/93— (recurso de hecho)”, caso C. 342, XXVI, sent., 7 abril 1995, que atendió a esa jurisprudencia internacional y, en su consecuencia, aclaró la contrariedad constitucional de las llamadas “limitaciones objetivas” —por la gravedad del agravio— a la facultad del imputado de recurrir las sentencias condenatorias por la vía de casación, considerada adecuada para cubrir la garantía.

acción o por omisión, la sentencia contiene un grueso error de apreciación de los hechos (*iudicium rescindens*)¹³.

d) Ello implica aceptar, además, que el procedimiento en casación admite la incorporación de prueba pertinente a la verificación del motivo, algo que ya pertenece al recurso, bien interpretado¹⁴.

e) Implica también comprender que el sentido del recurso, salvo absolución directa por el tribunal de casación en los casos de excepción en que ello resulta permitido (casación material que conduce a la absolución), consiste en el derecho del condenado a tornar plausible el error del juicio o la sentencia —prueba ahora a su cargo—¹⁵ para intentar lograr un nuevo juicio sin fallas.

Por último, el acusador no estará facultado a intentar recursos contra la sentencia absolutoria o de condena, circunstancia que permitirá reducir los casos que arriban a los tribunales de casación racionalmente —sin utilizar el recurso odioso (jurídicamente apreciado) de la limitación de la impugnación de condenas por parte del imputado y que logrará que la condena originaria sea, además, el límite máximo de la consecuencia jurídica que se pudiera establecer en un nuevo juicio y una nueva condena (prohibición de la *reformatio in pejus*), provocados solo por recurso del condenado o de su defensor.

¹³ Con ello, el recurso de casación se aproximaría a la “apelación” del derecho anglosajón —también a la casación española— en tanto, si bien trata fundamentalmente motivos jurídicos —especialmente pone en crisis la conducta del tribunal durante el procedimiento y en la obtención del veredicto frente a las reglas del procedimiento—, contiene también la posibilidad de demostrar que el veredicto contiene gruesas fallas que lo alejan de la realidad del acontecimiento juzgado. Para acceder a este pensamiento, que, sin duda, altera el sistema tradicional de concebir la casación, es útil pensar en nuestro sistema actual, en especial en el recurso de revisión, que, precisamente, pretende atender estos casos una vez que la sentencia quedó firme: no existe argumento racional alguno que impida anticiparlo, mediante la inclusión de sus motivos en la casación, pues si alguno de esos motivos son verificables (*iudicium rescindens*) nada justifica postergar un tratamiento para después de que la sentencia quede firme.

¹⁴ Cfr. FERNANDO DE LA RÚA, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, núm. 34, pág. 126; hoy, nuevamente y más extenso, en la casación penal, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, núm. 18, págs. 69 y ss.; y JULIO B. J. MAIER, *La ordenanza procesal penal alemana*, vol. II, pág. 282, S 337, pág. 287 y S 351, pág. 297 donde se halla la bibliografía alemana al respecto, toda coincidente en el principio enunciado.

¹⁵ Frente a la sentencia y a su presunción de acierto, no rige más aquí, en relación a la verificación de los motivos del recurso para rescindir del fallo, el *in dubio pro reo*. Antes bien, es el imputado recurrente, o aquel que recurre en su nombre, quien sabe tornar plausible el motivo: se trata de proporcionar un juicio de probabilidad suficiente acerca de que, precisamente por la realidad del motivo, la concesión de un nuevo juicio variaría la decisión, al menos el fallo de culpabilidad y punibilidad —excluida quizás la determinación concreta de la pena—, de modo favorable para el imputado. Ciertamente, esta es tarea del recurrente. Cfr. CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, S 55, C. II, págs. 407 y ss.: “serias dudas sobre la corrección de la sentencia en relación a los hechos determinados”. Por supuesto, el *in dubio pro reo* renace si el *iudicium rescindens* consigue su propósito, esto es, ya no en relación al motivo que precipita la duda sobre la corrección de la sentencia, sino al hecho, objeto material del procedimiento, razón por la cual él permanece en el fondo de la apreciación, como principio de referencia; por ej.: si se lograra demostrar que el juicio prescindió de una información esencial, un testimonio, conocido después del debate, o que uno de los testigos que determinan la condena cometió falso testimonio, enseguida se preguntará acerca de si la inclusión del elemento omitido o la exclusión del aceptado y decisivo para la solución pueden crear la hipótesis de la falta de certeza que habilita la absolución.

V. La conclusión respecto del título es clara. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión del acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio —sistema “bilateral” de recursos—, precisamente porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado —absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida— a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un *bis in idem* y nuestra legislación, que lo autoriza, constituye una lesión al principio del Estado de derecho que prohíbe la persecución penal múltiple¹⁶. Este principio, como cualquiera que emerja del Estado de derecho, no depende, para su observancia y respeto, de argumentos formales relativos, por ejemplo, a la conclusión procesal del procedimiento o al momento en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada; antes bien, es dependiente de argumentos materiales que cierran la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por intermedio de sus órganos de persecución penal, condujo a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, esa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal (el único título que justifica la aplicación de una pena o de una medida de seguridad y corrección penal) y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena. Precisamente, aquello que la prohibición de perseguir más de una vez significa, no se agota en impedir dos o más condenas contra una persona para un solo hecho punible, sino, además, se extiende a la necesidad de evitar que una persona sufra, por un mismo hecho punible, más de una persecución penal, más un riesgo de ser condenado¹⁷. El principio prefiere hasta la burla del transgresor, que, por ejemplo, confiesa públicamente su crimen con posterioridad a su absolución, que el riesgo de un ejercicio excesivo y arbitrario —para él— del poder penal estatal, en homenaje a la seguridad jurídica de las personas.

¹⁶ Cuando critiqué la legislación alemana, que autoriza el recurso de revisión del ministerio público en disfavor del absuelto o condenado (*Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Angeklagten*, en *Festschrift für Armin Kaufmann*, Karl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 128 y ss.), no sospeché que los argumentos que esgrimía eran extensibles a cualquier recurso contra la sentencia.

Repárese en que nuestra legislación procesal más moderna, a saber, los nuevos códigos del Córdoba y Tucumán, insisten con el sistema “bilateral” del recurso contra la sentencia y en que los autores que han tratado el tema del “derecho al recurso del condenado” afirman esta necesidad como reclamo de justicia (cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *La instancia judicial plural penal en la Constitución argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1988, E. III, pág. 160), no advierten el problema o dudan frente a él (GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La doble instancia en el proceso penal (la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*, t. 118, Buenos Aires, El Derecho, núm. 7, pág. 879).

¹⁷ RICARDO C. NÚÑEZ, “La garantía del *non bis in idem* en el C. de P. P. de Córdoba, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1946, SS 3 y 4, págs. 314 y ss.; JORGE CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 181, Buenos Aires, Ediar, 1960, pág. 248; FERNANDO DE LA RÚA, *Non bis in idem*, en *Proceso y justicia*, Buenos Aires, Lerner, 1980, II, 3, págs. 309 y ss.; MAIER, *DPP*, S 6, E., I, II, págs. 371 y ss.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

José Fernando Reyes Cuartas*

[Para María del Mar, mi libertad]

A modo de introducción

A. Desde luego que no prohijamos a ultranza la pena privativa de la libertad. Partimos de la base de ser la pena, y claro, ella lo es, un mal. Quizá no hayamos querido ver penas alternativas. Por ahora ella existe y se utiliza con frecuencia inusitada por el hacedor de la ley. Los teóricos desde su orilla defienden la reducción de la pena de privación de la libertad. Como lo anota MIR PUIG, el presente siglo se caracteriza por una constante preocupación por abolir la pena de muerte y por la reducción de la pena privativa de libertad, tendiendo a ampliar el uso de la multa y por la supresión de las penas privativas de libertad de corta duración, así como la ampliación de beneficios liberatorios (condena condicional, libertad condicional)¹. El propio MIR sentencia:

“Téngase en cuenta que hoy se considera comprobado que las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso lo que se opone al objetivo de la resocialización fijado por el artículo 25,2 de la Constitución”².

* Funcionario de la Procuraduría General de la Nación. Profesor del área penal de la Universidad de Manizales.

¹ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, 1997, pág. 679.

² MIR PUIG, cit., pág. 705. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 414, defiende una pena máxima de privación de libertad de diez años.

Entre nosotros tal idea parece aún lejana, visto el producto legislativo de los últimos años, amén del constante empeño de la judicatura en extremar requisitos para la concesión de liberaciones provisionales; podemos por ello anticipar que aún se ve remoto el día en que tales concepciones puedan tener aquí alguna vigencia. La cárcel, en la realidad nuestra, es el ejemplo de la perversidad sublimada. Es una cárcel que mata, tortura y humilla al preso. FERRAJOLI ha dicho algo que bien nos viene: "un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no solo pierde cualquier legitimidad sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes"³.

La pretensión disciplinar que no se esconde en la ideología del tratamiento penitenciario, genera los caracteres que bien le adjudica FERRAJOLI a la cárcel, a saber, antiliberal, desigual, atípica, extralegal y extrajudicial, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente afflictiva⁴.

Corresponde fijar tan clara postura, para entender que todo lo que aquí se plantee parte del entendido de ser lo tratado, una propuesta de humanización y reducción, dentro de un contexto esencialmente normativo de *lege lata*.

B. La Corte Constitucional colombiana, en cumplimiento de su tarea de garante de la Carta, a través de fallos de constitucionalidad y de tutela, ha producido una importante doctrina respecto de los derechos del privado de la libertad. Enseguida nos ocuparemos de ella, quizá sin detalle, pero puntualizando lo que entendemos capital, pues, no es la nuestra una labor apenas heurística sino que aspira a extraer consecuencias y a postular algunas tesis que entendemos pertinentes dentro del tema anunciado.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL ACERCA DE LOS DERECHOS DE LOS INTERNOS

El problema de los derechos fundamentales de los internos, precisa una advertencia preliminar, a saber, "los derechos fundamentales son por esencia limitables". La idea de la existencia de derechos absolutos, lleva en sí misma el germen de la destrucción de los derechos fundamentales. Concebir los derechos como ilimitados es, en sí mismo, prohiar una suerte de *no derechos*, pues, "cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más", como lo precisa IGNACIO DE OTTO⁵. Todos los derechos en sí mismos, poseen límites intrínsecos. Pero hay algo más: ha de entenderse que la condena proferida dentro de un proceso respetuoso del debido proceso, y que impone la pena privativa de la libertad, legitima la intervención en la libertad de quien ha transgredido el ordenamiento jurídico.

A. Una conclusión inicial puede advertirse al hilo de la lectura de la jurisprudencia en esta materia: los internos, por razón de la privación de la libertad, sufren una

limitación severa de sus derechos; pero la restricción o limitación de esos derechos no puede ser *per se* un acto discrecional o arbitrario. Por eso la Corte Constitucional ha dicho en S. T-706 de 1996:

"La restricción a los derechos fundamentales de los reclusos, derivada del ejercicio de las facultades de las autoridades carcelarias, *solo es viable en cuanto tienda a hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones*. La preservación de los objetivos propios de la vida penitenciaria determina que, en cabeza de las autoridades administrativas, recaigan una serie de poderes que les permiten modular e, incluso, limitar los derechos fundamentales de los reclusos. Si bien estas facultades son de naturaleza discrecional, encuentran su límite en la prohibición de toda arbitrariedad y, por lo tanto, deben ejercerse con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

B. La relación que se da entre el Estado-administración penitenciaria y el interno o recluso, *es de especial sujeción* de este a aquella, en la cual las prerrogativas fundamentales del individuo sufren serio recorte o limitación

C. Otra conclusión, de importancia trascendental, puede extractarse de una ponencia de ANGARITA BARON (Cfr. Extracto núm. 1. Sentencia T-596 de 1992): "la cárcel no es un sitio ajeno al derecho". Pero para establecer cuál ha de ser el grado de esa limitación, es forzoso partir de unos marcos generales o *principios* que sirvan como guía o pauta del hacer de todo *servidor público*, que intervenga en los derechos fundamentales de dichas personas, a saber:

1. Principio de legalidad de la actuación limitativa
2. Principio de proporcionalidad
3. Principio de razonabilidad.
4. Principio de interdicción de exceso
5. Principio de favor *libertatis*
6. Principio de conservación del núcleo esencial de los derechos
7. Principio de dignidad humana
8. Principio de *ne bis in idem*.

D. Los derechos fundamentales de los internos pueden limitarse, algunos suspenderse y otros se mantienen intangibles:

Unos derechos se suspenden, como el derecho a la libertad de locomoción, el cual sufre seria mengua (S. T-424 de 1992-Extracto núm. 2); también se limita gravemente el derecho a la intimidad (ejercicio libre de la sexualidad. Cfr. S. T-222, 273 de 1993, 501 de 1994-extractos núms. 6, 7, 13A). Pero en este caso la limitación ha de ser razonable y proporcionada y no ingerir en asuntos absolutamente íntimos de la pareja; como por ejemplo, el procrear o no hijos pues, no puede condicionar la administración penitenciaria, la posibilidad de las visitas conyugales de una pareja de reclusos, a que

³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 396.

⁴ *Ibidem*, pág. 413.

⁵ IGNACIO DE OTTO Y PARDO/OTTO, *Derecho fundamental y Constitución*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 110.

la mujer se implante un dispositivo intrauterino (S. T-273 de 93-extracto núm. 7)⁶. El derecho a la intimidad también se limita en relación con la correspondencia. En el D. 1817 de 1964 toda la correspondencia que llegaba y salía del penal, era revisada por personal penitenciario. Ahora toda inspección de esas comunicaciones posee reserva judicial en los términos del artículo 15 constitucional (S. T-349 de 1993. Extracto núm. 8).

Adicionalmente a esto, ha de hacerse hincapié en que las mujeres embarazadas tienen una protección especial contra toda forma de discriminación (ley 51 de 1981) y que ello, evidentemente, no termina con la internación en un sitio de reclusión. Asimismo, los menores gozan de una especial legislación protectora (ley 12 de 1991). Las omisiones lesivas de los derechos de mujeres y neonatos, en las penitenciarías, pueden generar responsabilidad del Estado.

Los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso, de reunión, asociación, de libre expresión (Ss. T-705 y 706 de 1996. Extractos núms. 24^a, 25A), de enseñanza, de conciencia, de opinión, y de petición permanecen incólumes (S. T-219 de 1993; T-706 de 1996. Extractos núms. 5 y 25A), pudiendo los internos fundar comités, impartir enseñanza (que además redime pena), escribir, opinar, elevar quejas y protestas, etc., sin más limitaciones que las derivadas del ejercicio mismo del derecho (límites internos de los derechos fundamentales), los derechos de los demás y los deberes constitucionales. Es importante destacar que, precisamente, por ser la cárcel un campo tan fértil para la arbitrariedad, el propiciar actitudes pluralistas y de disenso, se erige en un deber superior del Estado constitucional de derecho. El acallar la protesta y la réplica, se identifica con lo autoritario y con una concepción perversa de lo democrático como simple ejercicio de mayorías. Impedir el acceso de máquinas de escribir, computadores, y libros a las cárceles, tiene un evidente tufo autoritario intolerable en el Estado democrático de hoy (un ejemplo sobre este aspecto en S. T-706 de 1996. Extracto 25A). Con razón lo apuntó la Corte: "La democracia y el pluralismo no se terminan en las puertas de la prisión". (S. T-706 de 1996).

El derecho a elegir y ser elegido, de los ciudadanos no condenados permanece incólume, y es obligación de la Administración (autoridades electorales) disponer los medios y los funcionarios para que el derecho al sufragio pueda ser ejercido en los penales por aquellos cuyo derecho aun no se haya suspendido (S. T-324 de 1994). Este derecho es de aplicación inmediata y por lo tanto no puede supeditarse su ejercicio a dificultades económicas. Es decir, el componente programático del derecho en mención (Estado Social) no puede anular la esencia de un derecho de aplicación inmediata.

Cabe preguntarse ¿por qué en tantas otras situaciones más calamitosas que esta, en la cual se defiende el derecho al sufragio, no se ha esbozado y defendido una tesis tan progresista y tan protectora de los derechos esenciales de la persona humana?

⁶ En España, se les llama a las visitas conyugales *comunicaciones especiales*. Una circular de la DGIP de ese país, fechada en abril de 1983, los toleraba en la medida que fueran relaciones heterosexuales y presentaran cierta estabilidad.

Tampoco se limita el derecho a la salud (ST-522 de 1992. Extracto núm. 4); en este sentido, precisamente por la relación de especial sujeción del recluso al Estado, este se erige en garante de su vida y debe cuidar de manera absoluta de su salud, por lo cual el mantenimiento incólume de la misma, se convierte en obligación del Estado (ST-522 de 1992): concretamente en una obligación de resultado y no apenas de medio. Esto comporta como idea subyacente, el que no bastará un cuidado medio o aceptable; por el contrario, es menester que se desplieguen todas las actividades necesarias, aún especializadas, para proteger la salud del recluso. En este tópico, la Corte ha incorporado al derecho interno la resolución 43/173 de diciembre 9 de 1988, respecto de la forma como ha de responder el Estado en frente del derecho a la salud de los internos, postulando el derecho de estos a la asistencia médica, odontológica, higiénica, farmacéutica y hospitalaria.

Especial atención merece el caso de los enfermos de SIDA. Su condición de debilidad manifiesta en una relación de especial sujeción, los coloca en una situación de evidente precariedad, siendo perentorio para las autoridades administrativas carcelarias disponer todos los medios necesarios para la protección puntual de su salud y su vida. Y así, si las obras carcelarias, por regla general, no son realizables mediante tutela (salvo que se demuestre la afectación directa y grave de un derecho fundamental —S. T-502 de 1994— Extracto núm. 15) en tratándose de un enfermo de sida, en cárceles inhóspitas y húmedas, es preciso el acometer obras de infraestructura para dicha especial protección (S. T-502 de 1994).

La Corte ha sentado con firmeza el que la atención médica no debe ser apenas curativa; debe ser preventiva y aún más, en virtud del principio de la buena fe, toda demanda de atención médica por parte del interno, debe ser atendida (S. T-522 de 1992. Extracto 3B).

E. Una de las mayores fuentes de oprobio al interior de los penales, lo constituye el aislamiento en calabozos oscuros, fríos, inhóspitos. Con todo, la Jurisprudencia patria (i.e ss. T-596 de 1992 Colombia-Extracto núm. 1C) y aún la española (STC. 2 de 1987 FJ 2), lo han aceptado aunque con exigencias respecto del mantenimiento de los principios de proporcionalidad y humanidad. Sin embargo, esto no pasa de ser simple ejercicio retórico (cuando no de "mala conciencia"), habida cuenta de la lacerante realidad que exhiben los centros de reclusión colombianos.

La Corte Constitucional colombiana, ha precisado que la pena tiene funciones preventivas, protectoras, resocializadoras y retributivas como lo postula la ley y, por ende, el sistema penal debe perseguir su efectivización; ha sentado además esa instancia judicial que el concepto absoluto de pena, en el sentido kantiano, ha sido sustituido en nuestro sistema por el aislamiento social del delincuente (S. T-596 de 1992).

Con todo, vale la pena recordar a SANDOVAL HUERTAS⁷ y su claridad respecto de las funciones no declaradas de la pena de prisión. Lastimosamente se sigue pensando que

⁷ F. SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, 1^a ed., Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 247 y ss.

el discurrir del juez (constitucional u ordinario) ha de acoger, siempre, el simple paradigma de la función declarada legislativamente. Esto lleva a la asunción de posturas francamente antidemocráticas, por un exceso de reverencia al texto legal, con claro desconocimiento del "ser", de la realidad penitenciaria colombiana.

F. El trabajo carcelario. Se ha especificado que el fin primordial de la pena, es la resocialización (C. P. y C., art. 9º). Entendida esta no ya como la introyección forzosa de unos valores sino como el ofrecimiento de estos para que el penado, en el futuro, lleve una vida sin delitos, resulta de la mayor importancia el auspicio del trabajo en los centros de reclusión.

Sin embargo, la realidad muestra que el trabajo se erige en un premio antes que en un medio resocializador. No todos los internos pueden trabajar, por ausencia de medios materiales y espacios físicos o por guardia insuficiente, etc., muy a pesar de que el propio Estado haya impuesto el trabajo como obligatorio en los centros penitenciarios (art. 79). El trabajo, como se sabe, es factor que redime pena. Con esta óptica, lo que ahora no entendemos con claridad, es por qué la novísima legislación española, ha retirado dicho factor, el trabajo, como elemento para rebajar el monto de la pena de prisión impuesta⁸.

La Corte Constitucional colombiana, ha dado un paso superlativo para el mantenimiento del trabajo en los penales; ha establecido que el derecho al trabajo hace parte del núcleo esencial del derecho a la libertad, por su virtud de aminorante de pena o lo que es lo mismo, por ser factor de rebaja de esta (S. T-601 de 1992. Extracto 4A).

De esto tienen que derivarse unas consecuencias importantes:

Si el trabajo es obligación de los internos, el Estado debe siempre y en todos los casos proveer los elementos materiales que garanticen el efectivo desarrollo de esa obligación. Su omisión es, como mínimo, factor de acción pública de cumplimiento.

Si a pesar de todo persiste la omisión, dada la conexión de esta obligación con el núcleo esencial del derecho a la libertad, el afectado por la inexistencia de fuentes de trabajo en el penal podrá accionar mediante tutela para que el dicho derecho se le garantice. En su defecto y ante la persistencia de la ineficacia de la administración y de la omisión lesiva, el juez de ejecución de penas, deberá certificar desde cuándo ha es-

⁸ Sobre ello, GRACIA MARTÍN y otros, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 91. Aunque bien podrían valer los serios argumentos de FERRAJOLI, cit., págs. 407 y ss., respecto de la severidad de fachada de las penas largas y severas que luego resultan en penas benignas, a través de la concesión de rebajas y beneficios, lo que se explica desde una escondida pretensión de que la pena sea ejemplar y a la vez *discipline* al preso, lo cual confiere a las instituciones penitenciarias carácter totalizante y potestativo. Por ello este autor es partidario de penas mínimas, ciertas en su duración, entendiéndose que toda la serie de *premios* hoy concedidos se conviertan en derechos (pág. 410). Que esto es así lo ratifica GONZÁLEZ NAVARRO, "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 1197, al mostrar cómo con la cárcel se aspira a volver dócil a un individuo para su vida en sociedad.

tado dispuesto el interno para trabajar, y tener ese tiempo como si se hubiera trabajado para los efectos de rebaja de pena.

