

# NUEVO FORO PENAL

Revista del Centro de Estudios Penales  
de la  
Universidad de Antioquia

62

Septiembre - Diciembre 1999

CO/XIV  
F/Z

2345

TEMIS



# 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

### Coordinadores

ALFONSO CADAVID QUINTERO  
GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA

### 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

JULIO DARÍO VÉLEZ LÓPEZ  
JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ  
RICARDO POSADA MAYA  
ROBERTH URIBE  
DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

AÑO XXI Septiembre - Diciembre 1999 N° 62

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

**Dirección - Coordinación  
Suscripciones e información**

Centro de Estudios Penales  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia  
Calle 67 N° 53-108  
Bloque 14, oficina 303, Ciudad Universitaria  
Medellín (Colombia)

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 (Colombia)

Hecho el depósito que exige la ley.

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 reprografía y el tratamiento informático.

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

*Nuevo Foro Penal no se responsabiliza por las opiniones emitidas en los escritos firmados.*

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

### ESTUDIOS

	PÁG.
Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia. Julio González Zapata .....	3
Una visión del “dominio de voluntad por organización” y su aproximación al derecho penal colombiano. Plinio Posada Echevarría ..	25
La conciliación en la casuística de la ley 294 de 1996. J. Guillermo Escobar Mejía .....	43
Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego. Gustavo Adolfo Villanueva G. ....	61
Peligro abstracto y garantías penales. Juan Terradillos Basoco .....	67
Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal. Emiliano Borja Jiménez .....	95
El “actuar en lugar de otro” en el derecho penal peruano. Iván Fabio Meini Méndez .....	127
El caso de Pinochet y el derecho aplicable. Kai Ambos .....	159

### JURISPRUDENCIA

Consideraciones sobre la denominada “coautoría impropia” y sobre la procedencia de la sentencia absolutoria por la indebida califi-

**cación jurídica de la conducta en la resolución de acusación. Comenta-**  
**rio de Rodrigo Vergara Cortés ..... 189**

## BIBLIOGRAFÍA

## Lo que mal empieza...

(A propósito del Proyecto de Código Penal)

Después de haber sido aprobado por el Congreso y de darse por descontada su sanción por el presidente de la República, a última hora el Proyecto de Código Penal impulsado por el Fiscal General de la Nación sufrió un inesperado traspies, al ser objetado por el gobierno alegando razones de inconstitucionalidad e inconveniencia.

Tal posición gubernamental constituyó toda una sorpresa, pues si algo había quedado claro hasta ese momento era que si bien el impulso y defensa de dicho proyecto en el Congreso había estado a cargo, casi en forma exclusiva, de la Fiscalía General de la Nación, el gobierno no solo había estado al tanto del desarrollo de todo su trámite en las dos cámaras sino que de manera expresa y tácita había manifestado su apoyo tanto en el Congreso como en diferentes medios de comunicación. De hecho resulta impensable que un proyecto de ley de la importancia de un nuevo Código Penal pudiera ser aprobado en las respectivas comisiones y plenarios de Senado y Cámara sin el apoyo de un gobierno que cuenta con el respaldo de una mayoritaria coalición parlamentaria de comprobada eficacia.

La objeción presidencial resulta aún más inexplicable si se tiene en cuenta que durante los cuatro debates parlamentarios su bancada no solo votó a favor del proyecto sino que nadie del gobierno manifestó la más mínima inconformidad frente a él o frente a algunas de sus normas. Por eso no deja de extrañar que solo al momento de la sanción presidencial el gobierno se percatara de la supuesta inconstitucionalidad de cinco artículos y de la inconveniencia de más de cincuenta de ellos.

Aunque un comportamiento gubernamental como este —que bien merecería calificarse de irresponsable— tampoco debería extrañar en un gobierno que se ha caracterizado precisamente por la improvisación y la

falta de la más mínima coherencia en materias jurídicas, creemos que en esta ocasión las objeciones tienen la implícita pero evidente finalidad de impedir que la propuesta pueda convertirse en ley. En efecto, la cantidad y calidad de las objeciones permite suponer que el proyecto difícilmente sorteará con éxito un nuevo trámite en el Congreso, pues ahora no solo contará con la oposición del gobierno sino que no tendrá el apoyo del Fiscal General de la Nación, quien públicamente anunció que le retira el respaldo a los proyectos por él presentados. Tal situación es la que lleva a pensar que las objeciones presidenciales solo buscaban “enterrar” el proyecto, quizás como una manera de impedir que algunos temas especialmente sensibles para la opinión pública nacional e internacional, como el de la extradición, por ejemplo, llegara —si el Congreso persiste en el proyecto tal cual se aprobó— a manos de la a menudo impredecible Corte Constitucional, y ante la cual el gobierno actual ya ha tenido algunos reveses de importancia (basta recordar el tema de la UPAC).

Pero no solo cabe cuestionar la forma como el gobierno decidió impedir la aprobación del proyecto sino también el contenido de las objeciones planteadas, la mayoría de las cuales obedece a una concepción expansionista y autoritaria del sistema penal, superando incluso en tal sentido la considerable expansión del instrumento punitivo contenida en el proyecto de la Fiscalía. Así, para citar apenas unos ejemplos, el ejecutivo propende introducir mayores exigencias para la concesión de la libertad condicional, lo que termina haciendo nugatorio dicho beneficio; cambiar la pena de multa (en los de por sí muy excepcionales casos en los que se consagra como pena principal) por la pena privativa de la libertad, por ser supuestamente “más conveniente”; se reclama elevar el *quantum* de pena de prisión para muchos delitos, entre ellos el secuestro, y se pide excluir de ellos los beneficios de rebaja de pena por trabajo y estudio, los subrogados penales, al punto que solo se recupere la libertad por pena cumplida, como si la dureza de las penas no fuera la característica principal del proyecto.

En definitiva, las objeciones del gobierno no se encaminan a frenar o al menos limitar el maximalismo punitivo que caracteriza la propuesta de nuevo Código Penal. Por el contrario, bebe de sus mismas fuentes antiliberales, solo que llevadas aún más al extremo. De ahí que el talante abiertamente autoritario de las objeciones presidenciales no permita ni mucho menos avalar el proyecto de Código Penal de la Fiscalía y el Congreso como una propuesta garantista o liberal de legislación penal —como han hecho algunos, con un alto grado de ingenuidad y miopía políticas—, cuando se trata en realidad del código más represivo y antiguarantista de la historia legislativa colombiana.

Luego, las críticas a la posición del gobierno no significan ningún aval al proyecto, pues en el fondo se trata de manifestaciones de diverso grado de una misma concepción y propuesta de política criminal y penal. Aquella que apuesta fuerte por un sistema de derecho penal de máximos e ilimitados medios, que utiliza el derecho penal no solo como un instrumento más de política interna (de “seguridad ciudadana”, de lucha contra el “flagelo” del secuestro, la corrupción, la violencia generada por el conflicto armado, etc.), sino como el primero de los instrumentos utilizados para manejar la

“crisis” que actualmente vive el país, cuando la inoperancia de nuestro sistema penal es más bien uno de los tantos efectos de la desinstitucionalización producida por la crisis política y de legitimación del Estado colombiano, y no causa de la misma.

En todo caso, no debería pasarse por alto que la justicia penal no está llamada a lidiar con toda suerte de conflicto social, sino solo cuando los otros mecanismos de control social han fallado y únicamente para un reducido número de conductas socialmente dañosas. Y aún así parece necesario guardar un escepticismo consumado con el uso del derecho penal, pues una larga y dolorosa historia nos indica que el aparato penal crea más conflictos de los que soluciona, pues a la larga no es más que una máquina de sufrimientos estériles.

Por otra parte, una actitud intervencionista radical como la que sustenta tanto el proyecto de Código Penal como las objeciones presidenciales, incurre también, cuando menos, en la ingenuidad filosófica y política de creer que se puede tener un derecho penal como el que proponen, con costos nulos. Al contrario, son muchos los costos y muy altos, no solo porque se comprime al máximo la libertad de todas las personas, sino porque también se paga el precio caro del sacrificio de principios que fueron conquistados mediante un trabajoso proceso histórico y político que costó lágrimas y sangre a muchas personas, y cuyo acatamiento y desarrollo es lo que permite calificar una determinada legislación como respetuosa del Estado de derecho y la dignidad humana.

Todo parece indicar, entonces, que no soplan vientos favorables al derecho y las libertades, y por tanto tampoco parecen existir hoy por hoy condiciones adecuadas para una reforma democrática del sistema penal, acorde con los postulados propios del Estado constitucional. Las propuestas oficiales se encaminan, por el contrario, a acrecentar la intervención estatal, a limitar —cuando no a negar— los más caros principios del derecho penal moderno, y a reproducir en el sistema penal la lógica de la guerra que vivimos, en tanto se trata al delincuente —o al sospechoso de serlo— como el enemigo, es decir, como alguien a quien es necesario aniquilar. A esto suele llamarse también autoritarismo, y si ese es el derecho penal que se pretende no se requiere ninguna reforma a la legislación penal: ¡con la actual tenemos más que de sobra!

**ESTUDIOS**

# Algunas visiones sobre la crisis de la administración de justicia

*Julio González Zapata\**

A la memoria de J. A. P. M. cuya persecución y posterior asesinato, me ayudaron, más que muchos libros, a comprender algunas de estas cosas

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo se presentan algunas visiones sobre la denominada "crisis" de la administración de justicia penal en Colombia. No es un trabajo de investigación que aporte algo nuevo al conocimiento en esta materia, ni pretende un recorrido exhaustivo (tarea de todas maneras casi imposible hoy en día) sobre el tema. A lo sumo, se trata de un ensayo sobre la administración de justicia penal colombiana que busca catalogar visiones e introducir algunos elementos de la obra de MICHEL FOUCAULT que pudieran ser útiles en una discusión que parece varada en un atolladero sin salida, hace mucho tiempo.

La importancia del tema no tiene necesidad de ninguna apología. Ha figurado en la agenda de los gobiernos y de los políticos, ha ocupado amplio espacio en la reflexión académica, ha preocupado a la opinión pública, es tema privilegiado en los medios de comunicación y figura, incluso, en la propuesta de las negociaciones de paz entre el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que se ini-

\* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

ciaron formalmente el 7 de enero de 1999. Como puntualiza GERMÁN SILVA GARCÍA, "Las fórmulas se suceden unas a otras, propuestas improvisadas de reforma constitucional, decretos expedidos al amparo del estado de sitio para conjurar apresuradamente la crisis de turno, proliferación de compañías de seguridad privada, aumento de los recursos y del pie de fuerza de los organismos de seguridad del Estado, procreación (*sic*) de autodefensas o grupos paramilitares, expedición de nuevos códigos y, otra vez, reformas a los que eran los nuevos códigos. No obstante, la situación permanece invariable e inmodificada"<sup>1</sup>.

Si bien es cierto que este texto citado es anterior a la Constitución de 1991, con la cual se introdujo la que probablemente ha sido la mayor reforma a la justicia en Colombia (con la creación de la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la acción de tutela, las acciones populares, el mandato de preferir la justicia material a la justicia formal), las palabras del autor siguen teniendo validez y casi ninguno de los problemas y de las dificultades que se señalaban, han sido modificadas y aun es posible suponer que las cosas han empeorado<sup>2</sup>.

La crisis de nuestra administración de justicia no es nada nuevo. Probablemente desde el siglo pasado estemos hablando de ella; una comparación de las diversas razones que se han aducido para las grandes reformas de la justicia penal en el presente siglo, estén amparadas en las mismas razones: su ineficiencia, el aumento de la criminalidad, la necesidad de unos castigos más drásticos, una impunidad insoportable, etc.

Sin embargo, los diagnósticos sobre la justicia penal, que esas razones implican, no parecen pertenecer solo a nuestra realidad y a este momento. FERRI, hace muchas décadas, señalaba: "los cambios [...] dieron resultados desastrosos, a saber: aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas y asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento considerable de la delincuencia de los menores y las mujeres, prisiones más cómodas que las casas de los pobres honrados, agravación financiera de los contribuyentes, defensa ineficaz respecto de los más peligrosos delincuentes y pérdida de muchos condenados menos peligrosos que podrían haber sido reutilizados como ciudadanos aptos para la vida honrada de trabajo"<sup>3</sup>.

Para efectos del desarrollo de este trabajo, se tomarán textos relativamente nuevos que referidos a esta problemática desde finales de la década de los ochenta y hasta lo que va de la década de los noventa, con el fin de aproximarnos al estado del debate sobre la justicia penal en Colombia.

<sup>1</sup> GERMÁN SILVA GARCÍA, *¿Será Justicia?*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 19.

<sup>2</sup> Véase a ÁLVARO VARGAS, *La Fiscalía General de la Nación desde el "Sueño de la mariposa"*, Ibagué, Edit. Gente Nueva, 1998.

<sup>3</sup> ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal, delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*, trad. de José Arturo Muñoz, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 37.

## 1. LA VISIÓN OFICIAL: ENTRE LA EFICACIA BUSCADA Y LA INEFICACIA ENCONTRADA

Sobre este punto, creo que hay dos personas cuyo trabajo probablemente condense la visión oficial sobre la administración de justicia en Colombia en los años recientes: JAIME GIRALDO ÁNGEL<sup>4</sup> y NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA<sup>5</sup>. Ambos fueron ministros de justicia, el primero en el gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994) y el segundo en el de Ernesto Samper Pizano (1994-1998).

GIRALDO ÁNGEL fue protagonista visible en la instrumentalización de medidas tan importantes como la entrega de los narcotraficantes a la justicia, la justicia sin rostro y la ley de descongestión judicial. MARTÍNEZ NEIRA abanderó el tema de la seguridad ciudadana, plasmada, inicialmente, en el decreto 1410 de 1995 y después en la ley 228 del mismo año.

La tesis de GIRALDO ÁNGEL se concreta en la idea de que la crisis de la administración de justicia obedece a una mala administración, debido a la gran cantidad de asuntos que deben tramitar los jueces. Por lo tanto, la solución es dejar que los conflictos menos importantes pasen a ser decididos por la comunidad mediante mecanismos como la conciliación y los jueces de paz. Para MARTÍNEZ NEIRA, el problema de la justicia radica en la falta de una visión gerencial, cuya carencia impide que se convierta en algo productivo, incluso, desde el punto de vista económico.

En un foro organizado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos en 1991 se presentaron algunos trabajos que pueden considerarse como un adecuado resumen de lo que desde el sector oficial se entiende por la crisis de la administración de justicia en Colombia. "La experiencia de los últimos años demuestra que no han sido eficaces las políticas tendentes a reducir la criminalidad, a conjurar las perturbaciones del orden público y en general a hacer posible el mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia"<sup>6</sup>.

Este ya es un texto concordante con el momento de la expedición de la Carta Política de 1991. Una conclusión que se produce cuando todavía se contaba con algún optimismo sobre lo que en la vida colombiana pudieran significar las nuevas instituciones. Sin embargo, este diagnóstico, que en parte arrastraba la realidad anterior al fenómeno constituyente, sigue conservando gran validez, como si las normas e institu-

<sup>4</sup> JAIME GIRALDO ÁNGEL, "La impunidad en Colombia y sus soluciones: desjudicialización, instrumento para combatir la impunidad", en HÉCTOR PEÑA DÍAZ, ed., *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Santa Fe de Bogotá, D. C., Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, 1991; "La solución extrajudicial de los conflictos", en *Justicia y desarrollo. Agenda para el siglo XXI*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.

<sup>5</sup> NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, "Justicia para la gente. Una visión alternativa", "La modernización de los sistemas judiciales", en *Justicia y desarrollo. Una agenda para el siglo XXI*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio del Derecho y la Justicia, 1995.

<sup>6</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, "La impunidad: apenas la punta del Iceberg", en HÉCTOR PEÑA DÍAZ (edit.) *Justicia, derechos humanos e impunidad*, Santa Fe de Bogotá, Consejería Presidencial de los Derechos Humanos, 1991, pág. 10.

ciones creadas y puestas en marcha, no hubieran tenido ninguna capacidad para incidir en la realidad. Incluso, fenómenos como la impunidad, el paramilitarismo, la violación de los derechos humanos, en lugar de haberse controlado, parecen haber crecido hasta límites irracionales.

Hoy como ayer, se siente que el problema de la administración de justicia penal en Colombia es demasiado grave y la impunidad sigue siendo percibida como una de sus manifestaciones más lacerantes. "De todos modos, los efectos de la impunidad de las conductas delictivas son tan graves para la sociedad, que se requieren un conjunto de medidas urgentes para reducirlos significativamente, y es allí, en ese 'espacio de decisión', donde las reformas a los procedimientos que tiendan a hacer más ágil y expedita la administración de justicia tienen un claro sentido; donde el reforzamiento de la seguridad de jueces y testigos aparece como necesario; donde el desarrollo de mecanismos de desjudicialización para la solución de conflictos confirma su validez; donde el mejoramiento del presupuesto para la rama jurisdiccional tiene un papel que jugar; y principalmente, donde políticas integrales como el proceso de paz con los grupos insurgentes y el tratamiento represivo del narcotráfico y los grupos paramilitares pueden cumplir un objetivo concreto: construir canales dentro de la legalidad para la solución pacífica de los conflictos entre distintos sectores sociales"<sup>7</sup>.

El panorama de lo que se consideran causas de la crisis de la administración de justicia y el recetario de posibles soluciones, podría presentarse esquemáticamente como sigue:

a) *Procedimientos engorrosos y dilatados que deben ser reemplazados por otros ágiles y expeditos*

Esta es una vieja idea que no siempre se ha quedado en el papel. De hecho, en Colombia se han ensayado procedimientos que se suponen ágiles y expeditos, pero que no han dado resultados positivos o, mejor, apenas han podido dilatar los procesos y, sobre todo, anular los derechos y garantías de los ciudadanos. La justicia penal militar, por ejemplo, se utilizó durante mucho tiempo para juzgar a ciertos civiles, con el argumento de que era más rápida y eficiente. La realidad demostró que los procesos penales eran mucho más dilatados que los procesos ordinarios<sup>8</sup>. Así mismo, para cierta clase de hechos punibles (actualmente para los delitos de secuestro y extorsión y las contravenciones) se han ensayado procesos "abreviados" que además de vulnerar los derechos de los sindicatos no permiten verificar su justificación de eficacia.

b) *Inseguridad de jueces y testigos*

Sobre esto también se ha trabajado. Se puso en marcha la llamada justicia sin rostro como el instrumento adecuado para acabar con el narcotráfico, el terrorismo, la

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, pág. 11.

<sup>8</sup> JAIME CAMACHO FLÓREZ, "La duración real de los consejos verbales de guerra", Informe presentado al VI Encuentro Nacional de Profesores de Criminología, citado por EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 87.

delincuencia organizada y para garantizar la seguridad de los jueces y demás participantes en el proceso. El resultado ha sido una justicia ineficiente para controlar los fenómenos para los cuales fue diseñada<sup>9</sup>. Ni siquiera la seguridad de los jueces se pudo garantizar, y en cambio, se configuró y aplicó una justicia aún más selectiva, una justicia drástica para los "peces pequeños" del narcotráfico<sup>10</sup>.

c) *Concentración de conflictos que pueden perfectamente desjudicializarse*

Sobre esto se ha legislado de manera abundante<sup>11</sup>. Sin embargo, los resultados no parecen ser satisfactorios. Por un lado, porque el Estado ha sido sumamente incoherente en estos asuntos y al tiempo que desjudicializa algunos conflictos, judicializa una gran cantidad de asuntos familiares<sup>12</sup>, ambientales, tributarios<sup>13</sup>, que anteriormente estaban en manos de otras instancias. La conciliación, por otra parte, no parece haber sido la panacea que se pensó cuando se le puso en marcha<sup>14</sup>.

d) *El problema del presupuesto de la rama judicial*

Una de las medidas que tomó el gobierno de César Gaviria, fue, precisamente, aumentar considerablemente el presupuesto de la rama judicial. La Carta Política, incluso, le dio autonomía presupuestal a la rama judicial, otorgándole su dirección al Consejo Superior de la Judicatura. Los sueldos de los servidores judiciales tuvieron también un incremento considerable. Sin embargo, los resultados no parecen ser satisfactorios: los conflictos laborales de los funcionarios de la administración permanecen iguales o se incrementan y los mayores recursos parecen no haber modificado sustancialmente una organización que mantiene altos grados de burocratización y que inclusive ha llegado simplemente a aspirar a cumplir una justicia de "formato"<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> De hecho, si algo han obtenido las autoridades colombianas en su lucha contra el narcotráfico, ha sido a nivel policial y militar, pero no judicial. Los procesos contra los grandes 'capos' no se pudieron realizar (caso Pablo Escobar) y muchos de los capturados llevan años detenidos sin que se les haya podido resolver su situación.

<sup>10</sup> Para una completa evaluación de la justicia sin rostro, véase a GABRIEL RICARDO NEMOGÁ, *Justicia sin rostro. Estudios sobre la justicia regional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales "Gerardo Molina" [Unijus], Santa Fe de Bogotá, 1996.

<sup>11</sup> Véase, entre otras, ley 23 de 1991 y ley 446 de 1998.

<sup>12</sup> Ley 294 de 1996, que no solo congestionó los despachos penales, sino también los de familia. Véase a MARTHA LUCÍA HENAO QUINTERO, "La ley 294 de julio de 1996. De la violencia intrafamiliar a la congestión judicial", en *Berbiqui, Revista del Colegio de jueces y fiscales de Antioquia*, núm. 6, Medellín, 1997, págs. 36 a 38.

<sup>13</sup> Como en la reciente reforma tributaria; además, en la lucha contra el contrabando y la evasión se asume un lenguaje cada vez más militar; decomisos, operativos, grupos élite, presunciones, etc. Ley 488 de 1998.

<sup>14</sup> Una posición crítica sobre esto la abanderó el profesor DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. Conversaciones informales.

<sup>15</sup> "[...] gracias a la generalizada usanza de formas preimpresas relativas a las diferentes diligencias prácticas y providencias expeditas en el proceso penal, a la Fiscalía le cabe el discutible «horror» de haber impuesto la justicia de formato". ÁLVARO VARGAS, op. cit., pág. 66.

e) *La necesidad de políticas integrales para el tratamiento del problema de la paz y tratamiento de equilibrio para los grupos de narcotraficantes y paramilitares*

Estos dos temas son tal vez en los que habría que dar un compás de esfera. Desde 1991, los sucesivos gobiernos en lugar de tener una política integral de paz, han tenido una de guerra; la actitud frente a los grupos paramilitares, es, sin lugar a dudas, el gran lunar para los últimos gobiernos, que siempre se han debatido entre una condena retórica y una ineficiencia absoluta al momento de enfrentarlos.

## 2. EL CAMBIO DE LA CLIENTELA

Es interesante observar que para autores como HÉCTOR PEÑA DÍAZ, el problema no radica, solamente, en el funcionamiento de la administración de justicia, caso en el cual las recetas anteriores, serían válidas, sino que también hay otros problemas, frente a los cuales las soluciones ya no parecen posibles.

En primer lugar, el aparato de justicia está atascado y aunque solo "maneja" el 20% de los delitos que se cometen<sup>16</sup>. "La situación pone de presente el problema de la criminalidad oculta, es decir, aquella que por diversas razones no llega al conocimiento de las autoridades y que constituye aproximadamente el 80% de los delitos cometidos en la realidad"<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se acepta que un funcionamiento más eficiente del sistema penal, lo llevaría al colapso total: "Pero más allá de esta enorme obstrucción que de ser «resuelta»<sup>18</sup> colocaría el aparato de justicia al borde del colapso total y de las causas visibles del porqué la gente no denuncia (ineficacia de los procedimientos, creencia en la venalidad de los jueces, miedo, etc.) se infieren unas causas de fondo..."<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Es bueno insistir en que aquí no tenemos un problema colombiano: "El análisis hecho en los últimos veinte años por parte de criminología crítica ha descrito los términos de este fracaso, recogiendo los aspectos de disfuncionalidad de la justicia penal; desde la fragmentariedad en la defensa de los intereses individuales y generales, hasta la selectividad en la represión, demostrando que los programas de acción del sistema de la justicia criminal cumplen sus objetivos en un porcentaje que, para ser generosos, no supera el 5%. Existe quien, quizás más apegado a la realidad, valora la eficacia de la acción represiva por debajo del 1%, que sería como si un sistema sanitario en un Estado moderno funcionara para no más del 5% de los potenciales usuarios. ALESSANDRO BARATTA, *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, Foro de Política Criminal, Santa Fe de Bogotá, agosto 20 a 22 de 1996. Mimeo.

<sup>17</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 12.

<sup>18</sup> En cualquier caso este no es problema solo en Colombia: "la criminalidad no es un comportamiento de una minoría restringida, como quiere una difundida concepción, sino, por el contrario, el comportamiento de amplios estratos o incluso de la mayoría de los miembros de nuestras sociedades". ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, trad. de Álvaro Bunster, México, Siglo XXI Editores, pág. 103. Una pregunta ineludible aquí es la siguiente: si con la ineficiencia del sistema penal, tanto la policía, los fiscales, los jueces y las cárceles, ven avasallada su capacidad de actuación por una demanda muchas veces superior en cuatro o cinco veces sus posibilidades, ¿qué sucedería en caso de que mostraran un mayor grado de eficiencia?

<sup>19</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 12.

En tercer lugar, lo más importante tal vez en este diagnóstico propositivo es que se adivina un modelo penal absolutamente equivocado en sus objetivos: "...el modelo penal y sus agentes están ubicados, no para reprimir a fondo la gran delincuencia que roba los dineros públicos, que defrauda la confianza de miles de ahorradores, que asesina a líderes políticos, que ejerce una gran violencia contra la sociedad<sup>20</sup>, sino para controlar la expresión (legal o ilegal) de grandes sectores sociales, vulnerables y desprotegidos, que son los clientes habituales de las cárceles colombianas"<sup>21</sup>.

Esta preocupación por el tipo de "delincuencia" que debería ser objeto de la persecución penal en Colombia, es algo compartido por amplios sectores políticos y académicos. Una importante corriente<sup>22</sup> propugna abandonar la lucha contra la pequeña delincuencia y, en cambio, concentrar los esfuerzos en lo que ahora se considera la gran delincuencia: narcotraficantes, violadores de los derechos humanos, depredadores del medio ambiente, corruptos, etc.

Este fenómeno lo podríamos llamar "la búsqueda del cambio de clientela". Un "cambio de presos" difícilmente va a resolver algunos de los problemas de la justicia penal colombiana y, con toda seguridad, ninguno de los problemas del país.

Esta "propuesta" sobre el sistema penal colombiano, se ancla en las mismas ideas que sus propulsores denuncian del actual: creer que el delito y el delincuente son hechos previos a la actividad legislativa y judicial y que, por tanto, ahora sí, va a ser posible saber objetivamente, cuáles son verdaderamente los delitos graves y cuáles son meras bagatelas.

Cuando menos habría que decir que caminan en dirección contraria a doctrinas criminológicas tan reconocidas y referidas hoy en día, como el etiquetamiento: "Esta dirección de investigación (el *labelling approach*) parte de considerar que es imposible comprender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reaccionar contra ella, comenzando por las normas abstractas hasta llegar a la acción de las instancias oficiales (policía, jueces, instituciones penitenciarias) que las aplican. [...] La criminología positivista, y en buena parte la criminología liberal contemporánea, piden prestado al derecho y a los juristas sus definiciones del comportamiento criminal, y estudian este comportamiento como si su cualidad criminal existiera objetivamente. De igual modo y al mismo tiempo, ambas dan por descontado que las normas y los valores de la sociedad que los individuos transgreden, o de los que se

<sup>20</sup> Más adelante se tocará el tema de los objetivos de la administración de justicia en Colombia. Sin embargo, es bueno considerar, desde ya, el alcance de esta insinuación de PEÑA DÍAZ. En principio, no parece proponer algo diferente a un cambio de clientela del sistema penal y lo que habría que preguntarse es hasta dónde, por ejemplo, procesos como el famoso 8.000, el cual efectivamente se adelantan acciones judiciales contra los que parecían intocables, pueda realmente proponerse como modelo de justicia en Colombia.

<sup>21</sup> HÉCTOR PEÑA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>22</sup> Véase a FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 78.

desvían, son susceptibles de compartirse universalmente, válidos en el nivel intersubjetivo, racionales, presentes en todos los individuos, inmutables, etc.”<sup>23</sup>.

Esta misma línea supone que el Estado colombiano ha carecido de una política criminal clara y que, por lo tanto, su política se ha reducido a una reacción espasmódica y coyuntural frente a algunas situaciones dramáticas como asesinatos de grandes personalidades, masacres, terrorismo, etc. Entre otros, el mismo PEÑA DÍAZ da por sentado este hecho: “Dichas políticas represivas han sido más bien reacciones instintivas de los gobiernos ante los agravamientos de las acciones delincuenciales [sic] pero no unas verdaderas estrategias que consulten los elementos estructurales del fenómeno criminal”<sup>24</sup>.

Sin embargo, como se verá más adelante, el solo hecho de que sea tan poco sostenible hablar de una crisis de la administración de justicia en tanto la crisis misma hace parte del normal funcionamiento del sistema penal colombiano, esa caracterización (el sistema penal colombiano como un sistema de reacción coyuntural) carece de todo valor<sup>25</sup>, pues lo que revela un estudio histórico del sistema penal colombiano es su gran coherencia para violar derechos de los individuos, desconocer el debido proceso, atentar contra las libertades públicas y apuntalar un régimen autoritario.

### 3. LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EXPLICADA EN TÉRMINOS DE DESVIACIÓN E INSTRUMENTALIZACIÓN

Creo que se puede encontrar una variante a este modo de percibir la crisis de la administración de justicia. Algunos consideran que más allá de los problemas ya enunciados (procedimientos dispendiosos, inseguridad para jueces y testigos, dificultades administrativas, penurias presupuestales, una criminalidad desbordante y sofisticada, una falta de visión gerencial o administrativa por parte de los operadores del sistema penal el problema radica básicamente en una “desviación” de la administración de justicia penal hacia fines que le son ajenos.

Estas explicaciones pueden considerarse optimistas porque señalan unas causas y creen en unas posibles soluciones, por lo menos implícitamente.

En esta variante, mencionemos inicialmente, la opinión de la antigua Comisión Andina de Justicia: “...es importante anotar que el tema de la ineficacia, lentitud e incapacidad de la justicia, ha tenido un manejo político. Ha sido utilizado para ambientar reformas constitucionales y legales (incluidas especialmente las de corte represivo), así como para deslegitimar las reivindicaciones de los jueces y las posturas disidentes

<sup>23</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica...*, cit., pág. 87.

<sup>24</sup> HÉCTOR DÍAZ PEÑA, *op. cit.*, pág. 19.

<sup>25</sup> Véase a WILLIAM FREDY TORO PÉREZ et al., *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Edit. Dík e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997, pág. 105, y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “La crisis de la administración de justicia en Colombia”, en *Rasgando velos*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1993, pág. 50.

de la Corte, y aun para justificar la existencia de prácticas ilegales, y muy especialmente la actividad paramilitar”<sup>26</sup>.

Igualmente, en un escrito anterior, compartíamos esta visión: “[Ningún factor] puede desdeñarse al momento de preguntarse por el estado de la justicia en Colombia; [pero] hay uno que además de englobar y explicar otros (recursos económicos, tecnología, capacitación), explica también la postración de la administración de justicia y su desaparición, al menos desde el punto de vista de un Estado de derecho y es el papel de *función de gobierno* que le han dado los gobernantes a la administración de justicia”<sup>27</sup>.

En esta misma línea podemos incluir a GERMÁN SILVA GARCÍA: “En realidad la pretensión, muy poco disimulada o encubierta, está dirigida a adquirir el manejo del aparato judicial, con el fin de articular la administración de justicia a las específicas políticas de control social de los grupos de poder claves, cuya especificidad no supone precisamente la eficacia judicial, sino una satisfactoria respuesta a las inquietudes comprendidas en la esfera de intereses de estos grupos, en los términos y condiciones que le son necesarias”<sup>28</sup>.

Estas tres últimas posiciones (la antigua Comisión Andina de Juristas, seccional Colombia, la de GERMÁN SILVA PEÑA y la mía) pueden considerarse optimistas, en la medida que también terminan señalando causas y proponiendo, así sea implícitamente, soluciones. Básicamente, se supone que hay un problema de instrumentalización y desviación de la función judicial, que podría ser corregida, siempre y cuando se le respetara la independencia a la rama judicial y se pusiera la justicia al servicio del ciudadano, porque de acuerdo con SILVA GARCÍA: “Solamente persigue dominar ciertas zonas ultrasensibles, de especial interés para las élites, indispensables desde el punto de vista económico o político, para la subsistencia o permanencia del Estado y de la organización social vigente, así como para consolidar las condiciones de reproducción más esenciales del capital, sin las cuales el trauma a la economía nacional podría representar su propia bancarrota. El funcionamiento adecuado del órgano judicial, con la prestación del servicio público a los ciudadanos, es un asunto calificado como secundario”<sup>29</sup>.

Sobre esta variante podrían hacerse algunos comentarios y, necesariamente, una autocrítica. Esta “desviación” no parece un fenómeno típicamente colombiano. Tópicos como el terrorismo, el tráfico de drogas, la lucha contra la corrupción, han contribuido notoriamente a desfigurar los sistemas penales tal como lo han señalado algunos autores<sup>30</sup> y en una buena síntesis lo ha puntualizado HORMAZÁBAL MALARÉE: “Hoy ante

<sup>26</sup> Comisión Andina de Juristas, seccional Colombia, *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia*, Bogotá, ECOE, Santa Fe de Bogotá, 1990, pág. 174.

<sup>27</sup> JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, *op. cit.*

<sup>28</sup> GERMÁN SILVA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 19 y 20.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 61.

<sup>30</sup> Véase a DIEGO LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y derecho*, Madrid, Alianza Editorial, 1987; JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988, y LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Véase especialmente en este último, el capítulo 12, “El subsistema penal de emergencia”, págs. 807 y ss.

la presencia exasperada de los delitos relativos a las drogas, de la ligereza con que se crean nuevos delitos, del tratamiento penal del terrorismo, de la pérdida de garantías en el proceso y de las cárceles de máxima seguridad, cuesta mucho explicar sin sonrojarse los principios político-criminales que informan y limitan el *ius puniendi* estatal en un Estado social y democrático de derecho<sup>31</sup>.

#### 4. ALGUNAS VISIONES MÁS DESENCANTADAS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

En este aparte se pretende presentar los planteamientos de algunos autores que bien podría considerárseles no-optimistas en cuanto a la crisis de la administración de justicia penal, pues bien consideran que en Colombia no es legítimo hablar de crisis, para referirse a la administración de justicia y a casi ninguno de los fenómenos que caracterizan su realidad en el presente, o bien consideran que esa crisis es inescindible del mismo sistema penal y que lo que ha hecho precisamente el sistema es agudizarla con el supuesto de superarla.

“La crisis es [...], teóricamente, un momento de ruptura, de interrupción, cuyos efectos serán más o menos transformadores del sistema, dependiendo del funcionamiento anterior<sup>32</sup>. Y esta no parece ser la situación colombiana en la cual es casi imposible encontrar el momento de ruptura, determinar el antes o el después.

Lo primero que tendría que hacerse, es cuestionar la validez de la palabra ‘crisis’ para referirse a la justicia penal en Colombia o, incluso, para hablar de la situación colombiana, porque como lo dice GONZALO SÁNCHEZ, ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a las policías y ejércitos privados? ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a la debilidad del Estado colombiano? ¿Qué es pasado y qué es presente con respecto a los éxodos de campesinos y terratenientes de las zonas de conflicto?<sup>33</sup>.

Si eso puede decirse de fenómenos como la aparición de ejércitos privados, debilidad del Estado, desplazamientos forzados, etc., también es válido frente a la administración de justicia penal en Colombia.

“Es pertinente decir, casi de forma preliminar, que el derecho penal presenta una condición natural que podría confundirse con una crisis inherente. *Crisis*, en este caso no indica un punto de inflexión de la curva de contradicción entre el discurso jurídico-penal y la realidad operativa del sistema penal, el acercamiento o distanciamiento de esa realidad operativa a la programación teórica jurídico-penal. *Crisis*, indica un punto de derrumbe del discurso penal por la *extrema evidencia de su natural falsedad* y la

<sup>31</sup> HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Los problemas de legitimación del derecho penal y la perspectiva abolicionista*, pág. 202.

<sup>32</sup> WILLIAM FREDY PÉREZ, *et al.*, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>33</sup> GONZALO SÁNCHEZ, *Guerra y política en la sociedad colombiana*, Santa Fe de Bogotá, El Áncora Editores, 1991, pág. 207.

imposibilidad eventual de presentar la situación como transitoria y fruto de ciertas coyunturas o circunstancias de subdesarrollo o inmadurez<sup>34</sup>.

Pero si aun admitiéramos que puede hablarse de crisis, no es claro qué puede hacerse con el derecho penal para superarla. Lo que puede constatarse históricamente frente al derecho penal colombiano es que las soluciones no han hecho más que agudizar la “crisis”: “A la crisis del derecho penal, como a las otras crisis, se responde con el propio derecho penal. Es decir, por ejemplo, que como remedio para impunidad, sea cual fuere la razón que la inspire, se formulan altas dosis de derecho penal; en respuesta al descreimiento en la eficacia del sistema penal, que impide la colaboración ciudadana, se fabrican categorías criminalizantes (omisión de denuncia), en el marco de la tendenciosa construcción de un *derecho negocial* (beneficios y recompensas por colaboración); a las declaradas —jurisdiccional o doctrinariamente— fórmulas vulneradoras de garantías penales, se responde con la reintroducción de la violación por mecanismos alternos y *acceptables* y campañas publicitarias de respaldo a esa estrategia institucional<sup>35</sup>.

Probablemente el problema del derecho penal hoy en día sea que carece de legitimación y hasta de justificación racional como lo ha señalado FERRAJOLI: “...el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su ilegitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por BECCARIA ‘un terrible y quizás no necesario derecho’”, la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron MONTESQUIEU y CONDORCET, el más ‘terrible’ y ‘odioso’ de los poderes: el que se ejerce de manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de manera más conflictiva la relación entre Estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales<sup>36</sup>.

Esta falta de legitimación del derecho penal tiene unas raíces más profundas y lejanas. Por una parte, porque la legitimación que pudo haber obtenido con el pensamiento iluminista, ya parece haber agotado su capacidad de rendimiento y, por otra, porque es un fenómeno de alcance casi universal, por lo menos en cuanto se refiere a los países de tradición jurídica europeo-continental.

Y esto no significa obviamente que estemos ante una inminente desaparición del derecho penal, el cual sigue y seguramente seguirá ahí, como ese mal necesario, que todos denuncian, pero con el cual no sabe qué hacer al menos por ahora: “El derecho penal goza de muy buena salud, como lo demuestran el paulatino y seguro aumento

<sup>34</sup> WILLIAM FREDY PÉREZ TORO *et al.*, *op. cit.*, pág. 38, cursivas textuales.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 37, cursivas textuales.

<sup>36</sup> LUIGI FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, en *Poder y control*, núm. 1, Barcelona, PPU, 1986, pág. 21.

del catálogo de conductas punibles y el terrorífico aumento de la población carcelaria<sup>37</sup>.

#### 5. LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ALGUNOS ELEMENTOS FOUCAULTIANOS

No va a hacerse un estudio crítico de FOUCAULT, y ni siquiera un comentario sobre la obra de FOUCAULT, sino una simple ilustración de cara al problema que se ha enfrentado en este trabajo. Este no es el primer intento que en Colombia se ha hecho en esta dirección; incluso entre nuestros egresados, existen, por lo menos, dos trabajos anteriores, que tomando como marco de referencia de obra de FOUCAULT, han empezado a transitar este camino<sup>38</sup>.

Básicamente, con estos elementos foucaultianos se espera que el lector perciba algunas premisas que consideramos importantes tener en cuenta al momento de volver, otra vez, sobre la crisis de la administración de justicia penal en Colombia: son una serie de textos que se han escogido con el fin de leer unos problemas concretos: los modelos de administración de justicia, los conceptos de ley y justicia, el concepto de verdad y la idea de hombre que ha estado implícita en las reflexiones sobre la administración de justicia penal en Colombia.

Unas líneas gruesas, que aquí solo se insinúan, podrían servir de derroteros para mirar la administración de justicia en Colombia:

- Parafraseando a FREUD, el derecho penal adolece de un gran malestar. Este malestar se refleja tanto en su problemática legitimación como en su extensión. Para unos, el derecho penal se ha quedado corto porque no alcanza a abarcar todas las conductas que son dignas de ser castigadas por este instrumento y, para otros, en cambio, sufre de una notable inflación, que lo ha hecho entrometerse en asuntos que no serían de su competencia; además, si se enfoca el problema de las penas, la situación se reproduce. Amplios sectores consideran que tenemos un derecho penal sumamente relajado, que sin razón ha renunciado a instrumentos que utilizó en otro tiempo, como la pena de muerte, la cadena perpetua, los castigos físicos, etc. para otros, en cambio, habría que reducir considerablemente las penas actuales, por su natural barbarie.

- Una obviedad: cualquier sistema judicial corresponde a un momento histórico determinado; forma sus propios objetos científicos, tiene sus propias concepciones sobre los hombres y sus relaciones y, por lo tanto, se hace necesario prevenirnos acerca de ciertas ideas lineales del progreso, básicamente la idea de suponer que el presente nos autoriza a mirar el pasado en términos de barbarie, parcialmente utilizable.

<sup>37</sup> Ib.

<sup>38</sup> LUIS JAVIER QUIROZ B. y LUIS IGNACIO ZAPATA JARAMILLO, *Foucault y el discurso jurídico: una aproximación*, tesis de grado, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho.

HUGO CASTAÑO ZAPATA, "Proceso y poder", en *Temas procesales, Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal*, Medellín, núm. 22, septiembre de 1998.

- Tendría que tomarse mucha distancia con un cierto lenguaje que pretende alejar al derecho penal de las discusiones sobre el poder, las luchas políticas y la guerra; lenguaje que se manifiesta básicamente en frases como la "majestad de la justicia", "la imparcialidad de la ley", su intangibilidad, su innegociabilidad, etc.

- Aquí no hay verdades eternas ni esencias escondidas. La administración de justicia es un campo de batalla privilegiado, donde los poderes están en perpetua batalla y, por lo tanto, no parece posible concebirlo como aquel dominio sereno del bien sobre el mal.

- También es fácil percibir que cuando hablamos de hombre para referirnos a la administración de justicia caemos rápidamente en la tentación de suponer que el hombre del que estamos hablando es "uno mismo", eterno; un hombre que tendría una serie de derechos y facultades que le son inherentes a su condición antropológica. Esta suposición desconoce obviamente que es precisamente el poder y concretamente el ejercicio de administrar justicia, lo que constituye un sujeto. Dentro del derecho penal, incluso en los últimos dos siglos<sup>39</sup>, la misma doctrina ha girado dentro de un concepto diferente del hombre.

#### a) *Qué es eso de la "administración de justicia"*

En términos generales podríamos decir que la administración de justicia es un conjunto de medidas, instituciones, prácticas, en las que se plasma, en una sociedad determinada la política criminal, entendida como los instrumentos y las estrategias que tiene un Estado para crear, intervenir y gestionar la delincuencia<sup>40</sup>.

El complejo instrumental que comprende todo este manejo es lo que pudiera llamarse el sistema penal. El sistema penal en su conjunto es bastante heterogéneo: estaría compuesto por normas (constitucionales, penales, policivas, administrativas, penitenciarias, etc.), por saberes (la ciencia del derecho penal, la criminología, la filosofía del derecho penal, las ciencias forenses) y por una serie de métodos tecnificados (medicina forense, psiquiatría forense, criminalística, documentología, etc.)<sup>41</sup>. Y como decía antes, una serie de instituciones: rama judicial, policía, organismos de seguridad, cárceles, etc.

<sup>39</sup> Señalo este período porque más adelante tomaremos las imágenes del hombre en el derecho penal a partir del desarrollo de las ideas iluministas acerca del derecho penal y porque es desde ahí cuando FOUCAULT señala que surgió el hombre, esa imagen dibujada en la arena de la playa, que desaparecerá con la próxima ola. Véase *Las palabras y las cosas*, trad. de Elsa Cecilia Frost, México, Siglo XXI Editores, 7<sup>a</sup>, pág. 375.

<sup>40</sup> "La cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad conforme el objeto principal de la política criminal". CLAUD ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, trad. de Juan Bustos Ramírez y otro, Barcelona, PPU, 1992, pág. 9.

<sup>41</sup> Para un completo panorama del concepto de sistema penal, véase a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 17.

b) *Algunas aclaraciones "previas" tomadas de NIETZSCHE; en versión de FOUCAULT*

Cuando se mira cualquier libro de derecho penal y se indaga por la función de ese derecho, las respuestas son múltiples pero todas ellas están llenas de seguridades y certezas: el derecho penal es el instrumento por medio del cual se busca combatir la delincuencia, proteger la sociedad, asegurar los bienes jurídicos básicos para los miembros de la sociedad y realizar los valores éticos sociales básicos<sup>42</sup>.

FOUCAULT —este punto siguiendo muy de cerca a NIETZSCHE— tiene sobre esto una idea mucho más problemática en la cual las certezas desaparecen casi completamente: "Harán falta años, y tanteos, y transformaciones para determinar qué es lo que hay que castigar y cómo, y si castigar tiene algún sentido, y si es posible"<sup>43</sup>.

Y anticipándonos un poco al señalamiento de alguna de las dificultades tanto teóricas como prácticas que tenemos al momento de evaluar la administración de justicia en Colombia, podríamos citar nuevamente a FOUCAULT: "en nuestras sociedades contemporáneas ya no se sabe con exactitud qué es lo que se hace cuando se castiga, ni tampoco qué puede en el fondo justificar la punición: todo ocurre como si practicáramos un tipo de castigo en el que se entrecruzan ideas heterogéneas, sedimentadas unas sobre otras, que provienen de historias diferentes, de momentos distintos, de racionalidades divergentes"<sup>44</sup>. Un trabajo crítico, en esta dirección, no podría dirigirse a disipar esa ignorancia, ni mucho menos a dotar de sentido este galimatías: a lo sumo a hacer un recorrido mucho más lento para poner en evidencia sus aporías.

Cuando no se cuenta más que con el crimen por una parte, y con el autor por otra, la responsabilidad jurídica, seca y desnuda, autoriza formalmente el castigo, pero no puede darle un sentido<sup>45</sup>.

No creemos que hoy en día, desde la ciencia del derecho penal se puedan recusar estas afirmaciones. Como ya se ha visto, el derecho penal adolece de una falta de legitimación irrefutable. Las aportaciones de la criminología crítica, como lo ha demostrado BARATTA, han dejado sin piso muchos de los supuestos sobre los cuales caminó tranquilamente el derecho durante varios siglos: el principio de la igualdad, de la culpabilidad, del bien y del mal, etc. Si el derecho penal debe regirse por principios de oportunidad y de legalidad, ello le plantea una dificultad adicional y, posiblemente, insalvable<sup>46</sup>.

Mirar un poco más de cerca, el entrecruzamiento de esas "ideas heterogéneas, sedimentadas unas sobre otras, que provienen de historias diferentes, de momentos dis-

<sup>42</sup> Un buen resumen en H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 3 y ss.

<sup>43</sup> MICHAEL FOUCAULT, *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta, pág. 221.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 222.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 246.

<sup>46</sup> WINFRIED HASSEMER, *La persecución penal: legalidad y oportunidad*, Mimeo, s.m.d.

tintos, de racionalidades divergentes", puede ilustrar una de las grandes dificultades que tiene hoy en día la administración de justicia, en la medida que puede delatar su incapacidad para fijarse un rumbo y poner en evidencia, con mucha frecuencia, un desesperado oportunismo que hace pensable "cualquier cosa" para salir del paso, bien sea para resolver los problemas cotidianos como la violencia intrafamiliar o la simple violencia sexual, o para enfrentar los problemas que plantean las nuevas formas de criminalidad como el narcotráfico, el terrorismo, la violación de los derechos humanos, la corrupción, los atentados contra el medio ambiente, etc.

c) *Lo que ha buscado la administración de justicia*

En la tentativa de describir la *confusión* de la administración de justicia y de la promiscuidad que desde su desarrollo histórico y de la racionalidad implica esta confusión, vale la pena revisar un poco los modelos de verdad y de poder frente al aparato de administrar justicia<sup>47</sup>.

Es claro que para FOUCAULT el poder y el saber constituyen algo que no puede separarse y que son, a lo sumo, las dos caras de una misma moneda. Todo poder implica un tipo de saber y cualquier saber está indisolublemente unido a una forma de poder. Y por eso no puede hablarse de un saber independiente del poder ni viceversa, sino que debemos hablar de formas de poder-saber.

De acuerdo con FOUCAULT, las formas de "poder-saber" que ha revestido la justicia a lo largo de la historia, se pueden concretar en tres:

*La medida.* Matriz del saber matemático y físico pero también criterio de orden justo en el combate de los hombres y los elementos. Responde a una función de orden. Es un medio para establecer o restablecer el orden. Está unida a la constitución de la sociedad griega.

Esta forma de poder-saber fue la que dio origen, en la historia del derecho penal, a lo que se ha llamado la responsabilidad objetiva, que es aquella en la cual la responsabilidad jurídica depende del daño que se haya causado, independientemente de la relación subjetiva que pudiera establecerse entre el autor y el hecho. De lo que se trata es de reconstruir el orden, de mantener o restablecer el equilibrio. Puede llegarse a que personas que no han participado en el hecho, puedan llegar a sufrir las consecuencias como en la célebre disposición del Código de Hammurabi que establece que cuando una construcción se derrumba por defectos de la misma y le produce la muerte a los hijos del dueño, deben morir los hijos del constructor. Es la famosa divisa de la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente. Con esta forma de responsabilidad la "pena" puede alcanzar a animales, cosas y cadáveres.

*La pesquisa.* Esta forma se la relaciona con el Estado medieval; es un medio para constatar y restituir los hechos, los sucesos, los actos, las propiedades, los derechos;

<sup>47</sup> Esta confusión de fines de la administración, no quiere decir que no haya una política criminal clara. Probablemente una parte de la estrategia de la política criminal sea mantener y alimentar esta confusión.

pero también es matriz de los saberes empíricos y de las ciencias de la naturaleza. Es una función de centralización.

Esta forma dio origen a la llamada responsabilidad subjetiva, en la cual resulta fundamental determinar la actitud interna del sujeto en relación con el resultado producido. Tiene un gran desarrollo en el derecho canónico, donde empiezan a graduarse las faltas por la mayor o menor intención de la persona, por sus conocimientos, entre otras cosas.

En el derecho penal contemporáneo se manifiesta en la llamada —precisamente— responsabilidad subjetiva. Requiere necesariamente la presencia del dolo (intención de realizar el hecho punible), la culpa (negligencia o imprudencia en la realización del hecho) o la preterintención (dolo frente al hecho menos grave y culpa frente más grave). Y “naturalmente”, la muerte de un hombre se considerará un hecho más grave si se ha realizado con dolo; menos grave si se ha realizado con culpa y tendrá una respuesta intermedia del derecho penal, si se realiza con preterintención. Quedará por fuera del derecho penal si se ha realizado por fuerza mayor o caso fortuito.

*El examen.* Es una forma de “poder-saber” unido a los sistemas de control, de exclusión y de castigo propios de las sociedades industriales. Es un medio de fijar o restaurar la norma, la regla, el reparto, la calificación, la exclusión, pero también la matriz de todas las simbologías, sociologías, psiquiatrías, psicoanálisis; resumiendo, de todo aquello que llamamos las ciencias del hombre.

Este es el modelo que corresponde a una sociedad disciplinaria, tal como lo describe FOUCAULT en *Vigilar y castigar*. Una sociedad de vigilancia perpetua, donde el individuo tendrá un expediente permanentemente abierto, desde la cuna hasta su tumba.