Y esto tiene que ser así porque si es la propia administración la que por su omisión, no acopia los elementos que posibiliten la labor de los internos, ese comportamiento no puede llegar hasta el exceso de gravar negativamente al penado que no puede trabajar para rebajar pena. Se presenta evidentemente una tensión entre el Estado liberal y el Estado Social. Ello porque si existe el interés estatal en que los delitos sean perseguidos y los delincuentes sometidos a una pena que cumpla los efectos previstos en las normas (legalidad de los delitos, del proceso y de la pena, como resumen de la idea liberal de Estado de Derecho) ha de observarse que del otro lado existen los derechos fundamentales de una persona con una especial relación de sujeción, que ve sus derechos afectados, lo que obliga del mismo modo, al desarrollo de actividades positivas (cfr. S. T-714 de 1996. Extracto 26A) que propicien la igualdad material, la garantía y permanencia de los derechos fundamentales, en fin, que se entienda que en esa relación la parte débil (el interno) precisa de atenciones, ayudas y subvenciones para el cabal disfrute de esos derechos.

Si Colombia es Estado de Derecho, pero a la vez Estado Social y si tales conceptos se erigen en principios, tiénese claro que al entrar ellos en tensión, la solución no es excluir uno de ellos del ordenamiento jurídico superior⁹, sino, al contrario, realizarlos al máximo a través de una armonización concreta. Así entonces, al mantenerse al interno recluido ejecutándose por el Estado una simple labor de gendarmería, se realiza a ultranza la idea de Estado de Derecho pero se desdeña el principio Estado social. Como ello no es posible en una hermenéutica respetuosa de la integridad de la Carta, del pluralismo de valores y principios, en fin, del Estado Constitucional, lo que corresponde es concluir que si el trabajo carcelario no es propiciado y auspiciado por el Estado (Estado Social), por cualquier razón, débese rebajar pena al interno que ha estado dispuesto a laborar y no ha podido por razones que no le son imputables. Tal conclusión deviene forzosa, si se advierte que el derecho al trabajo carcelario hace parte del núcleo esencial del derecho de libertad del preso.

Adicional a esto, debe insistirse, con la Corte, en que el trabajo carcelario no es un castigo (S. T-601 de 1992. Extracto 4A) pero tampoco puede ser un premio. Dentro de la asignación de labores, la Administración penitenciaria puede incurrir en violación de derechos fundamentales, por razón de odiosas discriminaciones, exclusiones inmotivadas o arbitrarias, exigencias de retribuciones económicas, etc. que bien pueden accionarse por la vía de la acción de tutela.

G. El traslado como derecho de los internos. Los traslados de condenados internos, en cuanto situación administrativa, es cuestión que compete a las autoridades carcelarias (C. P. y C., arts. 73 y ss.). Con todo, no es cuestión librada a la omnimoda voluntad de dichas autoridades; no existe una discrecionalidad absoluta o posibilidad de actuar según el libre arbitrio, para dicho efecto. En cuanto actuación administrativa que ingresa en los derechos fundamentales de las personas, debe tener racional funda-

⁹ Así, ALEXY, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, págs. 159 y ss.

mento toda decisión de trasladar a un interno. Así mismo, la ubicación en determinados patios o celdas en la reclusión, debe hacerse respetando las especificidades que diferencian a cada individuo, no pudiendo ser el acto de traslado de patios un acto simplemente discrecional (S. T-705 de 1996. Extracto 24A). Si el traslado no vulnera derechos fundamentales, la sede para discusión de la legitimidad de la decisión, es la justicia contencioso administrativa (S. T-193 de 1994, T-121 de 1995. Extractos núms. 16, 21B). Pero si es evidenciado el peligro para un derecho fundamental del recluso, el traslado se erige en un derecho de este y en una obligación de la Administración Penitenciaria, la cual ha de exhibir suma diligencia en el tratamiento del asunto, ofreciendo y consignando razones cuando va a negar las peticiones de los internos, pues, no solo se transgrede el derecho de petición al no ofrecer respuestas o cuando ellas son insuficientes, sino además porque se irrespeta la dignidad de la persona humana y una gran pluralidad de derechos, como bien lo ejemplifica la S. T-214 de 1997 (Extracto núm. 33), al estimar lesionada la diversidad étnica y cultural (Cfr. sobre ello, SS. T-247 de 1996 y T-066 de 1996 y especialmente S. T-214 de 1997. Extractos núms. 28A, 29, 33).

1. *Principio de legalidad de la ejecución penitenciaria.* El artículo 2° del Código Penitenciario y Carcelario dice postular el principio de legalidad en materia penitenciaria. Pero en realidad, lo que hace es consagrar el principio de legalidad en materia de delitos y penas. Bien se sabe que el principio de legalidad, ofrece cuatro funciones de garantía, a saber, garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Es precisamente esta última la que correspondería insertar al Código Penal y al Código Penitenciario. En España dicho principio está redactado de la siguiente manera:

“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes”. (LOGP, art. 2°) “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías dentro de los límites establecidos por la ley, reglamentos y las sentencias judiciales”.

Implica este principio que toda limitación de derechos dentro de la cárcel, precisa de una autorización legal, dado el *status libertatis* que es dable siempre identificar en todo ser humano. Toda forma de castigo que quiera imponerse dentro de los muros del penal, debe encontrar plena autorización legal; toda interferencia en derechos autoevidentes del interno, requiere de una autorización legislativa. Debe entenderse que el funcionario penitenciario no es una especie de soberano en un reino absoluto; al contrario, es necesario insistir en que todas sus posibilidades de acción deben responder a un fin y a una autorización legítimas.

Es también perentorio insistir en que el principio de legalidad penitenciaria, implica que toda forma de maltrato, trato cruel o indigno, y todo castigo adicional al impuesto en la sentencia, lesiona frontalmente el dicho principio.

2. *Principio de razonabilidad.* Esto se observa con facilidad cuando se imponen sanciones arbitrarias, no fundamentadas o débilmente fundadas (cfr. S. T. 601 de 1992).

La Corte ha aclarado que el cumplimiento de las normas que rigen la disciplina en las cárceles debe lograrse mediante el uso de procedimientos razonables que no atenten contra la dignidad y los derechos de los internos, evitando toda suerte de maltratos físicos, tratos humillantes o castigos desproporcionados (S. T-501 de 1994)

La proporcionalidad, es pues, un juicio relacional en que se confrontan medios al uso, con los fines perseguidos.

En sentencia T-429-94 la Corte Constitucional apuntó:

“Dentro de un Estado Social de Derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de la justicia material.

3. *Principio de interdicción de exceso.* Toda limitación adicional de los derechos del interno, se torna innecesaria y por lo mismo se erige en trato cruel, degradante e irrespetuoso de la dignidad de la persona humana. La interdicción de exceso, se ajusta y dosifica a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La dignidad de la persona humana, en cuanto fundamento de los derechos, erige al ser humano en cuanto libre y racional, en barrera infranqueable de las actuaciones del Estado, impidiendo su instrumentación y viabilización como medio. La consideración del ser humano como máxima creación de la naturaleza, obliga a que la aplicación de las medidas limitativas de sus derechos, solo se haga en la medida de lo necesario y con las herramientas menos lesivas y, obviamente, entendiendo que se persiguen fines diferentes de la simple aflicción personal (Estado Social).

4. *Dignidad humana.* La Corte ha postulado que la Dignidad de la persona humana, más que un derecho en sí mismo, constituye el fundamento de todos los derechos (S. T-55 de 1992). Esto resulta de la mayor importancia porque entendida la dignidad no ya como un derecho sino como el cimiento de todo el orden de derechos, lo que puede concluirse es que ella no resulta limitable ni suspendible en ningún grado, como si pueden serlo los derechos. Así entonces, toda vejación, ultraje, oprobio, comportamiento irrazonable, desproporcionado, excesivo, arbitrario ... *resulta inconstitucional* en cuanto lesivo de la dignidad de la persona.

Las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 (que ratifican el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos), se han preocupado en postular en sus artículos 10 y 5° que toda persona privada de la libertad, debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad de la persona humana.

La ejecución de la sanción no puede ser un plus de la privación de la libertad en su duración cronológica: se ha de ejecutar el *quantum* de pena establecido en la sentencia en *condiciones de dignidad humana*. La Corte Constitucional ha enfatizado que el “prisionero es una persona que se encuentra a cargo del Estado y este no puede de manera negligente, y fundado en una moral utilitarista, poner a dichas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones de mínima existencia”. (S. T-420 de 1994).

Quiere ello decir que los derechos a vestido, alimentos, salud, recreación, trabajo, descanso, higiene, etc., deben cuando menos conservar niveles mínimos de aceptabilidad general. Esto por cuanto precisamente los derechos que no afecta, por sí misma, la reclusión, son derechos exigibles en un ciento por ciento y dada la condición de sometimiento del preso, es obligación absoluta y perentoria del Estado, mantenerlos incólumes.

Un ejemplo de cómo este principio se afecta a diario, lo constituye el alimento que se ofrece en las cárceles a los internos. Las comidas desbalanceadas, descompuestas o antihigiénicas materializan un trato indigno y se erigen en una adición ilegal de la pena en cuanto significan además un sufrimiento innecesario e ilegítimo. (Cfr. S. T-714 de 1996).

Ha de avanzarse en la teoría de la responsabilidad del Estado, no ya para apenas demandar de este resarcimientos económicos cuando ocurren afecciones de la integridad corporal, sino para deprecar indemnizaciones por daños psicológicos e, incluso, por falla del servicio al ofrecer condiciones evidentes de indignidad que afectan la situación personal del interno aún de manera no evidente, por razón de déficits alimentarios, en salud, educación, trabajo, condiciones de descanso nocturno, etc., ante comprobada negligencia estatal.

Y esto por cuanto si es deber del Estado ofrecer ese trato digno, pero ante todo, si es su primordial *deber* garantizar y mantener incólumes los derechos no afectos *per se*, a la privación de la libertad, la evidencia de hoy demuestra la transgresión absoluta y palmaria de esos esenciales *deberes*. Y toda vulneración de un deber debe tener una consecuencia jurídica. Al menos así lo postula la más elemental teoría del derecho.

No existe duda de que la larga cadena de oprobios hacia la dignidad, que es en fin de cuentas lo que significa el estado actual de las prisiones colombianas, no puede continuar siendo un simple ejercicio de crítica académica, sociopolítica o jurídica; va siendo hora de que el juez asuma su papel tutelar de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, claro, también, de los derechos de los reclusos, remediando la centenaria omisión estatal, denigrante del principio de eficacia de la administración, pues, en el fondo existe un argumento no exhibido o sutilmente escondido y que tiene que ver con cierta actitud despreciativa por el recluso, quien ante el mal causado a la sociedad con el delito solo merece una venganza global como retribución al daño ocasionado; quizá se piensa que “los derechos de estas personas [los reclusos] deben ceder ante las pretensiones de la sociedad y sus deseos de resarcimiento del daño producido”.¹⁰ El acoger la fórmula “Estado Social de Derecho”, comporta un compromiso alto y decidido con los derechos de quienes se hallan en debilidad manifiesta y no es, precisamente, por la vía del acogimiento de ideologías retardatarias, de la exhibición de posiciones de simple compromiso para salir al paso a las crisis, en fin, de la ausencia de tareas materiales decididas, como se respetan, promocionan y garantizan los más esenciales derechos.

¹⁰ Así lo dice MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 182.

Ante tan evidente estado de cosas, una vez más, y como visionariamente lo advirtiera CIRO ANGARITA BARON en 1.992, corresponde al juez del Estado Social de Derecho, remediar las omisiones estatales que demuestran clara ineficacia y ausencia de compromiso con los derechos fundamentales, entrando a suplir su negligencia por la vía de las decisiones imperativas, con el consiguiente orden de consecuencias jurídicas adversas para el servidor público que hace befa de sus obligaciones y actualiza a diario su inaceptable desidia en ser garante de las más esenciales prerrogativas de la persona humana.

Confrontando *el ser* de la realidad penitenciaria nuestra, con el concepto “Estado Social”, la teoría de la responsabilidad estatal en materia penitenciaria se agiganta en proporciones insospechadas. Solo el recurso como disculpa —manido desde luego— de la precariedad económica, de la mano de la falta de compromiso judicial en hacer tangible y efectivo el mandato de desarrollo del principio *Estado Social*, asumiendo su papel tutelar de los derechos fundamentales, ante la transgresión del principio de eficacia de la administración pública, ha permitido que la ignominiosa situación de las cárceles colombianas, perviva. Y ello porque una Constitución garantista y no apenas programática, con operadores jurídicos conscientes de su papel central en el Estado Constitucional, mucho habría hecho por morigerar y atemperar, hasta derribar, tan execrable e inconstitucional estado de cosas.

Una visión que ya se adentra en este pensamiento puede observarse en este pasaje de la sentencia T-247 de 1996 de la Corte:

“El recluso tiene restringido de manera específica y directa su derecho a la libertad y eso, sobre todo, en el plano puramente físico, de lo cual resulta que el Estado es responsable, inclusive patrimonialmente, por los daños que cause al detenido o condenado en relación con derechos suyos no cobijados por la providencia judicial que ordena la privación de la libertad ni necesariamente afectados por la naturaleza misma de tal estado, y que también lo es por las omisiones que dé lugar a la vulneración o amenaza de tales derechos por parte de las mismas autoridades carcelarias, de los guardianes o de los demás reclusos, pues tales daños y violaciones de derechos son por definición antijurídicos”.

5. *Principio de favor libertatis*. La libertad como condición consustancial a la persona humana, del lado de su dignidad y racionalidad, obliga el privilegio de la libertad en todo caso de duda o confrontación, respecto de la limitación, restricción o privación de derechos, o lo que es lo mismo, toda aplicación de normas debe tender a ampliar el margen de libertades y derechos antes que a restringirlos. Un entendimiento de esta naturaleza desarrolla además en concreto la idea garantista de la Carta, propia del Estado Constitucional de derecho moderno¹¹.

6. *Principio de conservación del núcleo esencial de los derechos*. Si como se ha explicado antes, la relación de especial sujeción a que se ve sometido el recluso, obliga

¹¹ Sobre ello, cfr. ANTONIO M. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, *passim*.

la suspensión, limitación o restricción de ciertos derechos fundamentales, tales reducciones no pueden llegar al extremo de arrasar el derecho; de borrarlo o aniquilarlo. Aún en condición de privación de libertad, existe la posibilidad de deambular, de escoger si sentarse o caminar, etc. Es decir, aún en ese extremo, existe la posibilidad de escoger al arbitrio una postura. Quiérese decir que siempre es posible pensar en la realización aún ínfima de todos los derechos y esto da la idea de que los derechos fundamentales siempre conservan una esencia irreductible e intocable.

En palabras de HÄBERLE, *el contenido esencial de los derechos* puede definirse como “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. O como magistralmente lo ha dicho IGNACIO DE OTTO Y PARDO: “La garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible actividad limitadora de los Derechos Fundamentales y de las actividades públicas”. (...) “Pero precisamente porque es necesario llevar a concordancia todas las normas constitucionales, ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos o bienes y las limitaciones que estos fundamenten están a su vez limitadas por la necesidad de respetar el derecho constitucionalmente reconocido”¹².

7. *Principio de ne bis in idem*. Este principio se vulnera cuando una misma situación fáctica, disvaliosa, se tiene en cuenta de manera doble para afectar derechos de la persona. En algún caso (S. T-601 de 1992) la Corte Constitucional estimó transgredido este principio cuando a consecuencia de haber violado una diligencia de compromiso un penado, ello sirvió de base para que en el penal le suspendiera un permiso especial.

2. PROBLEMAS ESPECIALES EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INTERNOS

A. *El derecho al trabajo y las insuficiencias logísticas*

El derecho al trabajo, en cuanto factor de redención de pena, y la existencia de limitaciones de espacio físico o presupuestales o la imposibilidad de pagar cuotas por acceso a derechos por parte de los internos, plantean la ya descrita tensión entre el principio conformidad al Estado de Derecho y conformidad al Estado Social, siendo posible con base en lo dicho, postular que el Estado ha de reconocer las rebajas punitivas que sean menester, cuando se demuestre que la imposibilidad de desarrollar una tarea productiva, no es imputable al penado.

B. *Los traslados de procesos penales a sedes diferentes al sitio de comisión de los hechos*

Bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación, posee como atribución el poder cambiar de sede la instrucción de un proceso penal (C. de P. P., art. 119). Para

¹² IGNACIO DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 127.

ello basta una resolución motivada. Ocurre, sin embargo, que no siempre esas razones son materiales y que, en todo caso, aun siéndolo, en pluralidad de ocasiones se crean serios problemas a los procesados. Unas veces, porque se encarece de manera superlativa el costo de la defensa, pues, no se puede obligar al procesado que cambie de defensor de confianza por el hecho de que la Fiscalía reasigne el asunto a un funcionario de otra plaza. Sucede también, en otros casos, que el desplazamiento imposibilita la observación del expediente, la participación en la práctica de pruebas, etc., lo que se viene a solucionar desarraigando al procesado llevándolo a ciudad diferente de la suya, allí donde repose el dossier en su contra.

Se plantea en estos casos una evidente tensión entre la conformidad con el Estado de Derecho y la conformidad al Estado Social. Quizá parodiando a HASSEMER¹³ o de su mano, uno podría afirmar que muchos comportamientos del instructor dentro del proceso penal, tienden a desarrollar a ultranza una idea de la eficiencia en serio desmedro de derechos fundamentales, privilegiándose la idea de la conformidad al Estado de Derecho sobre la de Estado Social, pues, resulta claro que en el procedimiento penal concreto, el Estado debe coadyuvar reduciendo “las cargas para el afectado o para hacerlas más tolerables”¹⁴.

Con todo, se concluye, que en el procedimiento penal se tiende a dar prioridad a la conformidad con el Estado de Derecho. La asociación de la eficiencia con la aspiración de Estados fuertes, en frente del delito, siempre arroja una cuota negativa para la parte débil dentro del proceso. Esto lo vemos, ahora inmediatamente, como un serio resquebrajamiento del ideal de un proceso que también discurra bajo la égida del principio “Estado Social”. Y si acordamos en que los derechos como tales se hacen tangibles en la persona humana, en tanto la idea de seguridad, eficiencia, eficacia ... asociadas al ideal de la conformidad al Estado de Derecho, son apenas garantes o estabilizantes del sistema, no nos queda duda que ha de privilegiarse la conformidad con el Estado social¹⁵.

Esto lleva a concluir que, no obstante la autorización normativa del artículo 119 del Código de Procedimiento Penal, ella no puede tenerse como absoluta y que al ser perentoria la interpretación de toda norma de conformidad con la Carta Política, entre otras cosas además por aquello de que el derecho penal, sustancial y procesal, es derecho constitucional aplicado, no queda duda que puede atacarse a través de la acción protectora de los derechos fundamentales, el traslado de un expediente cuando ello genera cargas desproporcionadas e irrazonables para el procesado.

¹³ W. HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. de Patricia S. Zifer, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 69 y ss.

¹⁴ HASSEMER, cit., pág. 70.

¹⁵ En parecido sentido, defendiendo una política criminal “con poco Estado de Derecho y mucha Estado Social”, H. BARRETO ARDILA. “El sistema penal en tiempos de redefiniciones etiológicas posmodernas”, en *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 41.

C. *El derecho a la libertad condicional: un derecho efectivo y no una discutible gracia. Fundamentación normativa*

El artículo 12 del Código Penal y Carcelario ha postulado de manera tajante, sin párrafos adicionales ni notas explicativas, que "El cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo".

Ha introducido como categoría normativa, el legislador, en uso de su libertad de configuración, un concepto jurídico indeterminado en la medida que el giro *sistema progresivo* encuentra su entendimiento en cuanto término científico, dentro del llamado derecho penitenciario. Quiérese decir que para comprender un tal concepto, es preciso acudir a lo que la doctrina ilustrada, de manera más o menos pacífica, entienda por tal.

Y en tal orden de ideas, ha expresado L. GRACIA MARTÍN, que la esencia del sistema progresivo o de individualización científica es la fragmentación o distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varios períodos o etapas, en cada uno de los cuales se van otorgando al recluso más ventajas y privilegios. Las fases que componen este sistema son:

Fase de aislamiento: Para observar y reconocer al interno y así clasificarlo y asignarle el establecimiento más adecuado a sus características personales para el cumplimiento de la pena

Fase de vida en común: Donde se intensifican labores de educación, formación, laborales, etc.

Fase de pre-libertad: En la cual se pone al recluso en contacto con el mundo exterior mediante la concesión de permisos de salida

¹⁶ Cfr. HASSEMER, cit., pág. 67. También J. WOLTER, "Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de derecho penal", en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*, J. M. Silva (Comp.), Barcelona, JM, Bosch Editor, S. A., 1995, pág. 40.

¹⁷ Acerca de la naturaleza del derecho penitenciario, cfr. L. GRACIA MARTÍN, "La ejecución de las penas privativas de libertad", en *Las consecuencias jurídicas...*, págs. 284 y 285.

¹⁸ Hace ya varias décadas es un tema puntual el análisis del problema del lenguaje en el derecho. Cfr. i. e., FRITJOF HAFT, "Derecho y lenguaje". En *El pensamiento jurídico contemporáneo*, A. KAUFMANN, W. HASSEMER (eds), Madrid, Edit. Debate, 1992, págs. 212 y ss. De relevante importancia es lo que anota FERRAJOLI, *Derecho y...*, cit., pág. 70: "El derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y por tanto sustraídas lo más posible al error y al arbitrio" (negrilla extratexto).

¹⁹ Cit., pág. 291. Pero además, sobre el mismo concepto, citados por el mismo autor pueden verse, pág. 291 n., núms. 30, 31, 32, los escritos de Mapelli C., Tamarit, Landrove Díaz, Manzanares S.

²⁰ La identificación entre sistema progresivo y de individualización científica es de GRACIA M. Con todo, FERNÁNDEZ GARCÍA, "El tratamiento penitenciario resocializador", en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, R. Diego y Fabián C. (Coord.), Madrid, Tecnos, 1995, pág. 114, diferencia el sistema progresivo del denominado de "individualización científica", para entender que este último es superior y más avanzado, entendiéndose incluso que hay una suerte de sistema progresivo tradicional español, ya abandonado.

Período de libertad condicional o bajo palabra

Se dice por el autor en cita, que en este sistema es común el cambio de establecimientos penitenciarios para cada uno de los períodos.