En el derecho penal contemporáneo ha tenido influencia en la llamada escuela finalista del derecho penal que fue tan importante en Alemania en las décadas del 50 y del 60, y que hoy sigue manteniendo vigencia en el pensamiento de JAKOBS. Ya lo básico no es el resultado, ni siquiera la relación entre el sujeto y el hecho, sino entre el sujeto y la norma. La responsabilidad se genera, básicamente, por defraudar las expectativas de la norma.

Lo importante en estas últimas direcciones (finalismo y funcionalismo) es que el eje de la discusión vuelve a desplazarse. Ya no importan básicamente el resultado ni la intención, sino la actitud del individuo frente a la norma, sus valores ético-sociales, su compromiso con los valores pretensamente mayoritarios.

Es a partir de esta orientación que se le va a dar gran importancia a los delitos de peligro. La distancia entre el hacer y el poder hacer va a reducirse al mínimo. Tan grave como atropellar a un peatón va a resultar el hecho de no conducir de acuerdo con las normas establecidas para el tránsito y se sancionará, casi de la misma manera, al autor del acto terrorista como el mero hecho de formar grupos terroristas o el de confabularse para realizar acciones terroristas. El control social ejercido con el derecho penal no se reduce al resultado ni a la manifestación de una intención, sino que el derecho penal aspira a regular aquellas conductas que no están directamente relacionadas con un delito, pero que funcionalmente permiten percibir un desacato a la norma.

Históricamente estos modelos descritos no se han sucedido con una cronología precisa, ni se ha pasado de una forma a otra, completamente; al contrario, es posible encontrar elementos de uno dentro de un sistema tendencialmente inclinado hacia otro modelo: “Claro es que estas, *medida, pesquisa y examen*, se emplean simultáneamente en muchas prácticas científicas con tantos métodos puros y simples o, más aún, como tantos instrumentos estrictamente controlados. También es cierto que en este nivel y en este papel ellos se separan de su relación con las formas de poder. Pero antes de aparecer juntos y así decantados al interior de campos epistemológicos definidos, ellos se han unido para la puesta en escena de un poder político donde ellos eran al mismo tiempo efecto e instrumento”<sup>48</sup>.

Y es precisamente esta utilización simultánea de estas formas de poder-saber, la que puede dar una clave para entender algunas de las incoherencias de la administración de justicia penal; entender lo que se ha llamado su crisis y para poner en evidencia muchas de las aporías con las que hoy en día se enfrenta.

#### d) *El hombre y el derecho penal*

Usualmente se parte del supuesto de que el hombre es algo externo al derecho penal, algo que está dado de antemano y que por lo tanto el derecho penal no tendría ninguna función distinta a reconocerlo y a tratarlo de acuerdo con esa condición. En *la verdad y las formas jurídicas*, podemos encontrar algunas pistas que permitan entender el problema del hombre en forma diferente; el hombre no es ajeno, ni a las prácticas políticas, ni a las prácticas penales. En efecto, ha señalado FOUCAULT: “Sería interesante que intentáramos ver cómo se produce, a través de la historia, la constitución de un sujeto que no está dado definitivamente, que no es aquello a partir de lo cual la verdad se da en la historia, sino de un sujeto que se constituyó en el interior mismo de esta y que, a cada instante, es fundado y vuelto a fundar por ella”<sup>49</sup>. Y desde luego, “Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, *las prácticas jurídicas, o más precisamente, las prácticas judiciales están entre las más importantes*”<sup>50</sup>. Y continúa: “Las prácticas judiciales —la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia— creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> MICHEL FOUCAULT, *Teorías e instituciones penales*, 1971-1972, págs. 7 y 8.

<sup>49</sup> MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Edit. Gedisa, pág. 56.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 17. Sin subrayas en el original.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 17.

Partiendo del supuesto de que el hombre es algo que está dado de una vez por todas, continuamente hay una apelación a un cierto humanismo absolutamente vacío o fofo como diría FOUCAULT, que hace de la lectura de la historia del derecho penal, o bien, una progresión ininterrumpida hacia el reconocimiento total de un sujeto digno y completo, o una continua lucha contra la barbarie, que justamente el derecho penal tendría que llevar a buen término. No es gratuito que hoy en día precisamente se señale la dignidad humana como uno de los límites que tiene el Estado en su ejercicio de castigar, obviamente, sin que podamos encontrar nada aproximado a lo que sería la dignidad humana<sup>52</sup>.

Un recorrido esquemático sobre algunas de las más importantes corrientes del derecho penal, por lo menos de aquellas que han tenido alguna incidencia en el derecho penal colombiano en los últimos años, nos permite ver que cada escuela tuvo una concepción diferente del hombre y que, sin embargo, se mantienen los mismos instrumentos, se esperan los mismos resultados y tal vez, lo más complicado, aquellas concepciones y estos instrumentos y resultados se mezclan sin cesar, hasta la confusión total.

En el derecho penal colombiano podríamos señalar una periodización, que se corresponde más o menos con los grandes códigos, que estarían signados por una determinada escuela. La llamada escuela clásica liberal, básicamente a través de la obra de FRANCESCO CARRARA, fue importante en Colombia en el Código Penal de 1890, que rigió hasta 1936.

Posteriormente, en el Código de 1936, se daría una gran influencia de la escuela positivista italiana que tuvo en FERRI, GAROFALO y LOMBROSO sus grandes creadores; influencia que duraría hasta 1980.

En 1980 se expidió el nuevo Código Penal en el cual supuestamente ya se acoge el pensamiento dogmático alemán, y se ambienta en Colombia la discusión entre las escuelas alemanas (causalista y finalista).

En efecto, se hicieron lecturas fáciles del pensamiento iluminista, pues se entendió que el derecho penal tenía un sentido fundamentalmente humanista. La escuela clásica del derecho penal, que tendría su iniciador en BECCARIA, con *De los delitos y de las penas*, sería el adalid de una gran transformación en este sentido: "Con BECCARIA se había iniciado una tendencia humanitaria en el derecho penal, como reacción y protesta contra los abusos del absolutismo. Nuestro autor [FRANCESCO CARRARA] continúa esta trayectoria"<sup>53</sup>.

FOUCAULT, sin embargo —en *Vigilar y castigar*—, ha mostrado que esa no es una lectura afortunada: no puede entenderse la reforma penal como un grito del corazón sino como una profunda reorganización del poder de castigar, no se trata de castigar menos, sino de castigar mejor. "Y la reforma propiamente dicha, tal como se formula

<sup>52</sup> Véase entre otros, a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, págs. 29 y 30.

<sup>53</sup> NÓDIER AGUDELO, *El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 17.

en las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, con sus objetivos primeros: hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino castigar mejor, castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social"<sup>54</sup>.

Es posible entender que la escuela clásica del derecho penal tuvo en mente un hombre libre, igual, fraternal, es decir, el hombre de la Revolución francesa. Era el hombre que disponía de libre albedrío y justamente por eso se le podía castigar por hacer un uso inadecuado de su libertad y decidir, sin limitaciones, entre el bien y el mal. "Tenemos, pues, que el hombre en el pensamiento de los clásicos no se puede definir más que como un ser divino. Un ser, tal como lo define CARRARA, a la manera cristiana, hecho a imagen y semejanza de Dios; que habita en sociedad regido por una ley natural inherente a él, pero, así mismo, dotado de una sabiduría y de un raciocinio tal, que le permite distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, y que le posibilita aprehender la ley natural del orden social y cumplirla. El hombre entonces es un ser libre; capaz de tomar decisiones y de escoger entre el bien y el mal. Tal capacidad de escogencia es la característica principal que lo diferencia de los animales y de las cosas naturales, lo cual le permite ser el único sujeto susceptible de imputación penal. El hombre en CARRARA, el único al que está dirigido la norma penal, el único sujeto a derechos y obligaciones, es el hombre normal"<sup>55</sup>.

La escuela positivista, en cambio, supuso un hombre peligroso, un hombre del cual la sociedad debería defenderse con todos sus recursos, desde la misma infancia de aquel<sup>56</sup>. No es gratuito que la escuela positivista haya preferido la defensa social, en la medida que la sociedad se consideraba en peligro por la mera existencia del hombre. Es una inversión de aquella máxima russoniana, según la cual el hombre nace bueno y la sociedad lo corrompe, por otra, según la cual la sociedad es buena pero el hombre la pone constantemente en peligro; una "sociedad sin límite alguno en su defensa, pero que, sin embargo, no se fundamenta teóricamente el porqué defenderse, y, sobre todo, a cuál sociedad, en términos valorativos"<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 6ª ed., México, Siglo XXI Editores, pág. 86.

<sup>55</sup> LUIS EDUARDO AGUDELO SUÁREZ y HUGO HERNÁN GALLEGU ZULUAGA, *El hombre en el derecho penal*, tesis de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, s. f. pág. 18.

<sup>56</sup> "En las escuelas populares, obligatorias, por las que tiene que pasar toda la población de muchachos de ambos sexos, el Estado, sirviéndose de los médicos escolares, pueden formar el censo *bio-psíquico* (por medio de la cartilla bibliográfica de cada alumno). Entonces, no solo el individuo podrá ser mejor utilizado y valorizado según sus aptitudes para el trabajo manual e intelectual, sino que, y esto es lo más importante, se podrán distinguir y separar los escolares normales de los anormales o deficientes. Y dado que existen deficientes *intelectuales* y deficientes *morales* ('candidatos a la delincuencia'), estos sobre todo deberán ser vigilados o educados en colonias agrícolas especiales, buque-escuela, etc., restringiendo y eliminando así los semilleros de delincuencia que en los centros urbanos están construidos por menores moralmente abandonados por sus familias". ENRIQUE FERRI, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>57</sup> LUIS EDUARDO AGUDELO SUÁREZ y otro, *op. cit.*, pág. 43.

Por otro lado, el finalismo concibe un hombre normativizado; cuya tarea principal es ajustarse precisamente a normas, que devienen racionalidad incuestionada: "...el deber del hombre, quiéralo o no, es acomodarse a los valores éticos de las instituciones mayoritarias; valores que son impuestos, creados y respaldados por medio del poder punitivo del Estado y que se ejerce a través de un derecho penal que convalida un esquema autoritario"<sup>58</sup>.

Tal vez sin la jerarquía "epistemológica" de la escuela clásica, el positivismo y el finalismo, vale la pena hacer una pequeña referencia al concepto de hombre en la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional que tuvo tan dolorosas incidencias en la América Latina de la década de los setenta. De acuerdo con AGUDELO, "El hombre de la Doctrina de la Seguridad Nacional es un objeto más, como una planta, una piedra, una frontera, una cosa que el Estado puede utilizar sin la menor restricción en favor de sus intereses. Es el desecho de los bienes del Estado"<sup>59</sup>.

Mencionamos esta teoría, de paso, porque permite percibir un problema que ya se había enunciado. La Doctrina de la Seguridad Nacional, no implicó, por lo menos entre nosotros, un cambio fundamental en la legislación penal ni en las instituciones formalmente constituidas, sino que se manifestó en ciertas prácticas de tipo militar y policivo, con consecuencias bastante conocidas: detenciones ilegales, allanamientos arbitrarios, torturas y desapariciones, formación de grupos paramilitares, de limpieza social, etc.

Desde una perspectiva institucional estas prácticas sangrientas, tienden a mirarse como aberraciones, desvíos y patologías. Si se repara el concepto de hombre que conlleva tal doctrina, parecen, en cambio, hacer parte de la filosofía de un sistema, de una utilización del hombre como se concibe en relación con el Estado y sus fines: un desecho cuya instrumentalización es incuestionable.

## 6. A MANERA DE RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIÓN

A esta altura del trabajo es posible aventurar una conclusión: las dificultades para pensar en la administración de justicia penal en Colombia (lo mismo que en el derecho penal o en el sistema penal), obedecen por lo menos a factores de dos órdenes: unas dificultades del orden de lo teórico y otras dificultades del orden práctico.

### a) Dificultades de orden teórico

Las dificultades de orden teórico se podrían calificar, en bloque, como un exceso de idealismo, de falta de olfato histórico y de trascendentalismo trasnochado.

Se parte del supuesto de que la administración de justicia es una actividad que ha venido realizando la humanidad desde sus comienzos; se supone que la de hoy en día

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 65.

<sup>59</sup> *Id.*, pág. 90.

es el fruto de un progreso constante y que, por lo tanto, las formas anteriores debemos miraras como tanteos, como errores, que nuestra racionalidad debería superar y que muchas veces, incluso, se piensa que efectivamente se han superado.

Ese idealismo a la hora de mirar la administración de justicia, hace que se le entienda como una actividad meramente burocrática que puede superar sus dificultades a partir de maquillajes en su organización, o bien que se siga postulando una administración de justicia para un hombre que se da como un supuesto natural, cuando precisamente la administración de justicia y en general las prácticas políticas son quienes lo constituyen, lo sujetan, en la doble acepción del término: lo hacen sujeto y lo amarran.

Probablemente con un poco de modestia y de humildad, de aquellas que paradójicamente nos recomendaba NIETZSCHE, sea posible ver un poco más claro: la verdad tiene una historia, la administración de justicia es una forma de crear hombres y la ley es un instrumento de batalla, un campo abierto en el cual no nos podemos amparar (en su nombre) para eliminar diferencias, para desconocer al otro y para abrogarnos la facultad de decir hasta dónde podemos llegar nosotros y sobre todo, en qué límite queda confinado el enemigo.

### b) Dificultades de orden práctico

En el orden práctico podemos decir que nuestra administración de justicia y, en general, nuestro sistema penal, pueden describirse como un mosaico abigarrado de medida, pesquisa y examen, que añadidos al eficientismo anglosajón, muestran una figura sin contornos.

Unas veces se intenta resarcir el daño, otras poner en evidencia la peligrosidad del infractor, ora hacer respetar la norma; e, incluso, recuperar bienes para el Estado.

En cualquier manual de derecho penal, estas dificultades son eludidas con el argumento de que la misión del derecho penal es múltiple: protección de bienes jurídicos, mantenimiento de la confianza en la ley, consolidación de unos valores ético-sociales, etc. Pero esta evasión es solo aparente: lo que demuestra es que el derecho penal es una red inmensa, que va tejiendo sus mallas con una lógica heterogénea; y que por esa heterogeneidad desafía cualquier racionalidad. Seguramente, de ahí brota ese malestar que lo cobija y del cual no ha podido encontrar forma de sacudirse.

# Una visión del "dominio de voluntad por organización" y su aproximación al derecho penal colombiano

*Plinio Posada Echavarría\**

## 1. PLANTEAMIENTO

En la dinámica del crimen, como constante en la historia de la humanidad y muy particularmente en los umbrales de un nuevo milenio, nos encontramos frecuentemente con las actividades delictivas cumplidas por asociaciones ilícitas organizadas<sup>1</sup> y armadas, cuya peculiar forma de funcionamiento, la calidad de la unión que vincula a los diferentes miembros y el poder decisorio que se concentra en la cúpula de las mismas, son circunstancias que dificultan enormemente determinar la clase y el fundamento de la responsabilidad de quienes las dirigen.

El ordenamiento penal apenas alcanza a regular aquellos supuestos que implican hechos individuales. De aquí que nuestro derecho positivo, por sustracción de materia, no se ocupa de señalar la responsabilidad específica que corresponde atribuir a los dirigentes de dichas organizaciones en relación con los hechos cumplidos por cualquier miembro de las mismas, cuya ejecución haya sido ordenada por aquellos<sup>2</sup>.

\* Procurador delegado ante el Tribunal Superior de Medellín. Profesor de la Universidad de Medellín.

<sup>1</sup> Como, por ejemplo, tráfico de drogas, de armas, de órganos humanos, de vehículos, de objetos artísticos y culturales, de niños o mujeres para la prostitución, de animales, blanqueo de capitales, etc.

<sup>2</sup> Sin embargo, previendo las muy negativas consecuencias frente a caros principios del derecho penal, creemos que no son convenientes propuestas de criminalización de conductas

La finalidad de este trabajo es la de delimitar la calidad de la intervención de quienes actúan al margen de la legalidad estas formas extremas de la actuación delictiva. Para ello nos valdremos de las normas generales sobre la autoría y participación.

Ese modesto empeño comprende el examen tanto de la responsabilidad de los miembros ejecutores de los mandatos delictivos de la organización, como principalmente la de quienes, sin intervenir materialmente en la ejecución de los hechos punibles, fungen como dirigentes o están en un grado intermedio entre dirigentes y ejecutores.

En resumen, lo que se pretende examinar es si solo son responsables quienes tienen la calidad de órganos ejecutores dentro de la organización por los delitos cometidos o si también debe hacerse responsables, como autores o partícipes, a los dirigentes de la organización por haber utilizado su poder para cometerlos.

A continuación, luego de una breve introducción, habrán de ser examinadas las diversas posturas que ofrece la doctrina, en las que existen soluciones tanto de autoría como de participación.

## 2. POSICIÓN SISTEMÁTICA

Los denominados "aparatos organizados de poder" suelen ser un tema tratado doctrinariamente dentro de las formas de manifestarse el dominio del hecho, respecto del cual ha señalado ROXIN<sup>3</sup> que ello tiene lugar de tres maneras distintas: dominio del hecho por acción, dominio de la voluntad de otro y dominio funcional del hecho. La primera forma se refiere a la realización inmediata del tipo doloso, esto es, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo objetivo. La segunda alude a la realización mediata del tipo, por medio de otra persona que actúa como instrumento. De acuerdo con el citado doctrinante<sup>4</sup>, esta forma reviste tres distintas modalidades: dominio de la voluntad por coacción, dominio de la voluntad por error y dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, también denominados por ROXIN<sup>5</sup> "dominio por organización". Y la tercera, se refiere a la concurrencia de varias personas en la realización del hecho punible, según reparto de funciones de carácter necesario, convenida en común antes o durante la realización.

Si bien es cierto que adviene pacífica la opinión de tratar genéricamente el tema en el referido contexto, no menos lo es que las postulaciones doctrinarias se hallan

que posibiliten llegar lo suficientemente lejos en la estructura jerárquica de la organización criminal como para poder implicar a quienes manejan los hilos de la misma y a los miembros encargados de ejecutar sus órdenes. Tampoco estimamos necesario, para esos mismos fines, el que se ensanchen los conceptos de autoría y participación y menos el que se crease una figura autónoma que reprima la pertenencia a tales organizaciones. Pues todo se reduce a una mera dificultad probatoria, superada la cual entran a operar, para delimitar responsabilidades, las normas ordinarias sobre autoría y participación.

<sup>3</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, págs. 567 y 568.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

divididas en la consideración específica del asunto, ubicándolo bien en sede de autoría o en el de la participación.

## 3. PUNTO DE VISTA QUE ENMARCA EL SUPUESTO EN LA AUTORÍA MEDIATA

Por *aparatos organizados de poder* suele entenderse en la doctrina aquellas organizaciones criminales dedicadas a la ejecución de delitos.

En ellas el hombre de atrás, también denominado por STRATENWERTH<sup>6</sup> como *autor de escritorio*, dispone de un aparato personal con cuya ayuda puede realizar sus delitos y aunque no tiene propiamente el dominio del hecho, al disponer de la organización, cuenta con la posibilidad de convertir las órdenes del "aparato" en la ejecución del hecho.

Como el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, explica STRATENWERTH, no se requiere ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás<sup>7</sup>.

Por poderse constatar un verdadero *dominio de la voluntad*, entiende ROXIN que en estos supuestos concurre autoría mediata por parte de quien actúa desde su escritorio. La fungibilidad de los miembros de la organización criminal constituye el fundamento material del dominio del hecho de la autoría mediata, ya que vienen a ser meros instrumentos de quienes se encuentran en la cúpula del aparato cuando se les imparte la orden de ejecutar el delito. Es decir, para que el dominio del hecho corresponda al hombre de atrás, la instrumentalización requiere en estos casos la fungibilidad del ejecutor, su anonimato e intercambiabilidad, con lo que la autonomía de su decisión no constituye sino un eslabón más de la actuación del aparato de poder<sup>8</sup>. El ejecutor es una ruedecilla cambiante en la máquina del poder, como gráficamente lo señala ROXIN.

Para delimitar quiénes son autores mediatos y no simples partícipes, explica ROXIN que lo decisivo en el hombre de atrás es que domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desembocan finalmente en la ejecución del delito por parte del autor mediato<sup>9</sup>. De esto se sigue, según el tratadista en cita, acogiendo la opinión de JÄGER, "que también una acción, que solo consista en la firma de un documento o en una llamada telefónica, pueda transformarse en un homicidio y, precisamente, según el derecho alemán vigente, con una amplitud total y sin ninguna clase de limitaciones"<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> GUNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal*, Parte general, t. I, "El hecho punible", trad. de Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982, pág. 242.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

<sup>8</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1988, pág. 270.

<sup>9</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, cit., pág. 272.

<sup>10</sup> CLAUS ROXIN, "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en *Revista Doctrina Penal*, núm. 8, trad. de Carlos Elbert, Buenos Aires, Eds. Depalma, 1985, pág. 406; *Autoría y dominio del hecho...*, cit., pág. 274.

En este orden de ideas, surge la participación solo cuando el miembro de la organización no posea la dirección autónoma del aparato y su aporte sea el de asesoramiento en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer delitos. Es decir, cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria solo puede fundamentar participación.

En conclusión, la fungibilidad<sup>11</sup> de los ejecutores constituye el fundamento en que se apoya la tesis que postula la autoría mediata como solución para el tratamiento de la responsabilidad que corresponde atribuir a quienes actúan como dirigentes de una organización criminal.

Precisa tener en cuenta frente a tal fundamentación, que allí nada falta en la libertad y responsabilidad del ejecutor, que es punible como culpable por mano propia, mas estas circunstancias carecen de importancia en cuanto al dominio del dirigente, porque según sus expectativas respecto del órgano ejecutor, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante. Incluso, es de la esencia de un aparato de poder organizativo, que sus miembros, en la comisión de sus delitos, no actúan por cuenta propia y en contradicción con las metas de su grupo, sino como órganos de la cúspide conductora, cuya autoridad reconocen y las acciones puestas en movimiento por el inspirador se vuelven independientes de la persona del ejecutor. Si un atentado, que falló tres veces, tiene éxito a la cuarta tentativa, acota ROXIN, el delito hay que atribuírselo al jefe de la organización clandestina como su hecho, puesto que él podía según su voluntad ordenar o intentar frecuentes repeticiones, sin que hubiera la opinión de ningún otro individuo interpuesta entre su voluntad de consumar el hecho y la consumación<sup>12</sup>.

#### 4. PUNTO DE VISTA QUE ENMARCA EN LA COAUTORÍA

Para JESCHECK el supuesto que nos ocupa encajará en la autoría mediata solo cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. Pero si lo es, el sujeto que permanece en la central es, precisamente porque domina la organización, coautor. El carácter común de la decisión criminal tiene lugar gracias a la pertenencia a la organización<sup>13</sup>.

En la consideración de JESCHECK solo se examina una de las condiciones que caracterizan a la categoría dogmática de la coautoría, guardando silencio en relación con el aporte objetivo al hecho, es decir, nada se expresa sobre la manera como opera este requisito en aquellas acciones delictivas derivadas de los aparatos organizados de poder.

<sup>11</sup> Para aprehender el sentido del vocablo, se debe reflexionar sobre la estructura del tipo de organizaciones objeto de examen, que no sufre mengua por pérdidas o deserciones de sus órganos y ejecutores. Si uno fracasa, entra el siguiente en su lugar, y precisamente esta peculiaridad transforma al ejecutor en una simple herramienta del dirigente, sin perjuicio del propio dominio de sus actos.

<sup>12</sup> ROXIN, "Voluntad de dominio de la acción...", cit., pág. 409

<sup>13</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, pág. 928.

Apreciar autoría mediata en estos supuestos es tan superfluo como nocivo, afirma categóricamente JAKOBS. Lo primero, porque con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, al paso que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Lo segundo, porque en los crímenes de la época del irracionalismo nacionalsocialista, dicha postura encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un quehacer común<sup>14</sup>.

De acuerdo con tal crítica, JAKOBS hace postulaciones para ubicar las acciones delictivas de los "aparatos de poder organizativos", bajo el marco conceptual de la coautoría. Las razones para su postura parten de la manera misma como concibe esta categoría dogmática, ya que para él es coautor también la persona que sin participar en la fase ejecutiva, codetermina la configuración de esta, o el que se lleve a cabo o no. Y en tal sentido, coautor es particularmente el jefe de la *banda*, que determina los objetos del hecho y la forma de ataque, aun cuando él no tome parte en la ejecución<sup>15</sup>.

El que se atienda, dice JAKOBS<sup>16</sup>, a la intercambiabilidad práctica del ejecutor para sostener autoría mediata, no puede ser razón convincente, ya que de una parte, por ejemplo, en los delitos violentos de los nacionalsocialistas no eran intercambiables todos los ejecutores a la vez y, de la otra, la intercambiabilidad de los distintos cooperantes uno por uno (o la intercambiabilidad sucesiva de todos ellos) no es especialidad propia de la participación.

Dentro de las fundamentaciones sobre la autoría mediata, critica también JAKOBS<sup>17</sup>, el que se destaque la decisión del hecho en los ejecutores, ya que una decisión del hecho independientemente habrá faltado por lo general a la pluralidad de ejecutores de delitos en la época nacionalsocialista; las decisiones independientes contradecían el "principio del *Führer*".

Por último, apunta<sup>18</sup> que está muy poco claro a qué nivel de la jerarquía ha de situarse el autor mediato: ¿Solo el *Führer*, el ministro competente, el jefe de departamento en la oficina Superior de Seguridad del *Reich*, etc., descendiendo hasta el comandante del comando ejecutor? Está, pues, por decidir quién, entre la cúspide y el ejecutor, ha de ser autor mediato<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> GÜNTER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte general, (Fundamentos y teoría de la imputación), trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 784.

<sup>15</sup> Vale la pena detenernos en esta afirmación, para explicar que en verdad así el jefe de la banda no esté presente en el lugar de comisión del delito puede tener el dominio del hecho, ya que resulta posible que lo dirija, controle, suministre instrucciones por medio de una comunicación telefónica, por ejemplo. Situación diferente sería si aquel permanece en su despacho a la espera de los resultados de la operación delictiva, en cuyo caso no tiene el dominio del hecho, pudiendo ser adecuada su participación en las categorías de la inducción o de la complicidad.

<sup>16</sup> JAKOBS, *Derecho penal...*, cit., pág. 783.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, *ibidem*.

Los inconvenientes en precedencia señalados, quedan superados con la concepción que de coautoría presenta JAKOBS, pues que solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas<sup>20</sup>. Y en los demás casos queda como remedio acudir a la inducción.

A las críticas de JAKOBS en cuanto que la intercambiabilidad de los cooperadores individuales no representa especialidad alguna, sí supone, responde ROXIN, una diferencia el que un sujeto pase de inducir a una persona a inducir a otra, o el que el ejecutor sea un mero engranaje anónimo en la maquinaria, con el que el sujeto de atrás ni siquiera llega a estar en contacto directo.

Por último, dentro del contexto que ocupa nuestra atención, para ROXIN es autor mediato todo aquel que en el marco de la jerarquía transmite la orden de perpetrar el delito con mando autónomo<sup>21</sup>. De esta manera sale al paso a aquella otra objeción de JAKOBS, en el sentido de ser escasamente claro a qué nivel de la jerarquía ha de situarse al autor mediato.

También, según cita de HERNÁNDEZ PLASENCIA, ROXIN refuta la tesis de la coautoría, por faltar los requisitos del acuerdo y ejecución comunes, pues la pertenencia a la organización no es un elemento suficiente para integrar la resolución delictiva común propia de la coautoría.

Así mismo, si bien el sujeto de atrás tiene una cuota de dominio sobre el hecho, este no se actualiza tampoco en la fase de ejecución del delito, con lo cual es cuestionable el propio dominio<sup>22</sup>.

La solución de considerar coautoría la acción del sujeto que está en la "posición central" de la maquinaria de poder, no resulta convincente, pues conscientemente deja de lado la componente necesaria de aquella categoría dogmática, vale decir, el acuerdo común, bastándole como requisito tan solo la pertenencia a la organización.

No podemos perder de vista el tipo de relación entre quienes acuerdan la comisión de un delito, pues siempre es coautor quien —en posesión de las cualidades personales del autor— efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación con el hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la incondicional voluntad propia de realización<sup>23</sup>.

A pesar de esa incondicional voluntad de quienes acuerdan la ejecución del delito, no se puede negar que muchas veces ella aparece subordinada a la voluntad de los

<sup>20</sup> JAKOBS, *op. cit.*, pág. 784.

<sup>21</sup> ROXIN, *op. cit.*, pág. 692.

<sup>22</sup> JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1996, pág. 266.

<sup>23</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, parte general, trad. de Juan Bustos Ramírez, y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1980, págs. 158 y 159. En el mismo sentido JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. II, cit., pág. 943; STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 821; MAURACH/ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, trad. de JORGE BOFIL GENZSCH, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1995, págs. 370 y 371.

llamados "jefe de la banda" u "organizador del plan", respecto de quienes se acepta supremacía en cuanto a la dirección delictiva, en la planificación y organización, en la distribución de los distintos roles que habrán de cumplir los demás y en la decisión acerca del tiempo, lugar y modo en que tendrá lugar la acción delictuosa.

En cambio, nótese cómo las maquinarias criminales en examen, aparecen presididas por un director con poder para emitir la orden de cometer un delito al margen de lo que pueda decidir el órgano ejecutor cuando la conozca, quien puede incluso negarse a obedecerla y ser, en consecuencia, sustituido o cambiado por otro. Es acá precisamente donde radica la esencia del peculiar funcionamiento de estas asociaciones ilícitas organizadas.

Otra dificultad que se opone a la aceptación de la tesis de la coautoría, viene expresada en la inexistencia de una coejecución entre el dirigente que emite la orden criminal y el ejecutor que la recibe. En este sentido, con mucha razón se pregunta HERNÁNDEZ PLASENCIA, ¿Hasta qué punto es una acción de matar y, en consecuencia, considerar coautor al que realiza el hecho concreto de comunicar a una persona libre y responsable, sin coacción ni engaño, que mate a otra? ¿Puede equipararse esa acción y la propia de quitar la vida directamente a otra persona?<sup>24</sup>.

Podría sostenerse que esta objeción también procede frente a la tesis de la autoría mediata. Pero ha de responderse negativamente, porque quien está en una posición dentro de la organización desde la que puede impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si emplea su competencia para que se ejecute el hecho punible (el homicidio, en el ejemplo traído por HERNÁNDEZ PLASENCIA).

##### 5. PUNTO DE VISTA QUE ENMARCA EL SUPUESTO EN LA AUTORÍA ACCESORIA

A manera de superar el obstáculo que ofrecía la ausencia de consideración de la componente subjetiva de la coautoría, BOCKELMANN y VOLK, de acuerdo con cita que de ellos se advierte en las obras de ROXIN<sup>25</sup>, HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>26</sup> y AMBOS<sup>27</sup>, sostienen que al director de la organización ha de tenersele como autor accesorio o simultáneo.

Supremamente difícil resulta aceptar esta postura, ya que si bien es cierto que en las organizaciones delictivas objeto de estudio, existe una pluralidad de partícipes en la ejecución de un delito concreto y que el aporte de su director tiene una importante incidencia para la causación del resultado delictivo, pero no tan significativa para convertir el aporte del ejecutor en una condición más para el resultado, también lo es que la participación del órgano ejecutor solo aflora cuando existe y conoce la orden criminal.

<sup>24</sup> Vid, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pág. 268.

<sup>25</sup> Cfr. ROXIN, pág. 692.

<sup>26</sup> Vid, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pág. 268.

<sup>27</sup> KAI AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 29.

Puédese apreciar en tales aportaciones que los procesos causales por ellos emprendidos, aparecen guiados por un único hilo conductor.

De lo dicho se deduce que aquellas actuaciones no satisfacen la independencia de los partícipes en la producción del resultado común o que se dé el carácter de accesorias de las acciones de los concurrentes sin que uno sepa de los otros, que es lo que constituye en ambos casos, la esencia de la denominada autoría simultánea o accesoria.

Sobre la tesis en examen, expresa ROXIN que a ella se opone que la imbricación de las acciones individuales en el seno de una maquinaria de poder organizada excluye el discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracteriza a la autoría simultánea<sup>28</sup>.

#### 6. PUNTO DE VISTA QUE ENMARCA EL SUPUESTO EN LA INDUCCIÓN

De acuerdo con esta postura, como los hechos punibles realizados mediante aparatos organizados de poder se cumplen por personas plenamente responsables, en donde el ejecutor material es autor inmediato, resulta posible considerar como inductores a quienes están situados en la cúspide y dirigen la organización.

Sirviéndole de telón de fondo la llamada *solución final de la cuestión judía*, GIMBERNAT sostiene esta tesis, afirmando que la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción. En los resultados, esta solución es satisfactoria, ya que el inductor es castigado con la misma pena del autor material<sup>29</sup>.

Lo anterior porque a GIMBERNAT le parece evidente y justo que todos los que realizaron actos ejecutivos respondan como autores. Evidente, porque ello se ajusta a las previsiones del numeral 1 del artículo 14 del Código Penal español, siendo el artículo 28 su equivalente en la actualidad<sup>30</sup>. Y justo, porque el hecho de tomar parte directa en la ejecución de una muerte exige una energía criminal mucho mayor que la que existe en el que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden. Así las cosas, estima GIMBERNAT que los miembros intermedios que van transmitiendo la orden de muerte han de ser considerados cómplices, descartando dentro de esa conexión la figura de la inducción en cadena. En este sentido explica, retomando el marco de la denominada *solución final*, que el ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que le transmitía la orden; si no porque sabía que esta correspondía a la voluntad de Hitler<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> ROXIN, *op. cit.*, pág. 692.

<sup>29</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y partícipe*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, pág. 189.

<sup>30</sup> Cuyo texto es el siguiente: "Son autores quienes realizan por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

<sup>31</sup> GIMBERNAT, *Autor y partícipe*, cit., pág. 192.

Además, afirma que el inductor del inductor no es, en contra de lo que piensa la doctrina dominante, un inductor del hecho principal; pero coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado; y lo mismo rige para el inductor del cooperador necesario y para el cooperador necesario del inductor<sup>32</sup>.

En conclusión, desde la perspectiva de esta teoría, la calificación de la responsabilidad de los miembros de las organizaciones en examen, se delimita así: el dirigente del aparato será inductor, quien convence a los ejecutores, que serán autores inmediatos, utilizando otras personas intermedias que serán cómplices.

Como bien lo anota el principal exponente de esta teoría, la solución que brinda es satisfactoria en sus resultados. Pero solo en ellos, porque desde el punto de vista conceptual bien distintas son las nociones del inductor y autor material.

Por otra parte, si se reflexiona sobre la relación existente entre los hombres de atrás con los ejecutores, se colige que no consulta la estructura propia de la inducción, puesto que los primeros dirigen la organización. La figura de la inducción podría aparecer solo respecto de sujetos situados fuera de la organización, o bien respecto de los que estando dentro de ella no la han puesto en funcionamiento para llevar a cabo el delito, valiéndose únicamente de su influencia o superioridad sobre el ejecutor directo.

Pero la principal objeción que se puede formular a esta tesis a fin de no suscribirla, la constituye el que haya relegado a un segundo plano el significativo criterio del dominio del hecho por parte del hombre de atrás.

#### 7. PUNTO DE VISTA QUE ENMARCA EL SUPUESTO EN LA COMPLICIDAD

Desechando las posturas anteriores, HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>33</sup> estima que las actuaciones de los dirigentes de los aparatos organizados de poder, que operan con personas fungibles para cometer delitos, han de asimilarse a la figura de la complicidad o cooperación necesaria.

Aclara que su tesis es una solución que en verdad solo satisface en cuanto el derecho penal español, a efectos de la pena, equipara la cooperación necesaria a la autoría.

Al explicar los fundamentos de su posición, anota que el dirigente de la organización podrá tener como máximo, un dominio negativo del hecho, un poder de interrupción de la realización del delito, pero resulta insuficiente para fundamentar su autoría, puesto que, como lo ha señalado la doctrina, para ostentar ese dominio negativo ni siquiera se hace necesario manejar un aparato de poder. Sin olvidar que los ejecutores asumen una responsabilidad directa cuando aceptan y cumplen esas órdenes, el cooperador necesario aporta al hecho un conjunto de actividades, donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y for-

<sup>32</sup> GIMBERNAT, *Autor y partícipe*, cit., págs. 331 y 332.

<sup>33</sup> Cfr., HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pág. 268.pág. 276.

males de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc.

El realizar todos esos actos y ponerlos a disposición de otras personas puede entenderse como colaboración imprescindible, pero, como señala MIR PUIG, el hecho no pertenece a todo aquel de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino solo a quien lo realiza<sup>34</sup>.

Y en cuanto a la calificación de la responsabilidad de los miembros intermedios que van corriendo la orden a los ejecutores es también la de cómplices, con excepción del último que se constituye en inductor del hecho, "es el que le transmite la orden de ejecutar, aunque sepa que la ideología la impone otro, o la ha asumido él mismo, o la ha asumido su ordenante"<sup>35</sup>.

Esta postura no convence, pues ella desconoce la estructura y funcionamiento de los aparatos organizados de poder. La afirmación que se hace en el sentido de que la fungibilidad del ejecutor en aquellas organizaciones no es decisiva para admitir el dominio del hecho en quien actúa como dirigente, implica desconocer precisamente la fundamentación de la tercera forma delimitadora de la autoría mediata, vale decir, la de dominio de la "voluntad por organización".

Ahora, en los resultados aquella solución es satisfactoria, ya que el derecho penal español equipara desde el punto de vista punitivo la autoría y la cooperación necesaria. No obstante, sostener que se es mero cómplice de un hecho punible cuya ejecución se ha dispuesto en calidad de dirigente de un aparato de poder organizado, resulta ser una calificación escasamente adecuada, pues ignora que dentro de una maquinaria de poder, quien imparte órdenes a subordinados para que cometan acciones punibles es autor mediato en razón del dominio de la voluntad que le corresponde, no siendo relevante el que lo haga *motu proprio* o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas, ya que lo determinante para su autoría es que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin que tenga que dejar a criterio de otros la realización del hecho punible.

Por lo demás, ha de decirse que lo esencial en los miembros de una maquinaria de poder, en la ejecución de sus hechos punibles, es que no actúan por cuenta propia y contrariando las metas de la organización, sino como órganos de la cúspide directiva, cuya autoridad admiten.

## 8. EL SUPUESTO EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

Una ojeada a la doctrina nacional permite concluir que ella no se ha ocupado de manera específica del tema. Solo FERNANDO VELÁSQUEZ<sup>36</sup> y ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Op. cit., ibidem.*

<sup>35</sup> *Op. cit., ibidem.*

<sup>36</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997, pág. 618.

<sup>37</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 237.

hacen una sucinta referencia al tema, tomando partido el primero por la tesis de la coautoría y el segundo, por la de la inducción. VELÁSQUEZ resulta apoyándose entre otros autores en JESCHECK y STRATENWERTH.

En efecto, considera como coautoría el siguiente ejemplo: "el capo de la organización mafiosa que ordena al jefe de los asesinos a sueldo (sicarios) la selección de uno de sus hombres para dar muerte a un dirigente político determinado, lo cual se lleva a cabo". Ello, por cuanto, dice, "media división del trabajo y se comparte el dominio del hecho"<sup>38</sup>.

Sin embargo, no puede acogerse tal solución, pues adviértase cómo en el caso se ha dejado por completo la realización del hecho en manos del ejecutor, lo cual no permite estimar aquella categoría dogmática que para el mencionado doctrinante precisamente se "basa también en el dominio del hecho —que aquí es colectivo— por lo cual cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros"<sup>39</sup>.

Tal forma de resolver el caso parece adscribirse a la teoría subjetiva de la autoría, para la cual como se sabe, solo importa el que cada interviniente haya querido el hecho como propio (*animus auctoris*), por oposición al *animus socii*, que sería característico de los partícipes<sup>40</sup>.

Situándonos en el contexto de la hipótesis presentada, la orden del capo, la selección del sicario por parte de su respectivo jefe y la ejecución material de la muerte por parte del asesino a sueldo, son todas contribuciones causales al hecho, situadas en el ámbito del acuerdo común. En consecuencia, debe sostenerse la coautoría, según la citada teoría.

Meditando un poco más en aquella solución, hay lugar a decir que por sus febles argumentos no debe suscribirse, ya que, en el caso traído como ejemplo, el dar la orden al jefe de sicarios constituye objetivamente una actividad preparatoria la cual impide fundar la tesis de la coautoría. Desde esta perspectiva entonces, el capo estaría excluido de la posesión del dominio del hecho. Así no se requiera la presencia del autor en el lugar del delito, sí por lo menos un aporte suyo en el momento de su realización.

Y en la hipótesis examinada advertimos cómo el capo no toma parte en el ejercicio del dominio del hecho, incluso deja que el sicario obre libre y autónomamente en la

<sup>38</sup> VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general..., ed. cit., pág. 618.

<sup>39</sup> VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*..., ed. cit., pág. 619.

<sup>40</sup> Esta tesis se inclina por un criterio extensivo de autor, el cual, como su nombre lo indica, extiende el concepto de autor a cualquier causante, identificando autoría dolosa y culposa. Nuestro rechazo se impone si queremos ser consecuentes con la vigencia del principio de legalidad. En este tópico no podemos olvidar la muy desatinada forma en que la jurisprudencia alemana de la época, acogiendo tal teoría, hubo de juzgar los conocidos casos "de la bañera" y el "de Staschynskij". En el primero condenó como cómplice, y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido a solicitud y por interés de la madre. Y en el segundo, a pesar de que el agente Staschynskij, entrenado en la Unión Soviética por el KGB, ultimó en ocasiones diferentes a dos políticos ucranianos, el BGH apreció tan solo la complicidad de este. Como se ve, por acoger una distinción puramente subjetiva de autoría y participación, los tribunales alemanes han castigado como meros partícipes a sujetos que han realizado por sí mismos todos los elementos del tipo (Cfr. JAKOBS, *op. cit.*, págs. 737 y 739).

ejecución del homicidio. De aquí que, entre el *capo*, el jefe de sicarios y el asesino, quepa decirse que no existe un dominio del hecho conjunto.

De la anterior forma se derrumba uno de los fundamentos argüidos en pro de la tesis de la coautoría, esto es, el que los protagonistas del caso comparten el dominio del hecho. En relación con el otro, es decir, que en dicha hipótesis se dio la división del trabajo, para rebatirlo, reflexiónese sobre el inteligente contenido de estas primorosas enseñanzas traídas por ROXIN: "...la idea de la división de trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Solo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico"<sup>41</sup>.

En resumen, tanto el distanciamiento del suceso como el desconocimiento por parte del hombre de atrás sobre el concreto discurrir del hecho y de su ejecutor, impiden una coparticipación en régimen de división de tareas. Aparece ausente también una decisión común de realizar el hecho punible entre el hombre que emite la orden y el ejecutor del hecho. Por lo demás, como se tiene dicho, en la criminalidad organizada, la coautoría no refleja de modo adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a aquella.

Sostener en el ejemplo propuesto la concurrencia de los requisitos de la coautoría, se insiste, es ir de la mano de una construcción demasiado influenciada por la teoría estrictamente subjetiva, según la cual ya la mínima participación en la preparación es suficiente para afirmar la autoría<sup>42</sup>. Y así, parodiando a ROXIN, quien se conforma para el dominio del hecho con una intervención preparatoria no solo yerra en la delimitación entre coautoría y complicidad, sino que también socava el principio del dominio del hecho en su totalidad, y para mantener la coherencia con el punto de partida tiene que renunciar a la distinción objetiva entre autoría mediata e inducción<sup>43</sup>.

En cambio, si se repara en que el autor de escritorio (el *capo*), dispone de un aparato personal con cuya ayuda podía realizar el homicidio (grupo de sicarios incluido su jefe) y aunque no tenía propiamente el dominio del hecho<sup>44</sup>, mas al disponer de la organización, contó con la posibilidad de convertir sus órdenes en la ejecución del delito, ha de concluirse que estamos en presencia de la figura dogmática de la autoría mediata. Constatase acá un verdadero dominio de la voluntad, pues que el sicario viene a ser un instrumento doloso<sup>45</sup> de quien se halla en la cúpula del aparato (*capo*),

<sup>41</sup> ROXIN, *op. cit.*, pág. 331.

<sup>42</sup> Tal postura, además, va a contramano de la naturaleza objetiva propia de la teoría del dominio del hecho, de la que justamente el citado doctrinante dice partir.

<sup>43</sup> ROXIN, *op. cit.*, pág. 327.

<sup>44</sup> En los supuestos de dominio de la voluntad por organización, al contrario de lo que ocurre normalmente, a medida que un partícipe más se aleja de la conducta del hecho, este alejamiento resulta compensado con la mayor proximidad a los puestos directivos de la maquinaria de poder, lo que lo proyecta al centro del acontecimiento.

<sup>45</sup> En el sentido de la categoría "autor de detrás del autor", actualmente admitida en la doctrina extranjera y que no encuentra obstáculo para ser recibida en Colombia.

siendo su intercambiabilidad (el sicario seleccionado bien podía en cualquier momento ser sustituido por otro; si fracasa, entra el siguiente en su lugar, y precisamente esta circunstancia transforma al autor en una simple herramienta del inspirador, sin perjuicio del propio dominio de sus actos<sup>46</sup>) el fundamento de la tesis postulada en este trabajo.

Podría agregarse también que para afirmar la concurrencia del dominio del hecho en el hombre de atrás, no era decisiva la acción del ejecutor, sino solo el hecho de que "...pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada, sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito"<sup>47</sup>.

En cuanto a la postura de SUÁREZ SÁNCHEZ, advertimos que procede a calificar de determinación o inducción la actividad del hombre de atrás, por cuanto el ejecutor que cumple la orden por este emitida no obra ni por coacción ni por error, "...pues, anota, sabe lo que está haciendo y simplemente lo hace por disciplina, así en el fondo no quiera el delito..."<sup>48</sup>.

Por sustracción de materia no es acogible la precedente concepción, pues repárese cómo ella prescinde absolutamente de la tercera modalidad en que puede darse el dominio de la voluntad, que es precisamente en virtud de maquinarias de poder organizadas, donde la intercambiabilidad del ejecutor, como ya se ha dicho, es la nota característica. La coacción y el error son las otras dos modalidades. Solo estas alcanzaron a ser consideradas por el autor en la cita que viene de mencionarse.

## 9. NUESTRO PUNTO DE VISTA

En verdad que los preceptos que regulan el concurso de personas en el delito, contenidos en la parte general del Código Penal, aparecen concebidos para hechos individuales y de relativa complejidad. Pero también con aquellos resulta factible enfrentar los supuestos aquí examinados, en los que, como ya se dijo, son sus notas características la pluralidad de participación, la calidad de la unión que vincula a los diferentes miembros y el poder decisorio que se concentra en la cúpula de las mismas.

Nuestro punto de partida arranca con la posición que desde la ley penal permite sostener tanto un concepto restrictivo de autor como una concepción final-social de acción. Y dentro de las distintas teorías que explican la distinción entre autoría y participación, se toma partido por la del dominio del hecho<sup>49</sup>. Esta última tesis permite ser

<sup>46</sup> CLAUS ROXIN, *Voluntad de dominio de la acción...*, cit., pág. 406.

<sup>47</sup> ROXIN, *ibidem*, págs. 273 y 274.

<sup>48</sup> SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación*, cit., pág. 237.

<sup>49</sup> Siendo conocedores de que el dominio sobre el desarrollo del hecho en sí, esto es, la ejecución de la acción, en algunos casos, no es suficiente. Es decir, a más de él se requiere que en el autor concurren otras condiciones, como el elemento del ánimo en los llamados delitos de intención; o una determinada calidad como en los delitos especiales; o la ejecución corporal en los denominados delitos de propia mano. Así mismo que el dominio del hecho, en los delitos imprudentes y en los de omisión impropia ha de ser completado, por los criterios específicos de infracción al deber extrapenal y posición de garante, respectivamente.

consecuentes con la tercera manifestación de la autoría mediata, vale decir, la del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas. Dicha forma de dominio del hecho, conforme con lo destacado por ROXIN, es un concepto *abierto*. Este no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que solo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos<sup>50</sup>.

Manera supremamente fácil de despachar este punto de la toma de postura, sería el de argumentar que como nuestro ordenamiento penal equipara desde el aspecto punitivo la participación del autor material a la del autor mediato, el coautor e inductor, no se suscita problema alguno<sup>51</sup>. De contera ello nos relevaría de hacer cualquier esfuerzo intelectual con vistas a adherir a alguna de las posturas doctrinarias anteriormente expuestas.

Sin embargo, *de lege data* resulta posible adherir a cualquiera de las tesis que delimitan la calidad de la intervención de quienes actúan mediante aparatos organizados de poder. No obstante, para ser consecuentes con las premisas atrás anotadas, el presente trabajo opta por la teoría que trata el supuesto en la autoría mediata, por ser la más convincente<sup>52</sup>, ya que capta más adecuadamente el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás e igualmente consulta de mejor manera la teoría general de la participación. Atrás se respondieron las principales críticas que se le formulan a esta postura, en consecuencia y para reafirmar nuestro punto de vista, a ello nos remitimos. De igual manera, en relación con cada una de las demás teorías, ya antes quedaron consignadas nuestras objeciones.

A pesar de lo expuesto inicialmente, vale la pena agregar, en favor de la tesis de la autoría mediata<sup>53</sup>, que ciertamente concurre un auténtico dominio de la voluntad, por

<sup>50</sup> ROXIN, *op. cit.*, pág. 277.

<sup>51</sup> Lo que no es del todo cierto, porque adviértase que si optamos por la autoría mediata, habrá tentativa desde que el hombre de atrás da la orden, al paso que si suscribimos la tesis de la instigación, solo será punible cuando el ejecutor comience a realizar su conducta.

<sup>52</sup> Expuesta desde el año 1963 por ROXIN, ha ido encontrando amplia acogida en la doctrina contemporánea. Incluso la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores alemanes, según escribe KAI AMBOS, "parte del que el hombre de atrás —a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable— tiene el dominio del hecho cuando aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados" (*Dominio del hecho...*, págs. 10 y 11). Y como apunte de importancia en nuestro continente, es del caso anotar cómo tal criterio, según ROXIN, se acogió en el proceso contra la junta militar argentina. En la acusación y en la sentencia se fundamentó la autoría mediata de los generales en su "dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados" (cfr. *Autoría y dominio del hecho...*, cit., pág. 691).

<sup>53</sup> La autoría mediata, al igual que las otras formas de autoría, puede construirse en nuestro derecho penal, a partir de la expresión "realice el hecho punible", contenida en el art. 23 del C. P. (ello en tanto que el hecho punible se puede realizar directamente, o por intermedio de otra persona, o de manera conjunta). Lo anterior, admitiendo, como debe hacerse, que frente a tal disposición es posible otra lectura, eso sí muy diferente a la que hacen FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y SALAZAR MARÍN, por cuyo medio no solo han propalado concepciones escasamente claras, sino que poderosamente han contribuido al mantenimiento del confusiónismo terminológico reinante en nuestro medio en materia de participación criminal, paradójicamente de lo que el primero de los nom-

parte del agente que mueve los hilos de la organización; dominio que se ejercería sobre el indeterminado ejecutor de sus mandatos, que, no obstante, es plenamente responsable. Por la utilización para la ejecución del delito de una persona que actúa como instrumento doloso, por eso ha de considerarse concurrente en el supuesto examinado la categoría dogmática de la autoría mediata, construida a partir de la consideración de la existencia de un dominio por organización del hombre de atrás.

Pero como para algunos resulta harto difícil admitir autoría mediata en el que da las órdenes, sin existir coacción ni error en relación con el ejecutor. Es pertinente proceder a explicar que, en el contexto de las organizaciones criminales, precísase atender principalmente al mecanismo funcional del aparato, en el que el ordenador ejerce su actividad, antes que a la posición anímica de este. Además, como con toda razón lo apunta ROXIN<sup>54</sup>, solo de tres formas resulta posible dirigir el desarrollo de un hecho llevado a cabo por otro sin intervenir directamente: la primera forma sería forzando al ejecutor; la segunda, utilizándolo como factor causal ciego en lo que respecta a las circunstancias decisivas de la autoría y, por último, si no puede ser coaccionado ni engañado, cambiándole o sustituyéndole a voluntad<sup>55</sup>.

Y como aquel no está desprovisto de libertad ni de responsabilidad es punible como autor culpable y de manera personal. Todo esto, no obstante, carece de importancia para el hombre de atrás, pues el ejecutor tiene sentido para él solo en cuanto es una pieza anónima y sustituible en la maquinaria del poder. El ejecutor no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico, lo que lleva al hombre de atrás, junto con este, al centro del acontecimiento.

Para terminar, es importante decir que no se deben confundir las organizaciones criminales referidas a lo largo de este texto con cualquier asociación ilícita, ya que las primeras reclaman conjuntamente aparato de poder y la fungibilidad de su miembros. De aquí que no pueda dársele a los hechos punibles cometidos en el marco de aquellas, el tratamiento propuesto a lo largo de estas páginas.

Si bien es cierto que la asociación para cometer delitos aparece castigada por sí sola como delito autónomo en nuestro ordenamiento penal, no menos lo es que tal conducta no constituye aun un aparato de poder, incluso así se haya elegido un líder o jefe, pues adviértase cómo esa asociación está fundada apenas sobre relaciones individuales de los partícipes entre sí y ello en nada se corresponde con la fungibilidad de los

brados se duele. Como se sabe, ambos tratadistas sostienen que la autoría mediata y la instigación son formas de determinación. Es esta entonces una grotesca mixtura de autoría y participación, rayana en una construcción unitaria de autor que los dos dicen rechazar. En sus respectivas obras, además puede advertirse el manejo de vocablos como "autoría intelectual", "coautoría impropia", completamente inconciliables con las posturas asumidas en aquellas, además sin referencia en el vocabulario de las modernas obras de derecho penal y sobre todo insostenibles desde el punto de vista legal (cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. II, pág. 402 y MARIO SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe en el injusto penal*, págs. 102 y 103).

<sup>54</sup> "Voluntad de dominio de la acción...", ROXIN, cit., pág. 403.

<sup>55</sup> Esta es la denominada *fungibilidad* del ejecutor que caracteriza la tercera forma del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.

miembros, que es precisamente, como ya se anotó, la forma específica del dominio de la voluntad para estos casos.

El que se asuma, para el supuesto acá examinado la postura de la autoría mediata, no significa desconocer que en el contexto de aparatos organizados de poder, no se presente la participación. Esta categoría surge cuando la actividad no impulse autónomamente el movimiento del aparato. Por eso, habría que calificar de complicidad la actividad de quien apenas actúa como consejero, lo mismo que la de quien emite órdenes sin ostentar el poder para ello; de igual manera la del que suministra los medios para matar, etc. Y de inducción a la actividad del delator que se encuentra fuera de la organización "...porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos"<sup>56</sup>.

Y para cerrar este empeño dejamos a consideración de quienes se tomen la molestia de leerlo, estas sabias recomendaciones del eximio ROXIN: "Para enfrentarse con éxito a tales formas extremas del actuar delictivo la praxis va a tener siempre que superar dificultades por su propia naturaleza, dado que es muy propensa a servirse de las categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos, el cual acto seguido demuestra su inidoneidad. Precisamente ahí se pone de manifiesto que solo un concepto "abierto" de dominio del hecho, en el sentido que expresábamos al comienzo puede dar cuenta de los contenidos sustanciales dados de esta materia"<sup>57</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, KAI: *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- BACIGALUPO Z., ENRIQUE: "Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal", en *Poder Judicial*, núm. 31, Madrid, 1993.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, MIGUEL: *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, vol. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Edit. Civitas, 1984.
- GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN: *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES: *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1996.

<sup>56</sup> CLAUD ROXIN, *op. cit.*, pág. 274.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, págs. 277 y 278.

- JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, "Fundamentos y teoría de la imputación", trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, Parte general, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981.
- MAURACH, REINHART: *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.
- MAURACH, REINHART y KARL HEINZ ZIPF: *Derecho penal*, Parte general, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1994.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1990.
- SALAZAR MARÍN, MARIO: *Autor y partícipe en el injusto penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992.
- STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho penal*, I, "El hecho punible", trad. de la 2ª ed. alemana por Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: *Autoría y participación*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- ROXIN, CLAUD: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en *Doctrina Penal*, núm. 8, Buenos Aires, Eds. Depalma, 1995.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- WEIZEL, HANS: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Eds. Jurídicas del Sur, 1980.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1988.

## La conciliación en la casuística de la ley 294 de 1996

*J. Guillermo Escobar Mejía\**

En nuestra época y en nuestra patria, queridos colegas fiscales, se acentúa una norma ética, válida para todos los tiempos, los que han sido y los que serán, cuyo tenor, inderogable, es: "Todo hombre tiene el 'deber' de transformar el mundo; cada quien acorde a sus circunstancias".

Al nacer uno encuentra como legado: racionalidades e irrationalidades propias a su ciclo vital, son la atmósfera de valores y disvalores que, en principio, estamos obligados a respirar, correspondiendo a todos la virtuosa obligación de acrecer los términos de la civilización, vocablo que ha de entenderse como oxigenación evolutiva de la cultura: modelada por las epopeyas de la humanidad al impulso del amor y de las necesidades colectivas.

Un perillustre historiador —WILL DURANT—, al evaluar la grandeza del período romano, en una frase centelleante, logra enfrentar el enigma de nuestro destino y define al hombre como: "Fragmento pensante en la infinitud y momento moral de la eternidad". Algo semejante era el sentimiento íntimo que embargaba a KANT, ante un cielo estrellado: conmovido, lo conducía a reflexionar sobre sí y el por qué de su presencia en el cosmos. Los astros le hablaban de su pequeñez; y, dentro de sí, encontraba un infinito iluminado por el sol inextinguible de su conciencia moral.

Ante el mismo espectáculo: mi espíritu se conecta, vívido, con las constelaciones, recogiendo físicamente en las pupilas la viajera luz; y, entonces, en ese instante, se adueña de un sentido de pertenencia material que me hace consciente de la participación en la unidad cósmica;

\* Fiscal especializado de Medellín.

inefable vibración interior, arrobamiento en éxtasis de la armonía, extendida hacia la plenitud.

Ante tanta grandeza, comprendo la necesaria dignidad de la vida, que no podría entenderse sin la alegría iridiscente de un compromiso místico, cuya praxis es un apostolado capaz de convetir la modestia de medios en fulgor de virtud, reclamante de la relativa felicidad de todos los seres, cuyo tejido espiritual y transpirante es la creciente fraternidad de los hombres, que pasa a ser, en la codificación de la Utopía, el "primer derecho colectivo"; y, esperanza, espitada en granos de luz, que nutre todas las luchas.

Para aprehender el concepto de felicidad debe saberse que ella es sobria y sencilla, política y moral.

SÉNECA ensamblaba la felicidad con la virtud. Decía que la experiencia confirma que la honradez, la paciencia, la justicia y la benevolencia proporcionan más dicha que la búsqueda del placer. Por ello, exigía y predicaba la "sabiduría de la virtud", y enseñaba que esta sapiencia solo se obtenía: con práctica cotidiana y "siendo indulgentes con los demás".

En comunión con este pensamiento, permitidme afirmar que después de 38 años de servicio al derecho penal, lo único apodíctico, con valor de axioma, es el haber comprendido que en horas de confusión es necesario buscar el Norte, mirando en el cielo ético la "estrella de la piedad humana".

Creo que ARISTÓTELES prefirió llamarla "justicia", ya que él la compara con el lucero matutino y la califica como la máxima de todas las virtudes, porque "La justicia es la única virtud que no es para sí, sino para los demás".

BERTRAND RUSSEL, en su *Conquista de la felicidad*, da pautas cuando selecciona al hombre como el animal más sencillo, cuyas necesidades son simples y elementales: alimentarse, vestirse, cubrirse de la intemperie, poseer alguna cultura y tener un trabajo.

Al tiempo, el pensador inglés, afirmaba que estas necesidades comprometan a luchar por una conquista universal y no hacerlo merecía el anatema moral de la existencia.

Y el mismo HANS KELSEN, en su ensayo *¿Qué es justicia?*, tuvo la honestidad intelectual de enseñar, con fuerza de cátedra universal, que: "La justicia es la felicidad social, garantizada por un orden social"; y, agregaba: "Debemos entender por felicidad la satisfacción de ciertas necesidades reconocidas por la autoridad social, el legislador, como necesidades que merecen ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentarse, de vestirse, de tener una vivienda y cualesquiera otras de este tipo".

Todo lo cual sintentiza, con profundidad e inigualable belleza realística, FEUERBACH: "Allí donde no se dan las condiciones para la felicidad, faltan también las condiciones para la virtud. La virtud, al igual que el cuerpo, necesita alimentarse, vestirse, luz, aire y vivienda... allí donde falta lo necesario para la vida, tampoco existe la necesidad moral. El fundamento de la vida es también el fundamento de la moral".

Sentir cómo bullen en la sangre y en el pensamiento las ideas precedentes, es hacer nacer una sacrosanta indignación ante todas las injusticias, cuya absorción consubstancia el dolor de los ofendidos y humillados de la tierra. Entonces, se sabe que

sin esta cualificación no merecemos ejercer el derecho en el altar de la equidad, cuya piedra de ara es la igualdad sin marginación, por la cual la sensibilidad resulta un hecho concreto y cercano que exige no rehuir los mandatos que reclaman acción, acomodada esta, naturalmente, a las circunstancias de cada quien.

Cuando, en lugar de obrar, hacemos teorizaciones lejanas, como el farfullar un discurso pseudo-académico, entonces, somos oportunistas diletantes, bajo el disfraz de pavos reales con hipocresía santurrón; y, cohonestamos la bastardía de inconfesados intereses pertenecientes a los prepotentes que hacen del poder una gula insaciable. Así le sucede a los ahistóricos, a los mayestáticos, a los que no escuchan el sordo gemir, o el grito o el crujir de dientes del sufrimiento colectivo.

"Si un derecho, declarado y exigido, pretende llegar a ser algo más que una mera aspiración hueca, si ha de servir de concepto vivo e instrumento eficaz, ha de expresar las exigencias naturales de los grupos insatisfechos y de los desposeídos del orden social (...). Progreso y humanidad son los gritos de aquellos a los que se utiliza como medios en vez de respetarlos como fines; ocupación plena es el grito de aquellos cuyo trabajo diario o falta del mismo empequeñece su espíritu y se burla de su capacidad; planeación social es el grito de los que son pisoteados cuando los poderosos y los privilegiados pretenden construir un mundo seguro para ellos.

"El progreso social es una reorganización en interés de los no privilegiados"<sup>1</sup>.

Este preámbulo, amigos fiscales, tan solo pretende tomar un espacio espiritual que me permita afirmar algo evidente: hay leyes enunciativas de derechos y deberes que armonizan con la realidad y nos permiten ser exegéticos. Otras, así construyan una estructura de apariencia bienintencionadas, al chocar con la verdad sociológica pierden su cuerpo y queda su alma errante, como un símbolo de un deber ser, cuyo efecto es, en cada caso concreto —el que juzgamos— una contraevidencia que nos hace sentir como marionetas haladas por cordones de retorcidos incisivos inútiles. Entonces, para no prevaricar o ser tontos, solo queda un camino: aprender a conjugar el verbo rector de una juridicidad moderna, es decir, interpretar.

Toda interpretación debe hacerse a la luz de los principios de la civilización. Ellos están afincados en el dolor que auscultamos, en el fin social de la ley; en la Constitución Política que, como ley de leyes, rige en un país; en los tratados internacionales y en la jurisprudencia y en la doctrina reflexivas sobre el tema. Lo único cierto es que no podemos ser acrílicos y que es necesario tener una predisposición abierta a la versatilidad analítica, la cual solo encontramos en el método dialéctico. Pedagógicamente pudiéramos decir que es menester aprender a despojarnos de las escamas de la soberbia e ir, paulatinamente, reptando en el suelo social de cada época.

Pues bien: la ley 294 de 1996 es de esta especie, ya que sus características simbólicas nos obligan a aplicarla con ojos abiertos, para que la mirada crítica visualice el fondo de los conflictos, sin previos prejuicios represivos, porque, con ella, casi que involuntariamente, podemos destruir el eje de sustento familiar y, así, enconamos la

<sup>1</sup> LEONARD J. BARNES, de la Universidad de Oxford, en su escrito de junio de 1947, como colaboración a la Unesco, para las bases filosóficas de Los Derechos del Hombre.

violencia creyendo que sembramos la paz. Y no olvidemos que el juez, por definición propia de su oficio, es un hacedor de convivencia. Más en esta ley, que en cualquiera otra.

Así las cosas, nuestra vocación tiene que ser el humanismo y al lado de todo pergamino jurídico tenemos que recordar la bella sentencia de FÉLIX DZERZHINSKI, cuya vida personal fue estelar, aun en el sufrimiento carcelario que sufriera por sus ideas: "Ser un rayo luminoso para los demás e irradiar una misma luz, he aquí la suprema felicidad a la que solo el hombre puede aspirar. Entonces, el individuo no teme ni a los sufrimientos, ni al dolor, ni a la desgracia, ni a la necesidad. Entonces deja el individuo de temer a la muerte, aun cuando solo entonces aprende de verdad a amar la vida".

### 1. PRIMERA ANÉCDOTA SOCIOLÓGICA

Esta historia traduce, en vivo, los pensamientos anteriores:

Tengo, ante mi fiscalía seccional de Itaguá, a un señor de apellido Morales. Responde por violencia intrafamiliar. Transformó el hogar en infierno. Antes, amoroso y responsable. Engendró una hija a la cual amaba con delicadeza. Pero, el licor; después, la marihuana; luego, el basuco; ahora: licor, basuco y pastillaje, lo enloquecían; y, como ya no trabajaba se había convertido en un ladrón de ocasión: hurtaba todo lo que le quedaba a mano, para, luego, cambiar las cosas por dosis mezquinas de vicio. Y era tanta su desvergüenza, que siendo la mujer la que aportaba a las necesidades de subsistencia, él, poco a poco, se había hurtado los humildes muebles domésticos: una a una, desaparecieron las sillas de la sala; después, los taburetes del comedor. Cuando se llevó el televisor, se fue durante toda la semana. Así, hasta las matas florecidas que adornaban el patiecito de su casa.

El menor de los reclamos sobre aquella conducta, desencadenaba tormentas de violencia familiar que eran escándalo para el vecindario, por el escarnio que, con palabras de alcantarilla, lanzaba sobre el honor de su esposa. Esto fue constante durante veinte años de áspera convivencia. Claro que al día siguiente se producía el proceso de contrición: entonces, venían las manifestaciones de arrepentimiento y mil propósitos de corrección futura, siempre incumplidos. No sobra manifestar, para ser exactos, que en veces su furia se sobrepasaba hasta llegar a algunos golpes para imponer injusta autoridad machista; pero jamás se produjo lesión corporal alguna; aquellos castigos, eso sí, magullaron el afecto y lo convirtieron en desamor.

En esta ocasión concreta, la denuncia trazaba con duro laconismo, lo siguiente: "Todo lo he soportado, pero anoche lo sorprendí llevándose, bajo la camisa, los patines de la niña; y, cuando me interpuso ante él, para evitar que los sacara de la casa, me atropelló y con uno de sus golpes me reventó la boca. Después se fue".

Ciertamente, el labio inferior hinchado y la mejilla equimótica eran probanzas fidedignas, visibles a todos los ojos, sobre el último aserto.

Por suerte, una patrulla policiva estaba cercana y los agentes escucharon las voces de la mujer; ante sus cuitas, salieron a buscarlo y cuando encontraron al bribón, en un antro de mala muerte, ya se habían esfumado los patines (en este caso, el verbo "esfumarse" es casi literal).

Ahora, lo tenía ante mí rindiendo indagatoria. Era visible su miseria física y espiritual: sujeto desaseado y maloliente, que negaba la autoría del hurto, mientras sonreía, mostrando en la encía superior desdentada, como único trofeo, un canino amarillento, nicotizado.

Confesaba ser un vicioso, justificándolo por la frustración ociosa del desempleo; y se ufanaba, con vanagloria que ascendía en nubecillas de orgullo, desde su cima, de ser "gente muy bien": "tengo una hermana muy rica que a veces me ayuda; y un hermano sacerdote. Además, pregúntele a mi mujer: ¿de quién es la casa?, ¿si es verdad o no, que fue la herencia que me dejaron mis padres?, pero, ella no lo tiene en cuenta: ¡es una desagradecida. ¿Por qué no se va? ¡Ojalá me deje!".

La ampliación de la denuncia de la esposa concordaba con aquella postura: dejaba ver que, no en poca medida, la convivencia en el agravio durante dos décadas, se explicaba por "chantaje del techo".

En este momento entraron a la secretaría común, en donde se realizaba la diligencia, la señora y su hija. Estábamos en aquel recinto, por diversas actuaciones: secretarías, testigos y algunos fiscales. Es un espacio laboral común.

La niña irrumpe y con ternura delicadísima saluda a mi oficial escribiente, situada frente a nosotros: le rodea el cuello con sus brazos y, como si fueran viejas amigas, cubre su cara de besos. A mi lado, mirándola, esta nuestro "Diógenes", el del colmillo amarillo. De pronto, cambió de sujeto, escogiéndome a mí. Quizás, porque la estaba observando compasivo: aquella niña, de unos doce años, había tocado mi tristeza. Era una de esas criaturas angelicales de rostro estereotipado por el sello indubitable del mongolismo; en todo caso, vino hasta mí, sin determinar al padre, y me abrazó fuerte, colmándome de dulzura; inmaculada y tierna, como gazapillo de ojos desviados, grandes. Tal su excepcional conducta. El entorno irradió hacia nosotros, todos miraban y sonreían amistosos. Vefan la entrega de ternuras inefables y la expresión era muestra espontánea del cariño ingenuo, entregado abiertamente, con tal delicadeza que diríase: era una irrupción infantil y lúdica, como saben hacerlo los niños con sus juguetes en su inocente arrobamiento de pudor y afecto.

Repentinamente cesaron sus besos, sus caricias; concluyó su individualizado intimismo y mirando con rostro desfigurado, como solo el demonio del odio concentrado podrá hacerlo, sin dar tiempo a nada, con ferocidad de contraste, voltió su rostro y escupió el semblante del padre, fue una escupa grande, gruesa, baba que se pegó a la cara; saltó atrás y como con asco lo señaló con el índice tenso y le gritó: ¡Maldito, me robaste los patines!

Todo movimiento se paralizó; las máquinas de escribir se silenciaron, la mano que descendía se quedó quieta; los músculos de los párpados se cementaron, nadie pestañeaba, hasta la respiración se contuvo...

Y, aquel hombre, el padre, dejó caer los brazos: desgonzado, inclinó su cabeza hasta tocar con su mentón el pecho; y, lentamente, curvado el cuerpo hacia adelante, se fue deslizando en el taburete, sin ruido, como en cámara lenta, muy despacio y siempre inclinándose, tan extraordinariamente extravagante era su postura, que parecía que finalmente ocultaría la cabeza dentro de los muslos, mientras se empequeñecía, sí, se estaba desapareciendo, desgonzado perdía volumen y, entonces, presencié un dolor que jamás podré describir, ni veré otro semejante, era como un juicio inexorable de Dios que lo había castigado con el apabullamiento de un desprecio infinito...

Miré a la denunciante: la vi adolorida por la escena, jadeaba y estalló en llanto, vi compasión en su mirada y comprendí que aún lo amaba.

Una luz tocó mi corazón y mi inteligencia: creo que por única vez fui sabio... Me sobrepuse y con voz serena pregunté: ¿señora, desea usted que esta indagatoria se convierta en "acta de conciliación"? "¡Sí, señor fiscal!" —Así me respondió con fuerza, mientras sus manos enfatizaban con ademán de súplica".

Entonces, dicté:

"Tomando pie en el espíritu de la ley 294 de 1996, y estando presentes los sujetos en conflicto, se transfigura la diligencia inicial de indagatoria, cuyas palabras quedan borrosas, como escritas en papel secante: por absorción de un interés jurídico superior, bajo la orientación de esta Fiscalía, se trastoca en audiencia de conciliación".

Como eje central, puntualizo:

"Señor Morales: usted ha faltado a los seres fundamentales de su hogar. A su esposa la ha golpeado, en el cuerpo y en el alma, desde ahora debe atenderla con consideración y respeto. De su conducta se hará seguimiento estricto, durante un mes. A su niña le ha robado los patines y está obligado a indemnizarla: se le darán 8 días para hacerlo y deben ser de mejor calidad. Además, su comportamiento con ella debe ser el de un padre ejemplar. Le quedan prohibidos todos los escándalos, y si incurre en uno más, esta misma Fiscalía, una vez que ello se establezca, promoverá ante el señor juez de familia, competente para el efecto, como definitiva medida de protección familiar, que usted —agresor constante— desalojé la casa de habitación, porque la ley 294 de 1996, da mayor valor a la paz familiar que al derecho escritural (art. 5º, lit. a). En cuanto a usted se le conmina: 1. A vincularse a cualquier institución que pueda darle ayuda científica para salir de su drogadicción crónica. Hacemos fe sobre su resurrección. 2. Usted debe iniciar un proceso de autoestima: asearse, recuperar la costumbre diaria del baño y el jabón. Ojalá pudiera buscar atención odontológica. En fin, la pulcritud física es el primer paso a la recuperación moral.

"Ahora, le pregunto: señor Morales, ¿quiere usted asumir, como obligaciones jurídicas conciliatorias: a. respetar a su esposa; b. devolver los patines a su hija, en un lapso no mayor de 8 días; c. buscar la autoestima y el camino del bien?"

Mientras yo hablaba, el hombre había levantado la cabeza y su cuerpo estaba erguido. Entonces, lo vi alto, muy alto. Su mirada tenía destellos de inteligencia y esperanza, como si la adormecida voluntad despertara de 20 años de letargo...

Su respuesta la escuchamos todos, con voz de firmeza dijo: "juro que lo haré, sino cumplo yo mismo me presento y usted señor fiscal, me mete a la cárcel...". Su rostro estaba iluminado.

Un escéptico murmuró: "se va a robar los patines...". Lo defendí: No. Por Dios, ¡los conseguirá honestamente!

Señora, dije mirando a la mujer: "usted ha escuchado a su esposo, le consulto: por sí misma y en representación de su hija, ¿acepta usted, como votos suficientes de conciliación, las promesas que con carácter de responsabilidad, él ha otorgado en esta audiencia? "Respondió y también su voz era resuelta y su cara estaba iluminada por un halo de confianza: "¡Sí, señor fiscal!"

Se cerró la diligencia y, como epílogo, expliqué: "en resolución subsiguiente acogeré los términos de la conciliación que tiene efectos libertarios, condicionados al cabal cumplimiento. Pero, permítame expresarle señor Morales: tiene que aprender a nadar fuerte y con lealtad, corriente arriba, si no lo hace se ahogará en la escupa de la niña".

Una atmósfera de paz inundó el recinto secretarial. Tuve la sensación de haber interpretado con acierto el cosmos constitucional de la ley 294 de 1996. Pero sabía que había impuesto una condición imposible: el señor Morales no podrá recibir ayuda médica y psicológica, porque no existe en todo el Valle de Aburrá, incluida Medellín, ninguna institución oficial que la proporcione; aun el mismo "Hospital Mental" de Bello, carece de cupos para aceptar pacientes, así sean delirantes o exasperados. A Morales —y a todos los pobres de solemnidad— les está negada la recuperación, la resurrección. Solo cuentan con su propia voluntad pauperizada y esta, usualmente, es insuficiente.

Señores fiscales: manejamos una ley simbólica, carece de cuerpo material. Por la misma razón estamos obligados al esfuerzo interpretativo, recordando que nuestro tiempo nos exige dar un salto cualitativo hacia la puesta en práctica de un derecho penal constitucional.

Es pertinente recordar:

En el artículo 42 de la Constitución Política colombiana se declara a la familia: núcleo fundamental de la sociedad.

Debemos concordar, tal distinción, con una norma de belleza kantiana, de valor universal: el artículo 44, que protege a los niños reconociéndoles sus derechos esenciales: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, *tener una familia y no ser separado de ella*, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión...".

"Serán protegidos contra toda forma de «abandono, violencia física o moral»".

Además, dentro de este artículo 44, se prohíbe toda clase de "explotación"; es decir: la sexual, la laboral, la económica y los trabajos riesgosos".

La familia, la sociedad y el Estado tienen como reyes a los niños: "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

Esta norma es utopía de amor y de esperanza.

También conquistaron las mujeres vencidas y los niños humillados y los ancianos marginados en su decrepitud, y todos ellos dentro de la placenta amarilla del hambre, una norma de indignaciones y de promesas proféticas: el artículo 13 de la Carta Política que reza en su inciso final: “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometen”.

Este *ethos* constitucional inspiró la ley 294 de 1996. Es la expresión material, legal y axiológica de esas conquistas de la igualdad y de trascendencia en el equilibrio social y hogareño. Por tanto, ha de tenerse en cuenta que cualquier duda interpretativa debe conducir a las luces de la Carta Fundamental. Así, no se perderá el camino y su rectitud virtuosa, que está consagrada, por encima de todo, a conseguir el respeto y la armonía familiar.

Pero, miradas las cosas con esta levedad no existirían problemas, la gravedad y la abrumadora energía negativa de estos, aparecen, como acontece con Anteo, el gigante de la mitología griega, cuando se desciende del Olimpo teórico y se colocan los pies sobre la tierra; entonces, la realidad es horrible:

1. Es tanta la violencia intrafamiliar existente, que diríase que no existen hogares: la mayor parte de ellos son parcelas de combate cotidiano, donde impera lo violento y se recogen todos los detritos, el tedio, el vicio y la miseria.

2. Es cierto que la discordia se extiende por doquier; por tanto, la encontramos también en las clases pudientes y en la clase media superior; empero, allí tiene características propias y medios para absorberse hipócritamente. De ello se ocupó, con ironía insuperable, CHARLES FOURIER, cuando clasificó los adulterios de la clase burguesa. Lo hizo con tanta maestría que KARL MARX, encontraba en estos ensayos una insuperada y científica descripción sociológica. Alguno de estos casos puede llegar hasta las puertas de nuestra justicia, pero será fácil la solución: el divorcio perfeccionista, calculador de intereses, organizado por ilustres colegas especializados en derecho de familia; o, quizás, sea suficiente aconsejar algún viaje de glamour por Europa.

Lo lacerante está en los casos de la miseria, aquí encontramos el “síndrome del niño maltratado”; la crueldad de caracteres casi irreversibles por la acultura de sus protagonistas deshumanizados; y, tanta necesidad, tanta, que queriendo separarse, paradójicamente ella amalgama a la pareja en su desventura: las migajas juntas, para mitigar el hambre; y el miedo a lo que vendrá después de la separación; la soledad de los seres estigmatizados; en fin, ese miedo negro, que une todos los miedos, el más grande gigante que estrangula el alma, como lo llamara el tratadista español MIRA Y LÓPEZ.

3. Cuando el lunes abrimos nuestros despachos, nos encontramos con los retenidos por situaciones de violencia intrafamiliar. Entonces, la lección aprendida es esta:

Casi todos los esposos que golpean a sus mujeres; también, ordinariamente, el caínismo entre hermanos; y, en general, los padres irresponsablemente violentos contra sus hijos, cumplen su cita con la violencia en horas malhadadas de sus borracheras dominicales. Obrán bajo la estulticia del alcoholismo que los torna en marionetas ins-

tintivas y compulsivas, que, luego, ocultan sus furores en zonas lacunarias, sin recuerdos.

Entonces, en el trasfondo nos encontramos con un monstruoso alcoholismo impulsado por el Estado con sus ventas y propaganda y desfachatez moral. Tartufo, el personaje de MOLIÈRE dándose la bendición.

4. Finalmente, vamos a juzgar una juventud marchita por el vicio de la drogadicción. Ellos, los jóvenes “sin futuro”, se tornan en esclavos sin voluntad e insensibles ante el dolor familiar: no respetan las canas, ni las súplicas, ni las oraciones. Están gravemente intoxicados y como ellos, al parecer, no tienen patria, entonces, carecen de centros de rehabilitación. A nadie le importa su destrucción, son los sujetos de la marginación y de las noches enajenadas y delirantes. Están convocados por la muerte, por la marginación, la enfermedad o las horribles “operaciones de limpieza”. Y carecen de duelo... Han hecho sufrir tanto a los suyos, que ya se secaron sus lágrimas.

Para descubrir el obrar violento de todos estos personajes, sea bueno emplear la palabra aprendida “del gran educador”.

Carecen de seguridad espiritual y de alegría; no saben cómo defenderse de las dificultades de la vida, en consecuencia, como un camino subconsciente, introyectan “el sistema opresor” y se convierten en “opresores de los suyos”.

Frustrados, humillados y vencidos, desdoblan y duplican las ofensas sociales o personales que han recibido, en cobarde silencio y en tragedia de falsificaciones, en momentos alucinantes, se convierten en vengadores y extienden cuentas de cobro, caprichosa y acriticamente, a los seres que los aman, les temen y les obedecen. Esa es su dolorosa verdad (así siguiendo el pensamiento de PAULO FREIRE).

## 2. SEGUNDA ANÉCDOTA

Aquí no hay una directa redacción para este ensayo. Pido, a vosotros, queridos fiscales, venia o gracia para transcribir una resolución fiscal, redactada, en un caso *sub judice*, como fiscal seccional de Itagüí:

Ante nosotros..., perdón:

Estamos, judicialmente, ante don Gustavo Antonio Ramírez. Hombre de 52 años, de profesión albañil; tez trigueña oscura; un metro con sesenta y nueve centímetros (1,69) de estatura; nariz recta, con base ancha; boca mediana y labios gruesos; dentadura incompleta y tan deterioradas sus piezas que casi que duelen a la vista; barba y bozo sin rasurar; pérdida de cabello, iniciando calvicie frontal; su pelo y las cejas canosos; su figura robusta. La expresión del rostro revela cierta amargura en especial por su mirada que, en sí, es como humilde y como suplicante.

Sobre su salud, expresa: “... Estoy desempleado en la albañilería y no trabajo porque sufro una asfixia cardíaca y la presión muy mala y se me inflama el hígado debido al aguardiente...”. Estaba alcoholizado y con cirrosis.

Cuenta don Antonio Ramírez que ante la Iglesia católica contrajo matrimonio con Margarita María Molina de Ramírez y tengo de esa unión tres hijas y un hijo". La familia se sostiene con un granerito de esquina, bautizado con un nombre atractivo: "El buen precio". En verdad es una pieza de su casa que el albañil empobrecido convirtió en tienda. Allí, por aumentar sus ganancias, inició la venta de aguardiente y aceptaba la atención de los amigos: —Porque uno tiene que beber con la clientela, doctor".

Los hechos los narra, de manera insuperable, en estos términos: "Hombre, doctor, el sábado yo estaba al medio día en la casa, llegó mi señora y me dijo que venía para Itagüí a comprar un regalo, yo le dije que sí que se viniera, al rato llegó un muchacho, un vecino, y me dijo: '¿Ve tu señora es que va para Prado que está esperando bus allí arriba?'; y entonces como yo soy tan celoso, me dio mucha rabia y salí a verificar si era cierto, vi que sí: estaba esperando bus para Prado; y de rabia me puse a beber aguardiente, cuando uno es bobo, ya no cogió para Prado sino que en el mismo bus nos vinimos, ella se dio cuenta porque yo le dije: ¿Qué haces cogiendo bus para Prado, no dizque ibas para Itagüí?, entonces ¿qué haces cogiendo bus para Prado? (Nota: más adelante se aclara que la señora había cambiado de idea y pensaba visitar una hermana de don Gustavo, que estaba enferma), entonces nos vinimos para Itagüí: ella a hacer sus compras y yo ya me encontré con un compañero y me puse a tomar aguardiente, cuando aparecí a [sic] la casa todo borracho y no me acordaba ni de quién era yo, me enlaguno con los aguardientes porque uno ya no aguanta lo que aguantaba cuando era joven y bello, dicen que hice daños en la casa, pero yo no me acuerdo de nada, yo estaba muy borracho, y de la casa fue que me sacaron los agentes de la autoridad".

Sobre los daños manifiesta que "Quebró unos vidrios, platos y tazas". También sabe que ofendió verbalmente a la esposa y que, cuando quiso agredirla, su hijo Camilo le dio un planazo en la espalda. Por fortuna la policía llegó a tiempo para evitar la riña entre el padre y el hijo.

Sobre la dignidad de su esposa trae este interesante comentario: "Doña Margarita Molina tiene dignidad personal y hogareña, toda una señora y no tengo nada que decir de ella y por donde ella camina y en el barrio todo mundo la conoce como toda una matrona y sé que tengo toda una señora es que últimamente tengo la cabeza llena de cucarachas... últimamente mi esposa me dice que va para un lugar y resulta en otro, pero inicialmente eso no era así, eso es ahora después de vieja".

Dice sobre el golpe que recibió del hijo: "...Cada que yo cometo una falta en la casa él es que me tira y en la espalda tengo un golpe, y las muchachas no me tiran. Sí, obra bien, quién se va aguantar un borracho y yo lo haría con mi padre si lo hiciese. Pero considero que a un borracho no se le debe tirar, porque si eso fue un planazo qué sería de una puñalada y por un lado me siento con pesar que me tire, mas siendo yo el papá pero orgulloso porque él defiende lo de la casa, porque si yo llego a quebrar la nevera (como dicen que iba a hacer) él ¿cómo se va aguantar?".

Este hombre en la parte final de su versión libre, que hemos venido contando, lloraba y decía de su esposa: "Es una gran mujer y tiene un gran corazón y no la me-

rezco". Se dolía del sufrimiento de sus hijas: la mayor es alcohólica y se confundía con la rebeldía de Camilo, el hijo que le enfrentaba y que le miraba: "Ceñudo y huraño".

\* \* \*

La señora y las hijas confirmaron todo lo anterior.

Entonces, la Fiscalía realizó una sesión familiar dentro del despacho y allí se logró dilucidar, lo siguiente:

a. Que don Gustavo Antonio Ramírez Sánchez era, antes que todo un enfermo que necesitaba tratamiento, muchísima paz, comprensión y, en este juego de cosas, él aceptó, con beneplácito familiar, entrar a un grupo de alcohólicos anónimos, única terapia mundial frente a esta enfermedad.

Y vino algo hermoso: la hija mayor, Beatriz Elena, también alcohólica, se sumó a este pacto de salud y amor.

b. Doña Margarita María explicó que era cierto el reclamo del esposo y se justificó: el cansancio, la conducta de desamor del compañero que ya amaba más al aguardiente que a ella, todo la impulsaba a estar visitando o su familia o la familia del esposo. Y no le contaba por rebeldía y rabia con él. Lo cual se acrecía en razón de los celos, que a ella la ofendían porque ella era muy digna. Estas acusaciones sirvieron para lo siguiente: doña Margarita prometió suprimir esta conducta que aportaba confusión en la relación doméstica. Y ya explícita la causa de aquellas ausencias, entonces, bajo reflexiones pertinentes, don Gustavo Antonio prometió reasumir su papel de ayer: el galán atento con su amada. Uno y otra se acercaron y entrelazaron sus manos.

c. Las otras hijas, Diana Eugenia y Ángela Patricia, jovencitas en la flor de la adolescencia, asumieron el papel de ángeles guardianes de esta conciliación y se asociaron a la Fiscalía en la promesa de seguir esta con funciones de: "Consejo de protección familiar", lo cual es exigencia consubstancial de la ley 294 de 1996, acorde al capítulo final; es decir: el título VI que asume el gran deber de crear una política de protección de la familia.

Exactamente, en la construcción material e institucional de este apéndice de protección, como un organismo permanente y cotidianamente vivo, allí está lo sacrosanto de esta ley. Es la exigencia de apostolado (también, con beneplácito debemos registrar que el ánimo de desagravio ya despierta en la mujer marginada la altivez de la propia estima y el reclamo soberbio de los derechos que la enaltecen en la igualdad. Y, el otro aspecto que exalta de mérito la ley, es el de las medidas precautelares que se inician con la pronta ayuda física de la policía que llega y contiene los golpes, para después presentar ante las autoridades judiciales a los violentos, que antes eran irrefrenables: "estaban protegidos, qué paradoja, por la santidad inviolable de los hogares).

\* \* \*

A estas alturas de las cosas, uno se pregunta si ¿puede afirmarse que don Gustavo Antonio Ramírez es reo de violación de la ley 294 de 1996 y su tratamiento debe ser carcelario; o, por el contrario, ha de entenderse que su actividad ocasional no alcanza a contrariar los bienes jurídicos que esta norma defiende y consagra? La respuesta que la Fiscalía 16 entrega a este caso concreto, ya se ha evidenciado: 1. Hay que impedir que el derecho penal se utilice como demagogia de Estado, aparentando soluciones en conflictos sociales que no ha redimido. 2. No alcanzan los daños menores, máxime cuando hay contricción, a tipificar una auténtica violencia intrafamiliar, en el sentido estricto de ley represiva. Entonces, lo pertinente ha de ser, en estos casos de investigación previa, concluir el asunto jurídico mediante una resolución interlocutoria que declare la no pertinencia a la acción penal y, por ende, su inhibición.

Este argumento es poderoso en el caso presente y se dan muchas situaciones análogas porque comportamientos insignificantes o inocuos, si se miran en lo que son, leves y reparables, no deben considerarse suficientes para afirmar tipicidad violenta, ya que el Estado entraría, innecesariamente, en órbitas individuales no lesivas e incurriría, entonces, en exageración punitiva y así en lugar de defender la familia puede ocasionarle graves deterioros e inclusive llevar la nave familiar hasta el naufragio mismo.

Empero, también se registra en el caso *sub judice*, con mayor resplandor de armonía, la conciliación con su correspondiente reparación y con frutos de bondad presente y con propósitos futuros. Esta figura puede prevalecer, por su mayor estética moral, y conduce a una idéntica conclusión: inhibir la acción penal.

Así se hará.

Resulta claro, al tenor del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, que si se da la conciliación durante la etapa de la investigación previa (o del proceso), se debe “suspender la actuación por un término máximo de treinta días”; y, “garantizado el cumplimiento del acuerdo”, entonces, se proferirá resolución inhibitoria.

Estamos en la primera etapa: la expectativa del cumplimiento.

En consecuencia, como ya se ha anunciado, esta situación procesal debe hacer florecer una resolución suspensiva. Sin embargo, es bueno y renovador el dejar vigente, como angustia de reconstrucción y de control: “la acción de protección familiar”.

Esto último tiene connotaciones sociológicas y humanísticas amplias, ubicándonos así en un deber ser: construir la política de protección de la familia del título VI, para lo cual la resolución de suspensión tiene, casi que huelga decirlo, un implícito deber de vigilancia creativa y protectora de la armonía familiar. Al menos, debe hacerse una programación de “diálogos familiares”, orientados por la Fiscalía en su despacho.

Solo así transformamos lo meramente simbólico en participación jurídica, ética e histórica.

Por lo anterior, la Fiscalía 16 en nombre de la justicia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1. Se decreta, por darse la figura jurídica de la conciliación, y bajo la expectativa del cumplimiento del acuerdo pactado, la suspensión de la actuación penal, por un término de un mes.

*Corolario:* Como garantía del cumplimiento de los acuerdos conciliatorios; la Fiscalía ejerce “control y revisión de situaciones” por un lapso de treinta días, fenecido este término, con efectos satisfactorios, la conciliación producirá *per se*, las condiciones jurídicas para dictar una resolución inhibitoria.

2. Queda incólume y acuciante el obrar sociológico y familiar para cumplir con el deber ser del título VI de la ley 294 de 1996.

3. Se ordena la inmediata libertad del procesado.

Notifíquese y cúmplase.

\* \* \*

Distinta situación, antípoda jurídica, es aquella que revela un dolo mayor a la tipicidad propia de la ley 294 de 1996, pero quiere, al amparo del vínculo o de la convivencia, disminuir, disfrazar con piel de oveja familiar descarriada, las agudas orejas de lobo; tal la siguiente vivencia judicial, con valor de agregado casuístico.

### 3. EL CASO DE AMANTINA

Los injustos, duros y oprobiosos maltratos de su compañero, hacen que Amantina Mosquera tome a su hijo entre los brazos y se venga a vivir a Medellín. Para subsistir se coloca, como humilde fritanguera, en un quiosco de ventas, en una terminal de transporte. La lucha es ardua: deja al niño al cuidado de una paisana y ella, por mezzuino salario, trabaja desde el amanecer hasta el anochecer. Es digna, humilde y buena. De figura enteca, enflaquecida; diríase que sobre las costillas lleva muchas palizas y bajo la piel muerde el hambre y conserva el recuerdo de muchos sufrimientos.

A los 4 meses, Alcides, el concubino, viene a buscarla a Medellín. Indagó por Amantina y una conocida le indicó dónde encontrarla.

Apenas iniciaba ella la jornada de trabajo, aún estaba oscuro, cuando él, como una tromba la ataca: no hubo conversación alguna; ni una frase de invitación relacional; ni siquiera el exabrupto de un reclamo de amor; fue el insulto —“¡perra hijueputa!”— y, al tiempo los golpes del cuchillo: cuatro puñaladas: una de ellas en el vientre; las otras en sus brazos, por ademanes de protección...

El agresor huye, pero por un milagro —aún se dan, a pesar de los escépticos— un policía madrugador y dos choferes, que estaban en la terminal, lo capturaron.

Escuché a la mujercita, en testimonio grabado en cinta magnetofónica.

Su voz resquebrajada narró la fuga por las sádicas vivencias sufridas durante dos años; no hubo convivencia, porque él no fue cónyuge, ya que esto significa, aún etimológicamente, compartir el yugo la pareja, en las frentes, y así, unidos, vencer las asperezas de la vida, como lo hacen los bueyes cuando atado el yugo a la testuz, halan de consuno, paso a paso, para arar la tosquedad rocosa del campo.

En aquella grabación testifical, lo más conmovedor eran los involuntarios ayes que, como signos de puntuación del dolor, intercalaba entre sus frases. Los hechos que narró indicaron la opresión del más primitivo de los machismos.

El dictamen de medicina legal resultó favorable a una pronta recuperación, ya que la trayectoria de la herida no interesó órganos vitales.

Después, tres testimonios idóneos coadyuvaron la exactitud del malvivir y la mansa resignación de la mujer.

Los choferes, a su vez, ratificaron el sorpresivo y feroz ataque que originó el lesionamiento.

Y en su indagatoria, Alcides habló de amor por la mujer, del injusto abandono y de celos...

Ahora bien: casos como éste, no pertenecen a ley 294 de 1996. Desbordan su tipicidad; tal, el propósito de matar que pertenece al "delito del homicidio" (aquí, una tentativa); y es en esa balanza en la cual deben pesarse todas las argumentaciones defensivas o los atenuantes: celos, iras, el primitivismo del autor, etc.

Nunca, queremos repetirlo, deben entenderse, por simplismo, como violencia intrafamiliar.

Situaciones diferentes resultan en razón del dolo de ímpetu, aquel que en un momento dado es impromptu emocional; o cuando se extrovierte un dolo de lesionar, propiciado por conflictos de orden familiar; entonces, en estos casos, la ubicación penal no admite hesitación: pertenecen a la ley 294 de 1996, les es aplicable por remisión que hace el artículo 25, que nos guía hacia la pena correspondiente "al respectivo delito, aumentado en una tercera parte a la mitad".

En síntesis: diríase que no hay aplicación de esta ley sino en casos, generalmente, menores, o, en situaciones expresamente señaladas dentro del articulado, tal como acontece con las lesiones personales, las cuales pueden ser gravísimas. En cambio, existe el peligro de indebida aplicabilidad, en situaciones leves y aun levísimas, en razón del tipo abierto, que de manera antitécnica, rige en el artículo 22 de la ley.

Por ello es bueno recavar en las causas sociológicas de la violencia familiar. Así, se nos impone la medida y se alerta al espíritu sobre la tendencia a la ligereza de una literal aplicación de la ley.

Veamos: "Más del 45% de la población colombiana vive en condiciones de pobreza absoluta, equivalente a unas 600.000 familias que carecen, entre otras cosas, de ingreso permanente, alimentación, vivienda, agua potable, salud y educación".

Entonces, cuando estas carencias se represan en los tugurios lumpenescos, aparece, como un monstruo sorprendente: "el síndrome del maltrato infantil", que solo se da en estratos de pauperismo físico y material, porque "la virtud al igual que el cuerpo, necesita alimentarse, vestirse, luz, aire y vivienda. Allí donde falta lo necesario para la vida, tampoco existe la necesidad moral. El fundamento de la vida, es también el fundamento de la moral" (esta cita de FEUERBACH, ya la habíamos hecho en el *introito* de este trabajo, pero dada su trascendencia, es bueno insistir en ella).

También, debemos entender que la náusea existencial, que nace de las carencias, huele a mugre, tensiona los espíritus y, por tanto, cualquier nadería desata sobre los compañeros indefensos, es decir, los familiares, tempestades furibundas de golpes e irritaciones. Nuevamente FEUERBACH: "Allí donde no se dan las condiciones para la felicidad, faltan las condiciones para la virtud". Nos encontraremos con razones para estallar anímicamente: la inanición, los llanos, los sarpullidos de los parásitos, la fealdad física, el hielo afectivo; y hambres y humillaciones.

En fin todo aquello que, al decir de ALFRED ADLER, produce desaliento personal y/o social. El desánimo, así incubado, se encauza hacia la violencia, siendo el primero, como la nube que se carga de electricidad, tiene —así tan solo se enfrente a estímulos menores o casi indiferentes— la explosividad y la vocación del rayo (piénsese, por ejemplo, en la susceptibilidad de los desempleados).

Por tanto quien analice la ley 294 de 1996, debe saber que se requiere prudencia e indagar presupuestos sociológicos, psicológicos y aun filosóficos. Quizás esto lo salve de la tendencia común a la exégesis represiva. Y obrar así es sabio cuando recordamos que nuestra bienamada Colombia tiene el dolor y la vergüenza de "superar en desigualdad el conjunto de los países subdesarrollados" (las dos citas sobre estadística social pueden ser constatadas en la obra: *La industria antioqueña de los años 80s*, Colección Universidad de Medellín).

Además: "...Padecemos de un analfabetismo afectivo que dificulta comprender las raíces de nuestro sufrimiento. Analfabetismo que nos impide encontrar claves para mejorar nuestra vida cotidiana. Basta echar una mirada a la familia para darnos cuenta del manto de sufrimiento que cargamos y constatar que aquello que por definición debería ser un *nido* de amor se convierte con frecuencia en un foco de violencia. Basta husmear en la relación de pareja para darnos cuenta del maltrato y el dolor que se anida en la convivencia diaria. Dolor y torpeza del que no escapa nadie en nuestra cultura, pues si alguna cosa está democráticamente distribuida en la sociedad contemporánea es la torpeza afectiva. Ricos y pobres, iletrados y posgraduados, todos terminan por igual enredados en sus relaciones afectivas, provocando escándalos y maltratos que los desgarran en una frustrante soledad" (LUIS CARLOS RESTREPO, *El derecho a la ternura*, Bogotá, Arango Editores, pág. 29).

#### 4. LA ESENCIA ESTRUCTURAL DE ESTA LEY

Con una tipicidad abierta, en un artículo 22, que nos permitiría conducir al naufragio a todas las familias de Colombia por situaciones conflictivas sin mayores conse-

cuencias, la ley autoriza la fijación de uno a dos años de prisión. Claro que por primera ocasión se permite la excarcelación y la presencia benevolente de los subrogados penales. Pero cuando por su condición de enfermo, aquellos que gozaban de una precaria libertad, sean reincidentes, lo cual acontecerá más pronto que tarde, entonces, ya ese procesado no tendrá derecho ni a la libertad excarcelatoria, ni al subrogado penal. De ahí que los despachos judiciales se encontrarán con centenares de procesos, cuya realidad final es el encarcelamiento de una fuerza laboral que sustentaba, mal que bien, a una familia.

La experiencia así lo ha demostrado: son las esposas y los familiares; o lo viejos que ya están en abandono, por el hijo encarcelado, quienes solicitan, pletóricos de dolor y exasperados por la situación económica, la libertad de los procesados, como única salida a su problemática de supervivencia.

Lo anterior está indicando la estructura real de esta ley. Su carácter es simbólico, aparente. Politiquería legal que quiere encubrir el desgarramiento social. Le pertenece la anotación autorizada que, sobre este tipo de leyes, nos trae JUAN TERRADILLOS BASOCO, profesor de Universidad de Cádiz:

“El riesgo de limitarse a potenciar esa inevitable función simbólica así concebida, es el de la ineficacia, pues cuando las normas y las conminaciones penales carecen de operatividad frente al delito solo pueden tener —al decir de HASSEMER— el sentido de que el sistema penal demuestre la apariencia de efectividad y protección social. Sin embargo, un derecho penal que en muchos de sus ámbitos tenga tan solo un efecto simbólico no será capaz a la larga de cumplir con su tarea ni en estas ni en otras materias, pues habrá perdido toda su credibilidad”.

## 5. ¿QUÉ HACER?

La respuesta es un imperativo: en lo posible, hacerla buena; lo cual exige evitar sus efectos nocivos.

¿Cómo?

La honorable Corte Constitucional resalta, en sentencia T-421 de 9 de septiembre de 1996, para la interpretación y aplicación de la ley (se refiere a la ley 294 de 1996), la axiología del artículo 3º, en especial los literales c y h; es decir la especial protección de las personas familiarmente débiles y maltratadas, mediante un tratamiento de “eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad”.

Esto hace bueno la intervención policiva, ante los conflictos familiares; todas las medidas de protección que trae la ley; y en especial el título VI; la política de protección de la familia.

Y la conducta jurídica nuestra, queridos fiscales, será excelente si con humildad escuchamos la fórmula escogida por la misma ley: “Artículo 3º. Para la interpretación y la aplicación de la presente ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: ...G-La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo

para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente”. E incluso en el artículo 14, para que no quede dudas sobre su espíritu, la ley se abre mostrando su corazón y nos da pautas para una praxis bienhechora:

“Antes de la audiencia y durante la misma, el juez deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento. El juez en todos los casos propiciará el acercamiento y el diálogo directo entre las partes para el logro de acuerdos sobre la paz y la convivencia en la familia...”.

¿Cómo se obtiene “un acuerdo sobre la paz y la convivencia de la familia”? Solo hay un medio: la figura jurídica de la conciliación, que nos define el *Diccionario jurídico* de MANUEL OSSORIO, en estos términos: ‘Avenir a las partes para evitar el proceso’ o ‘Componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí’. Y agrega, como glosa: “La tendencia moderna de todas las legislaciones es que el juez pueda intentar en cualquier momento la conciliación de los litigantes”.

Entonces, ese es el camino. Tenemos que prepararnos en psicología, en la técnica de la entrevista mediadora y encendernos de mística, para que la taumaturgia del verbo conciliar no resulte tan solo un incidente procesal, sino que avance hasta construir realidades de transformación. No debemos olvidar que este verbo concluso en la hermandad idiomática de la sinonimia, conduce al palacio de la concordia: “Sinónimos: conciliar-se, concordar-se, armonizar-se, ajustar-se, granjear-se, atraer-se, ganarse, convenir-se, reconciliar-se, pacificar-se, componer-se, dirimir-se, avenir-se (tomado del *Diccionario de sinónimos y antónimos* de FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES).