Pero además de esto, el artículo 72 de la LOGP de España, dispone como aquí se hace, que las penas se ejecutarán de conformidad con el sistema de individualización científica, describiendo a continuación la forma como se evolucionará en cada grado, advirtiendo que un interno puede ser colocado incluso, desde el inicio, en un grado superior, salvo *el de libertad condicional*. Tal norma sirve aquí como argumento de derecho comparado, pues además se conecta con el artículo 90 del Código Penal español de 1995, el cual al diseñar los requisitos para hacer procedente la libertad condicional, en manera alguna se refiere a nada distinto de lo observado y acaecido con ocasión del así denominado "tratamiento penitenciario".

Se quiere llamar la atención en algo puntual: la libertad condicional es un elemento consustancial al sistema progresivo. Así, en la medida que los estudios, evaluaciones, valoraciones, hechas al interior del penal, por el personal competente, arrojen un resultado satisfactorio en el proceso resocializador, por execrable que fuere el delito o los antecedentes del penado, la libertad condicional se erige en derecho pero a la vez en obligación para quien acoge como paradigma de ejecución, el dicho sistema progresivo, a saber, el Estado.

Lo que aquí se quiere sentar como categórico es lo siguiente: si el sistema progresivo en cuanto forma de observar el cumplimiento de la pena, comporta como inherente y consustancial la libertad condicional, no puede negarse esa liberación con base en argumentos opinables, falseables o subjetivos, como el decir que ella no procede a pesar de la ejemplaridad del comportamiento del penado dada la gravedad, la dañosidad, la trascendencia o el impacto social del hecho o, los antecedentes del penado. Esto por cuanto tales aspectos resultan irrelevantes e impertinentes dentro del entendimiento del *sistema progresivo* de ejecución de la pena privativa de libertad.

Aún más. Puede anotarse como adicional argumento, el que al ser esta una norma especial y posterior al Código Penal Colombiano de 1980, proferida con posterioridad a la vigencia de la actual Carta Política, ella prevalece sobre las normas que pudieran ser contrarias del Código penal y que, en todo caso, por virtud del principio *favor libertatis*, impera dar aplicación al artículo 12 del Código penitenciario y carcelario.

Si esto es así, caminado dentro de simples argumentos de coherencia sistémico-normativa, a veces tan caros al más recalcitrante positivismo avalorativo y antiprincipalista, el acudir a razones extrañas a las que consagra la norma que postula como principio la ejecución de la pena bajo los lineamientos del sistema progresivo, podría constituir, como en efecto creemos que sucede, una evidente actuación contraria a la ley, o lo que es lo mismo, típica de prevaricación.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Extractos

1. SENTENCIA T-596 DE 1992.

A. Derechos de los internos-Responsabilidad del Estado.

Si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección. Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros.

B. Derechos fundamentales-Derechos de libertad como no intromisión-derechos del estado social como derechos de crédito frente al Estado.

Los derechos fundamentales no incluyen solo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No solo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la

obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no solo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

C. Castigo carcelario-Eliminación

"Es necesario eliminar la perniciosa justificación del maltrato carcelario que consiste en aceptar como válida la violación del derecho cuando se trata de personas que han hecho un mal a la sociedad. El castigo de los delincuentes es un castigo reglado, previsto por el derecho y limitado a unos procedimientos y prácticas específicas, por fuera de las cuales el preso debe ser tratado bajo los parámetros normativos generales. La efectividad del derecho no termina en la murallas de las cárceles. El delincuente, al ingresar a la prisión, no entra en un territorio sin ley".

La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminados de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario,

utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros.

La potestad disciplinaria, entonces debe enmarcarse dentro de los límites impuestos por los derechos de los presos. Desde este punto de vista la aplicación de la sanción del calabozo, tan común en nuestro medio, debe ser restringida a los casos extremos, debe estar reducida al mínimo tiempo necesario para el cumplimiento del fin perseguido y, además, debe realizarse en condiciones que no vulneren el principio de dignidad humana y que no constituyan trato cruel o degradante. Sobre este tema la Comisión de Estrasburgo ha establecido en el artículo 3º del Convenio de Roma que no es la sanción en sí sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, los que podrían constituir en concreto, una violación de los derechos del preso.

"La protección de los derechos fundamentales no puede reducirse al juicio de legalidad acerca de la decisión tomada por la autoridad pública correspondiente. Es necesario, además, y sobre todo, confrontar dicha decisión con la Constitución misma".

D. Pena-características-fines-fundamento-función

Además de ser jurídica, pública y judicial, la pena debe ser también necesaria, útil y proporcional. Toda pena, independientemente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de los reclusos, que se encuentran ligadas, de manera esencial, al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal. Su carácter necesario significa que la pena no debe ser impuesta de manera arbitraria, es decir, cuando no guarda relación con el fin perseguido por ella. La pena, además de necesaria debe ser útil. La pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención, retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos afflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil. La pena debe ser también proporcional. La proporcionalidad se obtiene con la

comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por la pena.

En contra de las teorías de origen kantiano sobre el sentido de la pena, según las cuales esta es un mecanismo para la realización de la justicia absoluta o metafísica, hoy en día se considera —reconociendo el carácter limitado e imperfecto de la justicia social— que la pena es un recurso jurídico-político encaminado a la protección del grupo social por medio de la disuasión del ciudadano frente a la conducta delictuosa y del castigo de los delincuentes. En correspondencia con esto, la idea del suplicio público, concebido como mecanismo para difundir una representación ejemplarizante en los demás miembros del grupo social, ha sido sustituida por la idea de aislamiento social, entendido como un medio para la protección social y para la rehabilitación personal del delincuente. De aquí provienen las funciones preventivas, retributivas, protectoras y resocializadoras atribuidas a la pena y al sistema carcelario en general.

2. SENTENCIA T-424 DE 1992

Derechos fundamentales de los internos-acción de tutela

"El régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos en ocasiones, resulta incompatible con ciertos derechos, aun fundamentales, cuyo ejercicio, en consecuencia, se suspende para tornar a él luego de que haya expirado el término de la pena, o según las condiciones fijadas en la ley o en la sentencia. No sobra recalcar que algunos de los derechos, reconocidos a los reclusos, bien conservados en su plenitud o limitados en razón de su especial régimen jurídico, ostentan el carácter de constitucionales fundamentales, aserto que se demuestra fehacientemente si se tiene en cuenta que los reclusos están en posibilidad de incoar la acción de tutela, acción solo procedente para la defensa de derechos constitucionales fundamentales cuando son violados o existe amenaza de su violación".

"Estima la Sala que es pertinente proceder al examen de la Constitución Colombiana en el punto objeto de consideración y en efecto, un somero análisis del contenido de nuestro estatuto superior, permite afirmar que su normativa se refie-

re a importantes asuntos que guardan relación con el aspecto que nos interesa; en primer término, después de indicar que «toda persona es libre», se detiene en la enunciación de los requisitos que han de reunirse para reducir a arresto o prisión, detener o registrar el domicilio, requisitos consistentes en el «mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley», contempla así mismo derechos para las personas detenidas preventivamente y los consagra igualmente para quienes sean sindicados o estén siendo procesados y juzgados; pero claramente se advierte la ausencia de una norma expresa y específica que reúna los derechos de aquellos individuos condenados a pena de prisión en virtud de decisión judicial. Sin embargo, no puede entenderse esta omisión como una voluntad tácita del constituyente en el sentido de desconocer todo derecho a los reclusos; semejante deducción conduciría a negarles su calidad de personas y la dignidad que a esa calidad es inherente. El respeto a esa dignidad inherente al ser humano encuentra eco en el artículo décimo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al que se ha aludido, e informa decisivamente el texto constitucional que, desde su artículo primero, al definir a Colombia como Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria declara que se funda «en el respeto de la dignidad humana», en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran» (subrayas de la Sala); el artículo 2° prescribe como fin esencial del Estado el de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución»; postulados estos reiterados en el artículo Quinto contenido del reconocimiento que el Estado hace de los derechos inalienables de las personas «sin distinción alguna» en concordancia con el artículo 94 que se refiere a los derechos «inherentes a la persona humana». De las normas citadas, en forma indubitable se desprende el reconocimiento de derechos a los reclusos, conclusión a la que también es posible arribar al detenerse en el contenido de otras disposiciones constitucionales tales como el artículo 12 que prohíbe entre otras cosas las penas crueles, inhumanas o degradantes, el artículo 34 que descarta las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación o el artículo

28 que en su parte final señala que en ningún caso podrá haber «penas y medidas de seguridad imprescriptibles», y, más aún, del artículo 11, que proscribía la pena de muerte».

«Habiendo establecido, de modo general, que los reclusos son titulares de derechos, surge una reflexión adicional orientada a precisar el alcance de estos. Es evidente que el ejercicio de los derechos reconocidos al hombre no es absoluto; por el contrario, sufre limitaciones derivadas, entre otras causas, de la misma naturaleza humana o de la carencia de idoneidad y de medios adecuados para desarrollarlos, ya del simple hecho de vivir en sociedad, ora de imposiciones establecidas por la ley o la Constitución, que en el caso colombiano señala en su artículo 95 como el primero de los deberes de la persona aquel de «Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», postulado elemental que sirve de base a la convivencia en sociedad y que implica conciliación de intereses particulares en aras de la armonía social. Claro resulta entonces, que confluyen el reconocimiento de derechos, esencial a la noción de Estado Social de Derecho, y la necesidad de regularlos; se previene así el abuso y a la vez se hace posible un mínimo de condiciones para que todos los asociados puedan disfrutar de sus derechos. Tal necesidad de regulación en los Estados constitucionales se refleja, por ejemplo, en la existencia del derecho de policía cuyo carácter básicamente preventivo lo erige en bastión insustituible del orden social, debiendo destacarse que los reglamentos a los que se somete el ejercicio de esa función reguladora se tornan en garantía de los derechos del individuo, dado que contemplan las precisas pautas dentro de las que se habrá de enmarcar la actuación enderezada a limitarlos, previéndose así un mecanismo adecuado para evitar que, so pretexto de regulación de los derechos, se termine anulándolos totalmente, situación que desvirtuaría el espíritu del ordenamiento de policía, que no es el de desconocer la libertad sino el de protegerla y hacerla posible. Por eso las limitaciones que prevé no son en forma alguna caprichosas, todo lo contrario, persiguen la consolidación de ciertos fines indispensables a la convivencia, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad, la salubridad, entre otros».

3. SENTENCIA T-522 DE 1992

A. *Derechos de los internos-Derecho a la salud*

Las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos inherentes a la dignidad humana en general, y en particular del derecho a la salud. La salud es aquí obligación del detenido y del Estado. Del detenido, en la medida en que debe velar por su integridad. Y del Estado, porque el detenido está bajo su protección y responsabilidad, el cual tiene una obligación de resultado: devolver a la persona en el estado físico en que la recibió, sin perjuicio del deterioro natural del transcurso del tiempo. Se debe velar por la aplicación del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, que aunque se refiere al sindicado debe entenderse también aplicable para el condenado (e incluso al imputado), cuando este se encuentre privado de la libertad. Es un artículo que contiene los derechos básicos de las personas detenidas. La vulneración al derecho constitucional fundamental se concreta en la omisión de los médicos y directivos de la Penitenciaría Central de Colombia, de suministrarle asistencia médica especializada al peticionario».

B. *«Principio de la buena fe-atención a la salud»*

«Cuando un detenido manifiesta padecer una dolencia, los funcionarios deben creerle y tienen el deber de proveer a su atención. Por esa razón debe atender las solicitudes de los condenados originadas en la necesidad de atención a la salud; no solamente en los casos de enfermedad grave o en peligro de muerte, sino cuando este así lo requiera. Se debe creer en su palabra y en sus dolencias».

C. *La dignidad humana*

«La dignidad humana cuya vulneración pone de presente el peticionario, es en verdad principio fundante del Estado (C. P., art. 1°). Mas que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circuns-

tancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones. El respeto a la dignidad humana no solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C. P., art. 1°). Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, «La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal».

«Los derechos consagrados en la nueva Constitución pertenecen a todas las personas sin discriminación alguna. Mas aun, tratándose de derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado debe ser más riguroso en su plena satisfacción, por tratarse de una situación en la que la persona tiene limitado su derecho a escoger y autodeterminarse, dentro del marco del desarrollo de su personalidad».

«El tema de los derechos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ha sido objeto de preocupación permanente de la humanidad. Es así como los tratados y convenios ratificados por Colombia que reconozcan los derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, tienen aplicación en virtud del artículo 93 de la Constitución. A las personas detenidas se les restringen ciertas libertades, pero por su condición de ser humano merecen el respeto debido a su inherente dignidad. En el ámbito internacional existen tratados que cobijan a los detenidos y declaran sus derechos inalienables, como son:

«a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la ley 74 de 1968, en el artículo 10, establece:

«1. Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica», aprobada por la ley 74 de 1968, en su artículo 5° preceptúa:

«1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

«2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada

con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (negritas no originales).

En desarrollo de estos Pactos, en 1975 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Al mismo tiempo reiteró su convicción de que se necesitaban nuevos y sostenidos esfuerzos para proteger el derecho humano básico de no ser sometido a esa clase de penas y pidió a la Comisión de Derechos Humanos que estudiara la formulación de un conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el cual fue aprobado en la resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

La finalidad principal del conjunto de principios consiste en establecer normas internacionales, de carácter tanto jurídico como humanitario, para estimar el trato que reciben las personas que se encuentran sometidas a cualquier forma de detención o prisión y proporcionar a los Estados directrices para que mejoren su legislación interna.

3.2. La asistencia médica a las personas privadas de la libertad.

Las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos inherentes a la dignidad humana en general, y en particular del derecho a la salud. La salud es aquí obligación del detenido y del Estado. Del detenido, en la medida en que debe velar por su integridad. Y del Estado, porque el detenido está bajo su protección y responsabilidad, el cual tiene una obligación de resultado: devolver a la persona en el estado físico en que la recibió, sin perjuicio del deterioro natural del transcurso del tiempo.

Así pues, en el principio 24 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Organización de Naciones Unidas, sobre la asistencia médica, se establece:

"Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos".

Igualmente en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se consagra en relación con los servicios médicos:

"2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.

"25. 1) El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención" (negritas no originales).

A nivel interno, el decreto 1817 de 1964 (Código Penitenciario), rige todo lo relacionado con la protección y tratamiento de los reclusos en Colombia.

En el artículo 155 se consagra:

"Los detenidos y condenados deben gozar de completa asistencia médica, higiénica, odontológica, farmacéutica y hospitalaria".

0.3. De la obligación de los jueces de velar por la salud de las personas privadas de la libertad.

El nuevo Código de Procedimiento Penal creó la figura de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para que sea este funcionario el encargado de los subrogados penales, la acumulación jurídica de penas, la aplicación de penas accesorias, el aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena y de las rebajas de las mismas a que haya lugar.

Así mismo, debe velar por la aplicación del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, que aunque se refiere al sindicado debe entenderse también aplicable para el condenado (e incluso al imputado), cuando este se encuentre privado de la libertad. Es un artículo que contiene los derechos básicos de las personas detenidas.

Dice así el artículo:

"Todo sindicado privado de la libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de reclusión un tra-

tamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, como los de no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos; a ser visitado por un médico oficial y en su defecto por uno particular, cuando lo necesite" (subrayas no originales).

Dispone el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal que mientras el Consejo Superior de la Judicatura cree los cargos de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, las atribuciones que el código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia.

Para esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional el Estado no debe considerar como terminada su misión dentro del proceso penal cuando se haya dictado la sentencia condenatoria. Al contrario aquí debe empezar otro ciclo del procedimiento. El juez no puede abandonar a la persona en la prisión, no se puede quedar esperando en su despacho a que dentro de varios años le llegue la solicitud de libertad por pena cumplida o una solicitud de suspensión por enfermedad grave. El juez no puede olvidar al condenado con sus quebrantos de salud, con sus truncas esperanzas y con sus pérdidas ilusiones.

4. SENTENCIA T-601 DE 1992

A. Trabajo carcelario

El trabajo desarrollado por los presos es un medio indispensable —junto con el estudio y la enseñanza— para alcanzar el fin resocializador de la pena, y hace parte integrante del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues tiene la virtud de aminorar el tiempo de duración de la pena a través de su rebaja o redención. Por la especial relación del trabajo con el núcleo esencial del derecho a la libertad de los presos, la administración penitenciaria tiene a su cargo el deber de procurarles, en la medida de las posibilidades, una actividad laboral como fórmula de superación humana y medio para conservar la libertad. Entre las sanciones a imponer a los internos o presos por infracciones al régimen penitenciario no se encuentra la suspensión del trabajo, lo cual se explica lógicamente dado que una sanción de esta índole sería contraria a la finalidad misma de la pena y al carácter obligatorio del trabajo carcelario. La decisión que determina la clase de trabajo

asignado a cada condenado o detenido es, por tanto, reglada y no discrecional. Los criterios objetivos para la determinación de las labores individuales impiden un trato discriminatorio o arbitrario aplicable al recluso. Los mismos, de otra parte, garantizan el principio de igualdad de oportunidades en la distribución de puestos de trabajo a los internos en las cárceles.

B. Derechos de los internos

La decisión disciplinaria impuesta al señor ECHEVERRY GARCÍA vulneró sus derechos a la defensa y al debido proceso por carencia de comprobación de los hechos sindicados. Las sanciones impuestas vulneraron, igualmente, aunque de forma indirecta, sus derechos a la igualdad de oportunidades y al buen nombre, ya que la suspensión de su trabajo fuera del establecimiento carcelario y la rebaja en su calificación de conducta carecieron de justificación razonable y constituyeron sanciones arbitrarias.

C. Principio non bis idem-Violación

La decisión cuestionada se revela contraria al principio del *non bis in idem*, contenido en las garantías del debido proceso penal, además de ser, por sí misma, desproporcionada. En efecto, los hechos que dieron lugar a la sanción no podían ser objeto de una calificación desfavorable, entre otras cosas por no haber infringido el petente con ellos el orden interno de la cárcel sino las obligaciones propias de la diligencia de compromiso, o sea, las relativas a su comportamiento fuera del penal y cuyo desconocimiento trajo las consecuencias conocidas de la suspensión del permiso especial.

5. SENTENCIA T-219 DE 1993

Derechos de los internos-régimen penitenciario-derecho de reunión

No hay ley, ni reglamento con base en la ley, que faculte a la dirección general de prisiones, para establecer a su discreción, requisitos con el fin de que un interno pueda formar parte del llamado Comité de Derechos Humanos. Así mismo, no hay autorización legal, para que el director de un establecimiento carcelario, pueda vedar la existencia y funcionamiento de esta clase de Comités, cuando él no atente contra los derechos

ajenos y la disciplina y la convivencia pacífica, que deben regir dentro de estas instituciones. Los directores de los centros carcelarios, no están habilitados para impedir el ejercicio de la libertad de expresión. Igualmente, del régimen penitenciario colombiano, no se deduce, que los directores de los centros de reclusión penal, estén autorizados para limitar el derecho de reunión de los cautivos, que tenga como propósito, hacer presentaciones sobre los Derechos Humanos. Los reclusos podrán gozar de sus derechos a la expresión, enseñanza, reunión y asociación, siempre y cuando, no se atente contra los derechos de los demás y su ejercicio no sea obstáculo para el logro de la convivencia pacífica, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad, entre otros, dentro de los límites que impongan la ley y los reglamentos".

"A la par, no solamente la enseñanza que se le pueda dar a los presos, sino la que ellos puedan impartir, es un medio indispensable para alcanzar el fin resocializador de la pena y hace parte integrante del núcleo esencial del derecho a la libertad (Const. Nal., art. 28), pues tiene la ventaja de aminorar el tiempo de duración de la pena a través de su rebaja o su redención (C. de P. P., arts. 530 a 532). Consecuencia de lo anterior y en ausencia de una restricción por parte de la ley, es obligación de la administración, en este caso de los directores de los centros carcelarios, facilitar la enseñanza y por consiguiente la educación que contribuyan a la readaptación social progresiva de los reclusos.

Así mismo, las normas penitenciarias de Colombia, no desconocen la naturaleza social del recluso; por ello, si bien lo aíslan de la sociedad civil, no lo deben dejar inmerso en una soledad asfixiante que pueda resultar pernicioso para su resocialización; por consiguiente, si se encuentra acompañado de otros reclusos en el desarrollo de actividades permitidas por la ley y los reglamentos, esto es, si no es único dentro de un establecimiento, su existencia en el penal le será más llevadera y menos desagradable.

Además, hay que considerar que por su condición de preso, es débil por naturaleza, y sentirá la necesidad imperiosa de asociarse. En consecuencia, no existiendo ejercicio abusivo de la libertad de asociación, ni la expresa restricción le-

gal, le está vedado a la Dirección General de Prisiones, prohibir a los reclusos, que funden o hagan parte de un comité.

De la revisión del expediente de tutela, se infiere, que tanto la libertad de fundar o hacer parte de un comité, es decir, asociación, como las de reunión, expresión y enseñanza, han sido restringidas a través de meras circulares y resoluciones de la dirección general de prisiones y del director de la Penitenciaría Rural de Peñas Blancas de Calarcá, las cuales carecen de un soporte legal, y atentan contra la Constitución y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

6. SENTENCIA T-222 DE 1993

Derechos de los internos-Visita conyugal

El derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales: contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene, seguridad. Es claro que en algunos establecimientos carcelarios del país se dan las condiciones convenientes para permitir las visitas conyugales y en otros no. Pero no por esto se puede predicar que, en este aspecto, se esté violando el derecho a la igualdad de los reclusos que se encuentren en los que no cuentan con tales visitas. Se trata de asuntos coyunturales, según se trate de una actividad ilícita que se está investigando, o sobre la cual la justicia ya tomó una decisión. El Estado debe buscar, que todos los centros de reclusión del país, así se trate de establecimientos para internos transitorios o condenados, estén en capacidad de permitir las visitas conyugales.

7. SENTENCIA T-273 DE 1993

Derechos de los internos. Visita conyugal. Presunción de buena fe. Derechos de los cónyuges

El derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales. La

manera en que la dirección y la dependencia de sanidad de la Cárcel Nacional Femenina, vienen supeditando la autorización de la visita conyugal a que la interna que la solicite, autorice por escrito la implantación de un dispositivo anticonceptivo o la aplicación periódica de una droga con similares efectos, viola el derecho de la señora y de su esposo, a decidir libre y responsablemente si tendrán un segundo hijo y cuándo. Este, que es un derecho reservado por la Constitución Nacional, de manera privativa, a la actora y a su esposo, no puede ser ejercido libre y responsablemente por sus titulares —la pareja—, porque la Dirección General de Prisiones y la dirección de la cárcel, decidieron que la señora buscaría quedar en embarazo, solo para escapar a un castigo, que aún ningún juez de la república le ha impuesto. Así, se viola el artículo 83 de la Constitución Política, pues él ordena a las autoridades públicas —sin excluir a las carcelarias—, presumir la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante ellas.