Al menos, estas pautas han sido mi conducta. Con estos principios, durante un año, en la fiscalía seccional de Itagüí, tuve el honor de atender la casuística penal de la violencia intrafamiliar: me dignifiqué; logré restañar muchas heridas del alma; construí algunas convivencias; separé lo que debía separar; no dejé detenidos; amé, tal vez como ninguno, la modestia y la hospitalidad de las ONG: “Alcohólicos Anónimos”; hice carnetizar a muchos, como lectores de la biblioteca pública”; toqué, inútilmente, las puertas de diversas instituciones, buscando asilo científico para los drogadictos crónicos; lloré espiritualmente y me indigné de todo corazón, ante la miseria irredenta; recordé, en muchos casos, las enseñanzas de MICHEL FOUCAULT, en especial su división de la ciudad social:

“...En el centro, y en un primer recinto: hospitales de todas las enfermedades, hospicios de todas las miserias, casas de locos, prisiones, presidios de hombres, mujeres y niños. Entorno del primer recinto: cuarteles, tribunales, comandancia de policía, casa de los esbirros, emplazamientos de los patíbulos, morada del verdugo y de sus ayudantes. En los cuatro extremos: cámara de los diputados, cámara de los pares, instituto y palacio del rey. Al margen, lo que alimenta el recinto central: el comercio, sus bribonadas, sus bancarrotas; la industria y sus luchas furiosas; la prensa, sus sofismas; las casas de juego; la prostitución; el pueblo muriéndose de hambre o revolcándose

se en el desenfreno, siempre en acecho de la voz del genio de las revoluciones; los ricos sin corazón..." (*vigilar y castigar*).

La anterior enseñanza foucaultiana, contiene acíbar: amarga y precisamente porque así es nuestra realidad. Sin embargo, mis ideales y mi formación jurídica, con inextinguible fe en un ineluctable profetismo, que sueña con la conquista definitiva de la hermosa condición humana y sus virtudes, me llevan a creer, contra todo pesimismo, que todo es muy sencillo: la armonía familiar es un canto de elemental justicia que derrota las necesidades esenciales, cuyo texto, citado en versos sueltos, ya lo escribió CARLOS CASTRO SAAVEDRA:

· ROSTRO DE LA PAZ

La paz es trabajar  
y recibir salario justo.  
Paz es pan en la mesa,  
vestido limpio,  
almohada blanda  
y alma blanca  
cuando entra un relámpago en la casa  
y le anuncia a la gente que va a sonar un trueno.

O un hombre que le dice a los amigos:  
voy a casarme con mi novia  
y ya compré la cama y los manteles...

\* \* \*

Señores fiscales: anhelo que estas reflexiones, realmente sean de alguna utilidad para vosotros; y, especialmente, para los humildes.

## Concurso entre porte de arma de defensa personal y homicidio con arma de fuego

Gustavo Adolfo Villanueva G.\*

Con el presente ensayo se pretende plantear que el simple uso de un arma de fuego no constituye el porte que sanciona nuestra ley penal y que cuando el peligro abstracto que se deriva de dicho porte se concreta en la lesión del bien jurídico mediato, la vida en el homicidio, por ejemplo, este delito subsume, con fundamento en la figura de la subsidiaridad tácita —o de consunción si se quiere—, el porte ilegal de armas.

En otras palabras, cuando se comete un hurto o un homicidio utilizando arma de fuego sin permiso de autoridad competente, nos hallaríamos ante un concurso de leyes y no ante un concurso real de delitos, por cuanto el delito de lesión subsume el de peligro.

La respuesta que la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional ha dado a este problema es contraria a la que aquí se plantea, pues siempre se le ha dado el tratamiento de concurso real con el argumento de que "se trata de dos comportamientos claramente deslindables, que se adecuan a diferentes tipos penales, con los que se tutelan diferentes bienes jurídicos"<sup>1</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, en sentencia de agosto 20 de 1992, ya había desechado la unidad de acción entre el porte de armas y el hurto, señalando que "en tratándose de bienes de prohibido o restringido comercio o por-

\* Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, Ibagué.

<sup>1</sup> C. S. J., sent., 9 marzo 1995, rad. 8565. Mag. pon.: Ricardo Calvete R.

te, la posesión del bien a sabiendas de tal veda o restricción hace surgir a la vida pública una nueva acción punible, porque el infractor quiere entonces vulnerar un nuevo interés jurídico tutelado y ello marca precisamente una importante diferencia entre el concurso efectivo de tipos y la concurrencia aparente”.

En el mismo sentido se pronunció la mencionada corporación, en sentencias de septiembre 2 de 1987 con ponencia de Édgar Saavedra Rojas y junio 22 de 1990 siendo ponente el doctor Dídimo Páez Velandia.

Pero la primera y más sencilla objeción a esta respuesta sería que no siempre que estemos frente a conductas perfectamente deslindables, con vulneración plural de bienes jurídicos, nos hallamos ante un concurso real de tipos, y como prueba de ello basta citar el caso del hurto con violación de habitación ajena que la jurisprudencia y la ley siempre han tratado como un típico caso de concurso aparente de tipos, a pesar de que la conducta se adecúa a dos tipos penales diferentes y los bienes jurídicos protegidos son distintos.

La doctrina, por su parte, especialmente la extranjera, es mayoritaria al afirmar que si bien los delitos de peligro concreto deben ceder ante los de lesión, no ocurre lo mismo con los de peligro abstracto “especialmente cuando sus tipos son de naturaleza preventiva”<sup>2</sup>.

JESCHECK sostiene, por ejemplo, que “Bajo el punto de vista del hecho previo impute también es subsidiario el delito de peligro concreto respecto del delito de lesión, en la medida en que el resultado de puesta en peligro no vaya más allá de los daños producidos, mientras que el delito de peligro abstracto conserva su significado autónomo por su dirección de ataque contra la colectividad”<sup>3</sup>.

Idéntica es la posición de JAKOBS al argumentar que “si un hecho que pone en peligro la vida constituye al mismo tiempo homicidio doloso de la única víctima puesta en peligro, hay que castigar por el delito de homicidio y además por aquel, pues bien es cierto que el homicidio abarca a la puesta en peligro concreto de la vida pero no al peligro abstracto”<sup>4</sup>.

SANTIAGO MIR PUIG es de la misma opinión cuando expone que “Las fases delictivas anteriores a otras más avanzadas son subsidiarias de estas y los delitos de peligro concreto respecto de los de lesión del mismo objeto de la acción afectado, mientras que niega que lo sean los delitos de peligro abstracto porque supone un peligro colectivo que no se agota en la lesión que se produzca”<sup>5</sup>.

No obstante, para dar respuesta al interrogante que nos inquieta debemos plantearnos o, mejor, replantearnos, varios cuestionamientos: ¿Cuál es la naturaleza del de-

lito de porte ilegal de armas, qué bien jurídico se pretende proteger y cómo se quiere ejercer esa protección?

En cuanto a estos interrogantes, y si nos hemos de atener a que lo que se pretende tutelar con el mencionado delito es la *seguridad pública*, lo primero que se ha de advertir es que “La seguridad que estos delitos protegen no es la general seguridad jurídica que protege el derecho en general y el derecho penal en forma más intensa, es la *seguridad de los bienes*” y que cuando se trata de proteger aquel bien se prevén como punibles comportamientos capaces de generar peligro no para un solo bien “sino para los bienes en general, considerados en común, como pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotados de distinta naturaleza (vida, salud, hacienda)”<sup>6</sup>.

Entre esas conductas peligrosas el legislador colombiano tipificó, en el artículo 201 del Código Penal, entre otras, el porte y la fabricación de armas y explosivos y, en ejercicio del control constitucional, nuestra Corte Constitucional, con ponencia del doctor Alejandro Martínez, en sentencia C-038 de 1995, dictaminó que “La penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada *para proteger la vida de los ciudadanos*, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso colombiano, por las condiciones que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la *seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas*” (cursiva fuera del texto).

La seguridad pública, según se desprende del señalado pronunciamiento, no es un bien jurídico en sí, sino para sí, en tanto se protege para hacer viables lo que la doctrina ha denominado bienes jurídicos individuales, tales como la vida, el patrimonio, la libertad, etc.

No es que el portar armas sin permiso de autoridad ponga en peligro, en forma directa o inmediata, la vida o el patrimonio de las personas, sino que el legislador considera que dicho comportamiento afecta o interfiere nocivamente la relación de convivencia entre los hombres y en consecuencia dificulta o impide el desarrollo tranquilo, seguro y efectivo de dichos intereses jurídicos.

Vale decir, con la protección previa del bien jurídico de la seguridad pública lo que se busca, en forma mediata, es tutelar aquellos bienes que, como diría BUSTOS RAMÍREZ<sup>7</sup>, constituyen las bases de existencia del sistema, sin olvidar que en todo delito está de por medio la seguridad pública, en tanto que lo que busca el derecho, el penal en particular, es propender por la convivencia pacífica entre los hombres, protegiendo los bienes jurídicos más importantes de los ataques más graves.

Por otra parte, la forma que escoge el legislador para tipificar estas conductas que considera riesgosas para la seguridad pública es la de convertirlas en delitos de mera actividad, de peligro abstracto, concebido este como “aquel peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre

<sup>2</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, pág. 442.

<sup>3</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. 2, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1978, pág. 1037.

<sup>4</sup> GÜNTER JAKOBS, *Tratado de derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, pág. 1061.

<sup>5</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, PPU, 1990, pág. 740.

<sup>6</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Tea, 1978, pág. 481.

<sup>7</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte especial, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, pág. 5.

todo, del empleo de ciertos medios... en que el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos", definición que, bueno es decirlo, conduce inevitablemente a una inversión en la carga de la prueba como consecuencia de la presunción *iuris tantum* que de la misma se deduce, en total disonancia con el principio de culpabilidad<sup>8</sup>.

Pero ante el hecho cierto de que las armas son objetos que generan peligro y que uno de esos peligros acarrea la posibilidad de que se atente o vulnere un bien jurídico individual y frente a la imposibilidad o dificultad de probar esta última finalidad, el legislador lo que hace, como parte de su política criminal, es adelantar la punibilidad a los actos preparatorios, recurriendo a tipos penales de prueba más sencilla, en los que es suficiente acreditar que alguien portaba o llevaba consigo para calificar esa conducta como peligrosa para los bienes jurídicos.

Así las cosas, y puesto que en realidad la "tenencia del arma es tomada como la preparación de un delito o la creación de oportunidades para cometerlo", es oportuno advertir, como lo hace ROXIN, que en estos casos lo que se impone es una pena por sospecha y que "resulta ilegítimo afirmar que se está castigando la «simple tenencia del arma», cuando en realidad lo único que se quiere hacer es simplificar la prueba de otro delito".

A pesar de los anteriores cuestionamientos, y ante el dato innegable de que en nuestra normatividad se sanciona en forma autónoma un acto preparatorio como lo es el porte de armas —con todo lo criticable que ello sea—, lo cierto es que el uso precario y fugaz de un arma no constituye el porte que el legislador quiso sancionar en el artículo 201 del Código Penal, y que cuando resulta efectivamente lesionado uno de los mediatizados bienes jurídicos individuales, el delito de peligro debe dar paso al delito de lesión, como ocurre, por ejemplo, con la tentativa respecto de la consumación.

Debe advertirse que el hecho de que el delito que nos ocupa sea de mera actividad [o de peligro abstracto] en manera alguna significa que no deba averiguarse por la lesividad del acto o por la culpabilidad del agente.

El contacto fugaz del autor con el arma —como cuando el agente arrebató el arma a un transeúnte para atacar a su víctima o cuando el objeto material del hurto es un arma de fuego—, sin la voluntad de realización del tipo penal en concreto, sin el conocimiento por parte del sujeto activo de la conducta de las circunstancias objetivas del hecho como formas de manifestación del dolo propio y particular de la infracción, no estructura el tipo penal descrito en el decreto 3664 de 1986, tal como lo dejó planteado, en salvamento de voto a la sentencia de agosto 20 de 1992 citada, el magistrado Jorge Enrique Valencia.

Cuando el contacto es precario y se debe más a circunstancias apremiantes del momento que a la voluntad dirigida a alcanzar el resultado exigido por el punible, es dable concluir que este comportamiento corresponde al segmento de otra acción mucho más rica que lo subsume, por cuanto su desvalor típico hace parte integrante del desvalor del delito fin que por lo regular es más grave.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*, pág. 484.

El intérprete no puede concluir que si el legislador, dentro de su política criminal, dejó sin sanción la conducta de conservar arma de fuego de defensa personal, el mero roce con ella, su traslado dentro del sitio donde se conserva o su efímero uso sí constituye el porte que sanciona nuestra ley. De aceptarse lo anterior significaría que quien conserva un arma sin permiso no la puede trasladar de un sitio a otro dentro de su casa, o no la puede usar para defenderse de un intruso porque quedaría incurso en el delito que nos ocupa.

No es esa la idea de porte que tenía en mente el legislador cuando tipificó como delito dicha conducta. El fin de la norma no es castigar el uso precario del arma, sino aquella tenencia que implique un riesgo para un derecho individual con el añadido de que si dicho riesgo se concreta en una lesión a ese derecho no estamos ante dos conductas punibles sino ante una acción en progresión que, sin embargo, sigue siendo única.

En otras palabras, si lo que el legislador pretende al penalizar el porte de armas es evitar que, en forma mediata, se vulnere o atente contra derechos individuales como la vida o el patrimonio y estos efectivamente resultan lesionados mediante la utilización de un arma de fuego, aquella deja de tener sentido independiente y nada añade al injusto que representa el delito en que se concretó el riesgo.

La anotada es la razón por la cual la tentativa desplaza los actos preparatorios, y la consumación, a su vez, desplaza la tentativa y la misma por la cual no son susceptibles de concursar, para citar otro caso, los delitos tipificados en los artículos 33 y 43 de la ley 30 de 1986 cuando la conducta consista en elaborar droga que produzca dependencia.

Nuestro legislador, en el artículo 43 de la mencionada normatividad, tipificó como conducta autónoma la tenencia, entre otras sustancias, de éter, acetona, *thinner*, amoníaco, ácido clorhídrico, con el propósito mediato de evitar o impedir el procesamiento o elaboración de cocaína u otras drogas, pero cuando esta conducta es la que efectivamente se ejecuta, esto es, cuando el peligro se concreta en la lesión, el delito de peligro, representado en la mera tenencia, debe ceder ante el delito de lesión concretado en la elaboración de la sustancia e impropcedente resulta, entonces, hablar de un concurso de delitos sin violar la garantía constitucional de prohibición de la doble persecución.

Lo mismo acontece con quien poseyendo llaves falsas o ganzúas (decr. 522 de 1971, art. 55) asalta una casa valiéndose de dichos medios (cfr. C. P., art. 350-4), y con la tenencia de explosivos (art. 197) en relación con el lanzamiento de estos (art. 198). En estas hipótesis, sostiene el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ, se "está ante un concurso aparente porque hay unidad de acción y de tipo realizado"<sup>9</sup>.

No se está afirmando aquí, aclárase, que el homicidio comprende el porte de armas porque sin el empleo del arma no se podría cometer el atentado contra la vida. No, lo que se quiere señalar es que si el objetivo del legislador, al tipificar actos preparatorios como delitos de peligro, es evitar la concreción de ese peligro en una lesión, el

<sup>9</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 581.

efectivo empleo del arma, para la comisión del delito, generará el desplazamiento del tipo de peligro abstracto que reprime el acto preparatorio al de lesión que reprime la efectiva vulneración del bien jurídico individual.

De otra manera estaríamos sancionando, por duplicado, una conducta peligrosa que se concretó en la efectiva lesión del bien jurídico mediato como lo sería la vida que es, finalmente, la que se quiere proteger al erigir en delito de peligro un acto a todas luces preparatorio como lo es el mero porte de un arma. Es decir, mal haría en sancionarse doblemente una misma conducta que, en el camino criminal, pasó de peligrosa a efectivamente lesiva, pero dentro de la misma unidad de acción.

Si la finalidad del legislador es adelantar la punibilidad a los actos preparatorios de un delito y resulta que este delito es el que se comete, improcedente resulta castigar por separado, en forma de concurso, el acto preparatorio y el tentado o consumado.

Vale insistir, si el porte de armas es un acto preparatorio que, por estimar peligroso para la vida u otros derechos individuales, el legislador adelante su punición, mal puede hacersele concursar con la efectiva lesión de ese derecho, pues lo único que ha sucedido es que el acto preparatorio ha hecho su tránsito, dentro de la progresión criminal, hacia un ejecutivo que puede ser punible como tentado o consumado.

Muy distinta es la situación cuando el porte del arma subsiste luego del homicidio o del hurto, pues una vez consumados o tentados estos, "el mantener el arma en su poder hace recobrar vigencia a la prohibición de tener un arma de guerra, pues esto hace renacer el peligro de que se cometa con ella un nuevo delito; y esto es lo que la ley, bien o mal, intenta reprimir. En este caso, entonces, sí podría admitirse la posibilidad de un concurso real, ya que la tenencia, luego del robo anterior, sí es una nueva acción preparatoria de otro delito indeterminado"<sup>10</sup>.

Es dable concluir, pues, que aunque el porte ilegal de armas sin salvoconducto sea un delito de peligro abstracto no puede concurrir auténticamente con el de homicidio cometido con arma de fuego, pues el comienzo de ejecución del delito contra la vida desplaza la punibilidad del porte del arma por subsidiariedad tácita y lo que en realidad se configura es un concurso de leyes o aparente de tipos.

<sup>10</sup> PATRICIA S. ZIFFER, "El concurso entre la tenencia de arma de fuego y robo con arma", Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 30.

## Peligro abstracto y garantías penales\*

Juan Terradillos Basoco\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

El principio *nullum crimen sine iniuria* impone un concepto de delito como afectación, actual o potencial, a un bien jurídico<sup>1</sup>. Lo que, si bien parece pacíficamente admitido en el plano programático, no responde, por sí solo, a todas las exigencias que tal principio suscita. Y ello porque se trata de un principio inane si no se le somete a ulteriores precisiones. Basta con echar una ojeada a la literatura penal para comprobar, p. ej., cómo sigue viva, cuando no estéril por el alejamiento de los puntos de partida, la polémica sobre cuál sea el referente material del bien jurídico, o, dicho de otro modo, cuál ha de ser el criterio de selección de los objetos de tutela penal<sup>2</sup>. Si para IHERING o LISZT el concepto

\* Texto del artículo enviado al libro *Homenaje a J. M. Calle Muñiz*.

\*\* Catedrático de derecho penal, Universidad de Cádiz, España.

<sup>1</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1989, pág. 472: "El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiéndose por ataque no solo el daño causado, sino también, por ser inherente a la finalidad preventiva del derecho penal el peligro que se ha corrido". Llevando al extremo el principio de protección de bienes jurídicos, WINFRIED HASSEMER (*Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984, págs. 37 y 38) llega a afirmar, por el contrario, que "La conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico... Como fundamento del merecimiento de castigo penal de una conducta, el legislador tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, es decir, tiene que presentar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses".

<sup>2</sup> Véase a JUAN TERRADILLOS BASOCO, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, 1981 (63), págs. 123 a 149.

de bien jurídico encerraba aun una entidad que era tal "a los ojos del legislador", pero externa al derecho e independiente de él, tras las sucesivas orientaciones autoritarias de tipo teleológico, formalista, tecnicista o funcionalista, ese concepto termina por alejarse sobre el de norma jurídica, pasando a designar "el fin" o la *ratio* de la ley penal, o, incluso, "el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena", dilatándose indefinidamente o, más simplemente, desapareciendo<sup>3</sup>. Cuando menos, la controversia doctrinal ha servido para poner en cuestión la pretendida eficacia legitimante del principio del bien jurídico, ya que ha hecho evidente que la mera apelación al mismo nada dice sobre su contenido. Aquí se parte de la aceptación de que la función del derecho penal no es sino la protección de bienes jurídicos, y ante ese objetivo, las opciones político-criminales han de valorarse, dentro de un marco político democrático, con criterios de racionalidad, economía y eficacia. De idoneidad, en resumen, para reducir al máximo los comportamientos prohibidos por lesivos.

Lo que no está exento de tensiones. El análisis de la eficiencia de los sistemas jurídicos, que en sus modernas formulaciones surge en el marco del derecho privado anglo-norteamericano, presenta, cuando es aplicado al derecho penal, caracteres específicos, por cuanto, de entrada, obliga a decidirse por modelos que no pueden pretender alcanzar soluciones favorables para todos. El derecho penal afronta situaciones de conflicto cuya solución implica, en términos de análisis económico, costes<sup>4</sup>. Pero, además, el cotejo costes-beneficios responde a variables que no tienen la misma relevancia que en derecho privado. En efecto, incluso pretendiendo una orientación a consecuencias estrictamente preventivas, lo que permite una racionalización del discurso, no cabe articular estrategias de actuación que prescindan de una referencia a valores.

Una vez que la elaboración de alternativas político-criminales da entrada a valores, la ponderación de los costes ha de integrar la eventual colisión de cada una de esas alternativas con los principios garantizadores que se entienden definidores del sistema<sup>5</sup>. Con lo que, a la postre, la cuestión de la legitimación por medio de la eficiencia aparece como punto de partida<sup>6</sup>, pero deja planteadas cuestiones que en la doctrina penal entroncan con el debate, más añejo que el sugerido por el análisis económico del derecho, entre garantismo y utilitarismo.

No procede abordarlas ahora, sino, más modestamente, afrontar la tensión que provoca el recurso a tipos de peligro, con el consiguiente adelantamiento y expansión de la intervención punitiva, en el marco de un sistema penal que se pretende presidido por el principio de intervención mínima.

<sup>3</sup> LUIGI FERRAJOLI, *ibidem*, págs. 476 a 479.

<sup>4</sup> Lo que obliga, en opinión de JESÚS M<sup>o</sup> SILVA-SÁNCHEZ ("Eficiencia y derecho penal", en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, 1996 [1], pág. 95) a decidirse por las propuestas conceptuales de KALDOR-HICKS en detrimento de las de PARETO.

<sup>5</sup> A. MONTERO SOLER y J. TORRES LÓPEZ, *La economía del delito y de las penas*, Granada, 1998, pág. 101.

<sup>6</sup> Véase a R. BETTINI, "Effettività ed efficacia del diritto nella prospettiva della legittimazione", en *Sociologia del diritto*, 1984 (1), págs. 224 a 227.

Ineludible punto de partida es la constatación de que la antijuridicidad es, en la teoría del delito, el correlato del principio político-criminal de lesividad. Esta, por su parte, no puede ser comprendida si se cercena de su análisis un importante elemento: la necesidad de intervención. De ahí que el principio del bien jurídico, que tiene vocación limitadora, deba ser complementado por el de intervención mínima o intervención necesaria<sup>7</sup>.

Aceptado lo anterior, la problemática suscitada por los delitos de peligro no puede dejar de ser polémica, ya que frente a los de lesión, suponen una anticipación —lógica— de la línea de intervención penal, que se conforma con la concurrencia del peligro, previo, por definición, a la ulterior y eventual lesión<sup>8</sup>. La polémica se ve, a su vez, incrementada por cuanto el recurso a tipos de peligro suele acompañar a la opción legislativa en favor de la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, con el consiguiente riesgo de abandono del modelo propio del Estado de derecho<sup>9</sup>.

La preocupación garantista no debe, sin embargo, provocar resultados contrarios a los queridos. Las líneas que siguen pretenden una caracterización operativa de los tipos de peligro, compatible con las exigencias de los principios de legalidad y lesividad. Lo que supone, igualmente, proponer el rechazo de categorías que, ayunas de esa lesividad, vienen siendo generalmente admitidas, a resguardo de una tormenta crítica que solo parece cernirse sobre los tipos de peligro.

## 2. CONCEPTO DE PELIGRO

Aunque la propia noción de peligro presenta dificultades que quedaron evidenciadas en las discusiones doctrinales surgidas en el seno de la Gran Comisión para la Reforma del Código Penal alemán, protagonizadas especialmente por WELZEL y DREHER<sup>10</sup>, viene aceptándose que se trata de un concepto caracterizado por la concurrencia de dos elementos: es, en primer lugar, una posibilidad lesiva<sup>11</sup>, no una lesión contrastada; además la eventualidad lo es de un mal que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico.

<sup>7</sup> De otro modo queda desdibujada la función garantizadora del bien jurídico, con el riesgo de convertirse en pretexto de desmesurados procesos de criminalización. Véase a WINFRIED HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina penal*, 1989 (46/47), págs. 278 a 280.

<sup>8</sup> DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1996, pág. 313; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998, pág. 107.

<sup>9</sup> Como crítica, paradigmáticamente, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991, págs. 109 a 140.

<sup>10</sup> *Niederschiften über die Sitzungen des Grossen Strafrechtkommission*, Besonderer Teil.8, Bonn, 1959, págs. 417 y ss.

<sup>11</sup> Sobre la polémica entre la teoría objetiva y subjetiva y la decantación mayoritaria en favor de aquella, véase a T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 21 a 29.

## A) Probabilidad

Que la posibilidad sea más o menos intensa, de modo que quede en mera posibilidad, o que se transforme en probabilidad, ha sido cuestión discutida en la doctrina, pero en términos que hoy deben estimarse superados. Rechazada la utilización determinante de criterios matemáticos o estadísticos —la crítica a los cuales terminó por alcanzar al propio concepto de probabilidad— y aceptada la necesidad de manejar criterios normativos, parece obvio que la mera posibilidad de que se produzca un resultado no autoriza a hablar de peligro; este supone un “grado apreciable de posibilidad”<sup>12</sup>, “posibilidad relevante”<sup>13</sup> o, lo que es lo mismo, “probabilidad”<sup>14</sup>. Lo que no requiere la constatación de un coeficiente matemático exacto<sup>15</sup>.

La acción ha de ser peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido con carácter general por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre la idoneidad lesiva, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Y el juez ha de decidir si esa acción está jurídicamente prohibida, decisión que no es posible adoptar en el plano del ser, sino en el del deber ser<sup>16</sup>.

## B) El peligro para un bien jurídico como resultado

La prohibición penal se basa, precisamente, en la eventualidad de lesión. Lo penalmente prohibido es la creación de riesgo para un bien jurídico. En este sentido, los delitos de lesión, o de resultado lesivo, y los de peligro, presentan un objeto jurídico de protección idéntico. Lo que, por otra parte, parece requisito condicionante de legitimación: el sistema penal se dirige a la protección de bienes jurídicos, y esa característica ha de acompañar, también, a los tipos de peligro<sup>17</sup>.

La conmoción para el bien jurídico, que no es distintiva de los delitos de peligro puesto que la lesividad es nota predicable de todas las manifestaciones de delincuencia, ha de manifestarse mediante un resultado concebido en sentido fáctico, es decir, mediante una modificación del entorno exterior al comportamiento examinado y separable de él espacial o temporalmente.

<sup>12</sup> Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, “Les délits de mis en danger”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (1-2), págs. 204 y 205.

<sup>13</sup> G. QUINTERO OLIVARES; P. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, Pamplona, 1999, pág. 331.

<sup>14</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1978, pág. 358.

<sup>15</sup> JOSÉ HURTADO POZO, *Droit pénal*, Partie spéciale; I, 3ª ed., Zurich, 1997, pág. 137.

<sup>16</sup> ÁNGEL TORIO LÓPEZ, “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pág. 842. Sobre las concepciones normativas del peligro, véase a BERND SCHÜNEMANN, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, págs. 796 a 797.

<sup>17</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 7, núm. 16, con información bibliográfica demostrativa de que la doctrina abrumadoramente mayoritaria parte de que la prohibición de poner en peligro deriva de la de lesionar.

No reina, sin embargo, sobre este punto, acuerdo doctrinal, quizás porque, como han observado QUINTERO-MORALES-PRATS, “el uso de la expresión ‘resultado de peligro’ exige de una dosis de sentido jurídico para poder ser comprensible, pues en apariencia sí solo se ha creado un peligro lo cierto es que por definición, no ha habido resultado”<sup>18</sup>. La aparente contradicción, en efecto, solo puede ser salvada considerando la peculiar naturaleza que frente al resultado “lesión” ofrece el resultado “peligro”.

En la medida que la creación de peligro supone aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico (o el objeto en que se materializa un bien jurídico), concurrirán en el supuesto tanto un resultado jurídico —afectación al bien jurídico imprescindible en todo delito—, como un resultado fáctico —alteración del mundo exterior—, diferenciable espacial y cronológicamente del comportamiento.

Cierto que, aun en el seno de una concepción dualista de lo ilícito penal, se puede partir de la posibilidad —que plantea, sin aceptarla, LAURENZO— de admitir delitos sin esa proyección externa, mediante el procedimiento de entender que el resultado típico es algo más —“el efecto sobre el bien jurídico separable de la acción”— que la perturbación del bien jurídico que fundamenta —includiblemente— el desvalor de resultado. Pero, precisa, “para dar por buena esta alternativa, es preciso preguntarse si realmente es posible pensar en supuestos de perturbación de un bien jurídico —entendido como algo ‘lesionable’— que no signifiquen al mismo tiempo, un fenómeno distinto de la acción, esto es, un auténtico resultado”<sup>19</sup>.

La respuesta a tal cuestión puede significar la aceptación de delitos sin ese resultado material. Pero igualmente puede llevar a la conclusión de que si, conforme con el punto de partida dualista del injusto, en todo delito es identificable un objeto de tutela, y “si para su consumación se exige la lesión o puesta en peligro concreto de dicho bien, se dan las bases necesarias para afirmar la existencia de un resultado típico, entendido como efecto separable de la acción”. En apoyo de esta tesis, aporta el ilustrativo ejemplo de las injurias, en las que, a pesar de la falta de concreción fáctica del bien jurídico afectado, la consumación requiere algo más que la sola realización de la acción: un mínimo de difusión. Lo que obliga a entender que no se trata de un delito de mera actividad, sino de resultado. Y esta conclusión será extensible a otros delitos, en la medida que los bienes jurídicos no sean concebidos como meros valores, sino como parcelas de la realidad social, cuya perturbación, a su vez, constituirá un “suceso distinto de la acción”<sup>20</sup>.

El razonamiento es trasladable, por evidentes razones, a los delitos de peligro —incluso de peligro abstracto—, que no pueden identificarse con la mera acción descrita en el tipo penal. La posesión de drogas del artículo 368 del Código Penal, que es

<sup>18</sup> G. QUINTERO OLIVARES, P. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 330. Aunque luego (pág. 332) en su definición de peligro abstracto manejan un concepto de peligro presunto centrado en la suposición del legislador y ajeno, por tanto, a la consideración del resultado.

<sup>19</sup> P. LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, Valencia, 1992, págs. 168a 169.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem*, págs. 174 a 177.

ejemplo de delito de peligro abstracto manejado por LUZÓN, "requiere lograr, la disponibilidad libre y pacífica de la sustancia al menos unos momentos; se trata por consiguiente de que el tipo exige un resultado como consecuencia de la conducta (aquí un determinado grado de avance en el acceso a la droga)"<sup>21</sup>.

La conducta ha de manifestarse, pues, como peligrosa, es decir, idónea para afectar el bien jurídico. Lo que implica colocar a este en una situación que no quedaría explicada por la contemplación exclusiva de la acción; de modo que, siguiendo a MARTÍN, habría que concluir que la peligrosidad de la acción, propia de los delitos de peligro abstracto, comporta un riesgo de lesión que, al menos en el plano lógico, se distinga de la acción misma. Observa LAURENZO que los delitos de peligro abstracto, en la medida que respondiesen a la tipología de los denominados delitos de peligro hipotético, no escaparían así a la perspectiva dualista de lo ilícito penal. Y advierte, igualmente, que no se puede llegar a la misma conclusión cuando no es detestable un objeto de protección de la norma, por lo que en estos casos será imposible un resultado, y, en consecuencia, un juicio que lo desvalore. Pero entonces, se debe añadir, que no es ras- treable la existencia de peligro ninguno, y lo que se estaría criminalizando es la mera desobediencia, en abierta transgresión de los límites dentro de los cuales el derecho penal está legitimado para actuar<sup>22</sup>.

La existencia o no de resultado no puede, pues, ser criterio de distinción entre las diversas modalidades de peligro. Esa distinción no puede basarse en la contradicción de considerar en ciertos casos, y no en otros, como peligroso lo que no se ha comprobado que lo sea, sino en la forma en que el peligro creado, que ha de ser probado, afecta al bien jurídico.

### 3. CLASES DE DELITOS DE PELIGRO

El peligro se afirma en referencia a un bien jurídico. De otro modo no estaría justificada la intervención penal. Y según la naturaleza de la relación del comportamiento peligroso con ese bien jurídico se habla de peligro concreto y de peligro abstracto.

#### A) Peligro concreto

Los delitos de peligro concreto implican, ya en la terminología de BINDING, una "conmoción" para el bien jurídico, probablemente afectado por haber estado en relación espacial y temporal inmediata con la fuente de peligro<sup>23</sup>. Suponen, pues, la proba-

<sup>21</sup> DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 314. Aunque afirma que en los delitos de peligro abstracto "basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico", los ejemplos que maneja —además del citado, propone la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379)— exigen que la conducta revele su peligrosidad mediante sus efectos externos.

<sup>22</sup> P. LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, cit., págs. 179 a 181.

<sup>23</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Manual de derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1994, pág. 264.

bilidad de lesión de un bien jurídico que se produce por la puesta en peligro de un objeto material o jurídico determinado (p. ej., vida, C. P., arts. 229.3 y 316)<sup>24</sup>.

Por eso las definiciones que consideran como delitos de peligro concreto a aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, no pueden estimarse suficientes. No puede bastar para fundamentar tal calificación con que en la tipificación se haya establecido expresamente la necesidad de provocación probada de una situación de riesgo, que, por tanto, no puede presumirse como necesariamente derivada de ciertas conductas<sup>25</sup>, pues con ello no se hace sino definir el peligro. Pero para que este merezca la consideración de concreto es preciso exigir algo más: la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo para un objeto material o jurídico determinado.

La constatación de que se afectó a las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a este en situación próxima a la lesión<sup>26</sup>, requiere de un análisis *ex post*<sup>27</sup> no solo sobre la entidad del peligro creado, sino también sobre su proximidad al bien jurídico.

#### B) Peligro abstracto

Cuando no es necesario comprobar la puesta en peligro de una parcela o manifestación concreta del bien jurídico, el delito será de peligro abstracto. Lo que no implica que la conducta carezca de lesividad: que el peligro sea real y la conducta peligrosa, aunque no se requiera la constatación en el caso concreto de que lo sea para un objeto (material o jurídico) individualizado<sup>28</sup>.

Es en este sentido en el que GALLAS entendía que los denominados delitos de peligro abstracto-concreto son una modalidad de los de peligro abstracto, que se dis-

<sup>24</sup> En el sentido en el que B. SCHÜNEMANN ("Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", cit., pág. 796) habla de un *individuelles Rechtsgutobjekt*.

<sup>25</sup> Como requieren G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., págs. 331 y 332.

<sup>26</sup> O "en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión", según T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 37-38.

<sup>27</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108. Sobre las alternativas de análisis *ex ante-ex post* en materia de delitos de peligro, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, págs. 59 a 90.

<sup>28</sup> Se trata, pues, de un concepto lejano al tradicional de peligro abstracto, concepto tradicional que en la doctrina española siguen manejando recientes trabajos como los de MATA y R. M. MARTÍN (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pág. 53: "representan únicamente una peligrosidad general de la conducta para el bien jurídico. Esto es, no se exige una real puesta en peligro del bien jurídico, sino que el legislador introduce una presunción de peligrosidad (*iuris et de iure*), basada en una consideración estadística... pero con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad") o C. MÉNDEZ RODRÍGUEZ (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pág. 134: "El peligro no es más que el motivo que impulsa al legislador a la construcción de un tipo penal, sin que, una vez configurado este, desarrolle ningún otro tipo de función. De aquí se deriva la exención al juez de la verificación de la efectividad del peligro").

tinguen por no exigir la puesta en peligro de un bien jurídico determinado, sino por implicar la posibilidad de lesionar bienes jurídicos de un tipo determinado<sup>29</sup>.

Desde ese punto de partida, como ha estudiado RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, la doctrina se ha diversificado entre las tesis que se conforman con una peligrosidad que se da por regla general en la acción típica y las más representativas, que, siguiendo las huellas de MEYER, requieren la verificación en todo caso de la peligrosidad de la acción<sup>30</sup>.

La confirmación de presencia de efectiva peligrosidad requiere, como han explicitado MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>31</sup> o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, por ejemplo, de un juicio *ex ante*. A lo que esta autora añade que será "absolutamente irrelevante" la producción o no, *ex post*, de peligros concretos.

En efecto, los tipos de peligro abstracto se conforman con la constatación de la peligrosidad de la conducta, y no requieren una comprobación de afectación, potencial, a un objeto en que se materialice el bien jurídico o a una manifestación concreta del mismo. Por tanto, advenir ese extremo, a efectos de la subsunción de la conducta en un tipo de peligro abstracto, sería "absolutamente irrelevante". Pero debemos insistir en que el juicio *ex ante* no se identifica con una valoración estadística efectuada por el legislador, en cuyo caso el peligro sería solo presunto —que dejaría ayuna de legitimidad a la intervención punitiva— sino en una valoración de la peligrosidad del comportamiento, realizada por el juzgador<sup>32</sup>. Lo que implica que se requiere un juicio que verse tanto sobre las características que, *a priori*, reúne el comportamiento como sobre sus efectos. En este sentido ha de concurrir, también, un juicio *ex post* que advierte que la conducta fue peligrosa porque generó peligro, pero que no es un juicio elaborado a partir del objeto material o jurídico específicamente sometido a situación de riesgo como ocurría en los delitos de peligro concreto<sup>33</sup>.

Así considerado, el delito de peligro abstracto se aleja de buena parte de los comportamientos que tradicionalmente han venido siendo englobados —debiendo ser excluidos— en la misma, genérica, rúbrica. Pero pocas conclusiones satisfactorias se

<sup>29</sup> WILHELM GALLAS, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", en AA.VV., en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag*, Berlín-New York, 1972, págs. 175 y 176.

<sup>30</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 291 a 296.

<sup>31</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108.

<sup>32</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 338.

<sup>33</sup> Sobre la necesidad de introducir ulteriores precisiones cuando se habla de perspectiva *ex ante* o *ex post*, advierte N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 59 y 60. En ocasión anterior JESÚS M<sup>o</sup> TERRADILLOS BASOCO, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en TERRADILLOS BASOCO (edit.), *derecho penal del medio ambiente*, Madrid, 1997, pág. 49, o en *derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, pág. 58, se enfatizaba la importancia del juicio sobre idoneidad lesiva *ex ante*, pero puede ahora añadirse que la constatación de idoneidad lesiva requiere comprobación de la creación o incremento de peligro. La perspectiva *ex post*, a que aquí se alude, supone un juicio sobre todos los elementos concurrentes en el comportamiento y en sus efectos. Lo que no implica determinación, *a posteriori*, de objetos afectados, sino, simplemente, de la idoneidad lesiva de la conducta contemplada en concreto.

pueden esperar del manejo de un concepto residual y polivalente de peligro abstracto<sup>34</sup>, que debe ser superado mediante el estudio "diferencial" de los distintos supuestos<sup>35</sup>.

En ese análisis diferencial, se ha propuesto en nuestra doctrina partir de la construcción de BINDING<sup>36</sup>, que distingue entre delitos de peligro y de mera desobediencia, para enlazar con el concepto de delitos de peligro abstracto-concreto, obra de SCHRÖDER<sup>37</sup>. La tesis de GALLAS, que a grandes rasgos recoge TORIO<sup>38</sup>, surge de la afirmación de que en los delitos de peligro abstracto la posibilidad de producción de este es elemento necesario, pues son, interpretativamente casos de peligro posible<sup>39</sup>. TORIO insiste en la exigencia de que el juez advierta no solo la peligrosidad genérica de la conducta (desvalor real de acción), sino también la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado)<sup>40</sup>.

La doctrina española ha aceptado mayoritariamente las propuestas teóricas de TORIO. Así, p. ej., VALLE MUÑOZ advierte, a propósito del delito publicitario del artículo 282, al que considera de peligro hipotético, que "el juez deberá probar, o cuando menos motivar, la capacidad lesiva de la conducta en el caso concreto objeto de examen, no bastando en este sentido con afirmar el peligro inherente a la acción realizada"<sup>41</sup>.

Pero una vez consolidada doctrinalmente la corrección de ese "análisis diferencial", y si se acepta que el viejo cajón de sastre de los delitos de peligro abstracto ya solo puede dar cobijo a supuestos de peligro real, procede entender que el doble juicio sobre peligrosidad de la conducta y sobre el resultado peligroso es exigible en todos los supuestos que pretendamos designar como delitos de peligro.

Aceptar lo anterior significa restringir el ámbito de responsabilidad, al exigir que la acción sea positivamente peligrosa, en la línea de ANTOLISEI cuando contundentemente que el peligro debe encerrar la probabilidad de un resultado (lesivo), y que, a

<sup>34</sup> Como el ofrecido por N. GARCÍA RIVAS (*Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 43): "Los delitos de peligro abstracto presentan una caracterización puramente negativa: el legislador no expresa la lesión, tampoco obliga al juez a realizar el juicio de peligro; por eso hablamos de un peligro abstracto: es el motivo o la *ratio* legislativa, que el juez no está llamado a ponderar, solo le cumple su constatación formal, esto es, la correspondencia entre la acción realizada y el supuesto de hecho típico".

<sup>35</sup> ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", cit., *passim*.

<sup>36</sup> Sobre la evolución doctrinal, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 45 a 56.

<sup>37</sup> H. SCHRÖDER, "Abstrakte-konkrete Gefährungsdelikte?", en *Juristenzeitung*, 1967 (1), págs. 523 a 525.

<sup>38</sup> Sobre los elementos diferenciales que Torio introduce en el sistema de GALLAS, véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 52 a 54.

<sup>39</sup> WILHELM GALLAS, "Abstrakte und konkrete Gefährdung", cit., pág. 179.

<sup>40</sup> ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", cit., pág. 846.

<sup>41</sup> J. M. VALLE MUÑOZ, "Art. 282", en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, pág. 637.

falta de esa potencialidad lesiva, el castigo de los denominados delitos de peligro abstracto era en realidad castigo de un peligro presunto<sup>42</sup>.

En efecto, no condicionar la pena a la constatación del riesgo supone la "volatilización" de la exigencia de ilicitud material; de ahí que se haya argumentado la conveniencia de afirmar la impunidad si en el caso concreto se probase la ausencia de peligro<sup>43</sup>. Lo que tampoco parece suficiente, puesto que la admisión de prueba en contra es, en el fondo, aceptación de que la fórmula típica supone una presunción de peligrosidad susceptible de ser desmontada en el caso concreto. Las reglas del proceso penal, sin embargo, imponen un punto de partida bien distinto: los elementos que fundamentan la punición han de quedar probados. Y el peligro generado por la conducta, como elemento típico, no constituye excepción.

La cuestión relevante es, entonces, decidir si los delitos de peligro abstracto, así concebidos, requieren explicitación en el tipo de elementos expresivos de la potencialidad lesiva de la conducta o si ello no es necesario<sup>44</sup>. La autorizada opinión de CEREZO se decanta por la primera opción, con el argumento de que, de *lege lata*, una labor interpretativa que exige la presencia de dichos elementos allí donde no lo ha hecho el legislador explícitamente, "llevaría a una nivelación, contraria a la voluntad de la ley, de los delitos de peligro abstracto y los delitos de aptitud para la producción de un daño"<sup>45</sup>. Sin embargo, si se parte de la no aceptación de una categoría residual de los denominados delitos de peligro abstracto en la que se englobarían meras infracciones de resultado material irrelevante, es obligado que el intérprete rellene el silencio legal, sin que por ello se inmiscuya en las competencias del legislador —que no queda exonerado de la obligación de incorporar a los tipos los elementos que expliciten la idoneidad lesiva de la conducta—, sino por imponerlo así el principio constitucional de lesividad.

La exigencia, en todo caso, de riesgo —para bienes jurídicos relevantes— permite eludir la tentación de "bagatelizar" la persecución penal, que ha sido una de las más graves críticas que ha debido soportar el denominado "derecho penal accesorio". Pero

<sup>42</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pág. 142. La posición de ANTOLISEI es ampliamente comentada por N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 40 a 42.

<sup>43</sup> Véase a MARINO BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, 1973, págs. 494 y 495; DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general, 1, cit., pág. 314; C. SUAY HERNÁNDEZ, "Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador", en C. PICO LORENZO (dir.), *Las fronteras del Código Penal y el derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1997, págs. 143 a 146. La técnica responde a las mismas razones que inspiraron la opción del proyecto alternativo alemán por la doble fórmula de delito de riesgo más cláusula negativa, que, sin embargo, supone una revisión de la carga de la prueba: N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 103. Véase también E. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Berlin, 1972, pág. 213.

<sup>44</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 111. El autor emplea la terminología de peligro hipotético para designar lo que aquí venimos denominando peligro abstracto.

<sup>45</sup> J. CEREZO MIR, "Prólogo" a J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995, pág. 10.

permite, igualmente, afirmar que alcanzan el nivel garantista propio del "derecho penal nuclear" tanto tradicionales figuras de peligro abstracto, como novedosas modalidades, vinculadas, por ejemplo, a riesgos ambientales o nucleares<sup>46</sup>.

### C) Cuestiones terminológicas

La proliferación de terminologías utilizadas para adjetivar el peligro<sup>47</sup> puede hacer atractivo el empleo de términos distintos a los tradicionales de "concreto" y "abstracto". De hecho, la doctrina, que ha manejado un concepto relativamente pacífico de peligro concreto, no solo ha utilizado el adjetivo abstracto con contenidos diversos, sino que ha propuesto sustituirlo por otros bien distintos, e incluso, se ha servido de acepciones de "abstracto" incompatibles con la propia idea de peligro. Pero parece metodológicamente recomendable centrarse en el estudio de los conceptos y solo partiendo de ahí pasar al de sus etiquetas, para terminar prefiriendo las ya consolidadas, que son las aquí propuestas, en la medida que puedan, con aceptable propiedad, designar las diferentes categorías de peligro.

Quizás procediera, si se pretende sustituir el clásico, vago e impropio calificativo de "abstracto" por otro que incorporara la peligrosidad de la conducta y la probabilidad del resultado peligroso, desterrar la vieja terminología y sustituirla por otra como la de delitos de peligro hipotético<sup>48</sup>. Se sortearía aparentemente el escollo de la confusión. Pero no se salvaría, dado el amplio catálogo de términos que se han venido empleando para aludir a esa realidad heterogénea que, más generalizadamente, se denomina delitos de peligro abstracto.

O se podrían utilizar, como propone GARCÍA RIVAS, términos no alusivos a la naturaleza del peligro, sino a su posición en el tipo de injusto: "ora como conducta peligrosa, ora como resultado de peligro"<sup>49</sup>; pero esta propuesta, además de exceder lo terminológico, tampoco resuelve el problema de designar las modalidades de peligro, en la medida que da por compartida la respuesta frente al cuándo y con qué criterios ha de determinarse la peligrosidad de la conducta, si estadística y apriorísticamente por el legislador, o, en concreto, por el juez, dejando de lado que solo puede calificarse de peligrosa la conducta que genera peligro.

<sup>46</sup> U. K. KINDHAUSER, "Acercas de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 452.

<sup>47</sup> Así, p. ej., J. M. ESCRIBA GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 72 a 74) habla de peligro implícito y explícito, terminología que, como han criticado MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS VIVES ANTON (*Derecho penal*, Parte general, Valencia, 1996, pág. 301) refleja una distinción puramente formal, que no afronta la cuestión de "la diferente estructura material que puede adoptar el peligro". E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA TOCILDO, prefieren la denominación de peligro concreto y peligro potencial (*Derecho penal*, Parte general, Madrid, 1986, págs. 164-165). FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, Parte general, Santa Fe de Bogotá, 1997, pág. 405), por su parte, habla de delitos de peligro abstracto o presunto y cita como ejemplos en derecho colombiano los de tenencia de explosivos y la corrupción de alimentos y medicinas.

<sup>48</sup> Así se hace, p. ej., en JUAN M<sup>a</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., págs. 51 a 58.

<sup>49</sup> N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 56.

Se trata, además, de opciones susceptibles de sugerir la pervivencia de una categoría residual de peligro abstracto, en la que confinar supuestos diversos que no comportan riesgo alguno y que van desde meras infracciones éticas o administrativas a presunciones de peligro. Para evitar precisamente esta tentación es preferible hablar de peligro abstracto, reivindicando que solo cuando realmente haya peligro a bienes jurídicos protegibles puede existir delito. Y afirmando, coherentemente, que se impone una interpretación acorde con el principio de lesividad, y por tanto de consecuencias fuertemente restrictivas, de los preceptos penales en que el legislador no haya explicitado la concurrencia de peligro.

#### D) Categorías intermedias

Los fundados recelos garantistas frente a los tipos de peligro y las crecientes necesidades de tutela en sectores de la realidad cada vez más amplios, complejos y dinámicos, han provocado un importante esfuerzo doctrinal por encontrar categorías intermedias entre la lesión y la conducta peligrosa —en sus múltiples gradaciones— que satisfagan las exigencias de antijuridicidad material y que a la vez resulten eficaces.

Sin embargo, si se entiende, como no puede ser de otro modo, que los delitos de peligro abstracto requieren la producción de riesgo, y se excluyen con ello, tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*, las infracciones formales o las situaciones de peligro presunto, el campo que se abre a nuevas categorías intermedias es bastante angosto.

Los denominados “delitos de aptitud” pertenecen a este grupo. Caracterizados como una categoría intermedia —“menos que un delito de peligro concreto y más que un delito de peligro abstracto”<sup>50</sup>— en realidad la doctrina ha preferido considerarlos como una modalidad de delitos de peligro concreto o, mayoritariamente desde GALLAS, como delitos de peligro abstracto.

Su característica definidora radica en que incorporan elementos de aptitud lesiva, lo que veta la identificación entre acción corporal y conducta típica: esta implica *plus*, cuya constatación requiere un juicio *ex post* sobre la relación de riesgo, sobreañadido al que se emite sobre la acción<sup>51</sup>.

Si ese juicio *ex post* versare sobre la puesta en peligro de objetos determinados, estaríamos en presencia de delitos de peligro concreto. Si supone un examen que añade a la constatación de la peligrosidad de la conducta en general la peligrosidad que puede afirmarse a la vista de las circunstancias concurrentes, no solo en el comportamiento, sino también en sus efectos —pero sin abarcar la incidencia negativa sobre las condiciones de seguridad de un objeto material o jurídico concreto— el peligro será abstracto.

<sup>50</sup> KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, pág. 182.

<sup>51</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 134.

Afirmar, al igual que antes se hizo a propósito de los denominados “delitos de peligro hipotético”, tan próximos a estos, que se trata de delitos de peligro abstracto, parece adecuado porque en todos ellos es preciso un juicio de idoneidad y de posibilidad lesiva<sup>52</sup>. Y si no se dan estos elementos no hay peligro<sup>53</sup>.

También se vienen considerando como modalidad de delitos de peligro los supuestos de protección de bienes jurídicos individuales o individualizables mediante la tutela de intereses supraindividuales, institucionalizados o difusos. No se trata de la puesta en práctica de una decisión político-criminal de tutela autónoma de estos intereses, sino de preservarlos en cuanto condicionantes de la mejor protección de aquellos bienes jurídicos.