8. SENTENCIA T-349 DE 1993

Derecho a la intimidad. Inviolabilidad de la correspondencia

El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privados. Las personas privadas de libertad no lo han sido de la garantía de inviolabilidad reconocida por la Constitución a su correspondencia y a las demás formas de comunicación privada.

Su solicitud (del interno) se concretaba a impetrar una orden judicial para que no le fuera abierta la correspondencia, "porque tenemos derecho a la intimidad". Añadió que las cartas eran abiertas por una enfermera encargada de cumplir dicha función, empleada que, según él, se burlaba del contenido de las misivas.

9. SENTENCIA T-388 DE 1993

Derechos fundamentales de los internos- Derecho a la salud

En este orden de ideas, advierte la Sala que el derecho que tienen los reclusos a la salud compro-

mete la actuación del Estado en cuanto constituye un deber a su cargo. Dentro del conjunto de principios formulado por la Organización de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el señalado con el número 24 dispone el examen médico que debe practicarse al detenido o preso a su ingreso en el lugar de detención o prisión, y señala que "posteriormente esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos". De manera más explícita en las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, diseñadas por la O.N.U. se prevé en relación con los servicios médicos:

"2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, estos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional".

"25.1) El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención".

El Código Penitenciario Colombiano sigue muy de cerca las pautas que se acaban de enunciar y prevé asistencia médica, higiénica, odontológica, farmacéutica y hospitalaria en favor de detenidos y condenados.

La actividad que desempeña la administración penitenciaria no puede desentenderse de los derechos del recluso, que, se repite, constituyen deberes a su cargo. La desatención de la salud tiene potencialidad suficiente para afectar derechos fundamentales como el trabajo y la integridad física o síquica y en casos extremos la vida del interno; ello justifica que a la responsabilidad de la administración se sume la del juez.

10. SENTENCIA T-437 DE 1993

Derechos fundamentales de los internos. Derechos de la mujer embarazada. Derechos del neonato. Responsabilidad del Estado.

Los artículos 43 y 44 de la Constitución plantean un caso especial, dentro del marco general garantista consagrado en la Carta, para regular las relaciones entre la facultad punitiva del Estado y la protección y garantía de los derechos y libertades de las personas. Tres condiciones fisiológicas de la mujer, el estado de gestación avanzado, el parto y la lactancia y atención del neonato, son señalados en esos dos artículos y en varias normas de Derecho Internacional incorporadas al derecho interno (Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 12 de 1991 y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por ley 51 de 1981, etc.), como parte de la personalidad jurídica de la mujer que las vive. Esas normas, que más adelante se examinarán, obligan al Estado y a los particulares, a reconocer tales condiciones fisiológicas propias de la especie, como supuesto normativo al que va aparejado un tratamiento proteccionista especialísimo, por los riesgos que comportan para la vida, la integridad personal y el desarrollo de la personalidad de la madre y su hija recién nacida, por respeto a la dignidad humana de ambas y, porque también la familia que ellas —madre e hija— forman, ha de ser amparada como institución básica de la sociedad que se organizó como Estado Social de Derecho.

1.1. Derechos de la mujer embarazada, parturienta y lactante, del que está por nacer y del neonato

La mujer, sin importar su estado, ha de ser tratada por las autoridades colombianas, conforme a su calidad y dignidad de persona. Según el artículo 43 de la Carta, "... durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada". Este derecho y el de protección a la infancia, que consagra la Constitución en el artículo 44, están consagrados también en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 2º y 3º) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer (arts. 11 y 12), ambas obligatorias en Colombia, según las leyes 12 de 1991 y 51 de 1981.

Por ser importante para la revisión del caso a estudio, se cita especialmente el artículo 12, numeral 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita por Colombia, aprobada por la ley 51 de 1981 y vigente en el país desde el 18 de febrero de 1982, cuyo texto dice: "2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, *supra*, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

1.2. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios judiciales.

El Estado es responsable de garantizar a las personas el ejercicio y goce de todos aquellos derechos y libertades que no hubieren sido restringidos o limitados jurídicamente, incluso —y tal vez con mayor razón—, de los derechos y garantías de quienes han sido privados de su libertad. Los artículos 3º y 408 del Código de Procedimiento Penal, decreto 2700 de 1991, expresamente ratifican la vigencia de los derechos de la persona privada de su libertad; y, el artículo 90 de la Constitución Política, consagra la responsabilidad patrimonial del Estado y de sus funcionarios por "los daños antijurídicos que le sean imputables.", mandato que, de manera especial, también consagra el artículo 86 de la Carta, para los perjuicios que se ocasionen con la violación de los derechos fundamentales por acción u omisión de las autoridades.

11. SENTENCIA C-176 DE 1993

A. Medida de seguridad-Naturaleza

Al igual que la pena, la medida de seguridad es, cuando menos, limitativa de la libertad personal. Así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin "curativo", no está sometida a la libre voluntad de quien se le impone. Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial. Las medidas de

seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios.

B. Inimputables-Atención integral

Frente a los inimputables el Estado tiene un doble deber: al igual que los imputables, el Estado tiene el deber de privar de la libertad al inimputable que ha cometido un hecho punible. Pero a diferencia de aquellos, el Estado tiene frente a los inimputables un deber distinto, adicional y específico, según los artículos 13 y 47 de la Constitución: debe adelantar una política de rehabilitación de las personas diferentes desde el punto de vista síquico. Por eso, mientras el inimputable que ha cometido un hecho punible se encuentre siendo objeto de una medida de seguridad, el Estado debe proveer obligatoria e ininterrumpidamente todo el tratamiento científico especializado para curar, tutelar y rehabilitar a la persona, con el fin de que ella tenga dignidad. Se establece pues un especial vínculo jurídico entre el inimputable que ha cometido un hecho punible y el Estado.

C. Medida de seguridad-Máximo de duración

El tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente del término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad. Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad. Si una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona no se ha rehabilitado a nivel síquico debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como dis-

minuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico. La expresión "y un máximo indeterminado", es contraria a la preceptiva constitucional

D. Medida de seguridad. Mínimo de duración

La Corte estima que se encuentra en presencia de una proposición jurídica completa entre los tiempos del tratamiento de rehabilitación, pues si declara inexecutable la expresión "y un máximo indeterminado", debe en consecuencia declarar inexecutable el mínimo de internamiento de dos años, de seis meses y de un año. Ello por cuanto se ha establecido en esta sentencia que el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento.

E. Medida de seguridad-Suspensión

La internación tiene un tope máximo de duración —no un mínimo—, dentro del cual, por motivos de rehabilitación gradual, se puede suspender condicionalmente la medida de internación. Ello por cuanto la rehabilitación mental no siempre es absoluta sino que a veces es parcial o progresiva. Incluso en ocasiones no se recupera totalmente la salud síquica pero desaparece la propensión al delito. Es justamente merced a la suspensión condicional de esta medida que el inimputable puede gozar de libertad en forma anticipada.

12. SENTENCIA T-420 DE 1994.

A. Derechos de los internos-Condiciones mínimas de existencia

En el caso *sub judice*, las condiciones de higiene son a tal punto deplorables que con ello no solo se viola el derecho a la salud de los reclusos sino también su derecho a la dignidad y a la igualdad material. El prisionero es una persona que se encuentra a cargo del Estado y este no puede, de manera negligente y fundado en una moral utilitarista, poner a dichas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones mínimas de existencia.

B. Derecho a la intimidad. Derecho a la salud. Cárcel. Condiciones

La grave situación en la que se encuentran los reclusos y sus vecinos tienen origen en una concurrencia de causas. De un lado, los cambios administrativos que tuvieron lugar en los últimos años y que determinaron una variación de la entidad responsable de los destinos de la prisión. De otro lado, la falta de una voluntad política y administrativa para aunar los recursos suficientes que hubiesen permitido solucionar los graves problemas que allí se presentan. En relación con este último punto, la Corte ha insistido en la gravedad de ciertas actitudes de los funcionarios de la administración pública que subestiman las necesidades de los presos con el pretexto no declarado de que se trata de personas que no merecen una atención esmerada del Estado. Es necesario, una vez más, enfatizar que la protección de los derechos fundamentales está garantizada constitucionalmente para todas las personas sin distinción alguna.

C. Partida presupuestal. Ejecución. Juez de tutela. Órdenes

En casos de la gravedad señalada en este caso, el juez podría emitir órdenes encaminadas a la realización de los procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo la inclusión presupuestal y posteriormente la ejecución de la obra. Para que ello pueda ser admitido como facultad del juez, es también indispensable que dicha ejecución sea el único medio para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En cuanto al alcance de la orden judicial, esta debe limitarse a dar instrucciones a la autoridad competente para que "lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, logrando así la protección razonable y efectiva del derecho".

D. Derechos fundamentales-Violación/Autoridades carcelarias-Incumplimiento

Las condiciones de insalubridad e inseguridad de la cárcel, no solo afectan los derechos fundamentales de los reclusos sino también los del peticionario. La gravedad de los hechos relatados por el peticionario y confirmados por las prue-

bas realizadas no dejan duda sobre la violación de sus derechos. De otra parte, existe una relación causal entre el incumplimiento de los deberes de las autoridades carcelarias, la subsiguiente violación de los derechos fundamentales de los detenidos y la afectación de los derechos fundamentales del peticionario. En consecuencia la protección de este último entraña una defensa de los derechos de aquellos.

E. Cárcel-Traslado de sitio

La petición de trasladar el centro penitenciario no se encuentra dentro de las facultades del juez de tutela en el caso concreto, debido, de una parte, al hecho de no haberse completado el proceso administrativo que debe surtir para arbitrar los recursos públicos necesarios para la ejecución de la obra y, de otro lado, a la posibilidad de proteger los derechos del peticionario por otra vía diferente a las del traslado mismo.

13. SENTENCIA T-501 DE 1994

A. Ejecución de obras por tutela

La acción de tutela no ha sido consagrada como un medio para lograr la realización de obras materiales que impliquen cuantiosas erogaciones del erario público tendientes, como se pretende en el caso que ocupa la atención de la Sala, a que los reclusos—o, en su caso, los estudiantes, o los pacientes, o los empleados judiciales, o los funcionarios de la administración, o comunidades de personas—dispongan de todas las comodidades materiales propias de un país económicamente desarrollado. Cosa distinta es que, en circunstancias excepcionales, la situación concreta en que se encuentre una persona frente a las condiciones materiales que la rodean, ameriten que por vía de tutela se disponga acometer cierto tipo de obras tendientes a remediar tal situación, siempre y cuando esta se traduzca en una vulneración evidente y grave de los derechos fundamentales de aquella.

B. Derechos de los internos-Normas carcelarias

El cumplimiento estricto de las normas establecidas dentro de un centro carcelario debe realizarse, por parte de los guardianes y el personal directivo, mediante procedimientos razonables

que no atenten contra la dignidad y los derechos de los internos, esto es, evitando prácticas tales como los malos tratos físicos, los malos tratos humillantes o los castigos desproporcionados.

C. Derecho a la intimidad-Límites/Derecho a la intimidad-Núcleo esencial

La intimidad puede en ciertas circunstancias ser limitada, pero nunca vulnerada en su núcleo esencial. Lo anterior, porque como derecho que es, no puede ser absoluta. En el caso sub examine se observa con nitidez cómo se debe adecuar la intimidad a las normas legales y reglamentarias, a las necesidades de los demás reclusos, y a la disciplina propia de un establecimiento de tal naturaleza. Todo ordenamiento jurídico debe ser adaptable a las circunstancias reales, porque lo contrario sería plasmar como deber ser lo que no puede realizarse. Cuando se limita la esfera de acción de un derecho—en el asunto bajo estudio, la intimidad—, no por ello se está desconociendo su núcleo esencial, sino coordinándolo con los derechos de los demás y con las necesidades en que se encuentra el titular.

D. Derechos de los internos-Normas carcelarias

El cumplimiento estricto de las normas establecidas dentro de un centro carcelario debe realizarse, por parte de los guardianes y el personal directivo, mediante procedimientos razonables que no atenten contra la dignidad y los derechos de los internos, esto es, evitando prácticas tales como los malos tratos físicos, los malos tratos humillantes o los castigos desproporcionados.

E. Cárcel-R restricción de derechos

Las condiciones especiales de los centros carcelarios ameritan que se amolde el ejercicio del derecho de intimidad a las circunstancias, sin que ello implique desconocimiento del núcleo esencial del derecho. La situación especial en que se halla el peticionario—una cárcel—hace que sea imposible que su derecho a la intimidad tenga el mismo alcance que en situaciones de plena normalidad. Obsérvese que lo anterior no tiene como razón el castigo, sino la adecuación a la realidad. Es deseable ver a los presos en condiciones de pleno bienestar, pero ello no depende del juez de tutela.

14. SENTENCIA T-324 DE 1994.

A. Derecho a la participación política. Derecho al sufragio. Aplicación inmediata

La participación política bajo su forma de sufragio, comprende no solo la actividad subjetiva encaminada a ejercer el derecho, sino también una cierta acción del Estado encaminada a crear las condiciones necesarias para que el ejercicio del derecho tenga lugar. Lo segundo es una condición indispensable de lo primero. Sin la organización electoral, la expresión de la voluntad política individual deja de tener eficacia y sentido. Corresponde al Estado poner en marcha los medios para que la voluntad ciudadana sea adecuadamente recepcionada y contabilizada.

B. Derecho del sufragio-Núcleo esencial

El concepto de prestación estatal debe ser tenido en cuenta, de tal manera que el núcleo esencial del derecho al sufragio comprenda la posibilidad de acceder a los medios logísticos e informativos necesarios para participar efectivamente en la elección de los gobernantes. De otra parte, el voto ciudadano no solo debe ser entendido como un derecho individual, sino también como una función en cuanto contribuye a la formación de la voluntad política y al buen funcionamiento del sistema democrático. En su doble vertiente—derecho y función—las posibilidades de ejercicio y cumplimiento están supeditadas a la existencia de una adecuada, consciente y eficiente organización electoral que facilite su realización.

C. Derecho al sufragio-Elementos

El núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales. El derecho al sufragio es un derecho fundamental de aplicación inmediata; en consecuencia, su componente prestacional no lo convierte en un derecho de carácter programático

cuya efectividad se encuentre librada a contingencias económicas o a decisiones políticas futuras.

D. Derecho de los internos

Los detenidos privados de la libertad —aún no condenados— pueden ejercer el derecho al sufragio siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la ley para tal efecto. El límite de cincuenta votantes potenciales impuesto por la resolución del Registrador Nacional del Estado Civil impedía sufragar a todos aquellos detenidos que aún gozaban plenamente de su derecho de ciudadanía y que permanecían en cárceles localizadas en pequeñas cabeceras municipales. Con ello se introdujo un tratamiento desigual en relación con los demás presos del país confinados en cárceles ubicadas en poblaciones mayores, que solo pudo haber sido justificado en el evento de haber respondido a una excepción razonable. Las personas detenidas se encuentran en una situación de desventaja relativa para ejercer sus derechos, y, por lo tanto, en su caso se aplica lo previsto en la hipótesis planteada por el artículo 13 de la Carta, según el cual, el Estado tiene el deber de enderezar esfuerzos y disponer recursos para proteger a las personas que se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta. Los detenidos que aún no han sido condenados, son beneficiarios de la presunción de inocencia y, por lo tanto, para efectos políticos deben ser considerados como ciudadanos titulares de plenos derechos, que merecen un trato preferencial por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad.

E. Derecho al sufragio. Organización electoral en cárceles

El núcleo esencial del derecho al sufragio comprende los siguientes aspectos: en primer término la libertad de elegir y ser elegido y, en segundo lugar, el derecho subjetivo a la actividad prestacional del Estado encaminada a la organización efectiva de las elecciones. Sin embargo, es importante aclarar que el aspecto prestacional de este derecho, no desvirtúa su carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata; la resolución 3 de 1994, imponía una excepción discriminatoria frente a los presos de los centros de reclusión de las pequeñas cabeceras municipales. La existencia de otras soluciones posibles, que sin introdu-

cir excepción alguna no causaban traumatismo notable en la organización electoral, prueba el carácter discriminatorio de la decisión.

15. SENTENCIA T-502 DE 1994.

Derechos de los internos enfermos de sida

El pabellón de la cárcel donde se encuentra recluso el petente presenta unos problemas de humedad que afectan su salud y ponen en peligro su vida, por la especial sensibilidad o predisposición de estas personas a contraer enfermedades por la deficiencia de defensas orgánicas. No obstante que las autoridades penitenciarias han realizado y tienen programadas algunas obras destinadas a mejorar sus condiciones físicas, sanitarias y ambientales, se tutelarán los derechos a la vida y a la salud del petente y, en tal virtud, se le señalará un plazo al señor director de la Cárcel Nacional Modelo para que disponga lo conducente a efecto de que se lleven a la realidad las obras de adecuación del mencionado pabellón.

16. SENTENCIA T-193 DE 1994.

A. Derechos de los internos-Traslado

En una relación jurídica el predominio de una parte sobre la otra no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes. Ese es el caso del interno en un centro penitenciario. Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, el cual se sitúa en una posición preponderante, que se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento.

B. Acción de tutela. Improcedencia. Medio de defensa judicial. Jurisdicción contencioso administrativa. Acción de restablecimiento del derecho

No corresponde al juez de tutela, cuando no se han desconocido derechos fundamentales, y no están ni siquiera en peligro, decidir si un acto administrativo es contrario a la ley o se ajusta a ella. Asunto es este que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si el

demandante consideraba que la resolución que ordenó su traslado, violaba la ley, tenía la posibilidad de demandarla en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y pedir, si lo estimaba conveniente, la suspensión provisional. Demostrado como está que no existió quebrantamiento de ningún derecho fundamental, lo procedente era intentar la acción mencionada, para buscar satisfacer su deseo de permanecer en determinada prisión.

17. SENTENCIA T-277 DE 1994.

A. Reclusión carcelaria-Condiciones de alta seguridad/Derechos de los internos-Unidad Familiar

La reclusión carcelaria bajo condiciones de alta seguridad, no solo es admitida por la ley colombiana cuando se tienen fundadas razones para temer que el detenido cause daño a sus compañeros o al personal del establecimiento penitenciario; también lo es, cuando la autoridad responsable de la comparecencia del detenido en el proceso tiene fundadas razones para temer una fuga o la posibilidad de un ataque en contra del sindicato. Estas dos últimas razones han sido aducidas repetidamente en el proceso de tutela, tanto por la Dirección General de Prisiones como por la Fiscalía regional a cargo de investigar al actor, sin que este las haya infirmado o controvertido y, sin que se haya considerado procedente —dentro del proceso penal—, reemplazar la medida por una caución u otro sucedáneo para la detención preventiva. No encuentra la Corte que se haya violado el derecho del señor Iglesias Iglesias a la unidad familiar y, por tanto, no hay razón para conceder la tutela impetrada por este motivo. No encuentra la Corte que se hubiera violado el derecho del actor a la unidad familiar por su traslado a un pabellón de alta seguridad.

...el amparo especialísimo que el Estado debe a la familia como institución básica de la sociedad, encuentra limitaciones que se desprenden de la naturaleza misma del derecho, como por ejemplo, la imposibilidad —ya reconocida por esta Corte—, de obligar a los padres a proporcionar a sus hijos el amor al que estos tienen derecho, cuando aquellos simplemente no lo sienten, o la imposibilidad de imponer la convivencia a los cónyuges que la encuentran impracticable.

Los actos de las personas que componen una familia, también imponen limitaciones al amparo de la unidad familiar que corresponde garantizar al Estado; sea porque el maltrato que reciben los hijos hace obligatorio retirarlos de su hogar y confiarlos a otras personas en procura de su protección, sea porque al incurrir en un delito, no solo haya que separar a una persona de la institución básica familiar, sino también de la sociedad a la que aquella sirve de base organizativa, como ocurre en el caso que se revisa.

Cuando una persona es detenida con el cumplimiento, por parte de las autoridades, de todos los requisitos consagrados en el artículo 28 de la Constitución, es inevitable que su ausencia temporal (en el ámbito íntimo de la familia a la que pertenece, en el de sus relaciones particulares y en el de su figuración pública), afecte en mayor o menor medida a la unidad familiar y al tráfico económico, cultural y cívico del medio en que ordinariamente se desenvuelve. Pero la situación del detenido preventivamente ya está afectada por el juicio del funcionario instructor, quien, respetando los requisitos establecidos en el citado artículo 28 de la Carta y, por tanto, basado en las pruebas existentes sobre la comisión del hecho delictivo y la presunta autoría del afectado, juzgó procedente que se le separara del seno de la familia, los amigos y relacionados, mientras el juez del conocimiento decide si es culpable, caso en el cual ha de decidir también si la actuación del delincuente amerita que, a la separación física de su familia, se sume la suspensión de la patria potestad, como pena accesoria. Más aún, algunas modalidades delictivas, como el abuso sexual intrafamiliar, hacen casi obligada la prohibición de las comunicaciones entre el detenido y uno o más miembros de su familia.

B. Derecho a la vida-Conservación de la salud/Libertad personal

El derecho a la vida no se agota en la mera sobrevivencia de la persona detenida y su integridad física, independientemente de las condiciones en que se desarrolla su convivencia social. Parte del derecho a la vida se concreta en la facultad que se reconoce a la persona de conservar la salud y de actuar o no en busca de su recuperación cuando la haya perdido. Mientras la persona goza de su libertad personal y no está sometida a potestad, es la titular del derecho a juzgar

cuándo acudir en busca de tratamiento y hasta qué límites someterse al mismo, escogiendo de esta manera la calidad de vida que se acomoda a sus personales preferencias o, en otras palabras, la que corresponde a su idea de lo que requieren su vida y su muerte para ser apreciadas como dignas. Pero si la persona es privada de su libertad, pierde parcialmente la autonomía para calificar la gravedad de sus padecimientos y para decidir en qué casos buscar el tratamiento adecuado fuera del centro de reclusión en que se halla.

18. SENTENCIA C-318 DE 1995.

Estado de emergencia penitenciaria y carcelaria-Naturaleza jurídica

El estado de emergencia penitenciaria y carcelaria no implica que el Ejecutivo asuma funciones legislativas pues, a través de la precitada figura solo se están actualizando las restricciones anexas a la suspensión del derecho a la libertad física, precisamente ya determinadas por el propio legislador al regular el régimen penitenciario y carcelario y fijar los propios límites del mencionado estado de emergencia. En ese orden de ideas, el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria es una manifestación de potestad administrativa, pues solamente es un procedimiento que permite abreviar y conferir mayor agilidad a ciertos trámites, en relación con las situaciones de normalidad, en virtud de la crisis de seguridad y de orden sanitario a la cual se enfrentan las autoridades carcelarias y penitenciarias. Este estado de emergencia se asimila entonces a otras figuras administrativas, como la llamada contratación estatal por urgencia manifiesta, en las cuales la ley hace más expeditos ciertos procedimientos y tomas de decisiones, por las situaciones de urgencia que enfrenta la administración, sin que por ello pueda decirse que se trata de uno de los estados de excepción regulados por la Carta, puesto que el Ejecutivo sigue estrictamente sometido a la ley y no se convierte en legislador excepcional.

19. SENTENCIA C-318 DE 1995

A. Derechos de los internos-Limitaciones. INPEC

Las limitaciones en el ejercicio de ciertos derechos fundamentales se presentan dadas las cir-

cunstancias especiales de seguridad y salubridad que se deben mantener en una cárcel, para garantizar el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, así como para la propia protección de los reclusos y de derechos de terceros. El Director del INPEC, tanto a nivel general como cuando ejerce las potestades discrecionales derivadas del estado de emergencia, está obligado a respetar los derechos constitucionales de los internos. Esta limitación opera, según la Corte, al menos en un doble sentido. De un lado, la autoridad carcelaria y penitenciaria no puede, en ningún caso, efectuar conductas que sean lesivas de aquellos derechos constitucionales que las personas recluidas conservan en forma plena. Así por ejemplo, y tal y como esta corporación lo ha reiterado en anteriores decisiones, la dignidad de los presos debe ser respetada y no se les pueden aplicar torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, cuando sea necesario limitar un derecho, la autoridad carcelaria o penitenciaria tiene la obligación de tomar medidas proporcionales al fin perseguido, el cual obviamente tiene que ser constitucionalmente legítimo.

B. Estado de emergencia penitenciaria y carcelaria-Medidas que se adopten

Las medidas que pueden ser adoptadas durante la emergencia carcelaria o penitenciaria no pueden tener un carácter sancionatorio contra los reclusos, puesto que ellas están destinadas exclusivamente a "superar la situación presentada", tal y como lo señala expresamente el inciso segundo del artículo impugnado. En efecto, si tales facultades pudieran implicar un poder sancionador discrecional de parte del director del INPEC, tendrían razón aquellos intervinientes que solicitan la declaración de inexequibilidad de este inciso segundo por violar las reglas del debido proceso y el principio de legalidad y predeterminación de las sanciones disciplinarias. Pero ello no es así, por cuanto se trata de medidas únicamente destinadas a superar una situación de crisis.

C. Traslado de internos

Se debe verificar la entidad normal de la figura para así establecer con certeza su naturaleza jurídica. En el ordenamiento jurídico colombiano, el traslado no tiene el carácter de sanción sino que solamente es una decisión de gestión, a partir de los recursos físicos disponibles.

D. Aislamiento de internos

El aislamiento de internos tiene dos dimensiones: tanto la sancionadora como la preventiva. Vista la naturaleza precaria del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, la Corte estima que el aislamiento de internos de que trata el artículo 168 de la ley 65 de 1993 es de naturaleza preventiva pues tiene como objeto solo precaver la extensión o continuación de la situación de crisis, por lo cual la utilización de las facultades de emergencia para la imposición de aislamientos para sancionar internos y no para superar las situaciones de urgencia constituye una desviación de poder. Siendo ello así, cuando los problemas de seguridad u orden sanitario hayan sido superados el mencionado aislamiento debe cesar teniendo en consideración su característica precautelativa. La adopción de estas medidas específicas debe ser adecuada, razonable, proporcional y respetar los derechos constitucionales de los internos.

E. Derecho a la igualdad-Trato diferente

La Constitución reconoce el derecho a la igualdad de las personas. Tal derecho no implica sin embargo que la ley no pueda establecer formas de diferenciación y tratos diferentes, pero para que estos sean constitucionalmente legítimos, es necesario que se presenten las siguientes condiciones: distinta situación fáctica; finalidad en el trato distinto; la finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; el supuesto de hecho —esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; esa racionalidad debe ser proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el trato desigual configura una discriminación contraria a la Constitución. El trato distinto que se podría dar a los diferentes reclusos por la aplicación de medidas decretadas en virtud de un estado de emergencia carcelaria en principio no viola el derecho a la igualdad de los internos.

20. SENTENCIA T-187 DE 1995

Derecho de petición-Pronta resolución. Derecho de petición- Contenido. Traslado de interno. INPEC-Demora en resolver peticiones

El derecho de petición no agota su contenido en la simple posibilidad de dirigirse a las autoridades públicas, en interés particular o general, sino que, adicionalmente, implica la obtención de una resolución que, según los términos de la Carta, debe ser pronta. De ahí que la autoridad pública incumple con sus obligaciones cuando se limita a expedir constancias de que la solicitud fue recibida o radicada y, más aún, cuando demora más allá del término previsto o razonable la decisión del asunto sometido a su consideración o guarda absoluto silencio sobre el trámite y la respuesta producida. La inquietud planteada no ha obtenido la resolución debida y que la incertidumbre que afecta al actor tampoco fue disipada.

21. SENTENCIA T-121 DE 1995

A. Derecho de petición

El sentido del derecho de petición es el de asegurar una vía expedita para que el gobernado sea oído por los gobernantes y para que sus solicitudes, en interés general o particular, reciban curso adecuado y sean objeto de rápida y eficiente definición. En modo alguno compromete a la administración a adoptar resolución favorable, pues ello —a menos que se trate de actos reglados, que simplemente reconozcan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley al solicitante, quien en tal evento puede reclamar que se le conceda lo pedido— significaría inaceptable recorte a la facultad de disposición de los asuntos que están a cargo de la respectiva autoridad.

B. Traslado de internos-Improcedencia. Director del INPEC-Facultades

Los traslados de los reclusos condenados, que implican ubicación de estos en lugares diferentes a aquellos que inicialmente se les habían señalado para cumplir sus penas, corresponden a situaciones excepcionales previstas por la ley, que deben ser evaluadas y resueltas por la autoridad carcelaria, a cuyo cargo está la custodia de aquellos. Tal facultad —que hoy cumple el INPEC—

debe ser ejercida con arreglo a las pertinentes disposiciones legales, pues los casos en que se puede solicitar el traslado están previstos de manera taxativa, aunque en la aplicación concreta de estos debe considerarse necesariamente la circunstancia concreta en la cual se encuentra el recluso. Cuando se manifiesta por el director del INPEC que le es imposible acceder a un traslado, es inexacto e injusto atribuir tal decisión a su única y exclusiva voluntad, pues resulta necesario consultar las normas legales aplicables para hacerlas valer en la situación específica que plantea el recluso.

Por el contrario, el INPEC ha dado respuesta oportuna a las peticiones formuladas, al amparo de la normatividad vigente en materia carcelaria. El derecho de petición no exige la reiteración de respuestas a las solicitudes negadas. Alegó el actor que había enviado cuatro solicitudes de traslado al INPEC y que tan solo le habían respondido dos.

El derecho de petición se satisface cuando la autoridad a quien se dirige una solicitud le da pronto trámite y resuelve oportunamente sobre ella. Una vez más debe insistirse en que tal derecho no resulta desconocido por la sola circunstancia de que la decisión sea negativa respecto del interés planteado, pues no es eso lo que la Carta Política garantiza.

El sentido del derecho de petición es el de asegurar una vía expedita para que el gobernado sea oído por los gobernantes y para que sus solicitudes, en interés general o particular, reciban curso adecuado y sean objeto de rápida y eficiente definición. En modo alguno compromete a la administración a adoptar resolución favorable, pues ello —a menos que se trate de actos reglados, que simplemente reconozcan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley al solicitante, quien en tal evento puede reclamar que se le conceda lo pedido— significaría inaceptable recorte a la facultad de disposición de los asuntos que están a cargo de la respectiva autoridad.

Así, pues, contestada una petición en sentido contrario al querido por el solicitante, no es razonable que este pretenda vulnerado su derecho cuando la administración deja de responderle peticiones iguales sin haber cambiado la normati-

dad que gobierna el asunto y permaneciendo las mismas circunstancias consideradas al resolver en la primera oportunidad.

22. SENTENCIA T-588 DE 1996

A. Agencia oficiosa. Persona privada de libertad

Se ha acreditado plenamente su condición de agente oficiosa del presunto agraviado. La situación de relativa indefensión en que se encuentran las personas privadas de libertad, puede ser suplida por las personas pertenecientes a su círculo familiar próximo que conocen de su situación y que, además, sienten el deber de velar por sus intereses. La expresión del motivo de la agencia oficiosa no ha sido desvirtuada en el proceso y *prima facie* parece plausible.

B. Centros especiales de reclusión. Miembros de la fuerza pública

El establecimiento de centros especiales de reclusión para los integrantes de la institución policial constituye una de las formas de velar de manera particular por la protección de la vida y la integridad física de los miembros de esta institución. Puesto que en las cárceles y penitenciarías ordinarias se encuentran internadas personas que han sido afectadas por la actuación de los cuerpos policivos, es de presumir que podría representar un peligro para la vida e integridad física de los integrantes de la policía el ser reclusos en esos mismos centros. Por eso, la ley ha dispuesto que los miembros de la fuerza pública deben ser internados en lugares especiales.

23. SENTENCIA T-680 DE 1996

Centros especiales de reclusión. Miembros de la fuerza pública

La restricción de ciertos derechos del detenido o condenado, no implica que el Estado omita el deber constitucional de proteger su vida y su integridad física. Esta obligación de amparo que se impone a las autoridades, debe brindarse especialmente a aquellos detenidos o condenados que, en cumplimiento de su labor de combatir la delincuencia, han generado graves motivos de enemistad entre quienes serían sus compañeros de celda, corredor o patio, de no existir tal protec-

ción. Por ello esta Sala no comparte la afirmación del coronel Moreno Ramírez, director del INPEC y demandado en este proceso, según la cual la petición del actor debe ser negada porque “no probó durante el proceso, ni en el fallo se menciona prueba que demuestre plenamente la inminencia del peligro que corre su vida”. Basta la sola condición de agente de la Policía Nacional, para tener derecho a un sitio de reclusión especial.

La Corte no comparte la interpretación que hace el Coronel Moreno Ramírez del mencionado artículo 402, pues ese funcionario le atribuye a la norma un alcance restringido que no tiene. Una cosa es la justicia penal militar a la que compete el conocimiento y el juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones, y otra muy distinta es la destinación a centros de reclusión especiales de miembros de las fuerzas militares y de la policía a la que hace alusión el artículo 402. Con esta norma, lo único que persigue el legislador es evitar el inminente peligro que corre la vida de quien, por cumplir una función pública expuesta a riesgos, se ha granjeado enemistades. Así, para la aplicación de la precitada norma es irrelevante si los delitos se cometieron o no en razón del servicio; lo que debe verificarse es si la persona ostenta una de las calidades taxativamente señaladas por el legislador (C. de P. P., arts. 402 y 29 de la ley 65 de 1993).

En tal virtud, el señor Luis Fernando Marín tiene derecho a ser recluso en una cárcel especial, dada su condición de agente de la Policía Nacional, sin importar si el delito por el cual se encuentra detenido fue cometido en razón del servicio o no. Sin embargo, la Corte no puede ordenar la reclusión del actor en determinado penal, pues: 1) carece de elementos de juicio para establecer cuál es el establecimiento adecuado para brindar protección al actor, en la medida en que no tiene conocimiento directo del estado de las cárceles (condiciones sanitarias, de infraestructura, de seguridad, entre otras cosas) y 2) la corporación no puede desconocer el informe presentado por el director del INPEC, en el que se afirma que los centros especiales de reclusión son muy escasos y presentan hacinamiento.

Por ello no procede ordenar el traslado del actor a un determinado establecimiento carcelario; lo único que puede disponer la Corte es que

al señor Marín se le interne en uno de los pabellones especiales que las cárceles han adecuado exclusivamente para el personal de las fuerzas armadas, para que al detenido se le garantice plenamente su seguridad, so pena de imponer al demandado las sanciones contempladas en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991, y sin perjuicio de las otras a que haya lugar.

24. SENTENCIA T-705 DE 1996

A. Derechos fundamentales de internos. Límites razonables y proporcionales. Discrecionalidad de establecimiento carcelario-Restricción razonable derechos de reclusos

El recluso se encuentra inserto en una relación de especial sujeción con la administración, en virtud de la cual las autoridades penitenciarias y carcelarias están habilitadas para restringir y modular de manera particularmente intensa sus derechos y obligaciones. Sin embargo, las medidas adoptadas por los funcionarios administrativos, deben estar encaminadas al cumplimiento de los fines para los cuales han sido instituidas las relaciones de especial sujeción en el ámbito carcelario, esto es, la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad carcelaria. Adicionalmente, solo podrán afectarse derechos susceptibles de restricción y las medidas correspondientes deberán ser útiles, necesarias y proporcionadas a la finalidad que se busca alcanzar. Resultarán constitucionalmente legítimas las medidas que restrinjan los derechos fundamentales de los reclusos. Por el contrario, si persiguen una finalidad ilegítima, si afectan derechos intangibles —como la integridad personal—, si son innecesarias, inútiles o desproporcionadas, deberán ser objeto de reproche constitucional.

B. Traslado de internos-No afectación de derechos

La asignación de los internos a un determinado patio o celda, no constituye una decisión que responda al libre arbitrio de las autoridades penitenciarias y carcelarias. Por el contrario, dicha asignación se encuentra relacionada, por una parte, con el carácter resocializador de la pena y el orden y disciplina que deben prevalecer en las cárceles y, de otro lado, con la protección de los

derechos fundamentales de los propios internos. El traslado de un interno de un lugar a otro del penal no constituye, por sí mismo, un hecho atentatorio de los derechos fundamentales. Sin embargo, para que el cambio de un patio a otro, o el cambio de celda, admita la procedencia de la acción de tutela, se requiere que, en el caso concreto, se demuestre la amenaza o vulneración directa del derecho fundamental cuya protección se solicita. No puede afirmarse que el mero traslado de un lugar a otro del penal, sin atender a las condiciones propias del sujeto, así como a las circunstancias por las cuales se ordena el traslado, y a las condiciones propias de los lugares de origen y de destino, genere una violación de sus derechos fundamentales.

Adicionalmente, la Sala considera que el artículo 63 de la ley 65 de 1993 busca preservar los derechos fundamentales a la identidad personal (C. P., arts. 14 y 16) y a la igualdad (C. P., art. 13). En efecto, la entrada en prisión de un individuo no implica la pérdida de los rasgos definitorios de su personalidad, de aquellas particularidades que lo diferencian de las otras personas y que determinan, a su turno, que el tratamiento penitenciario al que debe ser sometido difiera del que se otorga a otros individuos. La propia función resocializadora de la pena, el ejercicio del *ius puniendi* a través de los cauces constitucionales y el carácter pluralista del sistema político-constitucional del Estado colombiano comportan la prohibición de que las autoridades penitenciarias y carcelarias prodiguen a los reclusos un tratamiento homogéneo que no se compadezca con sus diferencias específicas.

Con la finalidad de proteger la especificidad del tratamiento penitenciario y la preservación de la identidad del recluso, la ley estableció que el traslado de patio o de celda de los internos se sujeta a un procedimiento específico, contemplado en el artículo 81 del acuerdo 11 de 1995 del INPEC. Este procedimiento contempla por lo menos dos garantías esenciales:

(1) toda decisión relacionada con la distribución o traslado de patios y celdas debe ser adoptada por un organismo de carácter colegiado, en virtud de alguna de las consideraciones de que trata la ley; y, (2) el traslado de pabellón o celda de un interno constituye un acto motivado y, por ende, es de carácter reglado.

C. Derecho a la libertad de expresión- Comunicación del pensamiento

El derecho fundamental a la libertad de expresión, protege esencialmente, la facultad de comunicar, sin interferencias o prohibiciones arbitrarias, el pensamiento. En consecuencia, se trata de una garantía que, en primera instancia, se orienta a resguardar la libre transmisión de contenidos, siempre que con ello no se afecten arbitrariamente derechos fundamentales de terceras personas o se comprometan en forma desproporcionada bienes constitucionalmente tutelados.

D. Derecho a la libertad de expresión- Medios útiles

La libertad de expresión abarca, adicionalmente, el derecho a adoptar el medio que la persona considere más idóneo para comunicar y exteriorizar sus ideas, opiniones o pensamientos. En consecuencia, la forma de expresar las ideas o los medios que se utilicen para difundirlas, hacen parte del este derecho fundamental. En suma, la tenencia de medios útiles para comunicar el pensamiento se encuentra, en principio, amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

E. Establecimientos carcelarios- Uso de máquina de escribir por recluso

De la normatividad no se deriva una prohibición expresa en el sentido de vedar que los internos en un establecimientos carcelario posean máquinas de escribir. Por el contrario, sería razonable suponer que, en principio, la posesión del mencionado artefacto estaría permitida. Sin embargo, la Sala estima que las autoridades penitenciarias y carcelarias poseen claras facultades para determinar qué elementos pueden poner en peligro la disciplina, el orden, la seguridad y la convivencia dentro de los centros de reclusión. No obstante, la amplitud de las facultades antes mencionadas no exime a las autoridades carcelarias de su deber de motivar y justificar todos aquellos actos por medio de los cuales adopten la decisión de prohibir que los reclusos posean un determinado elemento. Este deber cobra mayor importancia si el elemento cuya posesión se prohíbe es apto para hacer efectivo alguno de los derechos fundamentales de los internos.

F. Derecho a la libertad de expresión de internos. Respeto del orden

Hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión, la posibilidad de que los reclusos disientan de las decisiones de las directivas de los centros carcelarios en que se encuentran reclusos y manifiesten su inconformidad a las autoridades de mayor jerarquía del orden nacional o territorial, siempre y cuando el disenso se manifieste de manera pacífica, respetando las normas sobre orden y disciplina interna y, especialmente, las normas penitenciarias y carcelarias en materia de comunicaciones con el mundo exterior.

25. SENTENCIA T-706 DE 1996

A. Establecimiento carcelario-Restricción de derechos de reclusos. Derechos fundamentales de internos-Restricciones

La restricción a los derechos fundamentales de los reclusos, derivada del ejercicio de las facultades de las autoridades carcelarias, solo es viable en cuanto tienda a hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones. La preservación de los objetivos propios de la vida penitenciaria determina que, en cabeza de las autoridades administrativas, recaigan una serie de poderes que les permiten modular e, incluso, limitar los derechos fundamentales de los reclusos. Si bien estas facultades son de naturaleza discrecional, encuentran su límite en la prohibición de toda arbitrariedad y, por lo tanto, deben ejercerse con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

B. Derechos fundamentales de internos- Condiciones para restricciones

Solo son legítimas las restricciones a los derechos fundamentales de los internos que cumplan con las siguientes condiciones: debe tratarse de un derecho fundamental que, por su naturaleza, admita restricciones en razón de las necesidades propias de la vida carcelaria; la autoridad penitenciaria que efectúa la restricción debe estar autorizada, por vía legal o reglamentaria, a llevar a cabo la mencionada restricción; el acto restrictivo de un derecho fundamental de los internos

solo puede estar dirigido al cumplimiento y preservación de los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del recluso y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de los establecimientos carcelarios; la restricción de un derecho fundamental de los internos por parte de la autoridad penitenciaria debe constar en acto motivado y, en principio, público; y, la restricción debe ser proporcionada a la finalidad que se busca alcanzar.

C. Derecho a la libertad de expresión- Alcance. Derecho a disentar- Difusión de opiniones

El derecho fundamental a la libertad de expresión implica, también, la protección del derecho a disentar y, por ende, la libertad de difundir todas aquellas opiniones que no se avengan con la ideología mayoritaria. La libre manifestación y circulación de ideas contrarias a la opinión predominante, enriquece la tolerancia y la convivencia pacífica, promueve la igualdad, fortalece la ciudadanía responsable y aumenta las posibilidades de control que, en una sociedad democrática, corresponde realizar a la opinión pública sobre las autoridades estatales. En este sentido, la posibilidad del individuo de disentar, en tanto manifestación directa de su libertad de conciencia, comporta la facultad de informar a la opinión pública acerca de estas ideas, a través de los medios masivos de comunicación, siempre y cuando la difusión de las anotadas opiniones no altere los postulados mínimos sobre los cuales se funda la convivencia social.

D. Derecho a la libertad de expresión e información de internos. Límites y restricciones

Si bien el derecho a la libertad de expresión e información es uno de aquellos derechos fundamentales de los reclusos que, por su naturaleza, es limitable, la vida penitenciaria y carcelaria no constituye un ámbito inmune a la eficacia del mencionado derecho fundamental. La democracia y el pluralismo no se terminan en las puertas de la prisión. Por el contrario, el interno debe ser considerado como un interlocutor válido que, pese a su situación de privación de la libertad, necesita estar informado y, puede, a su vez, manifestar sus opiniones y pensamientos y las informaciones

que, conforme a estos, considere pertinentes. Sin embargo, el derecho fundamental a la libertad de expresión e información de los internos no es absoluto, toda vez que no solo se encuentra sometido a los límites generales que la vida en comunidad y los derechos de los demás implican sino que, además, se sujeta a las restricciones que los fines de la relación penitenciaria y carcelaria determinen (resocialización y conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las cárceles).

La pena entonces, en el ordenamiento colombiano, es esencialmente temporal, lo mismo que sus efectos jurídicos. Consiste en la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, definido por el juez de la causa dentro de los parámetros legales, en el que se limita o suspende el ejercicio de algunos derechos fundamentales (libertad, locomoción, reunión, participación, etc.), se recorta, por razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los suponen (libre desarrollo de la personalidad, iniciativa privada, intimidad personal, etc.) y, a la vez, se mantienen inalterados algunos (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc.) y se estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de la educación y el trabajo).

En modo alguno, el proceso de resocialización del interno puede conllevar la anulación de los atributos inherentes a la dignidad que, como persona humana, le corresponden. Particularmente, el recluso conserva todas aquellas facultades que le permiten autodeterminar su comportamiento y actuar conforme a los postulados que su razón le dicte, sin coacciones ni intervenciones ajenas. Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado como sigue:

"En efecto, la dignidad de la persona debe ser considerada, primariamente, como aquel valor constitucional que busca proteger al individuo en tanto ser racional y autónomo, capaz de adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar plenamente su personalidad y, de conformidad con ello, determinar sus acciones sin coacciones ajenas de ninguna índole. El objeto fundamental del principio de la dignidad de la persona es, entonces, la protección del individuo como fin en sí mismo, el individuo como universo único e irreplicable con capacidad para darse sus propias leyes morales, las cuales,

en razón de que los otros son, también, fines en sí mismos, deben ser compatibilizadas con las de las otras personas. El principio de la dignidad humana protege —como diría KANT— al individuo autolegisador en un reino de fines".