Si, en traducción de esa opción político-criminal, se elevan los intereses instrumentales a la categoría de bien jurídico, la afectación negativa al mismo podrá revestir la forma de delito de lesión o de peligro. Y si ese interés no alcanza la naturaleza de bien jurídico, conservándose como tal el mediato, la afectación a aquel es un elemento más integrante de la conducta típica. Sería el caso de las falsedades en la información social; por sí solas no tienen relevancia penal, a efectos del artículo 290 del Código Penal, si no se ponen en relación con la idoneidad (peligrosidad) para afectar al bien jurídico patrimonial protegido<sup>54</sup>. Por tanto, se trata de supuestos que deberán ser considerados delitos de peligro concreto o abstracto según el grado de identificabilidad del objeto material o jurídico probadamente sometido a la situación de riesgo. Pero sin que haya que recurrir a categorías intermedias.

#### 4. EXCLUSIONES

Si la denominación “delitos de peligro” se adecua solo a conductas que implican menoscabo de las condiciones preexistentes de seguridad de un bien jurídico, deben estimarse definitivamente superadas las pretensiones doctrinales de calificar como tales a supuestos delictivos en los que la idea misma de peligro está ausente. Pretensiones que han constituido una de las más preocupantes manifestaciones de la preocupante “huida al derecho penal” a expensas de los principios de legalidad y de lesividad.

<sup>52</sup> Con lo que la adjetivación de “hipotético” aparece como inadecuada para un peligro real.

<sup>53</sup> Los ejemplos de delitos de aptitud manejados por CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ (*Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 111) —artículos 282 y 290— serían así casos de peligro abstracto, en el concepto de tal que aquí se ha manejado. Esa terminología es la misma que utilicé con anterioridad (p. ej., en JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, en DEL ROSAL BLASCO (edit.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pág. 275). Pero si se acepta el concepto de peligro abstracto aquí propuesto, no hay objeciones, y sí razones de simplificación terminológica, para afirmar que el delito del art. 290 es de peligro abstracto; véase a JUAN M<sup>a</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, cit., pág. 49, nota 58.

<sup>54</sup> JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, cit., pág. 274.

## A) Peligro presunto

El recurso a los delitos de peligro puede en principio ser un fácil expediente para eludir problemas de prueba<sup>55</sup>. De hecho, las dificultades de imputación objetiva del resultado dañoso están en el origen de buena parte de los tipos de peligro abstracto<sup>56</sup>, que pretendidamente liberarían de la obligación de verificar en concreto la corrección del pronóstico de peligro elaborado por el legislador, aceptando como bueno el esquema de que este se limita a utilizar los datos ofrecidos por experiencias anteriores para establecer, contando con peritajes especializados, una "causalidad general"<sup>57</sup>, una ley estadística que exoneraría al juzgador de la engorrosa tarea de comprobar el peligro eventualmente generado en cada caso. Su labor sería la de aplicar una definición bien delimitada y no la de entregarse a apreciaciones inciertas. Con lo que se ganaría en certeza y, además, se garantizaría el respeto al principio de igualdad<sup>58</sup>.

Pero se trata de argumentos que no se sostienen: las dificultades del juez para constatar la situación de peligro siempre serán menores que las del legislador, que opera *a priori* y sobre abstracciones<sup>59</sup>. Por otra parte, el pronóstico del legislador no adverbado por el juzgador no pasa de ser una estadística, que no puede fundamentar la afirmación de responsabilidad criminal individual. Una presunción *contra reo* que vicia, haciéndola inaceptable, la identificación "peligro abstracto-peligro presunto", que, a su vez, ha venido brindando argumentos a quienes se oponen a la proliferación de los tipos de peligro abstracto como forma más representativa del denostado derecho penal "moderno".

Tienen, pues, razón HASSEMER y MUÑOZ CONDE cuando denuncian que "al prescindir del perjuicio se prescinde también de la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha inculpada. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente"<sup>60</sup>.

Esta descalificación acude al recurso, dialécticamente rentable, pero justificado, de ver el origen de la expansión de los tipos de peligro abstracto en los problemas de

<sup>55</sup> M. M<sup>a</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ (*Los delitos societarios*, Pamplona, 1996, pág. 42), da prueba, con argumentos que incluyen consideraciones sobre la analogía.

<sup>56</sup> I. SÁNCHEZ GARCÍA, "El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)", en *Actualidad Penal*, 1997 (25), pág. 559.

<sup>57</sup> KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, cit., pág. 183. En opinión del autor, su propuesta de aceptación de una causalidad estadística ha sido aceptada mayoritariamente en la doctrina alemana. A la misma idea responde el concepto de delito de peligro abstracto que utiliza MARINO BARBERO SANTOS ("Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", cit., pág. 489) o, el que inicialmente proponen G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., págs. 331 y 332.

<sup>58</sup> Véase a C. PEDRAZZI, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (12), pág. 431.

<sup>59</sup> JUAN TERRADILLOS BASOCO, "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el nuevo Código Penal español", en *Thémis*, 1997 (36), pág. 301.

<sup>60</sup> WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, págs. 29 y 30.

prueba, y de rechazarlos como una manifestación de presunción en perjuicio del reo. Claro está que se trata de una crítica válida solo frente a la identificación del peligro abstracto con el peligro presunto, no aceptada unánimemente por la doctrina. Al respecto observan QUINTERO-MORALES-PRATS que "algunos penalistas sostienen, no sin razón, que en los supuestos que en realidad no hubiera existido peligro alguno, se podrá poner en cuestión si el tipo se realizó realmente o solo en apariencia, pues una cosa es aligerar el problema de la prueba y otra, distinta, no admitir en contra prueba alguna... Este modo de enfocar el significado de los delitos de peligro abstracto es realmente más concorde con postulados político-criminales importantes (*ultima ratio*) que el formalismo automatista que ve en ellos la encarnación de una presunción *iuris et de iure*, pero hay que reconocer que tropieza con el rigorismo con que el derecho positivo formula los delitos de peligro abstracto, pues, incluso a veces, parece que el peligro no va más allá de una consideración tenida en cuenta por el legislador apenas reflejada en el tipo. Mas sea como fuere, la ausencia absoluta de peligro no ha de desdeñarse, sino que debería dar lugar a la exclusión de la tipicidad"<sup>61</sup>.

Procede, sin embargo, ir más allá, porque esa "ausencia absoluta de peligro" no permite, por razones obvias, hablar de delitos de peligro. Y si es cierto que en algunos casos la lesividad no queda recogida expresamente por el derecho positivo, de modo que "apenas queda reflejada en el tipo", no lo es menos que compete al intérprete proponer lecturas que trasciendan la crítica y que, consecuentemente, incorporen la lesividad imprescindible en toda conducta delictiva<sup>62</sup>. En ningún caso la sentencia condenatoria queda exenta de la obligación de fundamentarse en hechos probados, y, entre ellos, la imputación objetiva de la aminoración de condiciones de seguridad al sujeto cuyo comportamiento se enjuicia, sin que frente a esta exigencia de prueba en concreto puedan prevalecer pretendidas "reglas generales".

## B) "Infracciones" morales, civiles, formales

Tampoco puede aceptarse la acrítica consideración como delitos de peligro de comportamientos castigados en razón de una determinada visión moral, política o social de la realidad. Haciéndolo, el intérprete encubriría bajo la rúbrica del peligro conductas que no suponen riesgo para bien jurídico alguno, o que implican un riesgo mínimo.

De esta crítica se hacía acreedora, la doctrina española que consideraba delito de peligro abstracto el escándalo público descrito en el artículo 431 del anterior Código Penal. Se trataba de una conducta opuesta a ciertas pautas de comportamiento en materia sexual que, como tal, no podía ingresar en el catálogo de delitos de un Código democrático<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, y J. M. PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 332.

<sup>62</sup> Véase *supra*, III.2, *in fine*.

<sup>63</sup> Otra cosa, y bien distinta, es que la doctrina, en lugar de considerar peligrosa (¿para qué bienes jurídicos?) la conducta escandalosa, hubiera exigido para considerarla típica que, además, constituyera un peligro relevante para la libertad sexual o para la indemnidad sexual de menores o deficientes mentales. Véase a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, Valencia, 1996, pág. 201.

La carencia de lesividad de estos supuestos es compartida por los casos en los que el contenido de injusto que ha de evitarse no rebasa la órbita de la ilicitud civil. El ilustrativo ejemplo que aporta MARTÍNEZ-BUJÁN de estos pretendidos delitos de peligro abstracto —la obstaculización al ejercicio de ciertos derechos de los socios (art. 293)—<sup>64</sup> es, en efecto, ilustrativo, pero de que no hay peligro (para un bien jurídico penalmente relevante).

La misma ausencia de lesividad es detestable en criminalización de meras infracciones administrativas<sup>65</sup>. Es lo que viene ocurriendo con más frecuencia de la deseable en el ámbito del derecho penal económico en el que tienen cabida tipos puramente formales, carentes de cualquier atisbo de injusto material, como es el caso, según opinión mayoritaria, del artículo 294<sup>66</sup>. Calificados por la doctrina como “delitos de pura desobediencia” (JAKOBS) o “con función puramente organizativa” (SCHÜNEMANN)<sup>67</sup>, es denominador común a todos ellos el que “el sedicente interés abstracto” resulta vulnerado por la mera infracción de la prohibición, sin que el injusto penal incorpore elemento material alguno con efecto restrictivo<sup>68</sup>.

Elevar en estos casos a la categoría de delito la infracción es elevar artificialmente la lesividad de los comportamientos incriminados, hipervalorando el elemento organizativo-formal propio de la actuación administrativa, cuya alteración no puede, *per se*, entenderse acreedora de pena.

Esta conclusión no queda enervada por el argumento, que apela a razones materiales, de que el castigo de la desobediencia, como ya pretendiera BINDING, se justifica por el peligro que generalmente implican las acciones prohibidas o por el que pudiera derivarse de la impunidad de la clase de acciones a que aquella pertenece<sup>69</sup>. De admitir la punición de estas simples prohibiciones<sup>70</sup> se consagraría la contradicción de penalizar por un peligro que ni ha existido, ni siquiera importa que exista, puesto que se renuncia a constatar una relación de probabilidad. Y, como advierte ARROYO ZAPATERO, se violarían principios básicos rectores del sistema penal propio del Estado de derecho

<sup>64</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 109.

<sup>65</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMÁZABAL MOLARÉE, *Manual de derecho penal*, Parte general, cit., pág. 264. Así pues, la mera oposición a norma no puede coexistir con las ideas de lesión o peligro, construidas con base, precisamente, en la de bien jurídico. De ahí que MANUEL COBO DEL ROSAL, y TOMÁS VIVES ANTÓN (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 409, núm. 26) rechacen la dualidad “delitos formales-delitos materiales”, en cuanto que “el injusto típico no es nunca una nueva forma vacía, sino que comporta, en todo caso, un contenido lesivo”.

<sup>66</sup> Véase a JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Los delitos societarios”, cit., pág. 284. J. M. VALLE MUÑOZ, (“De los delitos societarios”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1996, pág. 284) propone razonables criterios de interpretación restrictiva.

<sup>67</sup> Severamente criticados por T. RÓDRIGUEZ MONTAÑÉS, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 340.

<sup>68</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., págs. 108 y 109.

<sup>69</sup> MANUEL COBO DEL ROSAL, y TOMÁS VIVES ANTÓN (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 302, núm. 41; T. RÓDRIGUEZ MONTAÑÉS (*Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 238 a 241) ofrece una exhaustiva referencia doctrinal acreditativo de que se trata de la tesis mayoritaria en Alemania, pero minoritaria en España.

al atentar contra el principio de legalidad, al castigar la mera peligrosidad personal del sujeto y no la culpabilidad por sus hechos y, en definitiva, al posibilitar la imposición de penas sin proteger con ello bien jurídico alguno, ya que solo puede hablarse de protección frente a un ataque, y ataque es solo la lesión o la puesta en peligro<sup>71</sup>.

Se trata de un retorno paladino a la identificación entre peligro abstracto y peligro presunto —aunque no ya por razones de prueba—, que olvida el concluyente dato de que en materia procesal penal no caben presunciones y de que el peligro no probado no puede constituirse en presupuesto de la punición.

### C) Delitos de mera actividad

El concepto de peligro que se viene manejando, que es el que impone una elemental interpretación gramatical, permite revisar la tesis de que los delitos de peligro abstracto deben ser considerados delitos de mera actividad.

Así se ha mantenido, siguiendo una corriente que se ha pretendido mayoritaria<sup>72</sup> pero que no lo es, que es preciso relacionar los delitos de peligro con la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado, que llevada al ámbito del peligro supondría diferenciar “entre delitos de mera conducta peligrosa, cuyo injusto se agota en el desvalor de acción, y delitos de resultado de peligro, con una configuración dualista del injusto por añadir al anterior un desvalor (real) de resultado”<sup>73</sup>.

Quizás esta propuesta pueda ponerse en entredicho si se acepta que la distinción “mera actividad-resultado”, se sitúa en la teoría de la acción y si se comparte la opinión mayoritaria que entiende que en los delitos de mera actividad se castiga una conducta determinada (que el legislador habrá entendido como causante de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)<sup>74</sup>, haciendo abstracción del resultado material que de la misma se derive, mientras que en los de resultado se requiere un efecto separable en el tiempo y en el espacio de aquella conducta. Si el peligro, también el abstracto, supone remoción o aminoración de la situación de seguridad previamente existente, los delitos de peligro comportarán un resultado material, diferenciable de la actividad del agente<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Véase a N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 39 y 40.

<sup>71</sup> L. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pág. 251.

<sup>72</sup> Por parte de N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., pág. 53.

<sup>73</sup> N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, cit., págs. 54 y 55.

<sup>74</sup> G. ARZT, “Erfolgdelikt und Tatigkeitdelikt”: *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, 1990 (2), págs. 166 a 169.

<sup>75</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 108. También DIEGO M. LUZÓN PEÑA (*Curso de derecho penal*, Parte general, I, cit., pág. 314) mantiene que “los tipos de peligro abstracto generalmente son delitos de mera conducta, pero en algún caso pueden ser ‘tipos de resultado’”. Sin embargo los ejemplos que maneja de delito de peligro abstracto (C. P., arts. 379 y 3681) difícilmente pueden ser catalogados como de mera conducta: el primero castiga la conducción bajo la influencia de drogas; pero no cualquier conducción bajo esa influencia es típica, sino solo la que tiene trascendencia externa en un ámbito cuyas condiciones de seguridad preexistentes se modifican. En cuanto a la posesión de drogas del art. 368, el propio autor la considera un delito de resultado.

El tipo subjetivo es, por otra parte, distinto en los delitos de mera actividad y en los de peligro. La forma dolosa de estos requiere, como mínimo, la aceptación de que el comportamiento propio tiene como consecuencia la aminoración de condiciones de seguridad de un bien jurídico<sup>76</sup>. En el delito de mera actividad, el dolo se conforma con abarcar el comportamiento del sujeto activo, sin extenderse a sus ulteriores efectos<sup>77</sup>.

Finalmente, no parece aconsejable una interpretación que lleve a identificar delitos de mera actividad allí donde esa caracterización resulte evitable, puesto que en ellos el resultado, puramente jurídico, no es referencia suficiente para construir una fundamentación dual del injusto. En efecto, el juicio de desvalor sobre el resultado, concebido solo como afección (ideal) al bien jurídico es, si se prescinde del cómo se afecta a ese bien, desvalorar por una presunción estadística del legislador, que puede estar en el telos de ciertos preceptos penales, pero que no puede ser relevante si no resulta averada, en el caso concreto, por el juzgador.

Que ese sea el esquema a que responden los delitos de mera actividad, categoría que sufre continuas revisiones y críticas doctrinales<sup>78</sup> y que el intérprete ha de entender en términos restrictivos, no autoriza a etiquetar así los delitos de peligro.

## 5. BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

La política criminal actual se caracteriza, entre otras notas, por la identificación de nuevas zonas de intervención construidas, las más de las veces, en torno a bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, de titularidad social o colectiva<sup>79</sup>.

Admitirlos implica aceptar las propuestas de las tesis dualistas, en cuya virtud se pueden distinguir junto a los bienes jurídicos de naturaleza individual, los colectivos o supraindividuales<sup>80</sup>, sobre cuya trascendencia en nuestro modelo constitucional no deben caber hoy dudas<sup>81</sup>. Lo que no supone reconocer, en el plano político, la libérrima facultad del legislador para “crear bienes jurídicos colectivos: estos han de quedar subordinados, como complementarios, a los de impronta individual —que constituyen la base de nuestro sistema político y jurídico—, y a su defensa estarán teleológicamente

<sup>76</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 339.

<sup>77</sup> Ciertos comportamientos imprudentes pueden ser calificados como delitos de mera actividad: párrafo último del art. 467, según J. CERESO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, II, Madrid, 1998, pág. 179.

<sup>78</sup> LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en derecho penal*, cit., pág. 183.

<sup>79</sup> En referencia crítica al Código Penal español, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principi e tendenze”, en *L'Indice Penale*, 1996 (3), pág. 652.

<sup>80</sup> Representante paradigmático de la concepción dualista es KLAUS TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, págs. 117 a 120.

<sup>81</sup> Véase a J. M. PRATS CANUT, “Los intereses colectivos”, en *Cuadernos Jurídicos*, 1994 (20), págs. 27 a 36.

preordenados<sup>82</sup>. Pero, desde el punto de vista dogmático, es obvio que existen intereses supraindividuales que, al ser tomados por el legislador como objeto jurídico de tutela, presentan características distintas a las propias de los bienes jurídicos individuales.

Las dificultades de prueba, pero también las de definición, han constituido para el legislador una poderosa tentación a recurrir a tipos de peligro en defensa de estos bienes jurídicos supraindividuales, especialmente en el ámbito socio-económico. Lo que, como no podía ser de otro modo, ha generado las consiguientes objeciones, aunque muchas de ellas dirigidas más a cuestionar la intervención penal en ese sector que la técnica seguida para hacerlo.

De lo que ya puede deducirse la necesidad de distinguir entre críticas técnicas político-criminales a los delitos de peligro y críticas políticas a la criminalización en un ámbito que se viene identificando como distinto, aunque paralelo, al del derecho penal clásico, en el que quedarían relativizadas ciertas garantías tradicionales y que podría, incluso, responder a principios propios. No puede tratarse aquí la trascendental temática que suscita este segundo grupo de argumentos. Aunque parece recomendable afirmar, como punto de partida, que los instrumentos teóricos que han servido para crear y desarrollar la dogmática penal solo deben ser revisados en la medida que se revelen inidóneos para resolver los problemas suscitados por las nuevas necesidades preventivas, momento que aún no ha llegado. La dogmática propia del derecho penal democrático, por otra parte, responde a principios político-criminales de impronta garantista que no pueden dejarse de lado al proponer vías de actuación adecuadas a esas necesidades: es desde aquellos desde donde habrá que analizar críticamente cada opción político-criminal, ya afecte a los delitos de homicidio o injurias, ya se proyecte sobre la ingeniería genética o la financiera. Y no al revés, esto es, supeditando los principios garantizadores a los nuevos objetivos punitivos.

Volviendo, pues, a las críticas técnicas a la utilización de delitos de peligro, procede distinguir, dejando ahora de lado, por menos polémicas, los bienes jurídicos individuales, entre bienes jurídicos institucionalizados de titularidad individual o individualizable (p. ej., capacidad recaudatoria o recursos de la hacienda pública), bienes supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (p. ej., medio ambiente), y bienes colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (p. ej., transparencia del mercado de valores)<sup>83</sup>.

### A) Bienes jurídicos institucionalizados

La tutela de los primeros acudiendo a tipos de estructura tradicional de lesión o de peligro concreto no debe plantear problemas dogmáticos. Así ocurre en los delitos

<sup>82</sup> Véase a JUAN M<sup>a</sup> TERRADILLOS BASOCO, *derecho penal de la empresa*, cit., pág. 48. Precisamente la funcionalización de los intereses del Estado a los de los individuos constituye la preocupación básica de HASSEMER para elaborar su teoría monista personalista (WINFRIED HASSEMER, “Lineamientos de una teoría personalista del bien jurídico”, cit., pág. 281).

<sup>83</sup> Se trata de categorías semejantes a las propuestas en su momento por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos. Repercusiones de la labor legislativa de JIMÉNEZ DE ASÚA en el Código Penal de 1932”, en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*, 1986 (11), pág. 161.

contra el orden socio-económico concebido en sentido formal, es decir, en los delitos contra la regulación jurídica de la intervención pública en la economía, que son delitos mono-ofensivos, en la medida que los intereses plurales y colectivos a que afectan pasan a un segundo plano, porque un sujeto, la administración, ha mediado expresamente en la hipotética relación autor-víctima última, constituyéndose en titular directo del bien jurídico afectado.

#### B) Bienes que constituyen bases estructurales del sistema

Más compleja resulta la protección penal de aquellos bienes jurídicos, colectivos, que se identifican con elementos estructurales del sistema, cuestión sobre la que es predominante la opinión de que es inevitable el recurso a tipos de peligro abstracto<sup>84</sup>.

La legitimidad constitucional y la funcionalidad político-criminal de la decantación legislativa por los tipos de peligro ha de valorarse, desde la perspectiva de la importancia y características del bien que se ha de tutelar<sup>85</sup>. Por tanto, habrá que tener presentes los problemas que plantea la pluriofensividad de los delitos contra bienes sociales o colectivos básicos; problemas, en buena medida, nuevos, pero que, en parte, pueden ser afrontados con técnicas ya conocidas en los códigos penales de impronta liberal, que también hubieron de asumir la tutela de ciertos intereses supraindividuales, como pueden ser el orden o la salud públicos<sup>86</sup>. Ocurre que el punto de referencia, en el marco del Estado guardián, era la persona, mientras que en el social, decididamente intervencionista, lo son también los procesos socioeconómicos<sup>87</sup>.

La claridad de estos argumentos no puede, sin embargo, provocar el espejismo de que reflejen toda la realidad. Esta es más compleja. Porque cuando se atribuye el carácter de bien jurídico penalmente tutelado a mecanismos y funciones económicas<sup>88</sup>, ciertamente se da un paso no autorizado: el paso, denunciado por HASSEMER, que va de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones<sup>89</sup>. Se condiciona así gravemente la eficacia crítico-garantista de un bien jurídico que por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrá erigirse en criterio definidor ni limitador del poder

punitivo, y menos aún en los delitos de peligro, sobre todo abstracto<sup>90</sup>. El interés en la adecuada utilización de las subvenciones públicas —ejemplo propuesto por HASSEMER— por evidente que sea su relevancia, no es fácilmente caracterizable como bien jurídico, sino como objetivo de carácter político, social o económico y su tutela, más que de auténticos bienes, lo es de funciones<sup>91</sup>.

Sin embargo, los bienes de que ahora se trata no se limitan a los sugeridos por ese ejemplo. Tienen razón HASSEMER y sus seguidores en su llamada de alerta ante una posible expansión del derecho penal, que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela de bienes jurídicos, convirtiéndolo en un instrumento puramente funcionalista, al servicio de contingentes programas políticos y elaborado al margen de las garantías propias del Estado de derecho<sup>92</sup>. Pero, en ciertos ámbitos, como puede ser el de la seguridad en el trabajo, los bienes jurídicos puestos en juego —vida, salud— distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador<sup>93</sup>. Lo mismo puede decirse de los supuestos de responsabilidad por el producto, en los que está en juego la vida o la integridad física de los consumidores<sup>94</sup>. Y, por otra parte, no parece que sea este ámbito el más acuciantemente necesitado de un recorte de la intervención punitiva. La nota clasista que ha venido caracterizando al derecho penal como instrumento de control no puede ignorarse al reivindicar que se abstenga de ampliar su campo de acción a nuevas conductas, de gran lesividad, y que se mantenga en sus tradicionales guetos de marginalidad<sup>95</sup>.

Por otra parte, en el marco de la delincuencia socio-económica, que es el marco en que estas cuestiones se han manifestado con toda su actitud, resulta encomiable la preocupación político-criminal de no consagrar la ineficacia que se derivaría de exigir la constatación de perjuicio a un orden global que, considerado en su integridad, no es susceptible de menoscabo cuantificable. Parece, además, obvio que, de no adelantar la intervención penal a momentos previos a la causación de perjuicio económico probado, la lesión de los mecanismos básicos de funcionamiento y la pérdida de confianza colectiva en ellos depositada se producirá, y de modo irreparable, antes<sup>96</sup>.

<sup>84</sup> H. OTTO, "El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto", en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pág. 461.

<sup>85</sup> B. SCHÜNEMANN, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte im Strafrecht", cit., pág. 798.

<sup>86</sup> Véase a J. CÓRDOBA RODA, "Les délits de mise en danger", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (1-2), pág. 359; G. GROSSO, "Diritto penale e tutela della salute", en G. NEPI MODONA, y otros, *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, págs. 97 y 98.

<sup>87</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, cit., págs. 153 y 154.

<sup>88</sup> Que no tienen carácter estructural.

<sup>89</sup> WINFRIED HASSEMER, "Umweltschutz durch Strafrecht": *Neue Kriminalpolitik*, 1988, págs. 47 y ss; en el mismo sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principi e tendenze*, cit., pág. 655.

<sup>90</sup> WINFRIED HASSEMER, "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici", en *Dei delitti e delle pene*, 1984 (1), págs. 109 a 111.

<sup>91</sup> *Idem. ibidem*, págs. 109 y 110.

<sup>92</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUIAN PÉREZ, *derecho penal económico, Parte general*, cit., págs. 22-23.

<sup>93</sup> Véase a JUAN M<sup>o</sup> TERRADILLOS BASOCO, "Delitos contra la seguridad en el trabajo, Cuestiones concursales. Calificación de la imprudencia", en *Revista de Derecho Social*, 1998 (3), pág. 172, núm. 4.

<sup>94</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad por el producto", en AA.VV. *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. D. José Ramón Casabó Ruiz Valencia*, 1997, pág. 710. En la misma propuesta coincide SUAY HERNÁNDEZ C., "Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador", cit., pág. 169.

<sup>95</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUIAN PÉREZ, *derecho penal económico, Parte general*, cit., pág. 26.

<sup>96</sup> KLAUS TIEDEMANN, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, cit., págs. 240 y 241.

Desde el punto de vista técnico, las posibilidades de recurrir, funcionalmente, a tipos de lesión o de peligro concreto, son consideradas escasas por la doctrina<sup>97</sup>. En este sentido se pronuncia ARROYO cuando afirma tajantemente que "la única técnica posible para tutelar estos bienes jurídicos es la acuñación de delitos de peligro abstracto" dado que la lesión, en sentido naturalístico, no responderá normalmente a un determinado comportamiento, sino a una constelación de ellos<sup>98</sup>. El mismo autor admite que, de hecho, pueden producirse resultados lesivos consistentes en un constatable menoscabo, p. ej., del medio ambiente, lo que abre al legislador la posibilidad de recurrir a tipos de lesión<sup>99</sup>. Pero la opción por los tipos de peligro en este ámbito viene privilegiada<sup>100</sup> no tanto por las dificultades probatorias de identificación de la fuente del daño, como por la decisión político-criminal de adelantar la intervención penal a la fase de lo peligroso<sup>101</sup>, en la convicción de que cuando se trata de bienes colectivos o sociales que, como el medio ambiente, son normalmente afectados por procesos largos en el tiempo, en los que concurren multitud de elementos que se relacionan recíprocamente provocando consecuencias que no son la simple suma de las que provocarían cada uno de ellos, de modo que aquellas, con ser vaticinables no pueden ser apriorísticamente valoradas, esperar a la constatación de lesión, y pretender que los contornos del resultado lesivo sean abarcados por el dolo del sujeto, es tanto como garantizar la impunidad y la consiguiente desprotección del bien jurídico. Frente a la inhibición, o a la criminalización de la lesión en términos tan vagos que nada describirían, resulta preferible el recurso a tipos de peligro. Y de peligro abstracto, por cuanto identificar en un bien jurídico de tal amplitud un objeto material sometido a riesgo por el comportamiento del sujeto activo sería minimizar la importancia de un bien jurídico, por definición, más amplio y complejo.

### C) Bienes intermedios

Entre la aceptación, por inevitables, de los tipos de peligro abstracto y su rechazo, como manifestación de funciones políticas que no puede hacer suyas el sistema penal, caben posiciones intermedias que parten de la constatación de importantes diferencias entre los diversos bienes jurídicos supraindividuales y que obliga a distinguir entre aquellos que merecen la consideración de bienes jurídicos autónomamente

<sup>97</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ., *derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

<sup>98</sup> LUIS ARROYO ZAPATERO, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista penal*, 1997 (1), pág. 8.

<sup>99</sup> En este sentido se ha pronunciado también Maqueda Abreu M. L., "La idea del peligro en el moderno derecho penal", en *Actualidad penal*, 1994 (1) pág. 492.

<sup>100</sup> F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pág. 78, núm.18; KALUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, HAMBURG, 1976, págs. 81 y 82; WINFRIED HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Véase abrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt am Main, 1973, págs. 220 y ss.

<sup>101</sup> G. GRASSO "L'anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentatio", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, págs. 715 y 716.

tutelables (p. ej., el medio ambiente)<sup>102</sup>, a los que ya se ha hecho referencia, y aquellos cuya tutela penal no es autónoma, sino que se explica por la necesidad de proteger otros bienes jurídicos que les trascienden (p. ej., la transparencia del mercado de valores)<sup>103</sup>.

Para designarlos, en la doctrina española se han empleado, tomándolas de SCHÜNEMANN y de JAKOBS, las denominaciones de bienes jurídicos intermedios<sup>104</sup> o bienes jurídicos intermedios con función representativa.

Tal terminología puede, sin embargo, resultar equívoca, por cuanto designa dos situaciones distintas. En primer lugar se refiere a supuestos en que la probabilidad de lesión de un bien jurídico exija, a su vez, la afectación a otro (p. ej., C. P., art. 325, *in fine*)<sup>105</sup>. Estos tipos complejos se construyen por adición, de modo que, desde el punto de vista de su tratamiento dogmático, es predicable de ellos lo que se mantenga respecto a los delitos de lesión y a los de peligro.

La otra acepción es la que aquí importa: intereses o situaciones cuya defensa se estima necesaria para la protección de los "genuinos bienes jurídicos individuales, o individualizables"<sup>106</sup>.

Cuando la tutela de un bien jurídico aparece ligada a situaciones determinadas que condicionan su seguridad, el legislador tiene tres opciones: proteger el bien jurídico directamente, desentendiéndose de esa situación instrumental; proteger el bien jurídico teniendo en cuenta la situación instrumental; decidirse por la protección autónoma de la situación instrumental, puesto que así garantizará la del bien "último". Si tomamos como referencia la actuación del *insider trading* en el mercado bursátil, las tres opciones podrían ejemplificarse así: protección de los intereses del inversor acudiendo a tipos de lesión, como los genéricos de estafa o apropiación indebida; protección del bien jurídico "patrimonio del inversor", exigiendo su lesión o puesta en peligro mediante comportamientos mercantilmente ilícitos; consideración de la transparencia y lealtad del agente bursátil como bien jurídico.

En el primer caso, el legislador tomará la decisión menos compleja dogmáticamente, pero también menos idónea político-criminalmente.

En el segundo, la búsqueda de eficacia requerirá el recurso a tipos de peligro, por cuanto exigir lesión, sería, solo incidir en los ámbitos propios de los delitos tradiciona-

<sup>102</sup> El art. 45 de la Constitución española impone el recurso a sanciones penales frente a conductas contra el medio ambiente.

<sup>103</sup> Que en el Código Penal español no constituye un auténtico bien jurídico, ya que el art. 285 castiga el abuso de información reservada solo en la medida que produzca un perjuicio o beneficio determinado. Véase a JUAN M<sup>o</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 191.

<sup>104</sup> Por ejemplo en la reciente monografía de MATA y R. M. MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit.

<sup>105</sup> Es el ejemplo propuesto por MATA y R. M. MARTÍN (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pág. 27), pues en él "encontramos la referencia (tácita), al bien jurídico (colectivo) medio ambiente y el ataque (explícito) al bien jurídico (individual) salud de las personas".

<sup>106</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

les, y aún más restringidos, por cuanto ha de concurrir, además, el ilícito bursátil<sup>107</sup>. El interés supraindividual quedará afectado al ponerse en peligro (abstracto) los bienes jurídicos últimos, de los que serán titulares individuos concretos<sup>108</sup>.

En el tercero, pueden evitarse los tipos de peligro acudiendo a delitos de lesión para un bien jurídico definido y constatable. En consecuencia, por volver al ejemplo anterior, será también digno de protección penal el interés supra individual en el funcionamiento del mercado de capitales, del mismo modo que en los delitos relacionados con las drogas se protege un interés que va más allá del propio del consumidor, sin que la doctrina penal se rasgue por ello las vestiduras<sup>109</sup>, puesto que, como manifiesta el Tribunal Constitucional<sup>110</sup>, "estamos en un supuesto en el que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal".

Es en este sentido en el que observa MAZZACUVA que la falsificación de los balances puede ser considerada como delito de peligro abstracto por quienes entienden que el objeto de tutela es el patrimonio individual, pero sería más correcto entenderlo como "ilícito de daño", puesto que la conducta criminal lesiona efectivamente el interés colectivo en la exposición verdadera de la situación económica de la empresa<sup>111</sup>. En términos no muy lejanos, entiende RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que la técnica más adecuada en estos casos es la de los delitos de peligro abstracto, aunque aceptando que "formalmente estamos ante delitos de lesión" de bienes instrumentales cuya tutela no supone anticipación de la tutela de los bienes esenciales<sup>112</sup>.

No habría, en efecto, adelantamiento de la protección penal porque, como mantiene OTTO, en estos casos lo que aparece como delito de peligro para bienes concretos es en realidad lesión de los colectivos, p. ej., la confianza en el correcto funcionamiento de las instituciones económicas. El castigo de la lesión de estos bienes no supone, en su opinión, adelantar barrera penal alguna<sup>113</sup> ni criminalizar la provocación de "perjuicios difusos" sino tutelar penalmente "órdenes que, primordialmente posibilitan desarrollos individuales" cuya legitimidad no puede ser discutida, del mismo modo que nadie la discute en el caso de los delitos de falsificación de documentos o contra la administración de justicia<sup>114</sup>.

Pero posiblemente, se trata de argumentos que marginan el riesgo esencial de la alternativa que propugnan: el riesgo, que no puede superar un sistema que opte por

<sup>107</sup> Véase *supra* III.3, *in fine*.

<sup>108</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 112.

<sup>109</sup> KLAUS TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 83, y *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán), cit., págs. 34 a 36.

<sup>110</sup> Sent. 62, 11 julio 1983, amparo.

<sup>111</sup> Las observaciones se realizan en torno al art. 2621 del C. C., ital., N. MAZZACUVA, "Bene giuridico e techniche di tutela nel diritto penale societario", en NEPPI MODONA G., y otros, *Materiali per una riforma del sistema penale*, cit., pág. 210.

<sup>112</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 301 y 302.

<sup>113</sup> H. OTTO, "Rapport", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983 (1 y 2), págs. 550 a 560.

<sup>114</sup> *Idem*, H. OTTO, "El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto", cit., pág. 465.

considerar a los bienes instrumentales acreedores de tutela penal autónoma, es el de la artificiosidad<sup>115</sup>. Lo que no solo es tacha técnica, sino sobre todo política, puesto que supone inhabilitación al bien jurídico para cumplir con su función garantista de criterio y limitación del *ius puniendi*, función que queda aún más desdibujada en las propuestas que reducen esos bienes instrumentales a las más amplias y difusas, "condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura sobre los bienes", pues entonces el peligro abstracto adquiere una dañosidad *sui generis* progresivamente alejada de la propia de la lesión a bienes jurídicos<sup>116</sup>.

Por otra parte, el recurso indiscriminado a estos delitos en los que se termina postulando la tutela, como bienes jurídicos intermedios, de distintos subsistemas cuya pervivencia se estima indispensable para la eficaz garantía de otros bienes jurídicos de naturaleza individual, también es susceptible de la objeción que olvida que el perjuicio a los sistemas de ordenación no puede, sin más, equipararse a la intromisión lesiva en esferas de libertad individual jurídicamente garantizadas.

La progresiva administrativización de sectores como el económico potencia el riesgo de artificiosidad, ya que en buen número de ocasiones la propia determinación del bien jurídico protegido parece imposible sin atender a los instrumentos normativos que disciplinan (administrativamente) la actividad pública o privada. El carácter promocional que así se asigna al derecho penal implica el riesgo de un intervencionismo excesivamente oneroso en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictiva o, cuando menos, plural, no pueden gozar de total aceptación. Si en ese contexto se acepta la posibilidad de creación (funcional, si se quiere, pero en todo caso artificial) por parte del legislador, se ha de hacer con consciencia de que al menos en ciertos ámbitos, el poder definidor de la ley penal ha quedado complementado y, en consecuencia, limitado, por el ejecutivo, con lo que la confusión entre bienes jurídicos y funciones (políticas) es palmaria.

No obstante, entre el modelo brindado por un derecho penal promocional en el que la idea de bien jurídico —que debe definir el poder legislativo— queda sustituida por la de función —a lograr por el ejecutivo—, y otro constreñido por los contornos que definieron el derecho penal del siglo pasado, hay posibilidades intermedias.

A la administración compete llevar adelante una determinada política económica, cuyos presupuestos estructurales no son, por su misma naturaleza, coyunturales o fungibles. Y en la medida que la protección de esos instrumentos sea funcionalmente inescindible de la de bienes jurídicos individuales pacíficamente admitidos, el derecho penal no los puede dejar de lado. Así ocurre, p. ej., con ciertos bienes jurídicos colectivos como la seguridad en el trabajo, la transparencia del mercado bursátil, la debida utilización de fondos de origen público, etc., que no tienen autonomía y que, por tanto, se han de construir por referencia a bienes jurídicos individuales. Parece, por ello, acon-

<sup>115</sup> I. SÁNCHEZ GARCÍA, "El nuevo delito publicitario (Código Penal, art. 282)", cit., pág. 560.

<sup>116</sup> U. K. KINDRAÜSER, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", cit., págs. 449 a 451.

sejable que, si estos son identificables, se proceda directamente a su tutela, aunque haya que recurrir a tipos de peligro. Y cuando el legislador no haya podido identificar bienes jurídicos individuales relevantes, o con un grado de relevancia equiparable al de otros pacíficamente admitidos, lo coherente es el empleo de sanciones administrativas, que recuperan así su genuino sentido. Construir, en estos casos, los tipos penales en torno a bienes jurídicos colectivos, implica el riesgo de creación artificial de bienes ficticios con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

La tendencia expansiva de los tipos de peligro incrementa la posibilidad de colisión con los principios de lesividad y legalidad, y aun con la presunción de inocencia.

Aunque generalmente se advierte que esa posibilidad es menor en los delitos de peligro concreto<sup>117</sup>, se sigue denunciando que el distanciamiento entre comportamiento y bien jurídico es insalvable en los de peligro abstracto, que, en consecuencia, han recibido la más decidida oposición. Así, en opinión de HASSEMER, "encubren la ausencia de fuerza fáctica del derecho penal para proteger bienes jurídicos, al suprimir el vínculo entre comportamiento criminalizado y lesión de bien jurídico. El injusto penal no es la comprobable causación de un perjuicio, sino una actividad que el legislador ha criminalizado; si en la elección de esta actividad existe o no la potencialidad o el peligro abstracto de lesión, no puede ser discutido en el ámbito de aplicación de la norma... Dispensan la prueba de un daño (y con ello la causalidad del comportamiento) y facilitan, por ende, la atribución. Que con ello debilitan la posición del autor y atentan contra un bastión del derecho penal clásico es tan obvio como discutible"<sup>118</sup>.

Buena parte de estas críticas queda relativizada si se exige que el peligro abstracto sea, como ya se propuso, peligro probado. Pero además parece necesario evitar juicios globalizadores, y tener presentes las características específicas de las diferentes modalidades de bienes jurídicos en la formulación de tipos penales con vocación de eficacia.

Las peculiaridades de los bienes jurídicos colectivos o macrosociales no justifica su tutela mediante el recurso a tipos de peligro abstracto<sup>119</sup>, en el sentido residual del término, que aquí se ha criticado. La búsqueda de la eficacia preventiva pasa no por debilitar las garantías de la tipificación penal, sino por determinar los contornos de

<sup>117</sup> Especialmente crítico, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (*Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 405, núm. 137) sentencia que "Desde hace décadas la doctrina penal hispanoamericana más consecuente ha demostrado que aun los tipos de peligro concreto, al dejar en manos del juzgador la determinación de la realidad o proximidad del peligro, hacen intervenir en la concreción de la descripción típica un elemento personal y por lo tanto indeterminado, imprevisible y aleatorio, que no puede tolerar una legislación penal respetuosa de las garantías liberales".

<sup>118</sup> WINFRIED HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, 1991 (1), pág. 35.

<sup>119</sup> CARLOS MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 162.

esos bienes jurídicos y definir las conductas que constatación son incompatibles con ellos. Pero siempre teniendo en cuenta que de nada sirve la tenaz oposición a admitir tipos de peligro abstracto si se termina por preconizar la construcción de tipos de lesión a bienes genéricos, ayunos de contenido material.

Por eso, frente a conductas que unen a su trascendencia colectiva idoneidad lesiva para un interés individual identificable —p. ej., la capacidad competitiva de una empresa en el mercado—, parece procedente el recurso a los tipos de peligro solo si no es factible la protección del bien jurídico último mediante tipos de lesión.

Y cuando no es posible, o no es conveniente, supeditar la intervención penal a la constatación de peligro para un bien jurídico concreto, p. ej., porque su lesión va a producirse en un futuro lejano o porque afectará a objetos materiales que se saben existentes, pero que no son identificables —así ocurre en el delito ecológico—, es lícito el empleo de tipos de peligro abstracto, entendiéndose siempre por tales aquellos que castigan una conducta objetivamente idónea (peligrosa) para producir un resultado lesivo<sup>120</sup>.

También parece aconsejable restringir el ámbito de los sujetos activos de los delitos de peligro con expresión en su caso de sus especiales deberes<sup>121</sup>. Y limitar la tipicidad a los supuestos dolosos —con las necesarias excepciones<sup>122</sup>— e, incluso, a los casos de dolo directo.

Atenuar o anular la pena cuando media una actitud reparadora por parte del sujeto activo, es opción coherente con el principio de intervención mínima, especialmente en los delitos de peligro, en los que, aun habiéndose producido la consumación, se puede neutralizar *a posteriori* el proceso peligroso, asegurando la tutela del bien jurídico<sup>123</sup>.

*De lege lata* nos encontramos, sin embargo, con la posibilidad de que no solo se hayan rechazado esas posibilidades restrictivas, sino de que se haya optado por una decidida apelación a delitos que, aunque sigan gozando de la bendición doctrinal como delitos de peligro, en realidad parecen referidos a comportamientos cuyo injusto no trasciende lo administrativo (p. ej., arts. 294, 310 y 335). Si una interpretación acorde con principios de innegable raigambre constitucional impide llegar a la identificación "ilícito administrativo-ilícito penal" —por más que la lectura simplificadora de la letra

<sup>120</sup> En contra, CARLOS MÉNDEZ RODRÍGUEZ (*Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 207), para quien esta tipología intermedia tiene el defecto de desconocer la importancia interpretativa de la atribución de peligro a distintas entidades, proporcionando una visión global confusa.

<sup>121</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 117.

<sup>122</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del prof. KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995, pág. 271. Véase también A. BAYLOS GRAU, y JUAN M<sup>o</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997, págs. 122 y 123. Sobre el elemento subjetivo en los delitos de peligro abstracto, véase a MARIANO BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", cit., págs. 495 a 500.

<sup>123</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, cit., pág. 117; sin embargo, propone como ejemplo la excusa absolutoria de los delitos contra la hacienda pública o contra la seguridad social, que son delitos de lesión.

de la ley lo permitiera—, tampoco es de recibo la postura doctrinal de seguir lanzando diatribas contra unos delitos de peligro abstracto que históricamente han sido un cajón de sastre caracterizado, fundamentalmente, por dar la espalda al mundo de las garantías. Antes bien, se impone, una interpretación de los preceptos penales capaz de dotar de máxima relevancia a las garantías propias del derecho penal democrático: en este caso, enfatizando la necesidad de un juicio de desvalor sobre el resultado, e intensificando las consecuencias de la proclamación del principio de lesividad, con sus secuelas sobre los de legalidad y de culpabilidad.

## Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del derecho penal

*Emiliano Borja Jiménez\**

### 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo, se van a exponer, con toda la brevedad que sea posible, algunos modelos metodológicos con el fin de destacar la relación existente entre la configuración de la ciencia jurídico-penal, los componentes básicos que integran el derecho penal y la propia tarea que se le asigna a este sector del ordenamiento jurídico. Se pretende, pues, poner en conexión función del derecho penal, objeto del derecho penal, metodología y sistemática en derecho penal. También quisiera destacar algunos aspectos ideológicos que en cierta medida explican este conjunto de vinculaciones. Pero esa reflexión ideológica quedará más nítidamente expresada en el último apartado de este trabajo.

Se ha puesto de manifiesto por un número considerable de autores que el edificio sistemático diseñado por las diferentes concepciones penales se apoya frecuentemente, bien en el concepto previo de norma penal del que se parte, bien en el de acción. Aquí quisiéramos, sin rechazar esta idea, lanzar también argumentos en favor de la afirmación inversa esto es, que las concepciones de la regla jurídico-penal y de la conducta criminal han sido de igual forma tributarias de las connotaciones sistemáticas derivadas de la teoría del delito y de la propia función que se le asigne al derecho penal.

Es decir, con algunos ejemplos de construcciones sistemáticas, pretendemos mostrar en la evolución de las diferentes concepciones teóri-

\* Profesor titular de Derecho penal, Universidad de Valencia (España).

cas cómo juegan los diversos elementos fundamentales de las mismas en atención a los fines que se le otorga al sistema penal. La norma jurídica o el concepto de acción pueden ser el presupuesto teórico fundamental sobre el que se estructura la teoría jurídica del delito en una época determinada. Pero estas mismas instituciones aparecen, en diferente contexto histórico, ya no como piedra angular del edificio sistemático, sino como consecuencia de una estructura teórica previamente elaborada. Y estos cambios de posición tan relevantes se ven fomentados notablemente por los fines que se le asignen al derecho penal, que no son ajenos a la influencia del pensamiento político de cada época. Vamos a ver algunos ejemplos.

## 2. NORMA PENAL, ESTRUCTURA DEL DELITO, SISTEMA Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

Comenzaremos con el análisis de la norma jurídica en sus relaciones con el derecho penal. Y nos referiremos ahora especialmente a la concepción imperativa de la norma penal, continuando después con la teoría de la doble función. Este apartado finalizará con una exposición de un sistema de derecho penal que se fundamenta en la tesis de la motivación de la norma.

La concepción imperativa, en sus postulados originales, parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico se integra por manifestaciones de voluntad del legislador que se imponen al querer de los ciudadanos particulares, exigiendo de los mismos un determinado comportamiento<sup>1</sup>. Dicho comportamiento se regula por medio de la vinculación del destinatario de la norma con el deber jurídico que emana de la misma, y que se establece en una relación de exigencia con base en la consecuencia jurídica de aquella. El deber, en este sentido, es la expresión técnica del sometimiento del sujeto a una voluntad superior (de la comunidad jurídica, del legislador o del Estado) que se dirige hacia una conducta humana, descrita de forma general y abstracta en la mayoría de los casos. Dicha conducta viene de esta forma determinada y supeditada al imperio de aquella voluntad superior<sup>2</sup>. De ahí se desprende que la norma sea un *imperativo*, y el deber represente el correlato de dicho imperativo. El ordenamiento jurídico es así concebido como un complejo de imperativos.

La concepción imperativa de la norma fue inicialmente formulada por THON<sup>3</sup> y BIERLING<sup>4</sup>, si bien existen claros precedentes en MERKEL<sup>5</sup>. Con posterioridad esta teoría

<sup>1</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin, 1988, pág. 200.

<sup>2</sup> "Es claro que todos los imperativos tienen una determinada validez, a la que se dirigen, pues estos, de hecho, no quieren ser otra cosa que la expresión de una voluntad, que dirige su aguijón no, o no al menos, contra el mero sometido, sino esencialmente contra otro y siempre de alguna forma contra alguien determinado". ERNST RUDOLPH BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I. Nueva reimpresión de la edición aparecida entre 1894 y 1917, Aalen, 1961, págs. 26 y 27.

<sup>3</sup> AUGUST THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, nueva reimpresión de la edición de Weimar, 1878, Aalen, 1964.

<sup>4</sup> ERNST RUDOLPH BIERLING, *Zur Kritik der Juristische Grundbegriffen*, reimpresión de la edición de Gotha, 1877-1883, Aalen, 1965.

<sup>5</sup> MERKEL concibió el injusto como lesión del derecho, es decir, como rebelión contra el poder espiritual del derecho. A su vez, la violación del derecho como infracción del poder espiritual presupone la ca-

ha sido seguida en Alemania, con notables variaciones, por un importante sector doctrinal<sup>6</sup>.

A su vez, el vínculo de la determinación de la conducta y la norma se establece externamente mediante dos formas: el mandato, que representa la imposición del deber de actuar positivo, y la prohibición, que constituye la prescripción negativa de la conducta dirigida a la abstención de un determinado comportamiento. Los mandatos y las prohibiciones del derecho no siempre aparecen expresados de una forma clara y manifiesta, sino que se desprenden indirectamente de las consecuencias de la aplicación de la norma, como es el caso de las disposiciones privativas de derechos<sup>7</sup>.

El imperativismo explica, en su versión más ortodoxa, el ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos y prohibiciones. Se admiten, claro está, disposiciones que no son ni preceptos ni interdicciones, pero, como ha señalado BUSTOS<sup>8</sup>, "estas otras reglas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente".

Este planteamiento también afecta el aspecto funcional que se le otorga al derecho penal. Desde una concepción imperativa de la norma, el fin que pretende el sistema jurídico-punitivo es dirigir la voluntad del individuo en el sentido del obrar conforme a derecho con anterioridad a la comisión de una acción que pueda considerarse antijurídica<sup>9</sup>. La valoración, en tal sentido, no sería inherente a la norma penal, pues aquella habría guiado al legislador en el proceso de elaboración de la ley, pero perdería su virtualidad cuando se tratara de determinar el marco de actuación de la norma, de su eficacia<sup>10</sup>. Eficacia que se persigue por medio de una coacción psicoló-

pacidad de imputación del hombre, de tal forma que solo los capaces de acción pueden ser culpables. Por otra parte, en su concepción el injusto y la culpabilidad todavía no encuentran una clara distinción. ADOLF MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, Leipzig, 1867, págs. 5 y ss. Vid., al respecto, la exposición de CLAUD ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, München, 1992, pág. 199, núm. 91.

<sup>6</sup> Al respecto, HANS HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin, 1988, pág. 213, nota 20. En Alemania, se pueden citar como autores que admiten esta concepción de la norma penal, entre otros a ENGISCH, H. MAYER, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH, WELZEL o ZIPPILIUS.

<sup>7</sup> "Con frecuencia tampoco quieren aparecer externamente como tal las prohibiciones y los mandatos del derecho y se tienen que determinar de forma indirecta a partir de sus consecuencias con las que se amenaza para el caso de su infracción. Conceptualmente, por tanto, existe en toda proposición jurídica un imperativo, un *praeceptum legis*, o, como hoy estamos obligados a decir, una norma". THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, cit., págs. 2 y 3.

<sup>8</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, pág. 46. Esta idea fue moderadamente desarrollada por ENGISCH: "...Tanto las disposiciones legales conceptuales como también los permisos solamente son, por tanto, proposiciones dependientes. Estas solo tienen sentido en relación con imperativos que las aclaran o las limitan, como, vuelto por pasiva, esos imperativos solo pueden llegar a completarse si se tienen en mente las aclaraciones por medio de las definiciones legales y los límites, tanto a través de permisos como por ciertas excepciones". KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln y Mainz, 1977, pág. 23.

<sup>9</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 3ª ed., adicionada y anotada por FRANCISCO MUÑOZ CONDE y SANTIAGO MIR PUIG, Barcelona, 1981, pág. 320.

<sup>10</sup> JESCHECK, *ibidem*. SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 57.

gica dirigida a la generalidad de los destinatarios mediante la amenaza del castigo. De esta forma, se lleva a cabo la dirección de la conducta del sujeto, y por ello, este modo de concebir la disposición penal se denomina también norma de determinación<sup>11</sup>.

Ahora nos interesa destacar que la doctrina imperativista de la norma penal tiene también, en principio, repercusiones en el ámbito de la teoría del delito<sup>12</sup>. Como ha señalado MIR PUIG, la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal es la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo, pues este representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma<sup>13</sup>. La antijuridicidad, por tanto, se contempla desde lineamientos subjetivos porque el centro de la contradicción a la norma no es ya la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico impersonalmente considerado, sino la voluntad rebelde que no se somete al precepto<sup>14</sup>.

Esta formulación original de la norma como imperativo encontró algunas dificultades en el desarrollo de la teoría del delito, entre las que cabe destacar la apenas diferenciación entre injusto y culpabilidad<sup>15</sup> o la ausencia de consecuencia jurídica alguna para los hechos ilícitos cometidos por incapaces<sup>16</sup>.

En efecto, la distinción entre injusto y culpabilidad se hace difícil cuando la antijuridicidad se fundamenta en la actitud de rebeldía y desobediencia del sujeto a la

<sup>11</sup> Sin embargo, no para todos los autores norma de determinación se identifica con imperativo. En este sentido LARENZ diferencia entre mandato y determinación. El primero se dirigiría a la voluntad del destinatario para ordenar o prohibir algo, el segundo se dirigiría a una comunidad indeterminada y amplia de personas y vendría representado como una pretensión de validez general. A este segundo supuesto corresponderían disposiciones como esta que señala que la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento. KARL LARENZ, "Der Rechtssatz als Bestimmungssatz", en *Festschrift für Karl Engisch*, zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1969, pág. 155.

<sup>12</sup> Sin embargo, ha señalado BACIGALUPO que si bien el concepto de norma penal influyó en las distintas formulaciones de la teoría del delito, hoy en día no existe una relación necesaria entre concepción de la norma penal y estructura de la infracción punible. ENRIQUE BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 11 (1986), págs. 73 y 74.

<sup>13</sup> MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal...*, cit., pág. 58.

<sup>14</sup> Sobre las consecuencias derivadas de la formulación original de la concepción imperativa de la norma en la antijuridicidad y en la culpabilidad, ENRIQUE BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., pág. 64.

<sup>15</sup> Si bien es cierto que en la formulación inicial de THON la norma se dirige también al incapaz de acción en la medida en que este puede cometer un hecho antijurídico, en los posteriores desarrollos, especialmente en el de HOLD VON FERNECK, el mandato solo tiene como destinatarios a los imputables. En efecto, si la imputación consistía desde VON LISZT en la normal determinabilidad conforme a motivos, el imperativo no se podría dirigir a alguien que carezca de las condiciones básicas para dirigir su conducta conforme a una norma cuyo sentido era incapaz de comprender. De ahí que antijuridicidad e injusto se vuelvan de nuevo a confundir. En este sentido, ALEXANDER HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. I, Jena, 1903, págs. 98 y ss.

<sup>16</sup> En este sentido, BACIGALUPO, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., págs. 64 y 65.

norma, de carácter eminentemente subjetivo. Por otro lado, en la medida que la norma jurídica es concebida en esta primera época como mandato o prohibición dirigido a todos los ciudadanos, solo pueden transgredirla sus auténticos destinatarios, esto es, aquellos que pueden comprender la prohibición y el mandato, es decir, los individuos que tienen capacidad de acción. Se tenía que llegar a la poco convincente conclusión de que los inimputables no podían cometer actos antijurídicos. Esta vez, los problemas que planteaba mantener una coherente sistematización de la estructura del delito, junto con el hecho de la distinta tarea que se pretendía asignar al propio derecho penal, actuaron como causas relevantes en la variación del rumbo seguido en la configuración de la esencia de la norma penal.

El cambio de orientación, según hemos visto, se produce también en el mismo aspecto funcional del derecho penal. A finales del siglo pasado y comienzos del presente el punto de vista respecto del fin que persigue el derecho penal se modifica y se dirige a la protección de la sociedad por medio de la protección de los bienes jurídicos, obligando así a los teóricos juristas a buscar un concepto de norma que otorgase preeminencia al aspecto objetivo de la lesión de intereses relevantes para la colectividad. Aparece así una más nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad: la primera, como juicio objetivo y despersonalizado de desvalor del hecho; la segunda, como juicio de desvalor de la personalidad del autor. La nueva concepción filosófica neokantiana que resalta el aspecto valorativo en la forma de aprehender la realidad, impulsó a la nueva dirección metodológica<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Este cambio de concepción en la teoría del delito se observa ya en una época anterior en el mismo VON LISZT. En la 3ª edición de su tratado (Berlín y Leipzig, 1888) el autor alemán estructura claramente el injusto con base en la concepción imperativa de la norma y, por ejemplo, la antijuridicidad la entiende como un ataque dirigido contra el ordenamiento jurídico, contra la fuerza vinculante que imponen los mandatos y las prohibiciones que el mismo establece (págs. 131 y 132). En la 4ª edición de esta misma obra (Berlín, 1891) ya no se dice tan solo que la antijuridicidad suponga el ataque al ordenamiento jurídico o la desobediencia a sus mandatos y prohibiciones. Se sigue manteniendo que el injusto consiste en un menoscabo o lesión del derecho, una infracción de preceptos estatales, pero lo más importante es que por primera vez señala el profesor alemán, dentro del apartado de la antijuridicidad, que todo delito comprende un ataque a intereses protegidos jurídicamente, y que dicho ataque consiste, bien en la lesión de un bien jurídico, o bien en su puesta en peligro (pág. 145). Es más, en el marco del injusto, el imperativo queda desplazado a un segundo plano como se desprende de las siguientes palabras: "Todo ataque al bien jurídicamente protegido es, en sí mismo, antijurídico, sin que esto requiera una especial prohibición del ordenamiento jurídico. El concepto de bien jurídico encierra en sí mismo necesariamente la prohibición de toda perturbación" (pág. 145).

De igual forma, en el plano de la culpabilidad se observa un importante cambio. En la 3ª edición esta queda relegada a la pura capacidad biopsíquica de imputación y a sus formas (el dolo y la culpa). La capacidad de imputación se define así como un estado normal de determinabilidad conforme a motivos (pág. 150). En la 4ª edición se introducen nuevos elementos definitorios de la culpabilidad en correspondencia con una mejor distinción realizada en el plano de la antijuridicidad. Se define la culpabilidad (cosa que no ocurre en la anterior edición) y se dice, por ejemplo: "Culpabilidad es responsabilidad por el resultado causado a través de un movimiento corporal voluntario". También se señala que la capacidad de culpabilidad es la capacidad para ser responsable de una acción antijurídica. El aspecto personal y subjetivo de la culpabilidad frente a la objetivización de la antijuridicidad se acentúa cuando en esta edición aparece como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal la determinabilidad de la voluntad a través de la propia conducta y personalidad del sujeto derivada del conjunto de representaciones que la conforman, de la religión, de la moral, del derecho, la inteligencia, la cultura, etc. (pág. 160).

Y es precisamente este cambio de perspectiva en los fundamentos de la teoría del delito el que ahora abonaría, a su vez, el campo del que naciese una nueva concepción de la norma penal más acorde con las modificaciones estructurales en la sistemática del derecho penal. La concepción de la norma penal es ahora deducida del modelo teórico derivado de la estructura del delito. El nuevo planteamiento optaría, sin olvidar el aspecto determinativo de la disposición jurídico-penal, por dar mayor relevancia al aspecto valorativo de la misma.

Y así, en las primeras décadas del presente siglo se impondría una corriente doctrinal representada cronológicamente por NAGLER, GOLDSCHMIDT y MEZGER, que en la afirmación de una concepción objetiva y material del derecho, y de su contradicción, esto es, la antijuridicidad; les llevaría a proponer una nueva definición de la norma penal<sup>18</sup>.

NAGLER parte de la idea del derecho en su función primaria como orden objetivo de la vida social y como regulación externa de la convivencia humana en el ámbito de la comunidad. La antijuridicidad viene determinada precisamente con base en el menoscabo de esas condiciones de convivencia externa de los miembros de la comunidad<sup>19</sup>.

GOLDSCHMIDT no combatió la teoría de los imperativos en el ámbito del derecho penal, aunque su posición constituye el germen de la teoría de la doble función de la norma penal<sup>20</sup>. En su concepción, el injusto objetivo depende de las valoraciones abstractas del derecho, o dicho de otra forma, de estados objetivos y externos en los que se puede reconocer por cualquiera la conducta correspondiente. Esto sucede cuando un concreto presupuesto de hecho se corresponde con el ámbito de esa norma abstracta. Junto a esta, se encuentra la norma de deber que exige una conducta interna<sup>21</sup>. El deber jurídico aparece así como imperativo. Esta primera norma objetiva que obliga a todos, imputables e imputables, conduce, a su vez, a una segunda norma (si bien esta goza de cierta independencia frente a aquella) que se dirige al individuo en particular, a su conducta interna, para que determine su comportamiento externo conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Mientras que la primera norma prohibiría la causación del resultado y de esta forma se fundamentaría el injusto objetivo, esta otra segunda norma o norma de deber, se dirigiría a la determinación de la conducta del individuo en favor del cumplimiento de la legalidad y fundamentaría la culpabilidad<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Una exposición sobre este punto en ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit.; pág. 199, núm. 92.

<sup>19</sup> JOHANNES NAGLER, "Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit", en *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, reimprisión de la edición de Leipzig, 1911, Aalen, 1974, págs. 213 y ss.

<sup>20</sup> JAMES GOLDSCHMIDT, "Der Notstand, ein Schuldbproblem", en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* (1913), págs. 129 y ss.

<sup>21</sup> La tesis de GOLDSCHMIDT está muy cercana a la de MEZGER. La diferencia fundamental se encuentra en que para este último autor, la norma de determinación deriva de la norma de valoración, mientras que en aquel una norma se encuentra junto a la otra. EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, traducido y revisado por Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955, pág. 346, nota 6.

<sup>22</sup> Una valoración de la posición de GOLDSCHMIDT en relación con lo que representa el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentra en DIETHART ZIELINSKY, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, págs. 22 y 23.

La formulación de la doble función de la norma penal, tras estos precedentes, encuentra una primera completa elaboración con MEZGER<sup>23</sup>. El citado autor alemán, en su intento de encontrar una nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, establece un concepto del injusto netamente diferente al propugnado en su día por THON o HOLD VON FERNECK. "Injusto es, por tanto, todo aquello que se encuentra en contradicción con la voluntad del ordenamiento jurídico, no solo el menoscabo de sus mandatos y prohibiciones, sino también toda organización de las conductas externas, que se oponen a sus principios reconocibles. Antijurídico es, por tanto, no solo el culpable, sino el también inculpaible ataque de los imputables a los bienes jurídicos..."<sup>24</sup>. El derecho es concebido como un orden objetivo de la vida, y el injusto, en correspondencia, como la lesión de ese orden objetivo. De ahí que el autor alemán señale que "no es imaginable el derecho como «norma de determinación» sin el derecho como «norma de valoración», el derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e incondicional del derecho como norma de determinación... si alguien quiere determinar algo, tiene que saber con anterioridad lo que quiere determinar, tiene que «valorar» algo en un determinado sentido positivo. Un *prius* lógico del derecho como norma de determinación es sobre todo el derecho como norma de valoración, como «orden objetivo de la vida»... Para la consideración cognitiva del deber ser del derecho, para la constatación del concepto de derecho, la concepción del derecho como norma de valoración resulta como necesidad apriorística"<sup>25</sup>.

Pero, como es evidente, una norma que solo sea concebida como juicio de valor no puede dejar de ser nada más que una declaración de buenas intenciones. La norma tiene también pretensión de eficacia, aunque venga dirigida a la afirmación y al mantenimiento real de los valores que protege el propio derecho. La tesis de la norma como norma de determinación no es abandonada, sino que es trasladada a un segundo plano, pues el propio concepto que encierra la misma obliga a la necesaria referencia del destinatario de la norma. Dirá entonces MEZGER que mientras que el ordenamiento jurídico es un complejo de normas que como tal (es decir, como integrantes de ese ordenamiento jurídico) solo pueden ser concebidas sin destinatario alguno; la realización y puesta en práctica de ese conjunto normativo solo puede llevarse a cabo por medio de los imperativos, mandatos y prohibiciones, que no se identifican directamente con la norma, sino que tan solo se toma en consideración a la misma a partir de sus consecuencias como el medio necesario para su imposición o puesta en práctica.

El imperativo, en la tesis mezgeriana, no constituye la norma misma, sino tan solo un medio de su realización, que no se confunde con aquella: "Desde el punto de vista lógico es un error pensar en la norma y en el medio de realización de la norma (imperativo), como unidad, se trata de cosas diferentes. El concepto abstracto de la norma es independiente de la concreta circunstancia de su subjetiva relación normati-

<sup>23</sup> EDMUND MEZGER, "Die subjektiven Unrechtselemente", en *Der Gerichtssaal*, núm. 89 (1924), págs. 207 y ss.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, cit., pág. 218.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, cit., págs. 240 y 241.

va"<sup>26</sup>. Lo que él entiende como norma en sí misma considerada es una concreción del deber ser impersonal que describe un determinado estado de la vida social, que no va dirigida a destinatario alguno. El imperativo, o, por emplear sus términos, el medio de realización de la norma, deriva de la norma objetiva de valoración y se dirige a un destinatario, individual o genérico, expresando el deber personal que a él le corresponde en razón de la vinculación originada en el derecho objetivo. En consecuencia, el propio MEZGER expresa con meridiana claridad el núcleo básico de su teoría de la norma penal: "La norma es en su evidencia conceptual solo imaginable como deber ser impersonal en el que el destinatario no es ningún requisito esencial. Las normas del derecho son normas de valoración dirigidas a un determinado y objetivo estado social, antes que estas conserven, en un amplio proceso lógico, el carácter de normas de determinación. Esta separación entre norma e imperativo es presupuesto ideal necesario para una clara y pura separación entre determinadas proposiciones que se refieren a la norma en su independencia abstracta, de aquellas otras que se refieren al medio de realización de la norma de los imperativos"<sup>27</sup>. Similar posición en torno a la concepción de la doble función de la norma penal mantiene EBERHARD SCHMIDT<sup>28</sup>.

Esta formulación del carácter y de la esencia de la norma penal permitió fundamentar una clara distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad. El injusto, concebido como lesión del derecho, consiste en la infracción de la norma propiamente dicha, esto es, como norma objetiva de valoración. La antijuridicidad es objetiva en el sentido de que esta consiste en un juicio de desvalor impersonal, sin referencia alguna al sujeto activo de la infracción penal. De esta norma objetiva de valoración se desprende la norma subjetiva de determinación, que actúa como juicio de reproche de la conducta del concreto autor en relación con el hecho cometido. Es decir, la infracción de la norma de deber dirigida al sujeto establece el fundamento de la culpabilidad<sup>29</sup>.

Esta es, a grandes rasgos, la evolución de la teoría de la norma penal en sus dos concepciones básicas, como imperativo y en referencia a su doble función, valorativa y determinativa. En una primera aproximación, se ha podido destacar la relación existente entre concepción de la norma y teoría del delito. Sin embargo, este proceso no se ha desarrollado de forma uniforme y homogénea. En efecto, de la teoría de los imperativos en su formulación inicial se derivó un concepto eminentemente subjetivo de la

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, cit., pág. 245.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> En FRANK VON LISZT y EBERHARD SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., t. I, Berlin y Leipzig, 1932, pág. 174.

<sup>29</sup> "Si entonces nosotros hacemos frente en la «antijuridicidad objetiva» y en la «juridicidad objetiva» al derecho en su función como norma de valoración, de igual forma tendrá que interesarnos todavía más dentro de la teoría de la culpabilidad en su función como norma de determinación". EBERHARD SCHMIDT, en *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts...*, cit., pág. 176. En el mismo sentido, MEZGER, *Tratado de derecho penal...*, cit., pág. 343: "... el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige 'a todos' y la norma de deber como norma de determinación que se dirige 'solo' al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal".

antijuridicidad y difícil de distinguir de los supuestos de imputación subjetiva. Precisamente, y como se ha señalado con anterioridad, fueron problemas dogmáticos en la estructuración de la teoría jurídica del delito los que determinaron un cambio en la concepción de la norma. La necesidad de atribuir consecuencias jurídicas también a los actos antijurídicos perpetrados por los inimputables y de llevar a cabo una nítida distinción de los planos de antijuridicidad y culpabilidad, desembocaron, tras una larga evolución, en la teoría de la doble función de la norma penal. Una vez se perfiló nítidamente esta concepción, se pudo fundamentar de nuevo, perfeccionándola, la teoría jurídica del delito derivada de estos planteamientos.

Se podrían dar más ejemplos de la conexión existente entre función del derecho penal, método de investigación, norma penal y estructura del delito. Sin embargo, me voy a limitar a exponer brevemente las tesis del funcionalismo psicológico de GIMBERNAT, en su versión original, como una representación de esta vinculación interna entre los presupuestos señalados.

La pretensión del autor se dirige a buscar un criterio de racionalidad que explique de forma lógica las diferentes instituciones que estructuran el sistema de derecho penal. Se pretende así abandonar todo vestigio ético o moral en los conceptos o presupuestos de ese sistema de derecho penal. Y de ahí que se parta de un entendimiento psicoanalítico de las relaciones sociales, que explicaría el seguimiento de las reglas jurídicas merced a la inhibición psicológica que produce la amenaza de la sanción correspondiente para el caso de que el ciudadano las infrinja<sup>30</sup>. Si así es como funciona el comportamiento del individuo en relación con el respeto a las normas de convivencia social, los fines que persigue el derecho penal deben ir encauzados a "... reforzar el carácter inhibitor de una prohibición: crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más rigurosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento"<sup>31</sup>. La pena es concebida de este modo como un importante instrumento de política social. Es un medio de encauzamiento de conductas mediante la compulsión psicológica que produce en el individuo la amenaza del mal que representa la sanción. Por esta razón, se le atribuye a la sanción punitiva una finalidad casi exclusivamente preventivo-general, tendente a motivar a todos los ciudadanos, por medio de la amenaza del castigo, para que no delincan. Y como toda pena implica un sacrificio de bienes y derechos del ciudadano de gran relevancia, su aplicación se limitará estrictamente a mantener la prevención general. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

<sup>30</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 64 y ss. Existen posteriores ediciones de esta obra, en las que también se contienen este y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, págs. 70 y 71.

<sup>32</sup> GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., pág. 94. En otro pasaje de este mismo trabajo el autor señala: "Sabemos ya en qué consiste y cual es el tipo penal. Consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar —mediante la amenaza con una pena— para que dicha conducta no se cometa" (pág. 97).

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

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: "... en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar"<sup>32</sup>. De ahí se sigue que, si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objetivo de la prohibición y, por tanto, "el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida"<sup>33</sup>. Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo. Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática: "no son causaciones de resultados —solo constatables *ex post*—, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y —de esta manera— prevenir; por ello, solo la conducta dolosa y —si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico— la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa es impune por falta de tipicidad"<sup>34</sup>. Partiendo de este concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo<sup>35</sup>.

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquello que el derecho desea prohibir *erga omnes*. De ahí que los supuestos de inexigibilidad que no son amenazados con pena, no porque esta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación<sup>36</sup>. El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*, pág. 95.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, págs. 97 y 98, nota 40.

<sup>34</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, pág. 34.

<sup>35</sup> GIMBERNAT ORDEIG, "Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., págs. 116 y ss.

general y especial en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma mediante su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por esta<sup>37</sup>. La ausencia de pena en los supuestos de falta de "culpabilidad" (y se entrecorilla el sustantivo, puesto que el autor rechaza el concepto tradicional de culpabilidad) se justificaría, de forma mediata, por esa imposibilidad de motivación de la norma en el sujeto que comete el injusto, pero, directamente, la razón fundamental está unida a criterios de prevención general<sup>38</sup>. La imputación subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así reducida a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad<sup>39</sup>.

Son muchas las peculiaridades de la concepción sistemática de GIMBERNAT, en las cuales no podemos ahora detenernos. En lo que interesa ahora resta señalar que el autor mantiene un específico concepto causal de acción (entendido de forma general, que comprende tanto el hacer activo como omisivo, y que él denomina «comportamiento»), pero no en razón a una metodología naturalística, sino fundamentado en atención a su punto de partida anclado en la teoría psicoanalista de la conducta humana. Así, define el comportamiento como "la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)"<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, págs. 114 y ss.

<sup>38</sup> Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conectan fines de la pena y la culpabilidad, fundamentalmente en atención a criterios de necesidad de pena. Traemos a colación una de las tantas referencias al respecto: "Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales y menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales". "*¿Tiene un futuro la dogmática...*", cit., pág. 77.

<sup>39</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal...*, cit., págs. 69 y ss.

<sup>40</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", en *ADPCP*, núm. XL (1987), págs. 579 y ss., 587. No obstante, tampoco se puede confundir este concepto con el de acción definido causalmente en sentido estricto, pues como el mismo autor señala, en su tesis renuncia al requisito conceptual de la voluntariedad porque no está en condiciones de abarcar los comportamientos automatizados ni fallidos. Otra diferencia fundamental reside en que se considera ausencia de comportamiento cuando, aun existiendo esa voluntariedad, no hay un condicionamiento físico del mismo comportamiento. Así, no habría omisión "cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era físicamente imposible la ejecución de un movimiento", pág. 606. En relación con el concepto de acción de GIMBERNAT y su planteamiento general del derecho penal, EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de JAKOBS, ROXIN y GIMBERNAT", en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1994, págs. 9-61.

De todo lo expuesto en relación con el autor español, quisiera destacar ahora la forma en la que se estructuran y conectan entre sí los diferentes presupuestos y consecuencias de su propuesta metodológica. Se busca una explicación racional del derecho penal que evite recurrir a criterios y conceptos cargados de connotación ética o moral, y se encuentra una fundamentación en un entendimiento psicoanalítico de las relaciones humanas. Desde este punto de partida, la norma penal es concebida, en atención a su incidencia en el comportamiento humano, como norma de motivación y se elude así toda referencia al clásico aspecto valorativo de la norma. Y la propia función del derecho penal no puede consistir, desde esta perspectiva, en la tradicional tarea que la doctrina suele asignarle de tutela de bienes jurídicos. Esta sería una misión ideal y trascendental que se encontraría fuera de los lineamientos de constatación empírica que ahora se le pueden atribuir a la solución de los problemas humanos. En cambio, la evitación de los delitos, impedir que en un futuro se alcance una cifra desorbitada en la estadística criminal, aparece como una posible aportación real del derecho penal al mantenimiento de la coexistencia social. Por eso se explica que se asigne al sector punitivo del ordenamiento jurídico la función de prevención general: a través de la amenaza del castigo, la norma motiva a la generalidad de la ciudadanía, mediante mecanismos de inhibición, al acatamiento de las reglas jurídicas. Y de este modo se vinculan íntimamente un presupuesto metodológico (que pretende huir tanto de las tesis valorativas como ontológicas), la concepción de la norma penal (como norma de motivación) y la función del derecho penal (prevención general). La teoría del delito, como no podía ser de otra forma, constituye una coherente consecuencia de estos presupuestos generales.

Y si el derecho penal persigue motivar a los ciudadanos para que no delincan, la tipicidad abarcará aquel sector del comportamiento humano que el legislador desea prohibir y que puede evitar mediante la amenaza penal (tanto el comportamiento doloso como, en algunos casos, el imprudente). El ámbito de la imputación subjetiva ya no se fundamenta en el libre albedrío, sino en la capacidad de motivación del sujeto y en las necesidades preventivo-generales... el sistema se ordena coherentemente desde sus presupuestos fundamentales hasta sus últimas consecuencias.

### 3. CONCEPTO DE ACCIÓN, FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL, ESTRUCTURA DEL DELITO Y SISTEMA DE DERECHO PENAL

Metodología del derecho, función del derecho penal y estructura del delito se han puesto en comunicación no solo mediante el componente fundamental de la norma jurídica sino también mediante la acción. El finalismo de WELZEL llevó a cabo una propuesta metodológica en la que se puede observar claramente la conexión entre todos estos factores.

En opinión de este autor, la ciencia del derecho penal no puede construirse a partir de conceptos y principios estrictamente jurídicos, ordenados, explicados y sistematizados con base en criterios exclusivamente normativos. Esta forma de desa-

rollar la investigación jurídico-penal operaría con un producto artificial pues desconocería los acontecimientos, los fenómenos y las estructuras de la realidad que son previas a toda regulación jurídica<sup>41</sup>. El punto de partida filosófico, como es fácil de adivinar, ya no es la doctrina neokantiana de los valores, sino que, por el contrario, se toman en consideración las corrientes ontológicas y fenomenológicas "para mostrar las distintas leyes estructurales del ser humano e intentar conformar a partir de aquí la base de las ciencias que se ocupan del hombre"<sup>42</sup>.

En correspondencia con este primer planteamiento teórico, el autor alemán señala que en las estructuras lógico-objetivas que acuñan y dan pleno sentido, en la convivencia humana al mundo, existe una combinación de relaciones ontológicas y axiológicas, representativas de los planos del valor y de la realidad, que no han sido advertidas ni por el pensamiento científico-natural del naturalismo jurídico-penal (en su examen de la realidad libre de toda valoración) ni por el método axiológico neokantiano (en una excesiva normativización y relativización de su teoría del conocimiento). Según esta concepción, esas estructuras lógico-objetivas vendrían determinadas, en última instancia, por constantes antropológicas que le son dadas previamente al derecho y que no pueden ser transformadas por este, y, en consecuencia, tienen que ser tenidas en cuenta también por el legislador, de tal forma que esas denominadas estructuras lógico-objetivas "representan los ladrillos físicos del mismo sistema de derecho penal previo a la regulación jurídica"<sup>43</sup>. La innovación metodológica fue, a todas luces, trascendental<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> HANS WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Leipzig-Berlin, 1935, págs. 64 y ss.

<sup>42</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pág. 112, núm. 17. Sobre los presupuestos filosóficos de la doctrina de la acción final, es importante tomar en consideración las propias apreciaciones de HANS WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., Göttingen, 1961, págs. IX a XII. Existe versión castellana: *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. y notas de JOSÉ CEREZO MIR, Barcelona, 1964.

<sup>43</sup> BERND SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en la obra colectiva coordinada por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, 1984, pág. 34. Existe traducción al castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducido por Jesús MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 1991). Según este autor, la concepción de WELZEL representa, dentro del ámbito filosófico-jurídico, un compromiso entre el derecho natural y el relativismo valorativo.

<sup>44</sup> La concepción metodológica de WELZEL se puede resumir en unas pocas líneas, tomando palabras del propio autor: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos solo pueden «reflejar» este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los «reflejos» lingüísticos y conceptuales puede ser solo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego del tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas... Este método, «vinculado al ser o a las cosas»... que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra «ontológico», sin que con ello se optase por un sistema ontológico determinado" (*El nuevo sistema del derecho penal...*, cit., págs. 13 y 14). Sobre

La estructura lógico-objetiva fundamental que está en la base de todo Derecho penal es la acción humana. Ahora bien, como estructura lógico-objetiva, su significación básica para el sistema jurídico no puede ser distinta de la que subyace en el marco de la realidad. Por esta razón, y, según ENGISCH, el concepto de acción de WELZEL, siguiendo a NICOLAI HARTMANN, y como base de la teoría jurídica del delito es equivalente al de actividad final humana<sup>45</sup>. A la acción pertenece, por tanto, todo aquello que el querer del sujeto establece como medio para alcanzar un determinado fin. Sin embargo, de un acto de voluntad pueden surgir muchos efectos, de los cuales no todos van a pertenecer a la acción. En esta determinación limitativa, el autor sigue también un postulado metodológico hegeliano, al intentar deslindar aquellas consecuencias que se le han de imputar a la acción, de aquellos efectos "ciegos" accesorios y lejanos<sup>46</sup>. Llega así a concebir la acción, como señalábamos, en su consideración como actividad humana final. Así dirá el autor: "La acción humana es ejercicio de la actividad final. Lo propio y genuino del acto del hombre consiste en anticipar en la esfera del pensamiento determinadas metas, en seleccionar los medios necesarios para su consecución y aplicarlos después de modo planificado para lograr la realización de aquellas... en virtud de su saber causal, la voluntad es el factor objetivo de la acción, dirige de modo planificado la acción a la consecución de la meta (realización de la voluntad)"<sup>47</sup>.

La consecuencia sistemática más importante y revolucionaria que deriva de esta concepción de la acción va a ser expresada por el propio WELZEL nítidamente: "Por ello pertenece el dolo a la acción como el factor configurador subjetivo de la misma"<sup>48</sup>. No cabe duda de que la traslación del dolo del ámbito de la culpabilidad a la acción es una de las innovaciones más importantes en la teoría jurídica del delito que han tenido lugar en este siglo.

Hasta aquí, hemos expuesto de forma descriptiva el planteamiento metodológico que tradicionalmente se le atribuye al autor alemán. Nos gustaría añadir ahora un factor relevante sobre el que no se ha prestado tanta atención, y es este que hace referencia a la función que persigue el derecho penal y su relación con este planteamiento metodológico.

toda la problemática planteada en relación con las estructuras lógico-objetivas en España José CEREZO MIR, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal española*. Problemas fundamentales del derecho penal, Madrid, 1982, págs. 105 y ss.

<sup>45</sup> Decía HARTMANN: "La persona, en tanto en cuanto configura y transforma sus deseos en fines, y realiza éstos valiéndose de los medios previstos para ello, dirige el suceder real a lo deseado, y precisamente este dirigir mediante la inserción de los propios componentes determinativos es la «acción». Al respecto, el gran trabajo de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Valencia, 1978, pág. 84. Aunque existe gran similitud entre los puntos filosóficos de HARTMANN y los presupuestos de la doctrina de la acción de WELZEL, este mismo autor niega la influencia de aquel (*El nuevo sistema de derecho penal...*, cit., págs. 12 y 13).

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista...*, cit., pág. 85.

<sup>47</sup> HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grunzzügen*, 1949, págs. 20 y ss. Tomamos la traducción y la cita de RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista...*, cit., págs. 32 y 33.

<sup>48</sup> WELZEL, *ibidem*.

Frente a las teorías clásica y neoclásica que establecían como misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia humana, las tesis finalistas de WELZEL determinan una misión más profunda y positiva del derecho penal, una misión de naturaleza ético-social. El derecho penal prescribe y castiga la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica. De este modo, otorga vigencia a los valores positivos de acto, da forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su conciencia de permanente fidelidad al derecho. Para WELZEL, por tanto, la misión del derecho penal consiste fundamentalmente en la tutela de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares.

La ulterior sistematización de la teoría del delito en el finalismo, de todos conocida, no es ajena ni a la función del derecho penal que su fundador establece, ni tampoco es indiferente a los presupuestos filosóficos que le sirven de base. En efecto, el finalismo establece como función primordial del derecho penal el mantenimiento de los valores ético-sociales, de los valores de conciencia en orden a preservar, en segundo término, los bienes jurídicos más relevantes de la comunidad. La imposición general de los valores de conciencia, de fidelidad al derecho con el fin de preservar la convivencia social, tendría sus límites. Y es aquí donde se establece la metodología ontológica del tejido de estructuras lógico-objetivas previas a la regulación legal y de obligada observación por parte del legislador. Se quiere evitar así la crítica al excesivo voluntarismo que envuelve todo su modelo teórico.

Y tampoco es casual la incorporación de la estructura lógico-objetiva fundamental, la acción final, en la teoría jurídica del delito. Se puede afirmar que la subjetivización que se traduce en toda la doctrina welzeliana del ilícito merced a la inclusión y examen del contenido del querer dentro de la conducta humana (concepto personal del injusto, normativización y reducción de la culpabilidad, etc.) es el resultado de algo más que una mera consecuencia técnica por el hecho de haber partido de este presupuesto ontológico esencial. Precisamente toma WELZEL la acción final como punto de partida de su sistemática porque esta casa perfectamente con la función que se le había otorgado al derecho penal: el mantenimiento de la vigencia de los valores ético-sociales en orden a la conservación del respeto a los bienes jurídicos fundamentales. Dentro de estas coordenadas, el enfrentamiento a esa misión atribuida al derecho penal viene encarnada por la actitud interna que provoca la puesta en tela de juicio de esos valores de conciencia social. El momento de desobediencia y de rebeldía, al asumir los criterios éticos comunitarios se constituye en el aspecto más relevante de la negación del derecho y por esta razón WELZEL toma como estructura lógico-objetiva esencial la acción final y no cualquier otra. Las repercusiones que tuvo este cambio metodológico en la estructura del delito son de sobra conocidas y están íntimamente relacionadas tanto con el presupuesto metodológico como el ideológico. Especialmente su concepción de la antijuridicidad vuelve a reflejar este pensamiento.

Así, si para WELZEL el ordenamiento jurídico pretende establecer con sus normas y preceptos un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo, en

consecuencia, refleja siempre una conducta que contradice este orden valioso. La antijuridicidad, pues, en la tesis welzeliana, se contempla como un juicio "objetivo" (en el sentido de que viene determinado por criterios generales) de desvalor. Pero, en tanto dicho juicio tiene como objeto una conducta humana, y esta viene configurada tanto por componentes externos como internos, estos últimos, es decir, los elementos anímicos del sujeto, van a tener gran importancia en la fundamentación del juicio de desvalor<sup>49</sup>.

El dolo también se incluye en el injusto, como es lógico, pero este, además, ya no aparece desligado de la persona del autor: "... la acción es antijurídica solo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo ello determina de modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido a un autor, es injusto «personal»*"<sup>50</sup>. De esta forma, la antijuridicidad y su sustantivización, el injusto, adquieren un grado de subjetivización desconocido hasta entonces tanto en la concepción causal del delito como en la neokantiana. Se busca así reafirmar la naturaleza ético-social del derecho penal que a su vez inspira toda la concepción iusfilosófica del autor alemán, y esto se pretende conseguir otorgando primacía al desvalor de acción frente al desvalor de resultado<sup>51</sup>.

El cambio operado en la teoría de la culpabilidad, también es reflejo no solo de la coherencia con el presupuesto dogmático de partida, sino también de este aspecto ideológico señalado.

Las repercusiones sistemáticas del finalismo alcanzaron, como hemos señalado, al juicio de culpabilidad, que toma en consideración las circunstancias propias de la acción con relación a la realización del comportamiento prohibido.

Si el dolo se había trasladado de la culpabilidad a la acción, desaparecía del ámbito de aquella el componente psicológico que hasta entonces le había prestado cierto soporte material. La culpabilidad vendría así determinada de esta forma con base en componentes casi exclusivamente normativos. Y, en este sentido, el apoyo ontológico viene reflejado por la propia consideración al ser humano, como persona capaz de dirigir libremente su destino, de obligarse y, por tanto, de obrar conforme a las exigencias del derecho. Se puede decir que la idea de ser humano como persona responsable es la estructura lógico-objetiva que en el sistema de WELZEL parece residir en el campo de la culpabilidad<sup>52</sup>. Esta queda reducida a un juicio de reproche que se le formula al autor en la medida que, pudiendo obrar el sujeto en la situación concreta de conformi-

dad con los preceptos de la norma jurídica, optó por dirigir su comportamiento en contra del derecho<sup>53</sup>.

En razón a esta consideración general, los componentes que configuran el contenido de la culpabilidad se determinan en atención a su aptitud como objeto del reproche que se dirige al autor por el hecho cometido. La estructura de ese juicio de reproche se desarrolla en tres momentos fundamentales: imputabilidad, es decir, comprobación existencial de la capacidad del sujeto de comprender el injusto realizado y de dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión<sup>54</sup>; posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, determinación de las condiciones del sujeto imputable en orden al reconocimiento de la significación antijurídica del hecho cometido o de la posibilidad de haber llegado a esta comprensión<sup>55</sup>; y, finalmente, exigibilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche requiere que en la situación concreta al autor imputable con conocimiento de lo injusto de su hecho se le pudiese exigir, en razón al conjunto de circunstancias concurrentes en dicha situación dada, un comportamiento distinto al que llevó a cabo<sup>56</sup>.

La fuerte normativización de la culpabilidad, responde, por un lado, a una exigencia de intentar mantener un mínimo contenido de los aspectos personales del autor con relación al hecho antijurídico realizado. Pues la elaboración del concepto final de acción y del tipo personal de injusto determinaban un traslado de esos componentes personales del juicio de reproche al sector de la antijuridicidad. Pero, por otro lado, la excesiva subjetivización de toda su sistemática implicaba que la culpabilidad se sustentase también en una estructura lógico-objetiva que evitase una posible y excesiva intromisión del poder punitivo en los elementos de conciencia del ciudadano. Y esa estructura lógico-objetiva en este campo viene representada por el libre albedrío.

En conclusión, como se ha ido esbozando a lo largo de estas líneas, el planteamiento iusfilosófico del finalismo y la subjetivización de todos los componentes de la teoría del delito no puede considerarse, como se ha señalado, una mera consecuencia técnica deducida de un presupuesto teórico puramente ontológico, sino que, por el contrario, dicha subjetivización sistemática se encontraba predeterminada por la función ideológica atribuida al derecho penal en la determinación de su tarea fundamental.

#### 4. IMPUTACIÓN OBJETIVA, FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL

Quisiera aportar dos ejemplos de planteamientos sistemáticos en los que se relacionan metodología del derecho, función de la norma penal e imputación objetiva, que

<sup>49</sup> "En este «poder en lugar de ello» del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica". WELZEL, *Derecho penal alemán...*, cit., pág. 197.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*, pág. 216.

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, pág. 221.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, pág. 248.

<sup>49</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., traducida por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1970, pág. 79.

<sup>50</sup> WELZEL, *Derecho penal...*, cit., pág. 92.

<sup>51</sup> Así se expresa BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, pág. 183.

<sup>52</sup> Esta parece ser la opinión de BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal...*, cit., pág. 184.

se encuentran en un plano intermedio a los dos supuestos anteriormente señalados (sistema y norma penal, sistema y acción). Nos referimos al modelo funcionalista defendido por JAKOBS, del que nos ocuparemos en primer lugar; y a la reciente propuesta de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, que finalizará este apartado.

JAKOBS, junto con otros penalistas que se encuentran en esta corriente, critican a la dogmática tradicional la pérdida de contacto con la realidad, consecuencia de la utilización de metodologías que se fundamentan en presupuestos naturalísticos, normativistas u ontológicos. Las tendencias tradicionales del derecho penal se habrían consagrado particularmente a la teoría de los valores, olvidando la función que suelen cumplir esos valores en un determinado sistema social. Se rechaza, en esta línea argumentativa, la misión que se le suele atribuir al derecho penal, y que consiste en la protección de bienes jurídicos. Pues lo relevante no es la selección y tutela de estados ideales, sino la función que prestan las diversas instituciones penales. En cambio, para la doctrina tradicional, la cuestión sobre la tarea representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política. Así, se aconseja al derecho penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social<sup>57</sup>.

La propuesta de JAKOBS parte así de los presupuestos de la teoría de los sistemas sociales de PARSONS<sup>58</sup> y de la aportación científica de LUHMANN<sup>59</sup> en el marco de la ciencia del derecho.

Como presupuesto, se parte de una concepción de la sociedad en la que esta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de aquella, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado solo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el derecho penal tiene encomendada la tarea de diri-

<sup>57</sup> Al respecto, la exposición de KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, págs. 350 y ss.; HANS JOACHIM RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, págs. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en nuestro trabajo "El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada", en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998, págs. 247 y ss.

<sup>58</sup> TALCOTT PARSONS, *The social system*, 4ª ed., New York, 1968. NIKLAS LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos, 1ª ed., Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 295 y ss. DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, págs. 9 y ss.

<sup>59</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-New York, 1991, págs. 6 y ss, núms. 4 y ss, expresamente en notas 7 y 8. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, págs. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 69 y ss, núms. 4 y ss.

gir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida humana en comunidad. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad solo es posible desde ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el derecho penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución en orden a la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad<sup>60</sup>. Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

En su visión del derecho penal, pues, se niega la tarea clásica que se le atribuye y que se circunscribe a la mera protección de bienes jurídicos, en la medida que la lesividad social comprendería algo más que la violación de valores ideales. El derecho penal, por el contrario, debe contribuir a la funcionalidad del sistema, al mantenimiento de su capacidad de organización, a la distribución y aseguramiento de competencias, al cumplimiento individual de cada uno de los roles asignados al ciudadano.

Con esta concepción como punto de partida, el autor define todas las categorías del delito en atención a la contribución que estas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social<sup>61</sup>. De ahí que el cometido que se le atribuye al sector del ordenamiento punitivo explique que toda la elaboración dogmática del ilícito se estructure en torno a la institución de la imputación objetiva.

Y en efecto, se ha dicho, y con razón, que la teoría de la imputación objetiva propugnada por JAKOBS se enmarca en una dogmática cuya pretensión es, sobre todo, la de explicar el sistema de atribución que rige en una determinada sociedad en un momento dado, y por eso su teoría en ocasiones ha recibido el nombre de *sociológica*<sup>62</sup>.

No es casual, por tanto, que el autor tome como punto de partida de su teoría del delito la imputación objetiva, pues de lo que se trata es de establecer una relación entre el comportamiento de un sujeto y la violación del rol que le corresponde en atención a la distribución de competencias que lleva a cabo la norma infringida, de tal forma que el suceso lesivo aparece como obra de su autor<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz...*, cit., pág. 351.

<sup>61</sup> En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 54, nota 133.

<sup>62</sup> M. CANCIO MELIÁ; C. SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*. Estudio preliminar de M. CANCIO MELIÁ; C. SUÁREZ GONZÁLEZ, trad. de M. CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pág. 62. Estos autores, y especialmente el primero, han contribuido notablemente a la difusión de la obra del autor alemán en la mayoría de los países de habla hispana, y de ahí que sus apreciaciones siempre tengan que ser tomadas muy en serio por su valioso conocimiento de la complicada estructura dogmática de este gran penalista.

<sup>63</sup> "Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol.

La norma jurídica reflejaría así el criterio rector de ordenación que establece y diversifica los distintos roles en favor del funcionamiento del sistema social. La lesión a su vigencia, en consecuencia, representa la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. Se explica de este modo, como reiteradamente hemos señalado, que el derecho penal ya no persiga la mera protección de bienes jurídicos, pues ahora centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma, de la confianza en el derecho. Todos los componentes del delito vienen de esta forma fundamentados desde el marco de su plasmación e incidencia en la norma penal, entendida bajo este presupuesto de criterio rector de asignación de competencias.

La conducta criminal se caracteriza como una forma de expresión con sentido que es imputada al agente en tanto este exteriorice una representación de ruptura de un orden vigente<sup>64</sup>. Y esa expresión de sentido jurídico-penalmente consistirá en la inseparable toma de posición respecto de la vigencia de la norma: el sujeto agente no ve ninguna norma que le obstaculice, bien sea porque no conoce la correspondiente norma, bien sea porque la conoce y a pesar de ello se ha propuesto infringirla<sup>65</sup>.

La acción se constituye a su vez en causa de un resultado, definido este como lesión de la vigencia de la norma, esto es, y entendiendo norma como criterio rector de ordenación comunitaria, como menoscabo de una determinada función social<sup>66</sup>. En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida que se concibe el injusto de un delito como la frustración del cumplimiento de un rol asignado al sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, reflejaría la lesión a la función y se constituiría así en el primer motivo de la incriminación. De todo esto se deduce por qué el autor llega a definir la acción con base en este resultado y por qué caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma. El resultado se define así como el no reconocimiento de la validez de la norma. O formulado de otra forma: que quien expresamente sostiene que la norma para él no constituye actualmente máxima alguna, actúa, si la expresión se realiza por medio de una actividad corporal, y omite cuando toma expresión la no realización de una determinada actividad.

No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo; ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas". JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal...*, cit., pág. 97.

<sup>64</sup> GÜNTHER JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992, trad. por Manuel Cancio Meliá, pág. 14. Del mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., págs. 136 y ss., núms. 20 y ss.

<sup>65</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: Kleine Studie*, München, 1992, págs. 33 y 34. Tomo aquí varios párrafos de forma casi literal para expresar más genuinamente el pensamiento del autor.

<sup>66</sup> JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción...*, cit., págs. 20 y 21.

El concepto de acción, pues, ya no constituye el fundamento sobre el que se edifica el sistema penal del autor, sino el componente básico de la imputación objetiva que viene definido por su propia relación con la norma jurídica. De esta forma se explica que pierda ciertas características individuales en favor de una comprensión más sociológica.

Y esta ausencia de individualidad, de perspectiva personal en las diferentes categorías del delito, se va a plasmar también en la institución que tradicionalmente revela con mayor fuerza esos componentes individuales y personales: la culpabilidad.

En el sistema de JAKOBS, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general positiva, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás, lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación "la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil", o esta otra similar "el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbado por el comportamiento delictivo"<sup>67</sup>. Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Pues si las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues esta no peligra si alguien pretende actuar contra las mismas, ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza.

En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al derecho, o dicho en palabras que utilizaría el mismo JAKOBS, la ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el derecho<sup>68</sup>. La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada con base en un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental

<sup>67</sup> GÜNTHER JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, mayo de 1992, trad. de Manuel Cancio Meliá, pág. 29. También en *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, pág. 31 ("Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens...").

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, pág. 39.

del individuo, sino tan solo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general.

Esta comprensión del sistema penal en la teoría del delito es coherente tanto con el planteamiento metodológico adoptado como con los fines que se le asignan a la pena. Se parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada del hecho punible del autor, en cuanto que este con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no tanto como acto psicofísico, sino, sobre todo, como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con el ilícito: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no solo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad. Esto dicho se refleja en las siguientes palabras del autor: "El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque se pretende producir un efecto en *todos* los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena; —en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»—"69.

Pese a las distancias existentes entre maestro y discípulo, entre WELZEL y JAKOBS, el paralelismo en su estructura metodológica resulta, a todas luces, evidente. Para aquel, misión del derecho penal es mantener vigente los valores de conciencia jurídica; para este, conservar la confianza en el derecho, en el funcionamiento sincronizado del sistema social. WELZEL conforma toda su sistemática en torno al concepto final de acción porque el mismo representa la estructura lógico-objetiva fundamental como voluntad que se opone al sometimiento de fidelidad a los valores de conciencia jurídica. JAKOBS, en cambio, fundamenta todo su modelo teórico en la imputación objetiva, o si se quiere, en un concepto amplio de acción mediante el cual se ponen en comunicación conducta del sujeto, ruptura de la norma y culpabilidad. La razón de esta prioridad radica, sin embargo, en el hecho de que todos estos momentos representan supuestos de menoscabo o de debilitación de la vigencia de la norma, frustración de expectativas, desajuste en el desempeño de los roles socialmente asignados, y en última instancia, disfuncionalidad social.

La diferencia fundamental la encontramos en el hecho de que en WELZEL el momento sustancial de fundamento del injusto se encuentra en la acción final, mientras

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, pág. 34. En otro pasaje señala, en consonancia con lo expresado en el texto, que la prevención general no se entiende en el sentido de intimidación, sino en el de ejercicio en la confianza en el derecho: "Dies ist Generalprävention nicht im Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtstreue". (*Schuld und Prävention...*, cit., pág. 10). También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 13, núm. 15.

que en JAKOBS la antijuridicidad, como frustración de roles, viene directamente relacionada con el menoscabo de la vigencia de la norma, y la acción queda relegada ya a un segundo plano, o si se quiere, cubierta en el momento fundamental de la imputación objetiva.

El concepto de acción, igual que en su día ocurrió con la norma penal, sufre, por tanto, una inversión en correspondencia con el método. La acción en las tendencias funcionalistas tiene ahora asignada la función, no de fundamentar la sistemática del derecho penal que se defiende, sino la de revalidar la aptitud y la coherencia de ese sistema respecto de todos sus componentes sustanciales.

El último modelo metodológico que vamos a exponer, también brevemente, es el reciente planteamiento formulado por VIVES ANTÓN. Es verdad que ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias tiene parecido alguno con el sistema funcionalista de JAKOBS. Pero existe algún paralelismo en el modo de concebir los fundamentos del derecho penal, y por esta razón, se ha elegido como ubicación sistemática el apartado dedicado a las relaciones entre imputación objetiva y sistemática penal.

En efecto, el autor presenta de nuevo a la acción como fundamento de la elaboración de la teoría del ilícito penal. Ahora bien, en la medida que la esencia de este componente se encuentra en el significado que adquiere conforme a reglas y normas externas, la formulación jurídica del delito se edifica tomando como piedra angular la imputación objetiva, pues, en última instancia, a la disciplina punitiva le corresponde como tarea mediata establecer si un determinado comportamiento humano es atribuible a un sujeto con arreglo a los presupuestos establecidos en la norma jurídica<sup>70</sup>.

Tomando como presupuesto acción y norma, y la forma en que aquella se concibe desde esta, el autor elabora todo el sistema penal bajo un prisma casi exclusivamente normativo. Creemos, aunque podamos equivocarnos, que de todas las propuestas metodológicas que existen en la actualidad en Europa, no encontramos un sistema tan fuertemente normativizado (casi tanto como el de JAKOBS, pero con una fundamentación totalmente distinta) como el que nos presenta el profesor español. Vamos a exponer algunas reflexiones en las que se aprecia esta característica señalada.

La originalidad de los fundamentos del sistema de derecho penal de VIVES ANTÓN comienza por los presupuestos filosóficos de los que parte, que toman como base la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN con cierta influencia de HABERMAS. También creemos que es la primera formulación de las bases del derecho penal que se sustenta en la obra, entre otros, de estos autores. Y, como intentaremos demostrar más adelante, este cambio radical en dichos fundamentos, tampoco es una casualidad.

<sup>70</sup> "Salir de la botella implica en este caso liberarse de esa confusión. El delito no es un objeto real y, por consiguiente, a la estructura del sistema no corresponde ninguna estructura objetiva. Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas". TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, pág. 482.

En este proceso de normativización, todas las categorías que el autor reelabora vienen caracterizadas por la ausencia de todo elemento o componente fáctico, naturalístico, material o psicológico. Por el contrario, las diferentes instituciones del derecho penal adquieren relevancia por el sentido, el significado, la interpretación que de las mismas se puede extraer conforme a reglas o normas externas. Con este criterio rector como referencia, presenta su concepción significativa de la acción y el resto de categorías subordinadas a la misma.

La determinación del concepto de acción se hace depender del significado, del sentido que se desprende de los actos humanos. Se concibe la acción, pues, como unidad de sentido, interpretable en el marco social por ajustarse al seguimiento de una regla. La esencia de la acción ya no se encuentra, por tanto, ni en el movimiento corporal, ni en la finalidad subjetiva, sino en el significado que adquieren ciertos acontecimientos del hombre en el contexto social en la medida que aquellos siguen unas pautas comprensibles en dicho contexto social. Luego el componente ontológico de la acción no es el aspecto más relevante de la misma. Es decir, la acción ya no consiste en el sustrato que luego adquiere un sentido, sino en el sentido que mediante las diferentes reglas sociales, da vida al sustrato<sup>71</sup>. Se entiende ahora por qué nos encontramos ante una teoría fuertemente normativizada de la acción y también se comprende ahora la denominación de la misma, como concepción significativa de la acción<sup>72</sup>. Pero ese proceso de eliminación, de huida de toda comprensión fáctica de los elementos estructurales del delito, se va a producir en el conjunto del sistema.