Los funcionarios demandados no podían adoptar una decisión restrictiva de los derechos fundamentales, amparados en una errónea comprensión del proceso de resocialización. En efecto, resocializar no consiste en adoctrinar sino en evitar nuevas incursiones en las conductas ilícitas. En estas condiciones debe afirmarse que a las autoridades penitenciarias y carcelarias les está vedado prevalerse de sus poderes para dirigir el pensamiento de los internos en el sentido que más convenga a sus intereses o su ideología. Las directivas de las cárceles no están autorizadas para impedir la circulación de material informativo impreso —salvo los casos de grave amenaza de alteración del orden (ley 65 de 1993, art. 110)—, como quiera que con ello impiden que los internos se formen opiniones personales en torno a los acontecimientos que tienen lugar en el mundo exterior. El recluso, pese a estar privado de su libertad, no deja de ser partícipe de los beneficios derivados de la democracia y el pluralismo y, por ello, sus opiniones forman parte de la opinión pública, la cual solo es libre en tanto sea libre la opinión de los individuos que la conforman. Impedir que los internos accedan a una determinada categoría de informaciones constituye una grave vulneración de sus libertades de conciencia, expresión e información, toda vez que se impide que sus opiniones se formen en el sentido que autónomamente ellos deseen, y de la garantía institucional de la opinión pública libre como sustento del sistema democrático.

E. Establecimiento carcelario-Circulación de periódicos para reclusos

La Corte no desconoce que determinadas informaciones, en razón de circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, pueden llegar a convertirse en detonantes de situaciones que alteren el orden público dentro de una prisión. Sin embargo, es completamente inaceptable, desde la perspectiva constitucional, que una autoridad considere que determinados medios de comunicación, cuya circulación ha sido autorizada por parte de la autoridad competente, son *per se* subversivos

del orden establecido. Calificar de "peligrosa para el orden social" una información por el mero hecho de ser crítica, tampoco se aviene con los valores y principios en que debe fundarse un orden constitucional democrático y pluralista. Este tipo de manifestaciones, más propias de los regímenes autoritarios, constituyen una forma de censura, cuyo único objetivo es acallar las voces de aquellos que, legítimamente, en una sociedad democrática, pretenden cuestionar una determinada política o, incluso, las propias instituciones. A juicio de la Sala, la conservación del orden y la disciplina en los centros carcelarios no puede erigirse en un motivo tras el cual se oculten los prejuicios de ciertos funcionarios que establecen una equivalencia, equivocada y peligrosa para el orden constitucional, entre disenso y subversión.

F. Libertad de expresión e información- Decomiso de publicaciones en cárceles

Si bien las publicaciones decomisadas, al igual que otras que circulan libremente en los establecimientos carcelarios pueden presentar un fuerte contenido ideológico, ellas no constituyen, de ningún modo, una expresión de proselitismo político. Lo que se encuentra prohibido por la legislación penitenciaria y carcelaria es el proselitismo político de carácter partidista, mas no las inclinaciones de carácter ideológico —afines con el pensamiento de un determinado partido político— que un determinado medio de comunicación pueda reflejar.

26. SENTENCIA T-714 DE 1996

A. Derechos fundamentales de internos- Protección de ciertos derechos

Los internos tienen derechos fundamentales que no pueden ser limitados ni suspendidos por las autoridades administrativas, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la salud, al debido proceso, etc. En esta medida, dada la situación de indefensión y de privación de la libertad, en la que se encuentran los reclusos, la administración penitenciaria no solo debe abstenerse de violar estos derechos a través de acciones positivas, sino que está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos. Ciertamente, la realización efectiva de algunos de los derechos fundamentales del inter-

no, que no pueden ser suspendidos ni restringidos, depende, por entero, de acciones positivas de la administración.

B. Derechos fundamentales de internos- Existencia digna. Derecho al mínimo vital de internos-Alimentación adecuada

Una de las obligaciones que necesariamente debe asumir el Estado a fin de garantizar el derecho fundamental a la vida y a la integridad personal del recluso, es la de procurar al interno las condiciones mínimas de una existencia digna. En efecto, si la administración no satisface las necesidades vitales mínimas de la persona privada de libertad —a través de la alimentación, la habitación, la prestación de servicio de sanidad, etc.—, esta, justamente por su especial circunstancia, está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma tales beneficios. El derecho fundamental de las personas reclusas en establecimientos carcelarios o penitenciarios, a recibir una alimentación que responda, en cantidad y calidad, a prescripciones dietéticas o de higiene que garanticen, al menos, sus necesidades básicas de nutrición. El racionamiento alimentario, la provisión de comida no apta para el consumo humano —descompuesta o antihigiénica—, o la alimentación evidentemente desbalaceada, apareja un sufrimiento innecesario que constituye un tratamiento indigno o inhumano, a través del cual se compromete el mínimo vital del recluso. Este tipo de castigo suplementario —fruto de una conducta voluntaria o negligente— resulta absolutamente reprochable desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho que no persigue el sufrimiento innecesario del recluso como venganza por el daño causado a la sociedad o como mecanismo para purgar su culpa, sino su total rehabilitación para que pueda administrar adecuadamente su libertad cuando regrese a la vida comunitaria.

27. SENTENCIA T-654 DE 1996

Derechos fundamentales de los internos- limitación

...en el ordenamiento colombiano, el delincuente no es concebido y sancionado como alguien que se ubicó, por efecto de su actuar ilegítimo, por fuera del acuerdo político fundamen-

tal y, por tanto, debe ser reprimido como si fuera un agresor externo y desconocido. En lugar de ello, el vínculo de la nacionalidad lo mantiene unido al Estado a pesar de su transgresión, está prohibida la extradición de nacionales, la pena no es solo concebida como castigo sino que pretende ser también un tratamiento resocializador, la persona que purga su pena tiene derecho a la rehabilitación, y la ley estableció una categoría especial de jueces, los de ejecución de penas, encargados de velar porque se ejecute el tratamiento resocializador, y no se aplique al reo castigo mayor al considerado justo por el fallador del conocimiento.

Si el juez penal no puede imponer pena más gravosa que la máxima consagrada en la ley, si debe limitarse a restringir y suspender solo aquellos derechos que la ley autoriza afectar con la condena, y si debe hacerlo únicamente en cuanto sea necesario para lograr la rehabilitación del transgresor y la protección de los demás asociados, menos puede incurrir en tales extremos el órgano encargado de administrar las prisiones, pues este, instituido para ejecutar las órdenes de los jueces, es incompetente para modificar las sentencias de estos y, con mayor razón, las leyes a las cuales están sometidas esas providencias.

Así, es claro que, salvo por la libertad física y los demás derechos constitucionales que el juez penal expresamente restrinja o suspenda al dictar sentencia, el condenado conserva la titularidad de los demás derechos consagrados en la Carta Política, y algunos de ellos adquieren especial relevancia en la prisión, por la subordinación del preso a sus carceleros y por la relativa indefensión en que se encuentra; por ejemplo, el juez de tutela ha de prestar especial atención a lo establecido en el artículo 12 de la Constitución: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

28. SENTENCIA T-247 DE 1996

A. Derechos de los internos-Protección. Estado-Responsabilidad frente al interno

El recluso tiene restringido de manera específica y directa su derecho a la libertad y eso, sobre todo, en el plano puramente físico, de lo cual resulta que el Estado es responsable, inclusive patrimonialmente, por los daños que cause al dete-

nido o condenado en relación con derechos suyos no cobijados por la providencia judicial que ordena la privación de la libertad ni necesariamente afectados por la naturaleza misma de tal estado, y que también lo es por las omisiones que den lugar a la vulneración o amenaza de tales derechos por parte de las mismas autoridades carcelarias, de los guardianes o de los demás reclusos, pues tales daños y violaciones de derechos son por definición antijurídicos.

B. Establecimiento carcelario-Responsabilidad frente a interno

A partir de la privación de la libertad y posteriormente durante el transporte y el ingreso y permanencia del arrestado, detenido o condenado a las instalaciones en donde habrá de cumplirse la pena o concretarse la medida de aseguramiento, asume de manera íntegra las responsabilidades inherentes no solo a la prevención y represión de eventuales fugas y motines sino las relativas a la seguridad, la vida y la integridad física de aquellas personas.

C. INPEC-Aumento protección de interno

Los peligros que puedan correr los individuos sobre quienes recaen las resoluciones judiciales correspondientes deben ser siempre conocidos, evaluados y controlados por las autoridades carcelarias, aun sin necesidad de especial solicitud o requerimiento de aquellos o de sus allegados o familiares, lo cual se entiende sin perjuicio de que, ante advertencias específicas o en presencia de especiales motivos que lleven a concluir en la existencia de mayores riesgos para determinados internos, la responsabilidad estatal aumente, ya que entonces deben adoptarse aun con mayor agilidad y diligencia las medidas pertinentes. La adopción de disposiciones concretas en el orden interno corre a cargo del INPEC, siendo la obligación de este organismo, la de garantizar la plenitud de las condiciones de seguridad para el detenido afectado.

D. Establecimiento carcelario-protección expolicía detenido. Traslado de internos-Improcedencia

Establecida la evidente amenaza para los derechos fundamentales, se le concederá la tutela y se ordenará al INPEC adoptar de manera inmediata todas las medidas enderezadas a la eficaz y

cierta protección del detenido, bien en el mismo establecimiento carcelario o en el de Facativá, según la evaluación de las autoridades competentes. No se accederá de modo específico a lo pedido, en el sentido de disponer esta Corte sea trasladado, por cuanto la decisión respectiva solamente puede estar fundada en el conocimiento directo e inmediato de la situación concreta y de las condiciones existentes en una y otra cárcel (población carcelaria, disponibilidad física, condiciones de infraestructura y seguridad), elementos de juicio que la corporación no ha tenido a su alcance.

29. SENTENCIA T-066 DE 1996

Establecimiento carcelario. Traslado de interno por posible fuga

Es claro que la decisión del director de la cárcel se apoyó en las condiciones establecidas en la ley que faculta para que, de manera excepcional, puedan ordenar traslados, siempre que exista suficiente justificación y en caso de que un detenido o condenado constituya un peligro evidente para la vida e integridad personal de algunos de sus compañeros o de algún empleado del establecimiento, por virtud de enemistad grave o amenazas manifestas. Sin duda la solución se justifica ante estos casos graves y excepcionales, que si no se tienen en cuenta pueden generar una gravísima responsabilidad para el funcionario, si no procede con la suficiente diligencia y cuidado para precaver una posible fuga o el quebranto de la disciplina interna de la cárcel. Este tipo de actuaciones de la administración de efectos inmediatos e irresistibles y contra las que aparentemente no procede ningún recurso, como quiera que se aplican *in continenti*, dadas las especiales condiciones de reclusión física y de sometimiento a un régimen punitivo y penal que limita la libertad física de la persona, queda comprendido dentro de los casos en que se autoriza la excepción, como competencia del director de la cárcel, cuya resolución en todo caso pudo ser demandada ante el juez de lo contencioso administrativo.

30. SENTENCIA C-261 DE 1996

A. Tratado Internacional. Cooperación judicial. Repatriación de presos. Resocialización

Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delin-

cuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional.

B. Autonomía de los condenados. Derecho a la dignidad humana. Función resocializadora. Estado social del derecho

Con el tratado no solo se busca facilitar un mejor y real conocimiento de los procedimientos y condiciones bajo los cuales opera el instrumento sino que además se pretende que las personas que potencialmente se puedan beneficiar con las repatriaciones conozcan con certeza las implicaciones de su traslado y sean protegidas en sus derechos. Estas disposiciones concuerdan plenamente con la Constitución pues protegen la dignidad y autonomía de los condenados, y armonizan tales valores con la propia función resocializadora del sistema penal. En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal.

C. Soberanía de las decisiones del Estado. Límites. Traslado de condenados

La discrecionalidad y soberanía de los Estados al tomar una decisión de trasladar o no a una persona condenada no autorizan que Colombia pueda efectuar un manejo arbitrario interno de estos procedimientos, por cuanto el propio tratado consagra los requisitos para que se pueda efectuar un traslado, los procedimientos para llevar a cabo las peticiones, así como los criterios que deben orientar las decisiones que otorguen o nieguen una repatriación. Además, en el ámbito interno colombiano, esta discrecionalidad de las autoridades no significa que estas puedan tomar medidas irrazonables, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en innumerables oportunidades, el ejercicio de las potestades discrecionales se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico.

31. SENTENCIA T-317 DE 1997

A. Centro penitenciario. Régimen restrictivo

Si en el seno de la sociedad libre es requisito de convivencia la adopción de medidas tendientes a limitar el ejercicio de ciertos derechos, resulta lógico que esas limitaciones existan, en mayor proporción, en los centros penitenciarios, con relación a algunos derechos de aquellas personas que por mandato judicial se encuentran privadas de la libertad. Ciertamente, siguiendo los criterios constitucionales y legales sobre la organización del Estado, debe entenderse que al sistema penitenciario y carcelario le corresponde el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, de la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad. Ello explica que, necesariamente, los centros de reclusión estén organizados bajo un régimen restrictivo, y que la conducta de los internos se encuentre bajo vigilancia y control permanentes, buscando garantizar con ellos el orden, la disciplina, y un mínimo de condiciones de moralidad, seguridad y salubridad; todo ello, en aras de cumplir las funciones retributiva, protectora, preventiva y resocializadora que el ordenamiento jurídico le ha atribuido a la pena.

B. Establecimiento carcelario. Límites a ciertos derechos fundamentales de reclusos. Autoridades penitenciarias. Vigilancia, custodia y requisas de internos

En los establecimientos carcelarios algunos derechos fundamentales, como la intimidad, no pueden ser ejercidos en forma absoluta, pues las exigencias propias del régimen disciplinario y las condiciones de seguridad que deben predominar en el lugar, limitan su libre disposición. La labor de vigilancia, custodia y requisas de los internos, es un deber de las autoridades penitenciarias y corresponde a los guardianes ejercerla en todos los establecimientos carcelarios. Obviamente, estas obligaciones de orden legal deben cumplirse en forma razonable y prudente, permitiendo un mínimo de ejercicio de los derechos en aquello que no constituya amenaza contra la disciplina, la seguridad y la convivencia del establecimiento. El ejercicio de potestades limitativas de derechos en los establecimientos carcelarios no puede ser excesivo y menos arbitrario. No solo debe adecuarse a la ley y al reglamento sino que además, es necesario circunscribirlo al fin para el cual se ha destacado, con observancia estricta de las condiciones mínimas de respeto a los derechos y garantías constitucionales reconocidas a estas personas.

C. Integridad personal de reclusos. No vulneración por sometimiento a requisas

No puede considerarse una vulneración o amenaza de la integridad personal, física o mental, la molestia que representa el tener que despojarse ocasionalmente de la ropa para someterse a una requisas, que es una medida normal al interior de cualquier establecimiento carcelario para mantener el orden y la seguridad interior. Es cierto que los principios y derechos fundamentales, en particular la integridad personal, deben ser respetados en todos los establecimientos carcelarios; pero no puede extremarse su aplicación, porque ello haría inoperante el sistema penal y los fines de la pena, atentándose contra la armonía social que debe prevalecer en un Estado de derecho, donde existe una diferencia razonable en cuanto al ejercicio de ciertos derechos, entre quienes respetan el orden legal imperante y quienes desbordan el límite de lo justo y lo jurídico.

D. Establecimiento carcelario. Requisas inesperada y colectiva

Con las requisas se pretende, no solo la protección de los legítimos intereses de la sociedad, sino además, garantizar la vida y la integridad física de los propios internos, de los guardianes y, en general, de las personas que de una u otra manera se encuentran vinculadas a los establecimientos carcelarios. Por lo demás, es claro que la requisas, para efectos de cumplir su cometido, debe ser inesperada y colectiva, pues en ella prima el factor sorpresa como requisito *sine qua non* de su efectividad. Asimismo, teniendo en cuenta el carácter general y preventivo de la medida, ningún recluso puede escapar a su realización.

E. Guardia de establecimiento carcelario. Respeto derechos de internos

El personal de guardia debe ser instruido en el respeto de los derechos de los internos, pues dicha instrucción hace parte de los requisitos que exige la ley para desempeñar el cargo. Recuérdese que también se prohíbe a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia, "infligir castigo a los internos, emplear con ellos violencia o maltratamientos", so pena de las sanciones disciplinarias, e incluso penales, a que haya lugar.

32. SENTENCIA C-144 DE 1997

A. Pena de muerte. Abandono del retribucionismo rígido

El retribucionismo rígido, con base en el cual se defiende a veces la pena de muerte, no solo mina sus propios fundamentos sino que olvida que la modernidad democrática precisamente se construye con la idea de abandonar la ley del talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de ese nombre, no debe ser una venganza encubierta. De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la

imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena.

B. Derecho penal-función. Penas en Estado de derecho. Objetivo de prevención general

La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende "que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones".

C. Estado social de derecho. Función de la ejecución de pena. Penas. Resocialización del condenado

Se olvida que el delincuente también tiene derecho a la vida, por lo cual, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Solo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que le engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital.

D. Pena de muerte. Prohibición constitucional

La pena de muerte es incompatible con un Estado que reconoce la dignidad y los derechos

de la persona, como el colombiano, pues en ese tipo de ordenamiento jurídico el derecho penal no solo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo. La pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como *ultima ratio* y como tal debe ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada. En cambio, la muerte es una pena que desconoce la condición de persona del sancionado y destruye la propia credibilidad del Estado, pues la condena solo se reconoce como ejercicio legítimo de la coacción estatal cuando se ejerce con el máximo grado de garantías individuales y no se desconoce la dignidad del delincuente. En ese orden de ideas, el objetivo del presente Protocolo coincide plenamente con los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento constitucional, a tal punto que la ratificación del presente tratado que prohíbe la pena de muerte extiende la especial protección de que goza el derecho a la vida en la Constitución, ya que todo el sistema jurídico se centra alrededor de este presupuesto. Nuestro país puede entonces tener el orgullo de haber sido una de las primeras naciones en abolir integralmente la pena capital. La Corte resalta ese temprano compromiso jurídico de Colombia con el respeto a la vida, aun cuando no puede sino deplorar que la consagración constitucional y la adquisición de compromisos internacionales en este campo no hayan tenido la incidencia práctica que debieran, como lo demuestra la alarmante extensión de los atentados contra la vida en el país. Por ello esta corporación considera que un mayor compromiso real con la vida es una de las tareas esenciales de las autoridades y de la sociedad para una realización efectiva de los valores constitucionales en la vida cotidiana de los colombianos.

33. SENTENCIA T-214 DE 1997

A. *Traslado de reclusos-Discrecionalidad sujeta a preceptos fundamentales*

La discrecionalidad legal en la toma de decisiones impide en principio que el juez de tutela tome partido en favor de una opción, como sería la del traslado del preso. Pero, eso no quiere decir que no tenga competencia el juez constitucional para ordenar que sean tenidos en cuenta determinados derechos fundamentales que al ser omi-

tidos en el estudio de la petición de traslado obligan a protección por medio de acción de tutela.

B. *Medicina alternativa para recluso indígena. Ponderación de circunstancias. Autonomía. Escogencia de tratamiento médico. Traslado de recluso indígena. Ponderación de circunstancias en enfermo terminal*

Aunque no es obligación del Estado darle medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura para prestar este servicio asistencial especial, de todas maneras se protegen las actividades de los "curanderos" indígenas, de lo cual se deduce que no se rechaza la medicina alternativa que ellos proponen, luego hay que ponderar en cada caso particular la autonomía y la protección a la diversidad étnica y cultural, especialmente si el recluso no pide que se le dé medicina vernácula, sino que se le facilite recibir esa medicina que el Estado no le va a dar, porque ya no se trata de dar una determinada medicina sino de colaborar para el ejercicio concreto del derecho a la autonomía y al derecho a la protección como minoría racial y cultural. Pero, la omisión en la aceptación de ser de una de minoría y de acogimiento a la medicina vernácula, no implica una violación al derecho a la vida porque se le ha ofrecido por parte del Estado la medicina científica lo cual significa también que la afectación al derecho a la salud no proviene del Estado. Sin embargo, como se trata de una persona que supera la edad de la vida probable, que culturalmente ha pertenecido a una etnia y que tiene una enfermedad terminal, el traslado hacia el sitio donde están los suyos es una razonable petición que ha debido ser estudiada por el Inpec; y como hubo desprecio por esos planteamientos, se deduce que se afectó la dignidad del recluso. No significa lo anterior que necesariamente deba trasladarse a los ancianos enfermos al establecimiento carcelario donde ellos digan, sino que la autoridad está obligada de manera preferencial, a ponderar si las circunstancias son ciertas y hacen aconsejable el traslado. La crítica surge cuando planteadas por el recluso, el INPEC ni siquiera las estudia; en esta circunstancia (estando de por medio los últimos días de vida de un ser humano) la violación no solamente es del derecho de petición sino del derecho a la dignidad, a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural.

Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho

(Juan Fernández Carrasquilla,
Santa Fe de Bogotá, Edit. Leyer, 1998*).

La aparición en nuestro medio de un libro sobre *Principios y normas del derecho penal*, será siempre una buena noticia para el mundo jurídico y mucho más cuando está avalado por la autoría del profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, cuya autoridad académica, rigor científico y compromiso con las ideas demoliberales, no podrán ser empañados por un galopante maniqueísmo simplificado al máximo. Dividir a los miembros de un conglomerado en buenos y malos, ha sido uno de los más fáciles y acostumbrados recursos del autoritarismo para descalificar a aquellos que no comparten sus valores o la visión de la sociedad y las posibles soluciones que ella puede tener para sus problemas.

Una prueba de este maniqueísmo ha sido la forma como se ha descalificado al profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, desde ciertos sectores políticos, en los medios de comunicación y aun en el mundo académico, por su reciente ejercicio profesional, como si el liberalismo fuera respetable y reivindicable mientras se plasma en escritos, pero no cuando se asume como una forma de vida, es decir, cuando es capaz de producir efectos en las prácticas judiciales y políticas. Sin embargo, la obra que ahora se comenta es la prueba palpable de que el muerto que han querido enterrar, goza de perfecta salud: su rigor argumentativo, su fuer-

* En prensa este artículo se publicó la segunda edición por la misma Editorial.

za académica y su capacidad polémica están intactas y el único espacio válido para su confrontación no puede ser sino el de las ideas, el de los valores, el de la concepción del derecho y de la sociedad.