La pretensión metodológica, como hemos señalado, busca los componentes valorativos y significativos del delito y expulsa cualquier elemento material, sea físico, sea psicológico, del sistema penal.

De esta forma el dolo, que ahora se entiende como dolo neutro, esto es, como intención de realizar el hecho antijurídico (quedando la conciencia de la ilicitud en la pretensión de reproche), ya no es concebido como un componente claramente psicológico, que reside en el ámbito interno de la persona. El dolo, que, repetimos, es contemplado fundamentalmente como intención, ya no viene definido como impulso de la

<sup>71</sup> VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, cit., págs. 245 y ss. Desde esta perspectiva, la acción como significado atribuido socialmente —jurídicamente— a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a objetivarse. Dicha objetivación de la acción se produce mediante su reconocibilidad en las reglas sociales. A lo largo de toda su obra, el autor insiste en la idea de que en materia de acción no estamos ante proceso físico alguno, sino ante supuestos de interpretación de la conducta pública, esto es, de comprensión de su sentido.

<sup>72</sup> No podemos explicar ahora todas las derivaciones sistemáticas de la original propuesta del autor. Así, se distingue entre apariencia de acción y tipo de acción. Este último concepto adquiere relevancia preeminente en el sistema penal. "Las acciones no resultan, pues, inteligibles por referencias a estructuras objetivas (físicas o lógicas) situadas fuera de ellas, sino sobre la base de que se entrelazan en prácticas, en plexos regulares de interacción que determinan el sentido. Con base en el papel que juegan en esos plexos podemos hablar de diferentes tipos de acción, y tales tipos de acción —que no son más que la expresión de las diferentes funciones sociales— constituyen el dato primario de nuestro conocimiento de la acción... Así pues cabe afirmar, en consecuencia, que la acción típica es el constituyente real del tipo de delito y el tipo de acción su primer constituyente lógico". VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., pág. 266.

voluntad que se constituye en causa del movimiento corporal en los delitos de acción, sino que, por el contrario, viene regido también por códigos externos, por reglas sociales<sup>73</sup>. De ahí que se redefina la categoría fuera del ámbito propiamente psicológico para adecuarla a los nuevos lineamientos valorativos. Y de esta forma el dolo es enjuiciado ahora desde el prisma de la existencia en el autor en el caso concreto de un compromiso de actuar, puesto que, en última instancia, el criterio de la aceptación de la consecuencia lesiva es constatable desde el punto de vista externo<sup>74</sup>. Con toda coherencia, también los elementos subjetivos del injusto pierden todo carácter psicológico y devienen en categorías significativas cuya esencia se encuentra en el componente valorativo<sup>75</sup>.

En fin, con la pretensión de no extenderme demasiado en la explicación, se debe señalar que las mismas consecuencias se aplican a dos instituciones que hasta este momento eran fundamentales en el sistema del derecho penal: la relación de causalidad y el tipo de injusto.

En la medida que las teorías de la relación de causalidad pretenden, desde el punto de vista objetivo y material, determinar si un concreto resultado lesivo y prohibido por la norma penal es atribuible a la acción de un sujeto por medio de criterios generales y universales, se está recurriendo al método "científico", que, aunque sea parcialmente, pretende resolver el problema mediante el recurso del desvelamiento de leyes causa-efecto. Pero, claro está, semejante metodología opera con procesos derivados de la uniformidad de la naturaleza, lejos de los cauces por los que discurre la aplicación de las normas de derecho. Por esta razón se rechaza toda pretensión de elaborar teorías uniformes y generalizadoras, como las representadas por las que proceden de la problemática de la relación de causalidad, y se traslada la cuestión a las prácticas de la jurisprudencia, a la interpretación, al consenso doctrinal, etc.<sup>76</sup>. Y por

<sup>73</sup> No se niega que la capacidad de la acción exija cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. Y el propio examen del querer del agente no se sustrae a este requisito señalado de sometimiento a reglas externas. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal...*, cit., pág. 214.

<sup>74</sup> "En consecuencia, para determinar si una acción es o no intencional habremos de atender, no a inverificables procesos mentales, a deseos y propósitos, sino a si en la acción realizada se pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor. Ese compromiso no es sino el trasunto de la relación que une la intención a su objeto (la acción) con la "dureza del deber ser lógico". De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimensión normativa. En primer término, en las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible y; en segundo lugar, en la relación entre el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle, y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida imputamos, —o no— una determinada intención al autor". VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., págs. 232 y 233.

<sup>75</sup> *Idem*, *Fundamentos...*, cit., pág. 257: "Si ello es así, los elementos subjetivos han de configurarse y entenderse no como procesos internos semejantes a los físicos —como cosas que ocurren en el fondo del alma—, sino como momentos de la acción, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es —ni puede ser— secreto".

<sup>76</sup> *Idem*, *Fundamentos...*, cit., pág. 310. El autor señala que establecer criterios universales que recurran a fundamentos naturalísticos, valorativos o mixtos para la temática de la adscripción al tipo en los

estas mismas razones se rechaza el tipo de injusto como categoría básica del sistema penal, por estar sobrecargado de elementos materiales, normativos y descriptivos. Se sustituye de esta manera el tipo de injusto por el tipo de acción<sup>77</sup>.

La ulterior propuesta de explicación del resto de la teoría del delito del autor español es todavía muy provisional y por esta razón no vamos a realizar ningún análisis pormenorizado de la misma<sup>78</sup>. Solamente quisiéramos añadir que todas las categorías se estructuran ahora como momentos que están en conexión con la norma jurídica a fin de determinar la exigencia de responsabilidades penales en relación con el sujeto de un acto delictivo<sup>79</sup>.

delitos de resultado, es un error. Y sería un error porque en definitiva la adscripción típica en esta clase de delitos no tendría porqué ser diferente al resto. No debemos recurrir a teorías científicas para establecer la relación causal del resultado con relación a la acción porque se nos presenten una serie de casos que encierran una seria dificultad. Sería mejor tratar de resolver estos supuestos con arreglo a la interpretación general de la acción dentro del tipo de acción. Por ello no es en las teorías de la relación de causalidad donde es necesario poner el acento, sino en los criterios generales de interpretación, en las prácticas, en el precedente, en la creación de reglas hermenéuticas que nos ofrezcan posibilidades de certeza jurídica. Y en última instancia el resultado no se encontraría fuera de la acción, sino en la acción misma.

<sup>77</sup> T. S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., pág. 272: "Y lo que no parece, en cambio, metodológicamente correcto es edificar un sistema sobre una categoría básica multiforme y sobrecargada. Pues al tipo de injusto, tal y como lo concibe hoy la doctrina, pertenecen momentos de la configuración de la acción que no tienen más sentido que delimitar su relevancia penal (o su específica relevancia penal); otros en los que reside la lesividad del acto; y finalmente otros en los que radica su contrariedad al deber. Así las cosas, la teoría del delito se ha convertido en la teoría del injusto, de categoría básica ha pasado a ser categoría hegemónica, en la que ulteriormente se distinguen estratos diversos (tipo objetivo y tipo subjetivo). Y cabe afirmar que esa distinción ulterior no siempre se lleva a cabo con criterios valorativamente unívocos ni funcionalmente útiles".

<sup>78</sup> Esta fuerte normativización de toda la teoría del delito ya se podía percibir en la obra elaborada junto con el profesor COBO DEL ROSAL. Los mentados autores partían de un presupuesto metodológico totalmente deontológico, es decir, "...el análisis de la infracción no adoptará una configuración que tome como eje la estructura real del actuar humano constitutivo de delito, sino que atenderá primariamente a la diversificación del juicio normativo en virtud del cual un hecho de la vida social pasa a ser calificado como delito por las leyes penales". En consecuencia, "la estructura del delito quedará así dividida, esencialmente, en dos partes: una, relativa al *juicio de antijuridicidad* en la que se determina si el hecho es o no contrario a Derecho de modo relevante para la ley penal y otra, relativa al *juicio de culpabilidad*, en el que se determina si el hecho típicamente antijurídico es personalmente reprochable a su autor". MANUEL COBO DEL ROSAL-TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 210.

<sup>79</sup> VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., págs. 484 y ss. La presentación del sistema propuesto recorre el siguiente camino. En primer lugar, se habla de la pretensión de validez de la norma penal, que a su vez se subdivide en varias pretensiones. Dentro de esta subdivisión encontramos la pretensión de relevancia, y aquí es preciso determinar la existencia de un tipo de acción, en los términos definidos, y que sea un tipo de acción lesiva, esto es, que ponga en peligro o lesione un bien jurídico determinado.

La pretensión de validez (pág. 484) se despliega en un segundo momento que el autor denomina pretensión de ilicitud, esto es, que además de encontrarnos ante un tipo de acción lesiva debe consistir en una realización de lo prohibido o no realización de lo ordenado, es decir, ha de contravenir la norma entendida como directiva de conducta. La acción que concurre con el dolo o la imprudencia será en sí misma ya, ilícita. Esta ilicitud puede ser excluida por las leyes permisivas ya otorguen un derecho o permiso fuerte (causas de justificación), ya se limiten a tolerar la acción estableciendo un permiso débil (excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho).

Nos interesa destacar ahora las razones del cambio metodológico operado en el planteamiento del autor y que lo mueven a volver sobre el concepto de acción como fundamento del sistema penal.

Creemos que en el pensamiento de VIVES ANTÓN late una necesidad de volver a situar en el centro de la discusión del sistema penal aspectos antropológicos que abiertamente ha querido evitar la doctrina convencional por su "falta de constatación científica", como la libertad o la justicia<sup>80</sup>. Por eso rechaza el método "cientifista" con el que han operado hasta ahora las diferentes dogmáticas penales, y postula por un saber práctico más apropiado para solucionar los problemas de la justicia penal<sup>81</sup>.

(Pág. 487) El tercer momento lo constituye la pretensión de reproche. El juicio de reproche es necesario para tomar en consideración al autor como ser racional, y no como mero objeto. La estructura de la pretensión de reproche vendría determinada por la imputabilidad y por el conocimiento de la ilicitud (que haya obrado conociendo o pudiendo conocer el significado antijurídico de su acción). La pretensión de reproche se ventila en el juicio de culpabilidad, que junto con la pretensión de relevancia y de ilicitud agotan el contenido "material" de la infracción.

El último momento de la pretensión de validez viene determinado por la necesidad de pena, que a nivel abstracto entra en juego cuando han tenido lugar las tres pretensiones anteriores. Aquella, sin embargo, quedará excluida en el caso concreto cuando se demuestre que la pena deviene innecesaria, lo cual es lo mismo que decir que toda imposición de pena inútil es a su vez imposición injusta.

<sup>80</sup> En uno de sus artículos más cercanos en el tiempo a esta obra *Fundamentos del sistema penal* (T. S. VIVES ANTÓN, "Principios penales y dogmática penal", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*. Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 39 y ss.), el autor señala lo siguiente: "El principio de legalidad y las construcciones dogmáticas entran en conflicto cuando éstas, en vez de atenerse al texto de la ley, lo deforman o anonadan desde categorías materiales. El recurso a criterios materiales es, desde luego, legítimo y, a veces, puede ser útil. Pero ha de respetar "el libro de figuras" escrito por el legislador" (págs. 70 y 71).

<sup>81</sup> Son varios los pasajes en los que se puede advertir este constante rechazo por la utilización del modelo "cientifista" en la dogmática penal. "Pues bien, lo que aquí se propone es justamente un cambio de método. Al igual que el significado de las palabras, el de las acciones no dependen de objetos de la mente —acerca de los que nada podemos saber—, sino de prácticas sociales. Y no se desentraña mediante la estrategia científica, sino, principalmente, mediante la estrategia intencional. El significado social —objetivado en reglas y prácticas— es el que da sentido a las acciones. Y así como la estrategia científica presupone cierta uniformidad de la naturaleza, la estrategia intencional presupone una cierta estabilidad de esas reglas y prácticas, de modo que si esa estabilidad bajase más allá de unos mínimos, dejaríamos de entendernos con las palabras y no podríamos saber qué significan las acciones" (pág. 247). "Pues fuera de la lógica no hay un 'saber' que excluya el error. Y como la lógica no dice nada del mundo, tanto en los tribunales como en la ciencia hemos de conformarnos con un saber menos fuerte, es decir, hemos de renunciar al conocimiento irrefutable y operar con la certeza práctica" (pág. 248). Y, finalmente, (pág. 488): "Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro por qué la dogmática penal no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de como hemos de actuar en él. Se han recorrido los senderos por los que han transitado las diversas dogmáticas penales y, con ellos, han quedado señalados los límites de la razón teórica en el campo del derecho penal. Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión científista, que tan a menudo acompaña al quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objetivo de su reflexión. Esa reflexión (si lo dicho hasta ahora tiene algún sentido) ha de inscribirse en el discurso de la razón práctica, por débil que sea. Y, si ello es así, el futuro de la dogmática no reside en ninguna clase de perfeccionamiento científico, sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de Carta Magna que "atribuía al derecho penal".

Y precisamente, hasta el momento presente, las propuestas metodológicas han huido de todo discurso propio del saber práctico. La razón de esta "huida" es doble. Por un lado, se ha entendido que el razonamiento en términos de "deber ser" era demasiado débil y difuso para elaborar categorías e instituciones que fundamentasen sólidamente el sistema penal. Y por otra parte, se ha creído que la utilización de conceptos propios del lenguaje de la razón práctica acercaba el derecho penal peligrosamente a cauces propios de la ética, con el peligro de que se volviese a confundir derecho y moral.

Corremos el peligro de equivocarnos seriamente, pero me aventuraría a decir que esta propuesta pretende situar de nuevo al ser humano como centro del derecho, como sujeto y no como mero objeto, avanzando un paso más hacia un normativismo antropológico. Se trata, pues, de contemplar el derecho como disciplina de la persona, y por esta razón entiendo que se sustituye la pretensión de certeza científica por una pretensión de certeza práctica. Porque solo desde esta última se puede personalizar al derecho penal, dado que la dogmática "fuerte" de estos últimos años ha quedado absolutamente vacía de contenido antropológico. Por eso se presenta a la persona como capaz de libertad y no como un mero elemento de la naturaleza, como ser racional que participa en la vida social y no como componente físico objeto de estudio por leyes universales<sup>82</sup>.

Pero es difícil y complicado elaborar una fundamentación del sistema penal desde estos criterios. Y aquí se comprende que el autor recurra a WITTGENSTEIN y a HABERMAS, pues con estos presupuestos filosóficos se define la acción como significado, como exteriorización del aspecto comunicativo del hombre, como seguimiento de las reglas y criterios que permiten una sólida elaboración de la teoría de la justicia en el marco del derecho penal.

Esto explicaría, igualmente, que se volviese a estructurar el sistema con base en dos conceptos fundamentales, la acción y la norma jurídica, o si se quiere, la acción contemplada desde la regla de derecho. Pues ahora se concibe la función del derecho penal como práctica de la justicia, y de ahí que la exigencia de responsabilidades penales se plantee desde la perspectiva de la pretensión de la norma de hacer efectivo ese valor fundamental partiendo de la existencia de una acción lesiva<sup>83</sup>. De esta forma se ponen en comunicación, se explican las relaciones entre acción, norma jurídica, método y función del derecho penal<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> "...la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (de *justicia*) que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido sustituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de *verdad*. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de errores". VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., pág. 481.

<sup>83</sup> También la libertad está ahora presente en toda la formulación conceptual. Esta, como capacidad de elección, es presupuesto de la acción misma: "... sin libertad no hay acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo: o no hay lenguaje, ni reglas, ni significado ni acción". VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., pág. 320. Y como capacidad de determinación se encuentra en la base de la pretensión de reproche de la norma, que requiere la afirmación del poder actuar de otro modo.

<sup>84</sup> Creemos conveniente señalar un pasaje, al que ya hemos recurrido parcialmente, y en el que se pone claramente de manifiesto esa relación entre acción, norma jurídica, sistema penal y fin del derecho

## 5. A TÍTULO DE REFLEXIÓN FINAL

A lo largo del presente trabajo, he pretendido reflejar las relaciones existentes entre los fundamentos y el método en el sistema penal, desde la perspectiva ideológica del fin que se le asigna al ordenamiento jurídico-punitivo. Evidentemente, solo se han tomado en consideración algunos modelos en los que claramente quedaba representado este conjunto de relaciones. Y he querido manifestar que no siempre la estructura de la teoría jurídica del delito depende del concepto previo de norma o de acción del que se parte. Pues, en ocasiones, la concepción de la regla punitiva, de la conducta humana o de cualquiera otro lineamiento que se toma en consideración, representa una consecuencia adaptada a un modelo sistemático previamente conjuntado. Pero, ni siquiera la opción metodológica está libre de esa idea trascendental que se plasma desde el punto de vista político-criminal que se le asigna al derecho penal. Todo lo contrario: perspectivas ideológicas se han unido a los argumentos metodológicos, de tal forma que, atendiendo a estos lineamientos, se ha optado por uno u otro objeto en torno al cual se ha construido el respectivo sistema penal.

Así, en una difícil etapa histórica en Alemania (a finales del siglo pasado), caracterizada por un debilitamiento del ejercicio del poder público, hubo propuestas que consideraron las relaciones entre el individuo y el Estado con criterios autoritarios de sujeción y sometimiento. Y es entonces cuando aparece la teoría imperativa de la norma, que concibe el ordenamiento jurídico como conjunto de preceptos que imponen una determinada directiva de conducta a la generalidad de los ciudadanos, todavía contemplados como súbditos. El delito es entendido como infracción, y su estructura se levanta en torno al momento de rebeldía, de desobediencia, de no acatamiento a la voluntad del precepto, y, por ende, del legislador. Evidentemente, este modelo planteaba problemas de fundamentación y de carácter sistemático, como la dificultad procedente de la apenas distinción entre los ámbitos de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Precisamente estos obstáculos facilitaron el abandono de estas tesis y la entrada en escena de la teoría de la doble función de la norma penal. El Estado liberal propugnaba la necesidad de respetar la libertad y la conciencia del ciudadano, e incidir solo en los aspectos externos del comportamiento del individuo que afectasen a la convivencia social. Y al igual que se defiende una clara separación entre el poder político y el poder religioso, se impone como criterio metodológico la necesidad de no confundir derecho y moral. Desde estas ideas, es lógico percibir un cambio de planteamiento en el fin

penal, y que gira en torno al valor justicia: "Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y a los valores que las normas jurídicas sirven de vehículo. Siempre podemos aludir, para caracterizar esos valores de los que la norma pretende ser expresión, a la justicia. Y desde luego la justicia es valor central de todo ordenamiento. Pero su materialización ha de satisfacer otros requisitos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar". VIVES ANTÓN, *Fundamentos...*, cit., pág. 482.

último que se le asigna al ordenamiento penal: frente al criterio subjetivo y personalizado de la dirección de la voluntad del ciudadano, ahora se impone el pensamiento que establece como tarea prioritaria la protección de bienes jurídicos. Y por eso se impone la necesidad de distinguir entre el aspecto lesivo del acontecimiento humano concebido de forma general y objetiva (la antijuridicidad), de las circunstancias personales que concurren en el autor en el momento de realización del hecho (culpabilidad). Y también resulta evidente que, con estos presupuestos, la teoría de la doble función de la norma penal debía ser la consecuencia lógica del nuevo planteamiento. Es posible, pues, que esta vez la tesis de la regla jurídica dependiese de las nuevas necesidades de estructuración del delito y del nuevo viento ideológico que soplaban en la teorización de los fines del derecho penal.

En la época más negra de la reciente historia europea, en la que imperó en Alemania y en Italia un totalitarismo belicista que ahogó toda consideración individual y humana del ciudadano, se originó la teoría ontológica de las estructuras lógico-objetivas de WELZEL y su concepción final de la acción. No ha quedado todavía claro cuál pudo ser la implicación del prestigioso jurista en este régimen del terror. Sin embargo, a este respecto dos conclusiones son absolutamente constatables. Por un lado, que el autor fue profesor en la Facultad de Derecho en la Universidad Alemana durante la etapa nacionalsocialista, lo cual significa, al menos, que no se destacó por ser un opositor ideológico. Pero, por otro lado, no se encuentra en su obra una fundamentación de las tesis oficiales del nuevo orden político, como había sido el caso de los autores pertenecientes a la Escuela de Kiel. Este cuidadoso equilibrio se observa también en sus postulados fundamentales.

La función del derecho penal de imponer los valores de conciencia, de interiorizar criterios éticos de respeto a los bienes jurídicos, puede entenderse como una injerencia del Estado en el ámbito personal del ciudadano. Los conceptos final de acción y personal de injusto también se pueden interpretar desde la explicación de fundamentación de un derecho penal que tomaba en consideración los aspectos anímicos e internos del individuo que revelan su carácter disidente frente al poder establecido. Pero de igual forma se ha entendido que su teoría de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas representaba la tentativa de establecer conceptualmente un límite al poder estatal. Es más, incluso se ha querido ver en la autonomía de la persona una de las primeras de esas estructuras lógico-objetivas, y que en el ámbito de la culpabilidad se traducían en su fuerte defensa del libre albedrío como criterio de determinación de esta institución. Evidentemente, la teoría jurídica del delito constituye un reflejo de estos postulados, y de esta forma se impregna de componentes ontológicos (concepto de acción), subjetivos (la referencia final del comportamiento humano, concepto personal de injusto...) y normativos (culpabilidad como juicio de reproche)<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Frente a una opinión bastante generalizada en la doctrina penal alemana, que interpretó la obra de WELZEL como un enfrentamiento ideológico al derecho penal autoritario de la época nacionalsocialista, FROMMEL entiende que los fundamentos del sistema del citado autor pretendieron legitimar con una metodología distinta el pensamiento político del poder nacionalsocialista: "El derecho penal siempre refleja la

El derecho penal autoritario se había caracterizado, entre otros, por perseguir fines de carácter ético o moral. Es comprensible, por tanto, que tras la segunda guerra mundial se desarrollasen en el panorama dogmático tendencias que intentan liberar de todo vestigio ético o moral a sus planteamientos metodológicos. Las propuestas funcionalistas representan un buen ejemplo de esa búsqueda del criterio "científico" en la elaboración del sistema penal, expulsando fuera de su seno cualquier vestigio "eticista" o "moralista".

Así, se ha recurrido a la teoría de la motivación de la norma para fundamentar el sistema penal desde una perspectiva material y psicológica, como es la forma de actuación humana ante la amenaza del castigo. Y desde este mismo plano argumentativo, se le ha otorgado al derecho penal una misión más "real" y menos "ideal", cual es la disminución del índice de criminalidad mediante la prevención general. Desde otro funcionalismo, el sociológico, la misión que se le atribuye al derecho penal viene representada por la contribución al desarrollo equilibrado del sistema social por medio de la observancia y acatamiento individual de la respectiva competencia atribuida conforme a una regla general. De nuevo la norma jurídica, como criterio social de asignación de esas competencias, adquiere relevancia prioritaria con relación a la determinación del ajuste o desajuste del sujeto al rol que tiene que cumplir. Y esto explica que la institución de la imputación objetiva se constituya en una de las bases de la elaboración de la teoría jurídica del delito.

Pero a estas dogmáticas "científicas" también se les achaca una nueva ideología en su pretensión de alejamiento de la influencia "eticista" que habría estado presente en la construcción de los diferentes sistemas penales. Describirían como actúa realmente el derecho penal en el marco del comportamiento humano o de la sociedad en general. Pero esta explicación del fenómeno criminal y punitivo dejaría de lado el *deber ser* de las instituciones jurídico-penales y el aspecto valorativo de sus regulaciones, con el consiguiente peligro de pérdida de capacidad crítica respecto del modelo legislativo y judicial examinado. Y ello determinaría la posibilidad de legitimación de todo sistema penal.

Pero no es esta, desde nuestro punto de vista, la objeción fundamental. La elaboración de una disciplina desde lineamientos exclusivamente lógicos o materiales, recurriendo a la metodología técnica, viene influenciada por otra ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero tam-

imagen de la sociedad a la que sirve y no puede prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el «derecho penal de voluntad» y la fundamentación filosófico-valorativa que WELZEL propugnaba en 1935, no eran más que las últimas consecuencias de un clima políticocriminal que reclamaba «mayor dureza», ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener. Habrá quien considere que, en todo caso, estas consecuencias no incumben al «jurista». MONIKA FROMMEL, *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*, en ADPCP, núm. XLII (1989), trad. de Francisco Muñoz Conde, págs. 621 y ss., 631 y 632.

bién, más difíciles de manejar, de controlar y de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones que el ciudadano debe resolver (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista... ..la razón científica sustituye así a la razón práctica.

Como respuesta a esta forma de concebir los fundamentos del derecho penal, surge una propuesta que intenta explicar el sistema penal desde la teoría de la justicia. Así, los modelos funcionalistas y el que propone VIVES ANTÓN, se presentan como diametralmente opuestos en muchos puntos. Mientras que uno elabora su concepción dogmática recurriendo a la estrategia científica, otro fundamenta el sistema recurriendo a la estrategia intencional. Por eso unos parten de conceptos y elementos de carácter psicológico o sociológico (teoría de la motivación o teoría de la imputación objetiva), y otro rechaza toda fundamentación material para optar por un concepto absolutamente normativizado y objetivo de la acción. Y de igual forma se explica que unos otorguen al derecho penal una función instrumental, palpable y tangible (motivación de la ciudadanía por medio del castigo o mantenimiento de la fidelidad al derecho, para prevenir de forma general el delito), y otro en cambio le atribuye al derecho penal, y al derecho en general, una misión más trascendental como es esta que hace referencia a la concreción de valores relacionados con la justicia.

Y llegamos así al final de nuestra reflexión. La dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose a sí misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del derecho penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los lineamientos del pensamiento "cientifista". Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el derecho penal de las garantías por el derecho penal del sistema. Y ya nadie nos entiende. Y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración teórica en el marco punitivo... Necesario es, por tanto, que aparezcan nuevas propuestas metodológicas que nos permitan recuperar las funciones que, según ROXIN, siguiendo parcialmente a GIMBERNAT, se le atribuyen a la dogmática penal: facilitar la resolución de casos penales, ordenar el sistema como presupuesto de aplicación equitativa y diferenciada del derecho, simplificar y proporcionar una mayor manejabilidad del derecho y establecer una orientación y mejora de la formación jurídica en las universidades<sup>86</sup>... ..Todo ello para alcanzar una más justa aplicación del derecho penal.

<sup>86</sup> CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3ª ed., Munich, 1997, págs. 158 y ss.

## El "actuar en lugar de otro" en el derecho penal peruano

Iván Fabio Meini Méndez\*

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años la atención de la doctrina penal ha girado en torno a la necesidad de idear nuevos mecanismos de control para hacer frente a la delincuencia económica, amén de las particularidades de este tipo de criminalidad que genera claros inconvenientes en la aplicación de los instrumentos utilizados por el derecho penal "clásico" o "nuclear" y de los graves perjuicios que esta genera para la colectividad. Probablemente, dentro de esta orientación, uno de los principales problemas que haya que sortear sea el de dar respuesta a la interrogación de si es necesario adecuar las clásicas categorías de autoría y participación —cuando no crear unas nuevas— a las conductas realizadas en el interior de estructuras empresariales y a partir de ello poder imputar responsabilidad penal a las personas que actúan para y por medio de un ente colectivo, e incluso, al ente colectivo.

La imputación de responsabilidad penal a quienes actúan en el seno de una estructura organizada en función de la división del trabajo y del principio de jerarquía, presenta toda una gama de atractivas dificultades, las mismas que van desde la identificación del sujeto natural, al cual se pretende imputar responsabilidad penal, hasta la conveniencia o no de hacer penalmente responsables a los entes colectivos, pasando por los mecanismos de atribución de responsabilidad penal a los órganos de

\* Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECD. Universidad de Cádiz).

representación de las empresas que se utilizan para cometer, favorecer o encubrir un hecho antijurídico. Tal vez sea este último tema (la responsabilidad penal de los órganos de representación), y en especial cuando se trata de delitos especiales (la responsabilidad penal de los órganos de representación por delitos especiales o "actuar en lugar de otro"), el que resalte en nuestro entorno debido a la escasa dedicación que ha merecido por parte de la doctrina<sup>1</sup> y jurisprudencia nacionales, lo que genera que ocho años después de la entrada en vigencia de nuestro Código Penal existan todavía fuertes incertidumbres sobre sus presupuestos, campo de aplicación, naturaleza jurídica, consecuencias y, sobre todo, la necesidad de su reforma.

En tal sentido, este ensayo pretende contribuir a la discusión que en torno al "actuar en lugar de otro" y a la técnica legislativa utilizada en su redacción debe existir, única manera de sopesar los aspectos positivos y negativos del mencionado precepto —más los segundos que los primeros— y apostar por su modificación.

## 2. APROXIMACIÓN INICIAL

El artículo 27 del Código Penal peruano regula lo que en doctrina se conoce como el "actuar en lugar de otro"; *grosso modo*, una cláusula de extensión de autoría<sup>2</sup> que permite imputar responsabilidad penal a título de autor a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito especial, a pesar de que la cualificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada.

<sup>1</sup> Algunos de los estudios en que se ha analizado el tema son, RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, t. I, 2ª ed., Lima, Grijley, 1995, págs. 286 a 288; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal anotado*, 2ª ed., Lima, San Marcos, 1998, págs. 221 a 224; FELIPE VILLAVICENCIO, *Código Penal*, Lima, Grijley, 1997, págs. 163 y 164; JAVIER VILLA STEIN, *Derecho penal*, Parte general, Lima, San Marcos, 1998, págs. 197 y 198 y IVÁN MEINI MÉNDEZ, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal", en *Ius et Veritas* (VII-13), págs. 199 y ss.

<sup>2</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar en nombre de otro en derecho penal II*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986, pág. 84; JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, pág. 43; BAJO/SUÁREZ, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág. 576; JESÚS SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995; J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed. española), pág. 376 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual de derecho penal económico*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 216. Aproximándose a este concepto RODRÍGUEZ MOURULLO, para quien el "actuar en lugar de otro" no es cláusula de extensión de autoría sino que "permite la transferencia de las cualidades que residen en el representado a la persona que actúa en su nombre o representación", en *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) Madrid, Civitas, 1997, pág. 176; OCTAVIO DE TOLEDO, cuando señala que la previsión normativa del "actuar en nombre de otro" es, pues, una cláusula de armonización del ordenamiento que, más que extender la punibilidad en ciertos hechos a determinados sujetos, cubre una laguna de punibilidad originada por la formulación sintética de los tipos". "Las actuaciones en nombre de otro", en: ADPCP (I-1984) pág. 52 y COBO/VIVES, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 280, cit (13). En igual sentido, FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., pág. 164.

Literalmente señala el artículo 27 del Código Penal: "El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

Un precepto como este busca colmar una laguna de punibilidad que se presentaba cuando quien actuaba no reunía determinados elementos especiales que requería el tipo del delito especial y, en consecuencia, no podía ser sancionado<sup>3</sup>. Del mismo modo, la persona jurídica representada no podía ser sancionada por reconocerse la incapacidad de los entes colectivos para delinquir, acarreado, en consecuencia, la impunidad de las personas naturales que en su lugar actuaban debido a la accesoriedad de la participación<sup>4</sup>, habida cuenta de que el ente colectivo no puede ser considerado autor de un delito. Como se aprecia, es un precepto cuya aplicación está destinada, fundamentalmente, al campo del derecho penal de la empresa.

La regulación del "actuar en lugar de otro" es novedosa en nuestro medio si se tiene en cuenta que ni el Código Penal peruano de 1924 ni ley penal especial alguna contemplaban una cláusula similar a la contenida en el artículo 27 del Código Penal".

Según lo señalado por el legislador en la exposición de motivos del Código Penal, el antecedente legislativo del artículo 27 del Código Penal se encuentra en el artículo 15 bis del, hoy en día derogado, Código Penal español<sup>6</sup> que fuera adicionado con

<sup>3</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 218; BAJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., pág. 576; JUAN CORDOBA RODA, "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en derecho español", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 1987, págs. 135 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, "Las actuaciones...", cit., pág. 52; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996, lec. 7, Marg. 67 y RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287.

<sup>4</sup> La accesoriedad de la participación significa que la conducta del partícipe depende de la del autor. *Vid.* QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Aranzadi, 1999, pág. 617 y JUAN BUSTOS, *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pág. 289. De acuerdo con este principio la participación será accesorio de la autoría en el sentido de que el hecho realizado por el autor tiene que ser típico y antijurídico (accesoriedad limitada o media) y, además, culpable (accesoriedad estricta o máxima). La accesoriedad mínima, esto es, aquella referida a que la acción del autor sea solamente típica para que la conducta de partícipe sea relevante para el derecho penal prácticamente ya no encuentra seguidores. *Cfr.* MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, pág. 118. Sin importar por cuál contenido de accesoriedad se opte: mínima, media o limitada, o máxima o estricta, al no tener capacidad de acción las personas jurídicas, sus acciones serán siempre atípicas y las de sus representantes no soportarán juicio alguno de "accesoriedad".

<sup>5</sup> Según PEÑA CARRERA, antes de la entrada en vigencia del Código Penal en 1991 los tribunales penales recurrían a una interpretación *in malam partem* para sancionar al representante de una persona jurídica cuando de delitos especiales propios se trataba, trasladando sin más la cualificación de la empresa representada a su representante. *Vid.* *Tratado...*, cit., pág. 287. Igual situación se presentó en España antes de la incorporación del art. 15 bis en el Código Penal con ocasión de la Reforma Urgente y Parcial de 1983. *Vid.* COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pág. 278.

<sup>6</sup> Artículo 15 bis del Código Penal español (derogado): "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no con-

ocasión de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, y en el artículo 31 de la Propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983<sup>7</sup>. Estos artículos, a su vez, encontraron su antecedente inmediato en el § 14 del STGB<sup>8</sup>.

Tener en cuenta estos antecedentes históricos es importante no solo porque nos permite evaluar las modificaciones —omisiones y adiciones— realizadas por el legislador nacional a los "moldes" anteriormente citados y opinar sobre la conveniencia o no de las mismas, sino también porque la doctrina extranjera que sobre dichos preceptos se ha pronunciado, puede suplir en un primer momento las lagunas nacionales y orientar nuestra investigación.

### 3. CAMPO DE APLICACIÓN

#### A) Delitos especiales propios

Según la ley la fórmula del "actuar en lugar de otro" es aplicable "(...) aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él —el representante—, pero sí en la representada", esto es, se hace explícita referencia que esta cláusula será utilizada para la imputación de delitos especiales<sup>9</sup> y, dentro de estos, para los delitos especiales propios<sup>10</sup>. Queda claro que no resulta necesario invo-

curra en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

<sup>7</sup> Artículo 31 de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983: "El que como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro realizare un hecho que constituiría delito o falta si concurrieren en aquel las condiciones, cualidades o relaciones requeridas por el correspondiente precepto penal, responderán con arreglo a este, siempre que concurren en la persona en cuyo nombre hubiere actuado".

<sup>8</sup> El § 14 del STGB establece:

"Si alguien actuare: 1) como órgano autorizado para representar a una persona jurídica o como un miembro de dicho órgano, 2) como socio autorizado para representar a una sociedad mercantil personalista o 3) como representante legal de otro, se aplicará entonces también al representante la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a los atributos, relaciones o circunstancias personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el representado.

Si, por indicación del titular de una empresa o por indicación de una persona autorizada al efecto, alguien estuviere: 1) encargado de dirigir total o parcialmente el establecimiento, o 2) encargado expresamente, bajo su propia responsabilidad, de atender tareas que incumben al titular del establecimiento, y hubiese actuado con base en este encargo, se aplicará entonces también a los encargados la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero sí en el titular del establecimiento.

Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 será también de aplicación aunque el acto jurídico que deba fundamentar la autorización para la representación o para el encargo hubiese sido inválido".

<sup>9</sup> Por todos, LUIS GRACIA MARTÍN, "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español", en *Hacia un derecho penal económico europeo*. (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann). Madrid, 1995, pág. 100.

<sup>10</sup> Así, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7. Marg. 67; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios...*, cit., pág. 176 y BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código...*, cit., pág. 222.

car esta fórmula en el caso de delitos comunes ya que en estos el tipo de lo injusto del delito no exige elemento especial alguno que fundamente la penalidad (no exige características específicas de autoría o "elementos especiales que fundamenten la punibilidad" en el sentido en que se expresa el art. 27 del C. P.), por lo que la imputación de responsabilidad penal a los órganos de representación de la empresa que hayan tomado parte en la ejecución de un delito común no ofrece mayores problemas que el de determinar el grado de dicha responsabilidad, es decir, determinar si se le califica de autor o partícipe<sup>11</sup>. Así, implícitamente, se descarta el recurso de la fórmula del "actuar en lugar de otro" para los delitos comunes.

Sin embargo, en el caso de delitos especiales es distinto. Son delitos especiales aquellos que solo pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas puesto que se produce una limitación —a veces explícita<sup>12</sup>, a veces implícita<sup>13</sup>— de la esfera de posibles autores en sede de tipicidad<sup>14</sup> al requerirse una o algunas cualificaciones que no ostentan todos los seres humanos.

Dentro de la categoría de delitos especiales cabe distinguir, por un lado, a los delitos especiales propios; aquellos en que la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito de tal forma que faltando la misma el hecho es atípico y, por otro lado, a los delitos especiales impropios; aquellos en que la calidad especial del autor sirve para atenuar o agravar la pena dado que, a diferencia de los especiales propios, tienen un correlativo delito común<sup>15</sup>. Ejemplo de los primeros es el delito de prevaricato contenido en el artículo 418 del Código Penal<sup>16</sup> en la medida que solo un juez o un fiscal pueden cometer el delito: si lo comete otra persona el hecho es atípico. Ejemplo de los segundos es el delito de peculado del artículo 387 del Código Penal<sup>17</sup> ya

<sup>11</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., págs. 215.

<sup>12</sup> Por ejemplo la gran mayoría de delitos contra la administración pública ubicados sistemáticamente bajo el rubro "Delitos cometidos por funcionarios públicos", como el delito de abuso de autoridad del art. 376 del C. P. (el funcionario público que ...) y el delito de peculado del art. 387 del C. P. (el funcionario o servidor público que se apropia ...).

<sup>13</sup> Muchas veces y a pesar de que el precepto penal contenga el cliché "el que" se trata de un delito especial dado que el tipo sigue manteniendo características especiales que delimitan el círculo de posibles autores. Por ejemplo, el número 1 del artículo 215 (delito de libramiento indebido: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, el que gira un cheque, cuando: 1. No tenga provisión de fondos o autorización para sobregirarse") en tanto que según la lógica de la norma el girar un cheque sin provisión de fondos presupone ser titular de una cuenta corriente, a la que no se puede acceder sino es cumpliendo determinados requisitos que no todos pueden llevar a efecto.

<sup>14</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 628.

<sup>15</sup> Por todos, QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 629.

<sup>16</sup> Artículo 418 del Código Penal peruano: "El juez o el fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años".

<sup>17</sup> Artículo 387 del Código Penal peruano: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años (...)".

que si la apropiación no es realizada por un funcionario o servidor público todavía se puede sancionar por el delito común de apropiación ilícita del artículo 190 del Código Penal<sup>18</sup>.

En esta línea de pensamiento, se podría sostener que no resulta necesaria la aplicación del "actuar en lugar de otro" cuando se trate de delitos especiales impropios, porque en estos supuestos no existe ni existirá una laguna de punibilidad, habida cuenta de que quien realiza la conducta puede ser sancionado mediante la imputación de responsabilidad por el delito común que sirve de "base" al delito especial impropio<sup>19</sup>. Además, en los delitos especiales impropios no existen *elementos especiales que fundamenten la punibilidad*, sino elementos especiales que agravan o disminuyen la punibilidad de un delito común.

Sin embargo, si bien no existe una laguna de punibilidad, sí existe una "laguna de agravación", dado que la pena que por razones político-criminales merece el sujeto activo representante en un delito especial impropio no le podrá ser impuesta por no ostentar la cualificación que requiere el delito, y se tendrá que derivar su sanción a la del delito común, con la correspondiente disminución de pena que ello conlleva.

Acorde con lo dicho, el artículo 27 del Código Penal es utilizable exclusivamente para los delitos especiales propios toda vez que solo en estos se exigen *elementos especiales que fundamenten la punibilidad*.

### B) La escisión de los elementos especiales

El artículo 27 del Código Penal que regula el "actuar en lugar de otro", parte de una situación de *escisión* o de *disociación* de los elementos del tipo del delito especial<sup>20</sup> referida a los casos en que el hecho es realizado por un sujeto "representante", en quien no concurren los elementos especiales que exige el tipo especial propio que sí concurren en el "representado". Esta situación de escisión se presenta con frecuencia en el ámbito empresarial a consecuencia de la división vertical o principio de jerarquía y división horizontal o reparto de funciones<sup>21</sup>. Tal es el caso, por ejemplo, del representante de una empresa declarada en quiebra que, defraudando a sus acreedores, simula

<sup>18</sup> Artículo 190 del Código Penal peruano: "El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (...)".

<sup>19</sup> El "actuar en lugar de otro" debería ser aplicable tanto a los delitos especiales propios cuanto a los especiales impropios, sin embargo, soy consciente que al amparo de la literalidad del precepto objeto de comentario únicamente es aplicable a los primeros. Sobre el tema, *vid.* V.3.g.

<sup>20</sup> *Vid.* LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar...*, cit., pág. 127, BAJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., págs. 578 y 579 y CARLOS MARTÍNEZ-BUIÁN, *Manual...*, cit., pág. 218.

<sup>21</sup> Por todos, BERN SCHÜNEMANN, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de criminalidad de empresa", en *ADPCP* (1988- III), pág. 531 y JOSÉ PAREDES CASTAÑÓN, en *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. PAREDES/RODRÍGUEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 145 y ss.

pérdidas (delito de quiebra fraudulenta tipificado en el art. 209 C. P. modificado por el decr. leg. 681 de 22 de octubre de 1996<sup>22</sup>) o del representante de una empresa que ostenta una posición monopólica en el mercado que, infringiendo la ley de la materia (decr. leg. 701 —Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia— modificado por el decr. leg. 807), abusa de dicha posición (delito de abuso de poder económico tipificado en el art. 232 del C. P.). Adviértase que en estos casos la cualificación que exige el tipo del delito de quiebra fraudulenta: *comerciante declarado en quiebra*, y la que exige el tipo del delito de abuso de poder económico: *posición monopólica*, no concurren en el representante que simula las pérdidas o en el que infringe la ley de la materia y abusa de la posición monopólica (quienes, en definitiva, actúan), sino en la empresa que representan, siendo del caso que esta última no es quien ha simulado las pérdidas o quien ha infringido la ley de la materia y abusado de la posición monopólica (quienes no actúan).

De no existir un precepto como el artículo 27 del Código Penal no se podría sancionar al representante al no tener la cualificación de *comerciante declarado en quiebra* o al no ostentar una *posición monopólica* en el mercado. Del mismo modo, tampoco se podría sancionar a la persona jurídica por estar vigente en nuestro ordenamiento jurídico el principio *societas delinquere non potest*, lo que impide castigar al representante a título de partícipe en orden, según lo antes dicho, a la accesoriedad de la participación.

<sup>22</sup> Artículo 209 del Código Penal peruano, modificado por decr. leg. 681 de 22 de octubre de 1996: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de uno a tres años conforme el artículo 36, incisos 2° y 4°, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude a sus acreedores:

1. Simule, suponga o contraiga efectivamente deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas.
2. Sustraiga u oculte bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o existencia.
3. Conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor.

Si el acto hubiera sido cometido dentro de un proceso de titulación la pena será privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al artículo 36, incisos 2° y 4°.

La inhabilitación del art. 36, inciso 2° regula la "incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público". La inhabilitación del art. 360, inciso 4° regula la "incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia".

<sup>23</sup> Artículo 232 del Código Penal peruano: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 2° y 4°".

Nótese que en el ordenamiento jurídico peruano, según una *interpretación a contrario* del art. 61 de la Constitución Política del Estado, son lícitos los monopolios salvo los que recaigan sobre la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación. En todo caso, lo que constituye delito es el abuso de los monopolios.

Acorde con esto, lo que se busca con la cláusula del "actuar en lugar de otro" es superar la escisión de los elementos del tipo del delito especial imputando al representante el elemento especial de la autoría mediante un criterio normativo<sup>24</sup>. En esta línea de argumentación, lo importante es la determinación del criterio de imputación que se debe utilizar, lo que guarda directa relación con su naturaleza jurídica.

De este modo, el campo de aplicación de la fórmula del "actuar en lugar de otro", en su versión peruana, queda reducido a los supuestos de delitos especiales propios en que se produzca una situación de escisión de los elementos especiales entre el "representante", persona natural, y el "representado", persona jurídica.

#### 4. ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO"

La categoría del "actuar en lugar de otro" puede ser argumentada desde diversos ángulos, pero habrá que ser cautos en reconocer, por un lado, cuál es el fundamento del precepto del artículo 27 del Código Penal tal cual se encuentra redactado con todos sus defectos y virtudes y, por otro, cuál es el fundamento que debería tener en caso de que se postule su modificación.

Antes bien, se debe llamar la atención de que las teorías que intentan precisar la naturaleza jurídica del "actuar en lugar de otro" parten de que el objetivo perseguido es imputar responsabilidad penal al representante que no reúne las condiciones especiales que exige el tipo especial al recaer estos sobre la persona (jurídica o natural) a la que representa. Como se ve, el fin político criminal no es otro que salvar la laguna de punibilidad que se presenta, mayoritariamente, en la delincuencia económica en mérito a la situación de escisión de los elementos especiales en las estructuras organizadas en función a la división del trabajo y al principio de jerarquía.

##### A) La tesis de la "representación"

Esta tesis intenta justificar el "actuar en lugar de otro" teniendo en cuenta que la mayoría de los preceptos que se encargan de su regulación positiva hacen expresa referencia a una relación de representación entre el *extraneus* que actúa y la persona jurídica que es representada<sup>26</sup>. A partir de ello, se construye un paralelo entre la representación propia del mandato civil y la naturaleza jurídica del "actuar en lugar de otro"<sup>27</sup>, transmitiéndose las características especiales de autoría que ostenta el represen-

<sup>24</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 97.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Así, el § 14 del STGB, el art. 31 del Código Penal español, el art. 27 del Código Penal peruano, el art. 12 del Código Penal portugués de 1982 y el art. 15 bis del antiguo Código Penal español.

<sup>27</sup> JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172 y ENRIQUE BACIGALUPO, "Responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica", en *Comentarios a la legislación penal*, v. 1, Madrid, 1985, págs. 316 y 317.

tado al representante, concluyéndose que "la representación convierte al representante en *destinatario* de las normas especiales que incumben a la persona representada"<sup>28</sup>.

A criterio de un sector de la doctrina, esta argumentación es «puramente formal y materialmente incorrecta»<sup>29</sup> ya que se toma prestado del derecho civil una construcción dogmática que deja de lado la importancia político-criminal que se persigue<sup>30</sup>. Así, la teoría de la representación no serviría o acarrearía consecuencias insatisfactorias para fundamentar el "actuar en lugar de otro" en los siguientes casos:

En primer lugar, en los casos de representación fáctica<sup>31</sup> en que no existe un vínculo formal entre el representante *extraneus* y el representado que ostenta la característica especial exigida por la ley. En estos supuestos, como quiera que no concurre el vínculo que permite a la teoría de la "representación" trasladar el elemento especial de autoría del representado al representante al ser este último de hecho o fáctico, la teoría de la "representación" no tendría como incluir estos casos.

En segundo lugar, en los casos de delitos de tendencias subjetivas egoístas, es decir, cuando el tipo del delito requiere que la conducta se realice en interés propio (aquellos cuya redacción contiene la frase *el que en provecho propio*). En este grupo de casos resultan atípicas las conductas que se llevan a cabo en interés de otro por no concurrir el elemento subjetivo distinto del dolo<sup>32</sup>. Nótese que en estos casos la imposibilidad de aplicar la teoría de la representación radica en que el elemento subjetivo de tendencia interna es exigido por el tipo de la parte especial, de ahí la atipicidad de los comportamientos que no reúnen esta tendencia interna.

En tercer lugar, según su propia lógica, la teoría de la "representación" requiere que el representante actúe "como tal", es decir, el representante tiene que actuar en interés de su representado<sup>33</sup>. No obstante, en frecuentes ocasiones el representante actuará no en "interés de la casa" sino en su propio interés, lo que determinará la inaplicación de la cláusula del "actuar en lugar de otro", en cuanto esta se intente construir sobre la teoría de la "representación".

<sup>28</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 316.

<sup>29</sup> Por todos, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 543 y 544. En el mismo sentido, CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., pág. 219.

<sup>30</sup> Con múltiples referencias CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., pág. 219.

<sup>31</sup> Crítica esbozada por LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 105, el mismo "Los instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en *Actualidad penal* (1993-I), pág. 225. Se adhieren a esta crítica JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pág. 378 y CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., pág. 220.

<sup>32</sup> Expresamente, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 545 y 546. En el mismo sentido HANS ACHENBACH, "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española), pág. 384; LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 101, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 222, CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., págs. 220 y 221.

<sup>33</sup> Por todos, LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad...*, cit., págs. 103 y 104, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 224. En el mismo sentido, HANS ACHENBACH, *Sanciones...*, cit., pág. 384 y CARLOS MARTÍNEZ-BUIJÁN, *Manual...*, cit., pág. 220.

En cuarto lugar, la teoría de la "representación" fracasa también en los supuestos en que el elemento de la autoría que falta en el representante tampoco concurre en la persona jurídica a la que representa, es decir, aquellos casos en que «entre el que ha realizado el hecho y la persona jurídica en la que concurre formalmente el elemento de autoría no existe vínculo representativo alguno»<sup>34</sup>. Por ejemplo, el representante de una determinada persona jurídica en la que concurre el elemento especial es otra persona jurídica y esta actúa por intermedio de su propio representante que es una persona natural —situación perfectamente posible a la luz de la Ley General de Sociedades—. Como quiera que el representante de la persona jurídica que ostenta la cualificación que exige el tipo especial propio es otra persona jurídica, y esta no actúa, sino que lo hace su propio representante, persona natural, según la teoría de la "representación" no se podría trasladar el elemento especial de la persona jurídica originalmente representada al representante, persona natural, que actúa por no existir vínculo alguno de representación entre ellos.

En quinto y último lugar, como ha señalado GRACIA MARTÍN, la teoría de la "representación" no puede superar los obstáculos que presentan las actuaciones para un grupo de empresas o el supuesto de una empresa jurídicamente atomizada en una pluralidad de sociedades individuales y con personalidad jurídica independientes. En estos supuestos, al igual que en el anteriormente descrito —que bien pueden ser agrupados bajo la misma lógica— no existe una relación jurídica de representación entre quien actúa y quien luce la cualificación especial requerida por la ley para ser autor.

#### B) La "posición de garante" del representante

Frente a la demostrada insuficiencia de la teoría de la "representación" para hacer frente a las exigencias político-criminales que debe superar la fórmula del "actuar en lugar de otro", postula SCHÜNEMANN su teoría del "deber de garante", en virtud de la cual "el ámbito de la responsabilidad penal del representante queda constituido según su propia naturaleza, por aquellos elementos especiales de autor que describen una *relación de dominio* sobre la causa del resultado igual a la del garante, ya sea en la ya conocida forma de dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso o en la forma de dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado"<sup>36</sup>.

Tanto en uno como en otro caso, la responsabilidad debe trasladarse a la persona que acepta la posición de custodia o de dominio desde su titular original<sup>37</sup>. Visto así, la responsabilidad penal del representante (a partir del "actuar en lugar de otro") aparece

<sup>34</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., págs. 101 y 102, el mismo *Los instrumentos...*, cit., págs. 222 y 223, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 221.

<sup>35</sup> Con detalles, LUIS GRACIA MARTÍN, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 103, el mismo *Los instrumentos...*, cit., pág. 223. En el mismo sentido, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 221.