Libro polémico como el que más. Y no podría ser para menos. Hablar de los principios del derecho penal en un país como Colombia, en un momento como este, no puede ser de otra manera y mucho más cuando se hace desde una determinada posición que puede ser minoritaria, que evidentemente camina contra la corriente, que está llena de valor civil y político y, sobre todo, que tiene el aval de un profundo convencimiento decantado en años de docencia, magistratura, ejercicio profesional y actividad intelectual, es decir, el antípoda de la moda, del tren de la victoria.

En la obra, sin embargo, se sostienen unos puntos de vista, que creo que vale la pena resaltar para futuras discusiones:

a) El libro se apoya en un cierto iusnaturalismo ingenuo. Parte del supuesto de que existen unos derechos previos a cualquier actividad legislativa e incluso constitucional¹. Como cualquier iusnaturalismo, esta postura nos coloca en el terreno de lo opinable y su rendimiento crítico se reduce considerablemente, en la medida que solo ofrece la posibilidad de una condena moral o política a un determinado estado de cosas, y a quien lo suscribe, lo coloca en el simple lugar de un "poeta en tiempo de penuria", cuando, precisamente, el testimonio vital del maestro FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, plasmado en sus obras y su quehacer jurídico, nos muestra lo lejos que está de la poesía vacua y lo mucho que ha contribuido a la resistencia en este momento de eficientismo y de pedestre pragmatismo.

Frente a los derechos, y de contera a los principios, la pregunta clave no es si el Estado apenas los reconoce o los crea de la nada: la pregunta, que el mismo contexto de la obra permite formular, es hasta dónde el derecho hace parte de los instrumentos de dominio y, por lo tanto, desde una posición crítica, ¿qué es lo que hay de insoponible en el ejercicio del poder? No parece tan importante indagar por cuánta racionalidad o lógica puede haber en la consagración y eventual reconocimiento de principios y derechos.

b) Se conciben los principios del derecho penal, también, como fundamento, minimizando, así no se quiera, su calidad de límites al poder². Y esto resulta polémico hasta el extremo, no porque el autor se coloque en esta situación por inadvertencia o

¹ "Pero, claro está, esto no significa que la 'Declaración' haya creado o inventado los derechos morales básicos de la persona, pues ellos preexisten a cualquier reconocimiento jurídico; solo por esto podemos hoy formular con fuerza moral crítica la injusticia de regímenes como la esclavitud o el feudalismo, por ejemplo, pese a la sacralización de que se invistieron", pág. 44. O cuando sostiene: "Sin embargo, la norma rectora no crea el principio de valor correspondiente, sino que lo recoge y positiviza, pero por fuera de la norma legal o constitucional este principio no siempre está investido de un sentido normativo fuerte", pág. 87.

² De los principios se puede hablar, tanto en filosofía como en teoría jurídica, en múltiples sentidos. Sobre esto, a los principios jurídicos se los puede mentar como (1) 'fundamento', o como (2) 'idea informadora', pág. 39. O "Un 'principio' es algo por lo que una cosa (dinámica) o un cambio comienza, la causa inicial de un movimiento está, sin embargo, presente y actuante hasta que el movimiento llega a su fin y el cambio termina de producirse", pág. 43.

porque haya que estar de acuerdo con un lugar común; al contrario, es una postura coherente y consecuente, desde sus más tempranos escritos y, justamente por eso, es necesario resaltarla porque ha llegado la hora de tomar distancia con estas posiciones. Cuando a los principios se les da el carácter de fundamento, de razón de ser, ya estamos inmersos en una determinada concepción: aquella que considera que el derecho penal tiene algo útil para hacer en estas sociedades y, por consiguiente, las grandes diferencias entre distintos sistemas penales descansan en la base de cuáles respetan los principios y cuáles los desconocen. Es decir, estamos aceptando la posibilidad de un derecho penal bueno, racional, justo. Colocarnos coherentemente en la otra visión (los principios únicamente como límites) —que dicho sea de paso el profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA no desconoce y tampoco desprecia— es colocarnos en serio frente a una crítica del derecho penal, que lo mostrará como una intromisión intolerable en la vida de los individuos, y que si bien no estamos en la posibilidad de ver su desaparición ni siquiera a mediano plazo, sí tenemos la obligación política y hasta académica, de mantenerlo "contra las cuerdas" y que sea el poder el que esté obligado a legitimar su uso y no la academia la que lo exonere de esa dura, por no decir imposible, prueba. Considerar que los principios son un fundamento del derecho penal, equivale a suponer que podemos encontrar una prolongación sin fisuras entre el quehacer académico y el ejercicio del poder. En otras palabras, sería reanudar la imposible apuesta por un derecho penal racional.

c) Una confianza demasiado grande en el internacionalismo y hasta cierta esperanza en el derecho penal internacional³. Hoy, cuando ya son palpables los horrores que es posible cometer a nombre de la comunidad internacional, cuando nuestro país ha sufrido las condenas y descertificaciones de esa pretensa comunidad, tenemos el deber, por lo menos, de ser cuidadosos con cierta internacionalización y sobretodo, tomar distancia con algo, que hoy puede servirnos como apoyo pero mañana nos empujará al abismo, porque ha demostrado a la saciedad que conceptos tan claros y de un origen políticamente tan valioso como los derechos humanos y el humanitarismo, en sus manos puede llegar a soportar las más criminales instrumentalizaciones.

Pero más allá de estas observaciones, tal vez cargadas de precauciones demasiado puntillosas, la obra es pletórica de méritos, de los cuales quiero resaltar dos:

En primer lugar, escribir sobre los principios del derecho penal sin perder de vista la triste realidad de la práctica legal y judicial en Colombia, es un bálsamo para aquellos que todavía le seguimos apostando a la libertad y al respeto de las personas, por encima de los pragmatismos que alimentan desde el Estado y ciertos sectores de la sociedad, la batalla en todas estas guerras contra el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción y el crimen organizado, guerras en las cuales nos hemos olvidado de que los fines jamás pueden justificar los medios y que, en todo caso, "El derecho a la propia dignidad es de tal rango que no se pierde siquiera por el hecho de atentar contra la dignidad de los otros, de suerte que tampoco se le puede negar a los 'indignos'"⁴.

³ Véase entre otras, páginas 35, 87 y 254.

⁴ Pág. 95.

Y en segundo lugar, el lenguaje. Lejos de considerar que la obra se desvalorice porque el tono polémico se lleva a veces a los desenmascaramientos ideológicos sin concesiones a la buena educación académica, al contrario, esto le da un valor adicional al libro. "Sabido es que el estafeta mayor de la 'fidelidad al derecho' como núcleo del injusto y la culpabilidad en el derecho penal de nuestros días es G. JAKOBS"⁵. En lugar de instaurar el diálogo en el terreno del panfleto y la diatriba, nos ahorra mucho algodón manchado (como diría el viejo Cortázar), porque finalmente es la garantía de que llamaremos las cosas por su nombre, es decir, que el eficientismo, el funcionalismo y el pragmatismo en derecho penal, no hacen más que revivir el nazismo, a nombre de los afanes contemporáneos del poder y de la dominación.

En resumen, los reparos no pueden ser más que el señalamiento de lugares donde la polémica tiene que estimularse; los méritos son las razones por las cuales el libro debe ser estudiado con cuidado y representar sin duda una lección para las nuevas generaciones de penalistas, que aún no se hayan dejado contaminar por las cifras, los informes periódicos y la contabilización de las sentencias condenatorias, como criterios de justicia.

JULIO GONZÁLEZ ZAPATA
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Antioquia
Medellín, abril de 1999

⁵ Pág. 307

Cause di giustificazione e fatti colposi. (Causas de justificación y hechos culposos)*

Stefano Fiore

Padua, Editorial CEDAM, 1996

El autor de esta obra aborda el tema de la justificación penal desde una perspectiva poco usual, como es la de considerar la operatividad de las causas de justificación en relación con los hechos culposos, o más genéricamente, la categoría de la antijuridicidad penal y los delitos imprudentes. Y lo hace con gran cuidado de mantener en todo momento la coherencia sistemática y el rigor científico, dedicando una atención especial a la regulación positiva del Código Penal italiano.

Para estudiar tan complejo tema, FIORE opta por una metodología de análisis teleológico-funcionalista, que no pierde de vista los valores de política criminal deducidos normativamente del ordenamiento italiano vigente, y aspira a lograr soluciones que correspondan a las opciones ideológicas del sistema jurídico que les da vida. El autor parte de considerar que el análisis estructural de cualquier categoría jurídica, lejos de orientarse a la elaboración de conceptos puros, debe enfocarse desde una perspectiva funcional, dado que las categorías dogmáticas definen su colocación sistemática y el ámbito de su eficacia por medio de elecciones de valor que están llamadas a actuar en el plano de la política criminal.

La monografía se divide en dos grandes partes: la primera trata el concepto y las funciones político-criminales de la antijuridicidad, mien-

* STEFANO FIORE, Padua, Editorial CEDAM, 1996, 141 págs.

tras que la segunda se dedica a la configurabilidad y los límites de la aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos culposos.

En la primera parte, dedicada a la antijuridicidad estudia la función de esa categoría en la estructura del delito, para después adentrarse en los problemas que plantea la tipicidad del hecho culposo en particular.

Fiore parte de la concepción tripartita del delito, en la que la antijuridicidad ocupa un puesto central, y destaca la diferencia entre la tipicidad como un juicio normativo y la antijuridicidad como categoría que agrupa las causas que excluyen la punición de un hecho, cuya contradicción con el derecho objetivo ya ha sido afirmada. En esta línea, el autor profundiza en la separación entre tipicidad y antijuridicidad a partir de las funciones y exigencias que ha de cumplir cada categoría estructural del delito, destacando el carácter secuencial que media entre ambas.

Así, mientras que la tipicidad está estrechamente vinculada por la vigencia del principio de legalidad en la determinación del injusto y define el objeto de valoración del ordenamiento, con una naturaleza ante todo descriptiva, la antijuridicidad, como sede de resolución de conflictos sociales, no obstante estar sujeta a unas exigencias mínimas de determinación, reclama más flexibilidad para cumplir su misión allí donde las características del conflicto no permitan soluciones rígidas. Sobre esta distinción de ambas categorías del delito, Fiore critica la teoría de los elementos negativos del tipo, porque no separa adecuadamente el hecho típico como objeto de valoración de la valoración misma, tratando por igual supuestos en los que ni siquiera hay ofensa al bien jurídico, que aquellos otros en que existiendo la lesión de un bien jurídico, esta resulta en última instancia lícita en una valoración funcional relativa a los fines del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El autor entiende las causas de justificación como tipos permisivos que fijan los límites de lo lícito y expresan opciones valorativas del ordenamiento penal.

Sobre la difícil cuestión de la presencia de elementos subjetivos en las causas de justificación, considera Fiore, que junto a los elementos objetivos de la causa de justificación ha de concurrir genéricamente el requisito consistente en que la dirección subjetiva del actuar esté orientada a la consecución de los fines para los cuales el ordenamiento reconoce esa causa de justificación. No basta, pues, a juicio de este autor, el mero conocimiento de la situación justificante.

En cuanto a la tipicidad del hecho culposo, Fiore adopta los criterios que ofrece la teoría de la imputación objetiva por considerarlos particularmente idóneos para verificar la infracción de la norma de cuidado en que consiste el delito imprudente, pues entiende que esa infracción en cualquier caso puede presentarse como creación de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico, o bien como una actuación fuera del riesgo consentido, o que excede el fin de protección de la norma. El criterio del riesgo consentido para verificar la realización del hecho imprudente hace que se resuelvan ya en el ámbito de la tipicidad, supuestos en que la producción del resultado lesivo sucede dentro del ejercicio de actividades de riesgo valoradas socialmente como útiles y con la observancia de las reglas que disciplinan su desarrollo. Tal es el caso de

las lesiones acaecidas en la práctica deportiva, tradicionalmente tratadas desde la perspectiva de la justificación o de las eximentes de ejercicio de un derecho o el consentimiento.

Más adelante Fiore entra en el espinoso tema del exceso culposo en una causa de justificación, el cual trata distinguiendo dos clases de supuestos, sin perder de vista la regulación legal del artículo 55 del Código Penal italiano:

Exceso culposo en los medios empleados, lo que no deja de ser un supuesto de responsabilidad imprudente sin mayor dificultad.

Exceso culposo en relación con el alcance o los límites de la propia causa de justificación, el cual se asemeja para el autor a los supuestos de error vencible sobre la presencia de una causa de justificación, puesto que en ambos casos quien actúa conoce el carácter lesivo de su conducta para un bien jurídico, pero cree que actúa lícitamente, por concurrir una causa de justificación que ampara su conducta.

Los supuestos de la segunda clase son los que resuelve el artículo 55 del Código Penal italiano sometiéndolos a la misma disciplina de los hechos culposos, porque encierran en sí un juicio de desvalor que los muestra necesitados de pena en términos semejantes.

La segunda parte de la obra se inicia con un estudio general de las cuestiones que se plantean en relación con la aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos culposos, para continuar más adelante con el régimen de cada una de las causas de justificación en particular, y su compatibilidad con la estructura de las infracciones imprudentes.

Como punto de partida, señala Fiore que de la redacción legal de las causas de justificación en el Código Penal italiano no se deduce *a priori* ningún obstáculo que impida su aplicabilidad a los delitos culposos.

De nuevo surge aquí la cuestión de la exigencia de elementos subjetivos de la justificación que la harían incompatible con el actuar culposo. En concreto, se plantea el caso de la realización de una acción imprudente en presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sin el conocimiento de tal situación por parte del agente. Cuestión que el autor resuelve afirmando que, si bien por sí sola la presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación no excluye la responsabilidad criminal, también es cierto que la realización de un resultado útil para el ordenamiento jurídico, junto con el menor desvalor que corresponde al actuar culposo hacen decaer las necesidades preventivas que justificarían la imposición de una pena.

Ya en el análisis de cada causa de justificación en particular, se admite la eficacia justificante del consentimiento en relación con los hechos culposos, siempre que se trate de bienes jurídicos disponibles.

Más dificultades se alzan en relación con la eximente de ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber, dado que en ambos casos parece ínsita la idea de un actuar en todo conforme a las reglas del ordenamiento, lo que sería incompatible con la infracción de la norma de cuidado característica de los delitos imprudentes. La

pregunta a la que se debe responder entonces, es la siguiente: ¿entre las facultades inherentes a un derecho o el contenido de un deber puede integrarse un hecho correspondiente a un delito culposo?

El autor responde a tal cuestión afirmando que, en los casos en que la realización del hecho típico culposo coincide plenamente con la forma de exteriorización del derecho que se trata de ejercitar, se podrá justificar la conducta en virtud de la eximente del artículo 51 del Código Penal italiano.

Se reconoce la aplicabilidad de las eximentes de legítima defensa y estado de necesidad en orden a la justificación de los hechos culposos, siendo en estos casos los requisitos de proporcionalidad y necesidad los que oponen una mayor dificultad en relación con la figura del delito imprudente.

La eximente de estado de necesidad es caracterizada por FIORE, sobre la base de la redacción legal del artículo 54 del Código italiano, como una causa de justificación en cualquier caso, y la virtualidad justificante de esa causa ha de basarse sobre un juicio de proporcionalidad entre el delito cometido y el peligro para el bien jurídico que se pretende salvar. El autor integra entre los componentes de ese juicio la naturaleza culposa de la infracción, que le otorga un menor desvalor, lo que permitiría en ciertos casos considerar el hecho imprudente proporcionado al peligro en circunstancias en que la misma conducta realizada de forma dolosa no resultaría justificada.

Finalmente, el autor da cuenta de una causa de justificación peculiar del artículo 53 del Código italiano, consistente en el uso de armas por parte de funcionarios y autoridades legítimamente autorizadas, que se configura como subsidiaria de la legítima defensa y del ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. Se trata de un precepto que privilegia la actuación de las autoridades, al establecer un régimen más favorable que el de las eximentes genéricas, en tanto que no lo somete al rigor del juicio de proporcionalidad y que es reflejo del régimen político que dio vida al Código Penal italiano.

La doctrina penal italiana ha tratado de reducir el ámbito de operatividad de tal precepto, al exigir analógicamente el requisito de proporcionalidad, opción esta que no convence plenamente a FIORE porque choca con el tenor literal del precepto, que tan solo condiciona la eficacia de la eximente a la necesidad, requisito que no es graduable a diferencia de la proporcionalidad.

Con esta obra FIORE ofrece al lector un estudio serio y ordenado de las cuestiones que suscita la justificación de los delitos culposos por razón de su peculiar estructura, tratando de ofrecer en cada caso la solución más acorde y basada en el derecho positivo vigente en su país. No por ello la obra pierde interés, puesto que aborda un tema que excede de las particulares cuestiones que puedan suscitarse en relación con un ordenamiento concreto, y se adentra con rigor en las cuestiones más importantes de la teoría jurídica del delito.

MARÍA ELENA TORRES FERNÁNDEZ
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Granada

Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito

(Mario Salazar Marín, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998).

PRESENTACIÓN

Coincidiendo con el regreso de la Revista *Nuevo Foro Penal*, luego de una prolongada ausencia de seis años, ha aparecido esta semana con el sello editorial de Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez —firma que a partir de la fecha tendrá su propia librería en esta ciudad de Medellín— el libro del profesor MARIO SALAZAR MARÍN intitulado *Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito*.

El autor es bastante conocido en la judicatura, el ejercicio profesional y la vida académica, no solo en Antioquia, sino también en el resto del país. En efecto, desde muy joven se inició en la actividad judicial y su fulgurante carrera lo ha llevado a ocupar desde los cargos más humildes y sacrificados, hasta las plazas de magistrado de la sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín y, desde hace dos años, la de procurador delegado ante la Corte Suprema de Justicia, brillando siempre por su capacidad de trabajo, su vocación, su honestidad y su independencia.

De igual forma, tras su retiro voluntario de la magistratura, durante varios años se dedicó con marcada intensidad al ejercicio como abogado penalista, cosechando importantes logros.

* Texto de la conferencia dictada por FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, el 26 de marzo de 1999, en la ciudad de Medellín, en la presentación de la obra que se reseña.

En lo atinente a su actividad académica, debe recordarse que SALAZAR MARÍN se desempeñó por varios años como profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Medellín —de la cual es egresado—, en el pregrado y en el posgrado, donde impartió el curso de *Derecho penal*, parte general, fruto del cual son muchas de las reflexiones plasmadas en sus diversos escritos; también, desde hace más de quince años, se vinculó como colaborador de las revistas *Nuevo Foro Penal* —a cuyo Consejo de Dirección ingresó en 1986— y *Tribuna Penal*, en las cuales publicó sus primeros artículos y algunas de sus más brillantes providencias judiciales que, posteriormente, darían lugar al nacimiento de su primer libro en 1992. Como conferenciante, ha recorrido los recintos académicos nacionales donde ha expuesto sus posturas con solvencia y encomiable rigor académicos.

Desde luego, el ideario jurídico-penal que ha defendido el expositor en sus escritos puede adscribirse a las directrices postuladas por los que, de una u otra manera, confluimos en el llamado grupo de Medellín, esto es, un agregado de profesionales dedicados al derecho penal, la criminología y la política criminal que por espacio de veinte años hemos defendido una postura liberal y democrática en el plano político, que se ha traducido en una visión crítica del derecho penal, defendida en la cátedra, la judicatura, la doctrina y el ejercicio profesional, logrando, según uno de sus más destacados voceros, que el meridiano de las disciplinas penales pase por Antioquia.

De este núcleo de estudiosos han hecho parte, al lado de SALAZAR MARÍN, esclarecidos hombres del pensamiento penal como, NÓDIER AGUDELO BETANCUR —su indiscutible mentor—, HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, CARLOS GÁLVEZ ARGOTE, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, CARLOS ALBERTO JARAMILLO RESTREPO, ÁLVARO VARGAS, HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, ALBEIRO PULGARÓN CARDONA, JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ, entre otros.

Desde luego, de él también ha formado parte —y lo seguirá haciendo porque las ideas nunca mueren— el inoludado JESUS MARÍA VALLE JARAMILLO, quien, tras una larga vida dedicada al servicio de los demás, nos abandonó hace poco más de un año dejando un profundo legado de humanismo, compromiso social, y lucha por los derechos de la persona humana.

Obviamente, debe destacarse que al lado de figuras ya consagradas, el grupo de Medellín se ha venido fortaleciendo cada día más con la presencia de jóvenes talentosos como JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA y ALFONSO CADAVID QUINTERO, quienes, recientemente, han asumido la dirección de la Revista *Nuevo Foro Penal*, con el enorme compromiso de llevarla triunfal al nuevo siglo y posibilitar la renovación del pensamiento penal colombiano en todas y cada una de sus manifestaciones, sobre todo ahora que —ante la arremetida del irracionalismo y del autoritarismo— se han cercenado conquistas centenarias del pensamiento penal, las cuales deben ser recuperadas para que en Colombia —así haya que luchar durante décadas— no se tenga que volver a hablar de justicias regionales ni de estatutos antidemocráticos, para recordar los diez últimos años de terrorismo punitivo.

Por supuesto, todas y cada una de las páginas del libro del profesor SALAZAR MARÍN están inundadas de ese legado democrático que nos permite constatar, una vez más, cómo en un país derrumbado por la violencia y la injusticia social, todavía hay espacio para el pensamiento jurídico-penal.

Ya desde el prólogo lúcido y generoso que le hace al libro el doctor GERMAN PABON GÓMEZ, actual procurador delegado ante la Corte Suprema de Justicia, quien por lo demás logra hacer una síntesis muy aproximada del ideario filosófico y jurídico que anima al autor, se evidencia cómo el mayor esfuerzo del expositor se orienta hacia una búsqueda incesante en los terrenos de la metodología y de la teoría del conocimiento, la misma que lo ha animado desde hace más de quince años cuando trabamos amistad personal y discutimos muchas de sus ideas, algunas de las que, por supuesto, he disentido y espero poder evaluar críticamente en otros escenarios académicos.

Ya en la propia introducción, el autor plantea la necesidad de simplificar la dogmática jurídico-penal “en aras de la democracia”, a partir de la fundamentación filosófica y epistemológica del derecho penal, como ya lo había dicho en 1984; y, en polémica afirmación, asevera que la aprehensión de los elementos del delito no es estratificada sino simultánea (cfr. pág. 27) porque, en su opinión, ratificando su concepción totalista del delito que tanto debe a los aportes de BELING y VON HIPPEL —seguidos en el derecho penal nacional por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA—, este debe entenderse como injusto penal, esto es, como “injusto culpable”. Lo estratificado, asevera, “es el método que concibe el delito, mas no el delito mismo” (pág. 94); ello, dirá luego, solo es posible a la luz del “conocimiento por niveles o escalonado que dio lugar a la estratificación en el delito” que, según estima, “tiene hoy muy poca presentación epistemológica” (pág. 197).