<sup>36</sup> BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

<sup>37</sup> Vid. BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

como un supuesto de aceptación de una posición de garante<sup>38</sup>. En todo caso, el problema reside en determinar las condiciones en que la aceptación de la posición de garante (expresa, tácita, voluntaria, etc.) resulta válida de cara al "actuar en lugar de otro" y los alcances de la misma (por ejemplo, si es delegable).

Acorde con lo dicho, Schünemann propone, de *lege ferenda*, que la responsabilidad penal del representante se exprese como un caso de responsabilidad de garante y se pueda sancionar como autor de un delito especial "al que, en lugar del autor descrito en la ley, haya asumido de hecho sus actividades y ejecute la acción descrita en el supuesto de hecho típico"<sup>39</sup>.

#### C) La teoría del "dominio social"

Haciendo eco de las críticas formuladas a la teoría de la "representación", la teoría del "dominio social", obra de GRACIA MARTÍN, parte de entender que los delitos especiales son delitos de "dominio social"<sup>40</sup>, en el sentido de que el elemento especial de la autoría en estos delitos «radica en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función»<sup>41</sup>, de manera que lo importante es, precisamente, la *relación material* de dominio social que existe entre quien tiene la competencia para el ejercicio de una función y el bien jurídico, y no en el *statu quo* formal con el que el legislador describe al autor del hecho<sup>42</sup>. Desde esta perspectiva los delitos especiales de dominio social son, además, delitos especiales de garante<sup>43</sup>.

Este razonamiento le permite sostener que la integración del representante en el círculo de autores idóneos para realizar el delito especial queda justificada al ser el significado de su conducta idéntico (materialmente idéntico desde el punto de vista del contenido del tipo) a la conducta del sujeto descrito por el delito especial y lo que le

<sup>38</sup> Con detalles, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544.

<sup>39</sup> BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 544. Entender que la responsabilidad penal del representante en los delitos especiales se origina en la existencia de un deber de garante ha permitido abandonar la teoría de la "representación" como fundamento del "actuar en lugar de otro", al mismo tiempo que ha servido de base para la formulación de diversas teorías que argumentan la responsabilidad del representante en una relación material y no en una meramente formal, es decir, en la existencia de un deber de garante, entendido como dominio sobre una cosa o persona o como "dominio social".

<sup>40</sup> Terminología acuñada por GRACIA MARTÍN. Vid. *Los instrumentos...*, cit., pág. 231.

<sup>41</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 230.

<sup>42</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 232.

<sup>43</sup> Así, GRACIA MARTÍN recoge el pensamiento de Schünemann (Vid. "Cuestiones básicas...", cit., pág. 543), BOTKE y de la doctrina alemana dominante, al reconocer que los delitos especiales son, en definitiva, delitos de garante. Vid. *Los instrumentos...*, cit., pág. 231, con referencias bibliográficas, en especial, cit., n. 95. En el mismo sentido se manifiestan CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 223; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 378 y JOSÉ A. LASCURAIN SÁNCHEZ, "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995, págs. 209 y ss., en especial, págs. 210 y 214 y 215.

permite fundamentar dicha identidad son los elementos materiales que concurren en el sujeto sobre quien recae la imputación (el representante) y no los formales que recaen en el representado. En otras palabras, al tener el representante un dominio social material sobre el bien jurídico protegido por el delito especial, se convierte en garante de su integridad y, en consecuencia, se le exige su indemnidad.

Acorde con esta argumentación, GRACIA MARTÍN postula la siguiente regulación de la "actuación en lugar de otro":

"1. Si el fundamento o la magnitud de la pena dependieren de la realización u omisión de la acción en el ejercicio de funciones definidas por características especiales que describan al autor, también se aplicará el precepto penal que así lo determina al que, careciendo personalmente de aquellas características, hubiere asumido realmente el ejercicio de aquellas funciones y realizare u omitiere la correspondiente acción.

"2. Si un precepto penal requiere la realización u omisión de la acción en provecho propio será también autor del hecho el que actuare en provecho de quien haya derivado la función en cuyo ejercicio realizare el hecho"<sup>44</sup>.

#### D) Resumen

Hoy en día es cuestión pacífica aceptar que el "actuar en lugar de otro" debe responder a una argumentación material orientada en función de una relación de dominio sobre un bien jurídico, que genera para quien la ejerce una posición de garante.

De esta manera quedan superados los problemas denunciados por la crítica a la teoría de la "representación", en el sentido de que una argumentación material permite aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro": (i) a los representantes fácticos, toda vez que su conducta es materialmente idéntica a la del representante de derecho, (ii) a quien actúa en interés propio y a quien actúa con una tendencia subjetiva anímica egoísta, dado que una relación material de dominio —y, por ende, la posición de garante— es independiente de los ánimos con que se actúe<sup>45</sup> y, (iii) a los casos de representación en cadena<sup>46</sup> o grupos empresariales, en tanto que la persona natural representante de la persona jurídica intermedia guarda una posición material de dominio sobre el bien jurídico protegido, siendo del caso que la longitud de la cadena o el tamaño de grupo no alterará dicha relación. De ahí que se prefiera el término "actuar en lugar de otro" sobre "actuar por otro" o "actuar en interés de otro"

En esta línea de pensamiento resulta importante resaltar que la fórmula del "actuar en lugar de otro" posibilita atribuir al *extraneus* única y exclusivamente la cuali-

<sup>44</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 233.

<sup>45</sup> De ahí que se prefiera utilizar la frase "actuar en lugar de otro" en vez de "actuar en interés de otro" o "actuar por otro", habida cuenta que recuerdan a la teoría de la "representación" y su imposibilidad de aplicarse a los supuestos de delitos de tendencias egoístas y a los casos en que el representante no actúa "como tal", respectivamente. Vid. LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 236, en especial, cit. (68), el mismo, *Actuar en lugar de otro en derecho penal*, I, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986, págs. 165 y ss.

<sup>46</sup> MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 378.

dad que no ostenta y que concurre en la persona representada, y no más. En otras palabras, lo único que puede faltar en el representante es la cualificación especial, ya que su conducta tiene que ser subjetivamente típica, esto es, tiene que haber actuado dolosamente y, en su caso, con los elementos subjetivos que el tipo especial exija<sup>47</sup>. No se trata pues de una responsabilidad penal por el hecho de un tercero, sino de la responsabilidad penal por el hecho propio cuando se "actúa para otro"<sup>48</sup>.

#### 5. PARTICULARIDADES DEL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO" EN EL DERECHO PENAL PERUANO

##### A) "Actuar en lugar de otro" y *societas delinquere non potest*

Es común que se asocie la introducción del "actuar en lugar de otro" en los códigos penales al principio *societas delinquere non potest*. Algunos autores sostienen que uno y otro no tienen relación alguna y que los inconvenientes o beneficios de apostar por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no se alteran con la regulación del "actuar en lugar de otro"<sup>49</sup>, otro sector sostiene que el "actuar en lugar de otro" presupone la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>50</sup>, mientras que otros expresamente afirman que el "actuar en lugar de otro" es consecuencia directa del reconocimiento legal de la falta de capacidad para delinquir de las personas jurídicas<sup>51</sup>.

Para dar respuesta a la relación que existe entre estas dos instituciones se debe partir de reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico-penal las personas jurídicas no son responsables penalmente, y no lo son, única y exclusivamente, porque el propio ordenamiento jurídico penal reserva para los entes colectivos unas medidas a las que —a diferencia de las penas propiamente dichas cuyo listado taxativo recoge el artículo 28 del Código Penal— denomina consecuencias accesorias.

Es de mencionar que la doctrina ha venido rechazando la posibilidad de que el Código Penal acepte la responsabilidad penal de los entes colectivos sobre la base de varios argumentos, entre los que destaca el entender que cuando el artículo 11 del Código Penal señala que *son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas*

<sup>47</sup> REINHART MAURACH, *Derecho penal*, Parte general, t. II, 7ª ed., Actualizada por KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, trad. de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Asirca, 1995, pág. 328; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 642 y FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., pág. 164.

<sup>48</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pág. 355.

<sup>49</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar...*, I, cit. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 28, BAIJO/SUÁREZ, *Manual...*, cit., pág. 576; ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 317; FELIPE VILLAVICENCIO, *Código...*, cit., págs. 163 y 164; BEATRIZ DE LA GÁNDARA, "El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*", en *Curso de derecho penal económico*, BACIGALUPO (dir.), Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 50 y IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 206.

<sup>50</sup> SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., 186 y JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 44.

<sup>51</sup> RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, Parte general, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, pág. 396 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172.

penadas por la ley, estas solo pueden ser realizadas por una persona humana, puesto que los seres humanos somos los únicos que tenemos capacidad de acción en términos penales<sup>52</sup>. Sin embargo, llegar a esa conclusión pasa por dar contenido a los conceptos de "acción", "omisión", "dolo" y "culpa", por lo que para aquellos que adoptan un concepto de acción jurídico-penal de orientación normativa, que incluya tanto a la acción humana cuanto a la acción de las personas jurídicas, o que sea particular para las personas jurídicas<sup>53</sup>, un precepto como el artículo 27 del Código Penal no representa obstáculo alguno para afirmar la capacidad delictiva de los entes colectivos. En todo caso, cabe ser más prudente y reconocer que algunos conceptos jurídico-penales tienen un contenido propio y determinado que de plano resultan inaplicables a supuestos distintos a aquellos para los que fueron ideados<sup>54</sup>, esto es, no se puede responder a la interrogación de si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción si es que se utiliza un concepto de acción, que por definición guarda una respuesta negativa.

Y que los entes colectivos no sean penalmente responsables no presupone que se tenga que regular el "actuar en lugar de otro", presupone simplemente que las personas naturales no podrán ser consideradas como partícipes de las jurídicas, habida cuenta de la accesoriedad de la participación. Por el contrario, las necesidades político-criminales que se toman en cuenta cuando se discute la conveniencia de imponer penas a las personas jurídicas (dificultades de identificar al sujeto persona natural responsable en una estructura organizada en función de la división del trabajo y del principio de jerarquía<sup>55</sup>, la actitud criminal colectiva en cuya virtud existen determinadas circunstancias

<sup>52</sup> Felipe Villavicencio, *Lecciones de derecho penal*. Parte general, Lima Cuzco, 1991, págs. 114 y ss.; RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., págs. 286 y 287; CARLOS CARO, "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991", en *Themis, Revista de Derecho*. Segunda Época (1992-24), pág. 72. Anteriormente hemos mantenido esta postura en IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 201.

<sup>53</sup> Como señala RODRÍGUEZ RAMOS ("Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", en *La ley*. Revista Jurídica Española de la doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año XVII, N° 4136, 03 de octubre de 1996, pág. 3) entre quienes postulan que las personas jurídicas tienen capacidad de acción se distinguen, por un lado, aquellos que adoptan un concepto único de acción — un concepto normativo—, entre los que destaca JAKOBS (*Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 182. Se adhiere al planteamiento jakobsiano en este aspecto BEATRIZ DE LA GÁNDARA, *El sujeto del derecho penal económico...*, cit., págs. 60 y ss.) y, por otro lado, aquellos que reservan un concepto específico de acción en sentido penal para los entes colectivos. Vid. KLAUS TIEDEMANN, "Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1988) pág. 28; HANS JOACHIM HIRSCH, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *ADPCP* (1993-III), pág. 1108; JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Themis, Revista de Derecho* (1997-35) pág. 132 y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, "Societas delinquere non potest!...", cit., pág. 3.

<sup>54</sup> Cfr. MARINO BARBERO SANTOS, "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Doctrina Penal* (año 9, 1986), pág. 413 y JOSÉ ZUGALDÍA, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional societas delinquere non potest", en *CPC*. (1980-11). pág. 73. HURTADO POZO advierte este inconveniente y precisa que la incapacidad de acción de la persona jurídica en derecho penal, situación distinta a lo que sucede en otros dominios del derecho penal. Parte general, 2ª ed., Lima EDDILI, 1987, págs. 340 y 341.

<sup>55</sup> Por todos: JOSÉ ZUGALDÍA, *Conveniencia político-criminal*, cit., págs. 83 y ss.

dentro de una empresa —modelos de explicación psicológico-colectivos de la criminalidad de grupo<sup>56</sup>— que impiden al derecho influir la conducta del integrante de una empresa económica en el sentido del cumplimiento de la norma por medio de una normación directa porque la empresa constituye un sistema que organiza por sí mismo las acciones que en ella se realizan<sup>57</sup>, y, en consecuencia, el escaso efecto preventivo de las sanciones penales en el marco de una empresa), son totalmente distintas a las que se toman en consideración cuando se discute sobre la conveniencia del "actuar en lugar de otro" (principalmente, la necesidad de hacer frente a la característica de la escisión entre acción y responsabilidad que se presenta en los delitos especiales propios, que provoca en muchas ocasiones que el órgano de representación que actúa no pueda ser sancionado penalmente por no reunir las cualidades especiales que exige el tipo penal para el autor, ya que las ostenta el representado), lo que determina que la satisfacción de cualquiera de ellas no presuponga la satisfacción de las otras.

### B) Técnica legislativa

Como técnica legislativa, el legislador peruano optó por incluir en la parte general del Código Penal un único precepto aplicable a todos los casos de "actuar en lugar de otro", opción que responde a los modelos del § 14 del STGB, del artículo 15 bis del antiguo Código Penal Español, del artículo 31 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal Español de 1983 y del artículo 12 del Código Penal Portugués de 1982. Es del caso resaltar la ubicación sistemática de este precepto que, al igual que su antecedente hispánico, se encuentra incardinado entre las normas de autoría y participación<sup>58</sup>, lo que nos ofrece una idea sobre su naturaleza jurídica.

No era esta la única alternativa, aunque sí la más aconsejable, toda vez que se podría haber incluido una cláusula de extensión de autoría en cada delito de la parte especial que lo requirieran, tal como sucede, por ejemplo, con el delito de fraude en la administración de personas jurídicas del artículo 198 Código Penal que prescribe como potencial sujeto activo al gerente, administrador, etc. Sin embargo, esta segunda posibilidad generaría una reforma constante de los delitos en los que habría que incluir dicha cláusula de extensión de autoría, lo que ocasionaría, a su vez, una actuación

<sup>56</sup> Por todos, BERN SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas...*, cit., pág. 551.

<sup>57</sup> BERN SCHÜNEMANN, "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en homenaje al Prof. TIEDEMANN), Madrid, 1995, págs. 571 y 572. El mismo. *Cuestiones básicas...*, cit., págs. 529 y 533. Asume este planteamiento, Vincenzo Militello, "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1995; J. M. SILVA SÁNCHEZ (ed. española), pág. 411 y JUAN TERRADILLOS, *Derecho penal de la empresa*, cit. quien se refiere a la actitud colectiva como "escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro una escala jerarquizada", pág. 39.

<sup>58</sup> CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, cit., pág. 216. En contra JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172, para quien su ubicación entre las normas de autoría y participación no es feliz, al entender que lo que ofrece la fórmula del "actuar en lugar de otro" es una regla sobre sujeto activo y no sobre participación y autoría. En el mismo sentido BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal...*, cit., pág. 223.

siempre *ex post* del derecho penal, con relación a los hechos penalmente relevantes, sin perjuicio de pecar de casuística<sup>59</sup>.

### C) Análisis del precepto y propuesta de reforma

a) *Introducción.* La naturaleza jurídica del precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal debe ser inducida a partir de las particularidades del mismo. Una cosa es la naturaleza que, conforme a dichas particularidades tiene de *lege data* y otra, muy distinta, es la que debería tener de *lege ferenda*.

En primer lugar, es preciso tener presente lo dicho respecto al campo de aplicación del "actuar en lugar de otro", en el sentido de que se invoca cuando se produce una situación real de escisión de los elementos del delito especial propio. En segundo lugar, hay que llamar la atención de que el precepto analizado limita su aplicación a la representación que pueda ejercer una persona natural de una persona jurídica o sociedad. En tercer lugar, que el precepto señala que quienes actúan y realizan el tipo legal del delito deben hacerlo *como* órgano de representación autorizado de una persona jurídica o *como* socio representante autorizado de una sociedad y, en cuarto lugar, la incongruencia en la redacción del precepto, al exigir que un *extraneus* realice el tipo de un delito especial propio. Analicemos, ahora, las tres últimas cuestiones

b) "*Actuar por otra persona natural*". La doctrina que ha estudiado esta institución ha entendido, en un primer momento, que su naturaleza jurídica se corresponde con la teoría de la representación propia del modelo civil, en cuya virtud el representante *extraneus* se convierte en destinatario de las normas especiales dirigidas, originalmente, al representado<sup>60</sup>. Sin embargo, gracias a los aportes de SCHÜNEMANN en Alemania y de GRACIA MARTÍN en España, se ha iniciado una fuerte crítica a esta argumentación (*supra*, 4, A).

A pesar de esto, al igual que su antecedente inmediato, el artículo 27 del Código Penal no regula la actuación de una persona natural "en lugar de otra" persona natural, lo que permite que en determinados casos subsista una laguna de punibilidad<sup>61</sup>. Es el supuesto, por ejemplo, del representante que administra el patrimonio de un comerciante, persona natural, que ha sido declarado en quiebra y simula gastos y deudas. En este caso, la conducta del representante se corresponde con el delito de quiebra, sin embargo, este no ostenta la calidad de comerciante declarado en quiebra (la ostenta la persona natural a la cual representa), por lo que no podrá ser sancionado penalmente

<sup>59</sup> En España MUÑOZ CONDE se inclinó por esta opción, *Vid.* "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *CPC* (1977-3), págs. 152 y ss.

<sup>60</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 317 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., pág. 172.

<sup>61</sup> Esta situación fue puesta de relieve por la doctrina española *vid.* Juan Córdoba Roda, *Delincuencia económica...*, cit., pág. 135; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 46; ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal...*, cit., págs. 323-325; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 639; COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pág. 278 y SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7, marg. 71. En Perú se muestra crítico ante esta situación RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado...*, cit., pág. 287; JAVIER VILLA STEIN, *Derecho penal...*, cit., pág. 197, e IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, cit., pág. 207.

en orden al principio de legalidad, y tampoco lo podrá ser el representado al no haber actuado<sup>62</sup>.

Acorde con esto, y sin dejar de reconocer que entre la actuación en lugar de una persona natural y la actuación en lugar de una persona jurídica existe una importante diferencia (que en el actuar en lugar de una persona natural la responsabilidad del representante no excluye la eventual responsabilidad del representado a título de instigador<sup>63</sup>), cabe proponer una modificación del precepto de manera que regule el "actuar en lugar de otra" persona natural, la cual podrá ser legal o voluntaria.

c) *Actuar como órgano de representación o como socio representante.* Más interesante resulta analizar el tercer aspecto, referido a que quienes actúan deben hacerlo *como* órgano de representación autorizado de una persona jurídica o *como* socio representante autorizado de una sociedad. La misma situación se presentó con el artículo 15 bis del Código Penal español, siendo del caso que ello dio lugar a que se considerase que únicamente podían ser autores del delito en aplicación del "actuar en lugar de otro" las personas que real y legalmente fueran directivos, órganos y representantes legales<sup>64</sup>, con lo cual se descartaba la aplicación del "actuar en lugar de otro" para los casos de representación por parte de un administrador de hecho.

Saludable sería que el "actuar en lugar de otro" incluya en su campo de aplicación, como a los representantes legales cuanto a los representantes de hecho, tal como hace el artículo 31 del actual Código Penal español —y proponía el artículo 31 de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983 que el legislador nacional tuvo a la mano cuando reguló el artículo 27 del Código Penal—, pero llegar a esa conclusión, en el caso peruano, no es cuestión pacífica.

Antes bien, es conveniente resaltar la importancia que tiene regular las actuaciones de un administrador de hecho "en lugar de otro". Piénsese en el caso de una persona jurídica que es administrada, tácticamente, por quien no cumple con los requisitos legales para ejercer un cargo de dirección, ya sea porque la elección en mérito a la cual ejerce el cargo no es fruto de una votación, o porque no se ha formalizado su título, etc. Es más, el propio Código Civil en su artículo 77 establece que "la eficacia de

<sup>62</sup> Distinto es el caso del delito de defraudación tributaria (decr. leg. 813). "En efecto, si bien es un delito especial propio no es necesario acudir a la cláusula del "actuar en lugar de otro" para solucionar los problemas de la eventual escisión de los elementos especiales del delito, ya que el Código Tributario establece que es responsable del cumplimiento de la obligación tributaria entre otros, el representante. En tal medida —y aceptando que el Código Tributario regula aspectos tributarios y no penales— entendemos que al amparo de la norma tributaria los representantes son sujetos cualificados de cara al delito de defraudación tributaria debido a que se encuentran obligados a cumplir con "los tributos que establecen las leyes", independientemente de que ellos sean los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria o no. Así, en este caso en particular, existe una equiparación normativa (tributaria) entre el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria (que será, para efectos de nuestra investigación, el o la representada) y otras personas, entre las que se encuentra el representante, en cuya virtud estos últimos ostentan el elemento que hace especial al delito de defraudación tributaria: estar obligados frente a la Administración Tributaria al pago de la obligación tributaria.

<sup>63</sup> QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 639. Detalladamente *infra* 6.B.

<sup>64</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Responsabilidad penal*, cit., pág. 326, EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Las actuaciones...*, cit., pág. 46 e, implícitamente, JUAN CORDOBA RODA, *Delincuencia económica...*, cit., pág. 135.

los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos celebrados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros". Entonces, si el propio ordenamiento jurídico acepta la posibilidad de que existan "representantes" de entes colectivos que no son todavía personas jurídicas (por requerirse su inscripción en registros públicos para que lo sean) y que estos "representantes" pueden celebrar contratos y obligar, con cargo a una futura ratificación, al ente colectivo, no parece lógico que no se regule la posibilidad de que estos mismos "representantes" incurran en responsabilidad penal al "actuar en lugar" de aquel ente colectivo que puede llegar a ser una persona jurídica cuando se inscriba en registros públicos<sup>65</sup>. Los mismos intereses político-criminales que obligan a regular el "actuar en lugar de otro" para los casos de representantes de derecho obliga a hacer lo propio con los representantes de hecho.

Ahora bien, si la voluntad del legislador hubiera sido incluir a los representantes de hecho en el campo de aplicación del "actuar en lugar de otro" está claro que hubiera tomado el cuidado de incluir en la redacción del precepto, como potencial *extraneus* equiparable al autor, al administrador de hecho como tal, y no se hubiera limitado a mencionar simplemente al órgano de representación autorizado y al socio representante autorizado. Empero, la ley tiene su propia lógica objetiva al margen de la voluntad subjetiva de quien ha redactado el precepto», por lo que cabe hacer la siguiente distinción.

El artículo 27 del Código Penal establece, literalmente<sup>67</sup>, "el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad (...)". Hay pues, que tomar postura sobre el significado que el precepto le da al término "como", habida cuenta de que puede pensarse en dos posibilidades. Por un lado, puede interpretarse que la palabra "como" constituye una preposición equiparable a "en calidad de", de manera que los *extraneus* que "actúan en lugar" de la persona jurídica o de la sociedad tienen que ser verdaderos órganos de representación autorizados o verdaderos socios representantes autorizados, lo que echaría por tierra cualquier intento por incluir en el artículo 27 del Código Penal a los administradores de hecho en tanto que se parte, según esta primera argumentación, de que a quienes se puede aplicar son única y exclusivamente sujetos que ostentan un

<sup>65</sup> IVÁN MEINI MÉNDEZ, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas...", cit., págs. 206 y ss.

<sup>66</sup> ENRIQUE GIMBERNAT, "El nuevo Código Penal: Valoración de los criterios político-criminales que lo informan", en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, ASÚA BATARRITA (ed), Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998, pág. 24. Sobre el tema, en detalle, el mismo: *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 77-83.

<sup>67</sup> Y literal o gramatical tendrá que ser, entonces, el primer método de interpretación que se utilice para intentar acceder al significado del precepto. Vid. HANS JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, tomo I, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 209 y DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Editorial Universitas S. A., 1996, pág. 93.

cargo directivo debidamente formalizado (administradores de derecho). Por otro lado, se puede interpretar que el término "como" es utilizado en sentido comparativo, con lo cual cabe afirmar que a todos aquellos que actúen como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad, independientemente de que formalmente lo sean o no, se les puede aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro", siendo necesario únicamente que ejerzan las funciones propias del cargo. El primero es un criterio formal del término, mientras que el segundo lo es material. Ambas acepciones son reconocidas por la Real Academia Española<sup>68</sup>.

En este orden de ideas, no hay inconveniente en interpretar de *lege data* el artículo 27 del Código Penal al amparo del criterio material y colmar así la laguna de punibilidad que se presenta en los supuestos en que el *extraneus* es un administrador de hecho, más precisamente, en los casos en que el *extraneus* es un órgano de representación de hecho de una persona jurídica o un socio representante de hecho de una sociedad. Una redacción más acorde con el criterio formal hubiera consistido en omitir el término "como" y establecer simplemente "el órgano de representación autorizado de una persona jurídica o el socio representante autorizado de una sociedad que realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la punibilidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

En esta línea de razonamiento, que el artículo 27 del Código Penal califique a los órganos representantes de una persona jurídica y a los socios representantes de una sociedad de "autorizados", no impide afirmar que se puede incluir también a los órganos representantes de hecho de una persona jurídica y a los socios representantes de hecho de una sociedad, toda vez que entendiendo el término "como" en un sentido comparativo (concepto material) basta y sobra con que el *extraneus* se comporte como un órgano representante autorizado de una persona jurídica o como un socio representante autorizado de una sociedad, lo cual no significa que tenga que serlo realmente. Lo mismo sucede cuando alguien sin título o nombramiento usurpa la función pública de un policía (delito de usurpación de funciones del art. 361 del C. P.<sup>69</sup>); en este caso nadie discute que el usurpador ha actuado *como* policía, pero en realidad no lo es.

Pero aceptar que el precepto del "actuar en lugar de otro" puede incluir a quienes jurídicamente no son órganos representantes autorizados de una persona jurídica y a quienes jurídicamente no son socios representantes autorizados de una sociedad de autorizados, precisa hacer, además, la siguiente distinción.

Puede darse el caso que los órganos representantes de hecho de una persona jurídica y los socios representantes de hecho de una sociedad ejerzan verdaderamente

<sup>68</sup> Vid. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 21ª ed., tomo I, Madrid, 1992, pág. 519.

<sup>69</sup> Artículo 361 del Código Penal peruano: "El que, sin título o nombramiento, usurpa una función pública, o la facultad de dar órdenes militares o policiales, o el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo, o el que ejerce funciones correspondientes a cargos diferentes al que tiene, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36 incisos 1º y 2º (...)".

funciones de representación y/o administración, es decir, que exterioricen la voluntad de los miembros de la persona jurídica o de la sociedad (en definitiva, que exterioricen la voluntad de la persona jurídica o de la sociedad), pero que no tengan dicha autoridad formalmente. Tal es el caso de los administradores de hecho propiamente dichos<sup>70</sup>. Pero también puede darse el caso de quienes no tienen relación alguna con la persona jurídica o con la sociedad y aparecen ante terceros (se hacen pasar) como órganos representantes autorizados de una persona jurídica o como socios representantes autorizados de una sociedad, generalmente, con ánimo de engañar.

Pues bien, solo en el primer grupo de casos —referido a los administradores de hecho propiamente dichos— cabe aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" puesto que en el segundo grupo quien se hace pasar por administrador no actúa en lugar de la persona jurídica sino que se aprovecha, ilegalmente, de una persona jurídica y, además, la conducta de este no es idéntica, desde el punto de vista del contenido del tipo especial a la del administrador de derecho, identidad que sí se presenta entre la conducta del administrador de derecho y el administrador de hecho. Esto no supone dejar impune al sujeto que maliciosamente se hace pasar por órgano o socio representante autorizado, toda vez que este responde, en caso de que llegue a causar perjuicio por delito de estafa, en grado de tentativa (arts. 16<sup>71</sup> y 196 del C. P.<sup>72</sup>) y, en caso de que llegue a causar algún perjuicio, por delito de estafa en concurso con el delito de falsedad genérica (art. 438 del C. P.<sup>73</sup>).

<sup>70</sup> En Francia, la ley de sociedades de 24 de julio de 1996 equipara la posición del administrador de hecho con la del de derecho en tanto, directamente o por persona interpuesta, ejercite de hecho la administración, dirección o gestión de la sociedad. "En Italia, a pesar de no existir legislación sobre el tema, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que el administrador de hecho debe ser sometido a la responsabilidad penal establecida para el de derecho." En Alemania se presenta la misma situación que en Italia. Vid.: JAVIER FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 71 y JUAN TERRADILLOS, *Delitos societarios*, Madrid, Akal/Lure, 1987, pág. 59). En España, un sector de la doctrina entiende que el administrador de derecho es aquel que pertenece al órgano de administración de la sociedad y se encuentra inscrito como tal en el registro mercantil, mientras que administrador de hecho es el que presenta alguna irregularidad en su situación jurídica, por haber sido el nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado. Vid. CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Madrid, Civitas, 1997, págs. 834 y 835) y otro sector de la doctrina, cuantitativamente mayoritario, entiende que el concepto jurídico-penal del administrador de hecho tiene una dimensión puramente fáctica, es decir, a todos aquellos que de hecho ejerzan funciones de administración en cuanto órganos de gestión y representación. Vid. con múltiples referencias bibliográficas, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual de derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 178-179.

<sup>71</sup> Artículo 16 del Código Penal peruano: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena".

<sup>72</sup> Artículo 196 del Código Penal peruano: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardor u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años".

<sup>73</sup> Artículo 438 del Código Penal peruano: "El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Acorde con lo dicho, solo se puede aplicar la cláusula del "actuar en lugar de otro" a: (i) los órganos de representación autorizados de una persona jurídica, (ii) los socios representantes autorizados de una sociedad, (iii) los órganos de representación de hecho de una persona jurídica y (iv) los socios representantes de hecho de una sociedad<sup>74</sup>, más no al resto de posibles administradores de hecho que bien pueden existir pero no se les puede sancionar, al menos, al amparo del artículo 27 del Código Penal.

En este sentido, se impone una modificación de la redacción del artículo 27 del Código Penal de manera que mencione expresamente la posibilidad de que se aplique tanto a los administradores de derecho cuanto a los administradores de hecho.

d) *Realizar el tipo legal de un delito*. El precepto contenido en el artículo 27 del Código Penal contiene una incongruencia cuando exige que el órgano de representación de la persona jurídica, que no ostenta la cualificación, tiene que *realizar el tipo legal del delito* para responder penalmente.

El concepto *tipo* hace referencia a la descripción de la conducta que se recoge en el supuesto de hecho de un precepto penal que el legislador prohíbe por entender que su realización representa una lesión intolerable a un bien jurídico penalmente relevante, luego, *típico* será el calificativo que recaiga sobre el comportamiento que se pueda subsumir en dicho supuesto de hecho<sup>75</sup>. En consecuencia, *tipo legal* será, más allá de la redundancia, un *tipo* que ha sido elevado a rango legal merced a su ubicación en el Código Penal o en alguna ley penal especial. Lo inútil —y de ahí la redundancia— es que se hable de *tipo legal* ya que el tipo solo puede ser *legal* amén del principio de legalidad (art. 2.24.a de la Constitución<sup>76</sup> y art. II del título preliminar del Código Penal<sup>77</sup>)<sup>78</sup>.

En consecuencia, el *tipo de un delito* lo constituyen todos aquellos presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de una pena, esto es, la descripción normativa de la conducta (incluidas las características del sujeto activo), las características concernientes a la antijuridicidad, la culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad<sup>79</sup>. Esto es, todo aquello que tiene que constatarse para que se imponga una pena a un sujeto determinado. Así, en el caso de un delito co-

<sup>74</sup> El calificativo de hecho recae, en este caso, sobre el término "representante" y no sobre el término "socio", dado que siempre se necesitará ser socio, toda vez que quien no lo es debe ser considerado, a lo sumo, como órgano de representación de hecho.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 268.

<sup>76</sup> Artículo 2.24. a de la Constitución Política del Perú: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

<sup>77</sup> Artículo II del Título preliminar del Código Penal peruano: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

<sup>78</sup> Aún así, BUSTOS habla de *tipo legal* y lo define como la "descripción de un ámbito situacional determinado". Vid. *Manual...*, cit., pág. 158.

<sup>79</sup> FERMÍN MORALES PRATS, en *Manual de derecho penal*, Parte general, QUINTERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 1999, pág. 301.

mún, el *tipo del delito* común o el *tipo legal del delito* común, está constituido por características que todos los humanos imputables podemos cumplir, pero en el caso de un delito especial es distinto ya que el *tipo del delito* especial o el *tipo legal del delito* especial está constituido, entre otros elementos, por la cualificación especial que tiene que ostentar el autor<sup>80</sup>.

Ahora bien, como quiera que la cláusula del "actuar en lugar de otro" tiene su campo de aplicación delimitado por los delitos especiales propios y su misión es conseguir la "transmisión" del elemento especial que ostenta la persona jurídica representada hacia el *extraneus* órgano de representación autorizado o hacia el *extraneus* socio representante autorizado, es material y jurídicamente imposible que el representante no cualificado pueda realizar el *tipo legal del delito* especial, precisamente porque no ostenta la cualificación, porque, en definitiva, es un *extraneus*.

Dentro de esta línea de argumentación, conviene resaltar que una cosa es afirmar que al *extraneus* se le transmite el elemento especial que requiere el delito especial propio y en consecuencia se considere autor cualificado para los exclusivos efectos del artículo 27 del Código Penal. Como hace el propio precepto: "(...) es responsable como autor (...)", y otra cosa muy distinta es afirmar que el *extraneus* deba realizar el tipo de un delito especial para, luego, ser considerado autor del mismo. En otras palabras, el no cualificado nunca podrá realizar el *tipo legal de un delito* cuando los elementos especiales que fundamentan la penalidad de dicho delito no concurren en él, precisamente, porque los elementos que fundamentan la penalidad no concurren en él. Así, cuando se habla del "actuar en lugar de otro" no se puede condicionar la imposición de la sanción al no cualificado, a la verificación de que su conducta cumpla con todos y cada uno de los presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de la pena correspondiente al delito especial propio, más bien, la imposición de la sanción debe estar condicionada a la realización de todos y cada uno de los presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de la pena en el delito especial propio y que el no cualificado puede realizar, esto es, todos salvo el referido a la cualificación especial.

Acorde con lo dicho, convendría que el legislador hubiera hecho lo mismo que hizo cuando reguló las medidas de seguridad en el artículo 72.1 del Código Penal<sup>81</sup>. En dicho precepto, partiendo de que un inimputable no puede cometer un delito, se estableció como uno de los requisitos para la imposición de una medida de seguridad que

<sup>80</sup> Sin perjuicio de la sistemática jurídico-penal que se prefiera (causal, finalista, neokantiana) el concepto de tipo del delito abarca siempre la cualificación del autor que reclaman los delitos especiales. Las particularidades de cada una de estas sistemáticas están dadas por ubicar el dolo y la negligencia en la culpabilidad (sistemática causalista), por entender que el dolo y la negligencia deben ser ubicados en la tipicidad (sistemática finalista) o por entender que la tipicidad —tipo positivo— y la antijuridicidad —tipo negativo— forman un tipo total (elementos negativos del tipo).

<sup>81</sup> Artículo 72.1 del Código Penal peruano: "Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

"I. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos" (subrayado agregado).

el agente realice un "hecho previsto como delito", es decir, a la persona a la que se le impone una medida de seguridad no se le exige cometer un delito —lo cual resulta imposible habida cuenta de que el hecho antijurídico nunca le podrá ser imputado: no es culpable—, sino que se le exige simplemente realizar el hecho previsto como delito.

De igual manera cabe reformular el precepto que regula "el actuar en lugar de otro" teniendo en cuenta que el *extraneus* nunca podrá realizar el tipo legal de un delito especial, precisamente por ser *extraneus*; a lo sumo podrá realizar el hecho previsto como delito o falta y, en consecuencia, no cabe exigirle más que aquello.

c) *Representantes y representados*. Para determinar el contenido de los términos "órgano de representación autorizado", "socio representante autorizado", "persona jurídica" y "sociedad" se debe acudir al Código Civil y a la Ley General de Sociedades, habida cuenta de su claro origen mercantilista. Según el Código Civil son personas jurídicas las asociaciones, las fundaciones y los comités; sin embargo, el concepto de persona jurídica abarca también a las agrupaciones reguladas en la Ley General de Sociedades ("sociedades" propiamente dichas), esto es, sociedades anónimas, sociedades colectivas, sociedades en comandita simple, sociedades en comandita por acciones, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sociedades civiles ordinarias y sociedades civiles de responsabilidad limitada. En tal sentido, son estas las agrupaciones a que hace referencia el artículo 27 del Código Penal cuando menciona a "personas jurídicas" y "sociedades".

Los "órganos de representación autorizados" son todos aquellos que por disposición de la ley o de los estatutos tienen la función de representar y exteriorizar la voluntad del ente colectivo<sup>82</sup>. En el caso de la sociedad anónima son "órganos de representación autorizados", en virtud de la ley, la junta general de accionistas, el directorio y las distintas gerencias. Importante es precisar que el artículo 27 del Código Penal vincula a los "órganos de representación autorizados" a las personas jurídicas: "el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica (...)" sin embargo esto no ofrece dificultades si se considera que toda agrupación colectiva que goce de personería jurídica es una persona jurídica.

El término "socio representante autorizado" solo puede tener cabida en aquellas sociedades —el artículo 27 del Código Penal vincula a los "socios representantes autorizados a las "sociedades": *el socio representante autorizado de una sociedad (...)*— en que puedan existir socios, es decir, en todas salvo en la sociedad anónima en la que existen accionistas. De esta manera, se presenta una laguna en el sentido de que un accionista representante autorizado o de hecho de una sociedad anónima, que realiza el tipo del delito especial propio sin que concurren en él los elementos cualificados del delito, pero si en la sociedad anónima que representa, no podrá ser sancionado en atención al principio de legalidad, lo cual no resulta lógico si lo comparamos con la posibilidad de que los socios de las demás sociedades sí puedan ser sancionados al amparo del "actuar en lugar de otro".

<sup>82</sup> En el mismo sentido, BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, *Código Penal...*, cit., pág. 223.

f) *Aspectos positivos*. Un último detalle —positivo— es el referido a que el precepto del artículo 27 del Código Penal, a diferencia del artículo 15 bis del Código Penal español derogado y del artículo 31 del vigente, se cuida en equiparar el representante *extraneus* al autor: «(...) es responsable como autor lo cual no deja dudas sobre la pena que debe recibir<sup>83</sup>. Del mismo modo, el precepto peruano, a diferencia otra vez de su antecedente, señala expresamente que el *extraneus* tiene que realizar el hecho, situación que evita tener que recurrir a criterios interpretativos acordes con el principio de legalidad para afirmar que no se puede sancionar por el simple hecho de ostentar una condición determinada como la de representante de una persona jurídica<sup>84</sup>.

g) *Propuesta de reforma*. En suma, el fundamento de la cláusula del "actuar en lugar de otro" del artículo 27 del Código Penal, esto es, la inclusión del representante *extraneus* en el círculo de autores idóneos de un determinado delito especial propio, ha de encontrarse en el principio de equivalencia, en virtud del cual la conducta desplegada por el que "actúa en lugar de otro" tiene un significado, desde el punto de vista del contenido del tipo, idéntico a la del sujeto expresamente descrito por la ley<sup>85</sup>. Sin embargo, no podemos negar que el artículo 27 del Código Penal guarda en el fondo un sustrato compatible con la teoría de la representación —lo que determina que se le pueda correr traslado de las críticas efectuadas a esta teoría— por lo que cabe postular su modificación teniendo en cuenta los aportes de la doctrina y la legislación comparada. Así, proponemos la reforma del artículo 27 del Código Penal en los siguientes términos:

"El representante legal o de hecho de una persona jurídica o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta, será considerado como autor, aun cuando él o los elementos que fundamentan o agravan la pena, no concurren en él pero sí en la persona a quien representa, a pesar de que el hecho previsto como delito requiera la actuación en provecho propio y el agente no haya actuado con tal fin".

Como se aprecia, más allá de recoger las críticas que la doctrina se ha encargado de formular, se hace mención a la posibilidad de que la figura del "actuar en lugar de otro" se aplique no solamente a los delitos especiales propios, sino que se propone ampliar su campo de aplicación a los delitos especiales impropios puesto que en estos últimos, si bien el supuesto de hecho puede ser reconducido al correlativo delito común, esto supone una disminución de pena que no encuentra sentido. En efecto, la lógica indica que si para un delito especial propio se construye la fórmula del "actuar en lugar de otro" con el objetivo de que no se deje impune al sujeto no cualificado que actúa y, en definitiva se le imponga la sanción que corresponde al delito especial pro-

<sup>83</sup> El art. 15 bis del derogado Código Penal Español e incluso el art. 30 del actual no hacen tal precisión, sin embargo, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia se encargaron de equiparar la conducta del que "actúa en lugar de otro" a la del autor. Vid. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, "Responsabilidad penal...", *cit.*, pág. 377 y CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN, *Manual...*, *cit.*, pág. 226.

<sup>84</sup> Por todos JUAN CÓRDOBA RODA, "Delincuencia económica...", *cit.*, pág. 135 y SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, *cit.*, lec. 7, marg. 75.

<sup>85</sup> LUIS GRACIA MARTÍN, "La responsabilidad penal...", *cit.*, pág. 117, BAIJO/SUÁREZ, *Manual...*, *cit.*, pág. 577 y BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal...*, *cit.*, pág. 222.

pio, no debe haber inconveniente en aplicar la misma *ratio* al sujeto no cualificado que realiza un hecho previsto como delito especial impropio, y sancionarlo con la pena con que se comina al delito especial impropio. No se trata, pues, de un análisis cuantitativo, sino, cualitativo, es decir, no se trata de imponer más o menos pena, sino de imponer la pena que corresponde al delito especial, sea propio, sea impropio, cuando se "actúa en lugar de otro".

## 6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, Y OMISIÓN EN EL "ACTUAR EN LUGAR DE OTRO"

Determinar si las categorías de autoría y participación pueden ser aplicadas en concurso con la cláusula del "actuar en lugar de otro" pasa por determinar, desde un punto de vista estrictamente dogmático, si dichas categorías se corresponden con los delitos especiales, particularmente con los delitos especiales propios y, desde un punto de vista de la calificación jurídico-penal del sujeto en relación con el hecho, si la persona es autor (o si son coautores), autor mediato, instigador, cómplice necesario o cómplice accesorio, en razón de que no es dable preguntarse por la aplicabilidad del "actuar en lugar de otro" sin tener en claro si lo "hecho" por el sujeto se corresponde a un tipo de autoría o de participación.

### A) Coautoría

Según el artículo 23 del Código Penal<sup>86</sup> son coautores los que cometen conjuntamente el hecho punible. Acorde con ello, en tanto y en cuanto autor de un delito especial —por propia naturaleza— solo puede serlo quien ostenta la cualificación especial requerida, no se puede afirmar que un sujeto no cualificado pueda ser coautor de uno cualificado en la comisión de un delito especial, por más que haya habido un plan en común para realizar el hecho y se haya verificado un reparto de funciones<sup>87</sup>. A lo sumo, se podrá calificar de cómplice necesario o instigador que, para efectos de la pena, resulta lo mismo a tenor de lo establecido en los artículos 24<sup>88</sup> y 25 del Código Penal<sup>89</sup>, pero hay que recordar que la calificación jurídico-penal de un sujeto no puede estar en función de la pena que merezca sino del grado de aportación en caso de que sea partícipe, o del dominio, en caso de que sea autor.

<sup>86</sup> Artículo 23 del Código Penal peruano: "El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción".

<sup>87</sup> MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *cit.*, págs. 726 y ss. y 742 y ss., en especial nota 79; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, tomo II, trad. de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, págs. 940-941; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, *cit.*, pág. 632 y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, *cit.*, pág. 456.

<sup>88</sup> Artículo 24 del Código Penal peruano. "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponda al autor".

<sup>89</sup> Artículo 25 del Código Penal peruano: "El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

"A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena".

De este modo, no puede darse el supuesto de que exista coautoría entre un sujeto no cualificado y uno cualificado y aplicar, al mismo tiempo, la cláusula del "actuar en lugar de otro". Ello, no obstante, no impide apreciar que puede afirmarse coautoría de un delito especial cuando los dos o más coautores son, todos y sin excepción, sujetos cualificados, tal es el caso de dos o más gerentes de una sociedad anónima que se ponen de acuerdo para cometer un delito y lo cometen. Este supuesto, en tanto se presente la situación real de escisión de los elementos especiales, no ofrece resistencia para la aplicación del "actuar en lugar de otro" a todos los representantes. Así mismo, cabe afirmar coautoría de un delito especial en el supuesto del representado *intraneus* y sus representantes *extraneus*, dado que al segundo de ellos se le considerará *intraneus* para efectos penales, es decir, ambos tendrán la cualificación que exige el tipo.

### B) Autoría mediata

Según lo dicho, autor de un delito especial solo puede ser aquel que ostenta la cualificación que exige el delito especial. A partir de esta afirmación cabe diferenciar dos supuestos para determinar la posibilidad de que concorra autoría mediata cuando se "actúa en lugar de otro". En primer lugar, cuando el *intraneus* utiliza como instrumento a un *extraneus* y, en segundo lugar, cuando el *extraneus* utiliza como instrumento a un *intraneus*.

En el primer caso es perfectamente posible afirmar la existencia de autoría mediata ya que el sujeto que utiliza como instrumento a otro responde como autor mediato al amparo de lo establecido en el artículo 23 del Código Penal: "el que realiza por medio de otro (...) el hecho punible", es decir, en tanto el instrumento no responde debido a que actúa al amparo de una causa que lo exime de responsabilidad penal (coacción, error, inimputabilidad, etc.), quien responde por el hecho, y responde como autor, es el "hombre de atrás" que utiliza al instrumento<sup>90</sup>. Así en este primer supuesto, nada importa si se trata de un delito especial propio o especial impropio ya que en ambos casos el sujeto cualificado responderá como autor mediato<sup>91</sup>, constituyendo los únicos límites de estos supuestos aquellos delitos que exigen una actuación personalísima o también llamados "delitos de propia mano"<sup>92</sup> y los delitos de intención<sup>93</sup>.

En el segundo caso, esto es, aquel referido a que un sujeto no cualificado utilice como instrumento a un sujeto cualificado, no cabe afirmar autoría mediata dado que la

<sup>90</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la 6ª ed. a cargo de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, 1998, págs. 156 ss. y 196 ss.; HANS JESCHECK, *Tratado...*, II, cit., pág. 920; DÍAZ Y MIGUEL GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, cit., págs. 646 y ss. y FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615.

<sup>91</sup> Así, QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., págs. 633 y con referencias bibliográficas SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 14, marg. 67.

<sup>92</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615 y HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado...*, II, cit. pág. 920 y JUAN BUSTOS, *Manual...*, cit., págs. 287 y ss. Con referencias bibliográficas SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 14, marg. 67, para quien tampoco se aplica en los casos de delitos de conducta determinada.

<sup>93</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 615.

conducta del *extraneus* no puede ser subsumida en el delito especial, ya que por más dominio que tenga sobre el *intraneus* no ostenta el elemento especial que exige el tipo<sup>94</sup>, y tampoco se le puede calificar de instigador dado que no existe un autor<sup>95</sup>.

Acorde con lo dicho, es válido afirmar que el representante que "actúa en lugar de otro" puede hacerlo en autoría mediata. En otras palabras, si el artículo 27 del Código Penal realiza una equiparación entre el sujeto no cualificado representante y la persona jurídica representada y cualificada, en cuya virtud al *extraneus* se le "transmite" el elemento especial cualificado, y a partir de ese momento se le considera —para efectos de cumplir con los objetivos político-criminales que persigue el artículo 27 del Código Penal— ya no *extraneus* sino autor, parece lógico que la imputación de responsabilidad penal a quien "actúa en lugar de otro" no pueda verse neutralizada porque se utiliza a un instrumento para cometer el delito. El fundamento de este razonamiento radica en que, si para colmar la laguna de punibilidad que origina la escisión de los elementos especiales, se considera como sujeto cualificado al representante inicialmente *extraneus*, dicha consideración tiene que mantenerse en aquellos supuestos en que la categoría jurídica de la autoría lo permita, es decir, no se trata de un problema que tenga que resolverse utilizando únicamente el precepto del artículo 27 del Código Penal, por el contrario, la respuesta al problema planteado radica en la naturaleza de la autoría. Por lo mismo, no puede un sujeto no cualificado "actuar en lugar de otro" en autoría mediata utilizando como instrumento al representante de una persona jurídica, en razón de que la conducta del instrumento "representante" será atípica y la conducta de quien no llega a ser autor mediato, como se dijo, no puede subsumirse en el tipo especial por no reunir la cualificación requerida.

### C) Participación

Las consecuencias que se derivan de aplicar las reglas de la participación a los delitos especiales no varían porque se trate de un delito especial propio o impropio, habida cuenta del principio de unidad del título de imputación<sup>96</sup>. Así, en tanto el autor de un delito especial propio o impropio sea un *intraneus* (¡lógico!), los partícipes responderán como tales del delito especial propio o impropio, a pesar de no ostentar la cualificación legalmente requerida, toda vez que dicha cualificación es exigida para ser autor del delito. Del mismo modo, los partícipes de un delito común responderán como tales aun cuando sean sujetos cualificados para cometer el delito especial impropio correlativo y, claro está, exista un delito especial impropio correlativo.

La complicidad —necesaria y accesoria— se encuentra siempre en función de un tipo de autoría toda vez que la complicidad es, según el artículo 25 del Código Penal

<sup>94</sup> Así, la doctrina mayoritaria, HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado...*, II, cit., pág. 920; QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 633; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., pág. 379; DÍAZ Y MIGUEL GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, cit., pág. 726 y FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 616.

<sup>95</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, cit., pág. 618.

<sup>96</sup> Así, MUÑOZ CONDE/ARÁN GARCÍA, *Derecho penal...*, cit., pág. 466 y QUINTERO/MORALES/PRATS, *Manual...*, cit., pág. 631.

prestar auxilio o asistencia a un hecho punible ajeno. Lógicamente, el auxilio o la asistencia se tienen que prestar a otra persona que es autor del delito, dado que según una interpretación sistemática por comparación de los artículos 23 y 25 del Código Penal, el grado de aportación inmediato superior a la prestación de auxilio sin la cual no se hubiera perpetrado el delito corresponde al coautor, y esto significa que ya no contribuye en el hecho de otro sino que este le pertenece. Además, la propia naturaleza de la participación determina que esta sea una colaboración que brinda quien no tiene el dominio del hecho —quien no es autor— a quien si lo tiene o a los que lo tienen —autor o coautores, respectivamente—<sup>97</sup>.

Lo mismo sucede con la instigación. En esta no hay problema en aceptar, conforme al artículo 24 del Código Penal, que un sujeto no cualificado "determina dolosamente a otro (sujeto cualificado) a cometer el hecho punible". Piénsese en el caso de un no cualificado que instiga a un juez a emitir una resolución contraria a texto expreso de la ley; el juez responderá como autor del delito especial propio de prevaricato (art. 418 del C. P.) y el sujeto no cualificado responderá como instigador del mismo delito especial propio, ya que el instigador simplemente "siembra" en el instigado —quien responderá como autor— la voluntad de cometer un delito determinado, lo cual no requiere que el instigador ostente la cualidad que exige el tipo especial para el autor (no es autor, es instigador).

Acorde con ello, el partícipe que no ostenta la cualificación exigida por el tipo especial responde como tal, es decir, como instigador, cómplice necesario o cómplice accesorio de un delito especial propio o impropio.

En tal sentido, el representante que "actúa en lugar de otro