En fin, según afirma, se debe cambiar de rumbo a partir del pensamiento kantiano: “el delito puede ser definido —esta es la propuesta— como un juicio sintético *a priori* que a nuestro modo de ver posibilita el enlace entre el juicio analítico y el juicio sintético, entre la regla general y la regla individual, entre el juicio *a priori* y el juicio *a posteriori*, entre la sociedad y el sujeto, entre la norma y su destinatario” (págs. 39 y 286). Dicho de otra manera: la construcción del delito propuesta supone “una conformación bipolar o mixta que empieza desde la acción culpable, pasa por el tipo y llega hasta el injusto, conservando su doble connotación y su carácter dialéctico” (págs. 197 y 198).

Obviamente, hablando de los elementos del concepto dogmático del delito, el autor hace esfuerzos por replantear las diversas categorías dogmáticas —lo que tal vez no ayuda mucho en su labor simplificadora—, empezando por el concepto de acción jurídico-penal al cual dedica el último capítulo del texto. En efecto, postula una noción elaborada a partir de su “contenido subjetivo y antropológico” (cfr. pág. 29), como la resultante de dos componentes (social e individual) que viertan en ella todos los ingredientes subjetivos —incluidos los motivos—, pues, según asevera, “es la única manera como puede rescatarse el verdadero concepto óntico-ontológico de acción y como se alcanza la completa revolución copernicana, que el finalismo empezó y dejó a medio camino” (cfr. pág. 299).

Es más, el expositor —después de insistir en su propuesta sistemática— termina cuestionando la dogmática anterior: “Así como el finalismo, con sus fecundos argumentos, modificó profundamente el concepto de acción, otro tanto va a suceder de ahora en adelante al incorporar el conocimiento del injusto que aún falta y le es propio. El sujeto no realiza primero la acción y después comprende su ilicitud: lo hace coetáneamente” (cfr. pág. 288).

Igualmente, cuando alude al tipo penal se refiere “al modelo de comportamiento y al comportamiento que contiene ese modelo”; y al designar la tipicidad, entiende que “es la categoría que recoge ese instrumento general sobre modelos de conducta en el derecho penal” (pág. 29). Así mismo, el injusto se concibe conforme a “su naturaleza compleja y dinámica (formal, material, objetiva, subjetiva) y se le entiende en su relación dialéctica con la antijuridicidad”, distinguiendo “lo antijurídico de cada uno” de “lo antijurídico general” (pág. 29), advirtiendo que “se le apuesta a un injusto objetivo-subjetivo y a una antijuridicidad objetivo-subjetiva con la culpabilidad incorporada” (pág. 30).

La culpabilidad, según dice, “es personal por antonomasia, pero con influencia de lo social” aunque “preside la conducta del sujeto o es concomitante con ella” (pág. 30).

En fin, la tentativa de liderar las ideas penales en nuestro país, se pone de manifiesto cuando el profesor SALAZAR MARÍN, declara fundada la “Escuela Dialéctica del Derecho Penal”, sobre “los presupuestos de un derecho penal antropológico” (pág. 31).

Así mismo, adentrándose en la teoría del error, tema al cual dedica el extenso capítulo I del texto, sienta una verdad apodíctica: para abordar seriamente el asunto se debe partir de la teoría del conocimiento o epistemología, “pues hay que saber primero cómo se origina el conocimiento y cual es la esencia y verdad de este, para luego saber en qué se equivoca el sujeto” (pág. 33).

Así las cosas, acorde con su postura unificadora, afirma que toda forma de error —ahora se habla de error sobre el injusto—, sea de tipo o de prohibición, descarta el injusto penal (cfr. págs. 201) dentro del cual se incorpora el conocimiento de la antijuridicidad que siempre debe ser efectivo. De esta manera, hace un aporte adicional que, por fin, posibilita la anhelada transformación por la que tanto clama: “Solo, pues, ubicando por igual la conciencia del injusto dentro de la propia dimensión de este, se logra, por fin, según nos parece, una verdadera ‘revolución copernicana’ en la concepción del delito” (cfr. págs. 94, 96 y 286 y ss.).

Ahora bien, en materia de la teoría de la norma, otra faceta que permite abordar con claridad las deficiencias o los logros metodológicos de un autor, asevera que acoge la concepción bifuncional, pues “no hay una norma de valoración aparte de una norma de determinación, sino una sola norma bifuncional hacia lo normativo y hacia lo determinativo” (cfr. pág. 100).

El capítulo II del texto lo dedica a la distinción entre error de hecho y error de derecho (cfr. págs. 151 y ss.), mientras el capítulo III le sirve como lugar adecuado

para exponer el error de tipo (págs. 159 y ss.), postulando que también es posible el error sobre los elementos subjetivos del supuesto de hecho (pág. 168).

El error de prohibición es expuesto en el capítulo IV (págs. 179 y ss.), oportunidad en la cual insiste en su propuesta de diseñar una sistemática del delito distinta que, por lo demás, según cree, debe unificar también en el mismo injusto hechos dolosos, culposos y omisivos (cfr. pág. 196) en torno a la finalidad y al concepto ontológico de conducta (cfr. pág. 197).

En el capítulo V expone los errores accidentales y sobre las circunstancias (págs. 205 y ss.), mientras que el lo VI lo emplea para dilucidar las diferencias más marcadas entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad, de cara al entendimiento del error, concluyendo que ambas concepciones deben aproximarse (págs. 281 y ss. y 290).

En fin, solo me resta decir que la discusión planteada por el doctor SALAZAR MARÍN irrumpe en un momento en el cual se requiere profundizar el debate jurídico-penal, entre otras cosas para poder fortalecer las herramientas legales en vías de renovación y propiciar algo mejor que el actual derecho penal, amén de abrirle paso a figuras nuevas como la de la doctora GLORIA BERNAL ACEVEDO, una de mis más dilectas discípulas, cuyo bello libro, *Iniciación al saber penal*, entra esta noche con las alas extendidas y los cánticos propios de la celebración, al mundo del derecho penal.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

26 de marzo de 1999

Introducción a la teoría del delito (especial consideración a los fundamentos del delito imprudente)

*(Alfonso Cadavid Quintero,
Medellín, Edit. Díké, 1998).*

La obra de cuya recensión nos ocupamos es fruto de la labor investigativa desarrollada por el profesor CADAVID QUINTERO durante su período de estudios de tercer ciclo en la Universidad de Salamanca, España, de 1994 a 1997, la cual fue presentada como tesina de grado. Por tal razón, dice, las pretensiones de este estudio son limitadas, ciñéndose “a sentar las bases teóricas y metodológicas de una posterior investigación de más largo alcance” (pág. 21), como es la tesis doctoral dedicada al análisis de los mecanismos de responsabilidad penal por la actuación de los médicos en el ejercicio de la actividad quirúrgica.

Sin embargo, hemos de decir que no empeece los modestos propósitos que el autor asigna al presente trabajo, estos se ven profusamente superados, por dos razones fundamentales: i) logra dar cuenta del estado actual de la discusión en el moderno derecho penal, lo que de suyo es muy meritorio tratándose de una disciplina que ha alcanzado tan alto nivel de complejidad; ii) aborda el aspecto central de la investigación, cual es el concepto y régimen legal del delito imprudente, sobre una base que pudiéramos calificar de moderna —particularmente en nuestro país—, al ubicar el delito imprudente dentro del contexto más amplio que representa la teoría del delito, en cuyo punto de partida está el tratamiento de temas metodológicos.

Cuando decimos que CADAVID QUINTERO logra dar cuenta del estado de la discusión en el moderno derecho penal significamos que sintetiza los lineamientos fundamentales que siguen las más recientes elaboraciones de la dogmática jurídico-penal, los cuales tienen como punto de partida el viraje tomado por la legislación penal, que en el último tiempo se ha caracterizado por expandir el ámbito de intervención del *ius puniendi* estatal, creando nuevas hipótesis delictivas y adoptando una nueva manera de determinar el ámbito de lo punible mediante la tipificación autónoma de actos preparatorios y la amplia utilización de los delitos de peligro, lo que se traduce en la punición de conductas en las que no es perceptible aún la lesión efectiva de ningún bien jurídico y desemboca en un retroceso de los mecanismos de garantía propios del derecho penal liberal.

Sin duda, las tendencias reseñadas por el autor en la legislación penal nos hacen pensar en algunas transformaciones en la dogmática jurídico-penal, pues los presupuestos para la declaración de responsabilidad penal se ven reducidos y la tarea del juez, aligerada (se renuncia a la comprobación de la lesión del bien jurídico, lo que torna innecesaria la averiguación por la relación de causalidad, teniendo únicamente que mostrarse la peligrosidad de la acción)¹.

No obstante, CADAVID QUINTERO va más lejos para advertir que los referidos cambios pueden incluso reflejarse en una nueva manera de entender el derecho penal: se ha ido renunciando a la pretensión de que se constituya en un sistema cerrado (que se agota en sí mismo y es portador de todas las soluciones a todos los problemas posibles), para comprenderlo como un sistema abierto, atento a las aportaciones que puede ofrecerle la política criminal y construido a partir de la adopción de específicos criterios valorativos, de tal suerte que se tornan prominentes dos características en el modelo de derecho penal imperante en la actualidad: i) la orientación axiológica o teleológica, si bien es cierto que no existe uniformidad de criterios acerca de cuáles han de ser los principios axiológicos sobre los que ha de asentarse la ciencia jurídico-penal; ii) la elaboración de la teoría del delito mediante la referencia a las funciones de la norma y de la pena, sobre la base de que existe una determinación entre las categorías dogmáticas que integran la estructura del hecho punible y las ideas de merecimiento y necesidad de pena.

Este estado de cosas apunta, según manifiesta CADAVID QUINTERO, a que el sistema de derecho penal debe asentarse sobre la adopción de determinadas opciones valorativas, que sirvan de basamento de todo el sistema. En este entendimiento, se dedica a explicar y fundamentar las que considera deben ser las opciones valorativas fundamentales para la configuración del delito imprudente, las cuales tienen como trasfondo los ya enunciados puntos nucleares que guían la discusión acerca de cuál ha de ser el moderno sistema de derecho penal, con lo cual ingresa en el difícil terreno de los temas metodológicos —que ciertamente, no da por presupuestos, sino que los encara y clarifica—.

¹ Videre WINFRIED HASSEMER: "Rasgos y crisis del derecho penal contemporáneo", en *ADPCP*, I, trad. de Elena Larrauri, Madrid, 1992, pág. 242.

Con esto llegamos a la segunda razón por la cual consideramos rebasados los propósitos del estudio y significativo el aporte de esta obra: el haber abordado el tratamiento del delito imprudente sobre una base teórica *moderna*, lo que se hace especialmente notorio en relación con el estado de la cuestión en nuestro país, donde, salvo escasas excepciones, la doctrina penal dispensa un tratamiento muy pobre a la dogmática del delito imprudente, lo que no se compadece con la hondura de los problemas que el mismo plantea y con el dato fáctico de una expansión cada vez más ilimitada de los procesos de alto riesgo en la actividad social cotidiana, frente a algunos de los cuales (los más graves y potencialmente más lesivos para bienes jurídicos) parece indispensable definir los presupuestos teóricos para la discusión acerca de la necesidad y límites de la intervención del derecho penal².

En este orden de ideas, propone las siguientes opciones valorativas fundamentales para la configuración del delito imprudente:

— *El reconocimiento del dato ontológico en la elaboración del concepto de hecho punible*: dada la inconveniencia de que en la construcción de la teoría del delito se prescindiera del dato fáctico (v. gr., previsión de las consecuencias de su actuación por parte del hombre, el principio de causalidad) que después habrá de ser sometido a valoración; de ahí que parece lo correcto una determinación valorativa de aquellos aspectos de la realidad que resultan de interés para el derecho penal. No una elaboración en clave valorativa de la realidad.

Sin duda, en el fondo de esta opción valorativa hay una toma de postura del autor respecto del alcance y los límites de la perspectiva valorativa en derecho penal, pues, en suma, toma distancia con los modelos que proceden a una construcción enteramente normativa del objeto de valoración, prescindiendo de cualquier referente ontológico.

— *La conducta humana como presupuesto de la responsabilidad penal*: el derecho penal solo puede sancionar los actos en los que las personas hayan tenido efectiva capacidad de controlar los eventos derivados de su relación material con algún bien jurídico; es decir, constituye acción en sentido jurídico-penal todo acto susceptible de llegar a tener trascendencia social por su aptitud, gracias a su exteriorización, de afectar a otras personas.

— *Función de exclusiva protección de bienes jurídicos*: es necesario reivindicar la vigencia del concepto de bien jurídico para la construcción del sistema de derecho penal y para la elaboración del concepto de hecho punible; y defender, en consecuencia, la idea de que la misión de este sector del ordenamiento jurídico es la protección de tales bienes.

En todo caso, advierte que es difícil afirmar que este concepto ofrezca un criterio seguro y suficiente para la delimitación del poder del Estado para incriminar conductas; pareciendo conveniente tener presente que el bien jurídico es un concepto necesario aunque no suficiente para someter a control el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Con todo, luego de hacer una aproximación al concepto de bien jurídico y a las pro-

² Cfr. a JUAN BUSTOS, *El delito culposos*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, págs. 12 y ss.

puestas de entendimiento que del mismo ha efectuado la doctrina, CADAVID QUINTERO afirma que el bien jurídico ha de estar relacionado con la posibilidad de participación de los ciudadanos, en cuanto personas individualmente consideradas, en el sistema social: "Bienes jurídicos -nos dice- son las condiciones que propician y aseguran a los ciudadanos su normal participación en el sistema social. Y esas condiciones de participación han de mirar a la persona como individuo y como miembro de todo el colectivo social" (pág. 134).

Otra importante cuestión tratada en el presente estudio es la de la relación entre norma penal y delito imprudente: ante la comprobación de que la senda seguida por el moderno derecho penal reside en la elaboración de la teoría jurídica del delito mediante la referencia a las funciones de la norma y de la pena, se ocupa de analizar las funciones que la norma penal pudiera cumplir en sus cometidos de determinación y de valoración respecto del delito imprudente; análisis que viene presidido por la idea fundamental de acuerdo con la cual la discusión acerca de la relevancia que, para el injusto, posea la adopción de una postura referente a la función de la norma, es una discusión acerca de los desvalores de acción y de resultado en la configuración del injusto.

Sobre el particular explica que en el ámbito de la imprudencia la norma cumple una función de motivación que viene dada por la emisión de un mensaje normativo a los ciudadanos consistente en que al actuar deben observar el cuidado necesario para no lesionar, ni poner en peligro los bienes jurídicos. Dicha función se cumple también respecto de la llamada imprudencia inconsciente, por cuanto que el injusto imprudente se estructura sobre una base normativa (no ontológica), consistente en la infracción del deber de cuidado, la norma es eficaz para estructurar sobre ella el injusto sin necesidad de que el sujeto tomara conciencia de que con su actuar creaba un riesgo para un bien jurídico, ni de la potencialidad lesiva del mismo.

Añade que en relación con los comportamientos dolosos y con los comportamientos imprudentes las normas pretenden motivar actitudes diversas: la abstención de ejecutar conductas dirigidas de manera intencional a afectar un bien jurídico, o bien a observar el cuidado necesario para evitar la lesión de bienes jurídicos; lo que determina que ambas formas de injusto tengan estructura distinta y sean, por tanto, jurídico-penalmente desvaloradas de modo diverso.

CADAVID QUINTERO señala cómo de la mano de planteamientos que asignan una función de motivación a la norma se ha excluido del ámbito de lo prohibido la producción de resultados —que solo pueden ser materia de comprobación *ex post*—, con lo que el acacimamiento del resultado parece ser privado de cualquier relevancia para la constitución del injusto, que pasa a constituirse sobre la única base del comportamiento prohibido (desvalor de acción). Lo que viene acompañado de la idea acuñada por un vasto sector doctrinal, de acuerdo con la cual en los delitos imprudentes el resultado está considerablemente determinado por un alto componente de azar.

Frente a este planteamiento, y analizando la función de la norma penal como norma de valoración, el autor indica que no parece discutible asignar a la norma una función de motivación y, consecuentemente, afirmar que el derecho penal solo puede prohibir conductas y no la producción de resultados. Sin embargo, lo que no parece igual-

mente legítimo es que se constituya así una vía para desatender en el ámbito mismo del injusto las consecuencias que de la acción se deriven (en cuanto lesión o puesta en peligro del bien jurídico), por dos razones: frente al cometido de protección de bienes jurídicos, no es igualmente relevante el hecho de lesionarlos efectivamente, que el de ponerlos en peligro; el hombre puede desplegar acciones con capacidad causal, y entre ellas se incluyen las acciones aptas para lesionar bienes jurídicos ajenos, por ello "interesan al derecho penal los resultados que devengan previsibles respecto de las acciones ejecutadas, las mismas que serán caracterizadas justamente por su aptitud *ex ante* para producir el resultado" (pág. 210, cursivas textuales).

Concluye diciendo que el injusto es ciertamente el ámbito de lo prohibido, pero también el de la desvaloración del acto y de sus consecuencias previsibles, por lo cual la norma cumple ambas funciones, de determinación y de valoración.

Así las cosas, CADAVID QUINTERO explica con suficiencia cómo la asignación de la función de determinación a la norma penal no excluye el desvalor del resultado del ámbito del injusto, e incluso sirve de cimiento a una concepción dualista del injusto, la cual suscribe apoyándose en sólidas razones.

La anterior conclusión, a nuestro entender, deviene primordial, toda vez que si la misión de protección de bienes jurídicos opera como opción valorativa fundamental para la construcción de la teoría del delito, ello conduce a otorgar significación central al bien jurídico en el injusto, siendo este, ante todo, una materialización de la protección de los bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico-penal. Lo que trae como consecuencia el que no parezca plausible una concepción monista subjetiva del injusto, pues la mera consideración del desvalor de acto termina por prescindir totalmente del bien jurídico, erosionando las bases democráticas en que debe reposar el sistema de derecho penal y dando cabida a una responsabilidad subjetiva absoluta³.

Antes de terminar, consideramos importante destacar un último punto de esta obra, a propósito de la reivindicación del concepto de bien jurídico en la construcción del sistema de derecho penal llevada a cabo por el autor. El punto es este: CADAVID QUINTERO efectúa una crítica al funcionalismo radical de JAKOBS, específicamente al intento de privar al bien jurídico de la relevancia que tradicionalmente se le reconoció, al proponer que el "bien jurídico" que se ha de proteger es "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción"⁴, o que el "bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma"⁵. Frente a este planteamiento asevera que una concepción del bien jurídico como la auspiciada por el funcionalismo radical confiere al derecho penal una misión autoritaria, por cuanto, en definitiva, es un esquema de

³ Cfr. a JUAN BUSTOS, "Consideraciones en torno del injusto", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 29 y 30.

⁴ GUNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte general, "Fundamentos y teoría de la imputación", trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, pág. 47.

⁵ JAKOBS, *Derecho penal...*, cit., pág. 52. Es de anotar que esta concepción es seguida en nuestro país por YESID REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 64, esp.), quien considera que en un derecho penal edificado sobre una concepción dinámica de los bienes jurídicos, "lo que interesa realmente son las expectativas de comportamiento que cada persona posee y las eventuales defraudaciones que a esas expectativas se produzcan".

pensamiento que parte de la bondad en sí del sistema y que dispone de todos los recursos de que es titular el derecho penal para asegurar su mantenimiento, con lo que "El problema que a ello subyace es que puede llegar a instrumentalizarse a las personas en aras del mantenimiento de un estado de cosas, cuya bondad simplemente se afirma sin someterla a ningún tipo de discusión racional"; líneas más adelante asevera: "Cualquier criterio de legitimación material apunta a hacerse inocuo, y la garantía de mantenimiento del sistema, a través del aseguramiento de las expectativas de conducta se orienta a hacer del derecho penal un mecanismo de intenso disciplinamiento social que termina por configurar al delito como una infracción a la obediencia debida al sistema" (págs. 146 y 147).

A nuestro modo de ver, estas críticas resultan doblemente significativas, no solo porque develan el sello autoritario de que es portador el funcionalismo radical, sino también porque no tienen precedente en la doctrina penal nacional, pese a la amplia difusión que ha alcanzado la obra de este autor en nuestro país⁶; y previenen, al mismo tiempo, contra una recepción acrítica de las propuestas teóricas de JAKOBS pensadas en y elaboradas para una sociedad determinada, muy distinta de la nuestra, según él mismo parece reconocer en el prólogo a la primera edición de su tratado⁷.

Por todo lo dicho, no podemos más que destacar el afán eminentemente garantista de su autor al escribir esta obra, sabido es que el cultivo de la dogmática es vehículo adecuado para trasladar a la práctica aspiraciones eminentemente garantistas como la de restringir la intervención del poder punitivo al mínimo auténticamente necesario⁸. Considero, pues, que este trabajo de CADAVID QUINTERO se erige en una valiosa contribución a la ciencia penal de nuestro país y en referente insoslayable de la discusión futura acerca de los temas metodológicos de la moderna teoría general del delito, particularmente en el tema del delito imprudente.

GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA

Medellín, mayo de 1999

⁶ Nos referimos a los siguientes trabajos de GUNTHER JAKOBS, publicados por la Universidad Externado de Colombia (Santa Fe de Bogotá): "El principio de culpabilidad", en *DPC*, núm. 50, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1993, págs. 125 y ss.; *Imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1994; *La competencia por organización en el delito omisivo*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, 1995; *Autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996; *El concepto jurídico-penal de acción*, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996; *La imputación penal de la acción y de la omisión*, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez y Tréllez, 1996; *¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?*, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1996; *Sociedad, norma, persona en una técnica de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijó, 1996; *Sobre la teoría de la pena*, trad. de Manuel Cancio Meliá, 1998.

⁷ Según palabras de JAKOBS (*Derecho penal...*, cit., pág. X): "Al (re)normativizar, no se trata de pergeñar sistemas normativos al margen del contexto social (lo que desde luego también puede intentarse), sino que los esfuerzos se orientan a un derecho penal en el seno de una sociedad de estructura dada, sin que evidentemente haya que renunciar a formular aspiraciones frente a la realidad".

⁸ Así, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1992, págs. 43 y ss.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres
de Editorial Nomos, el día diez de diciembre de
mil novecientos noventa y nueve.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen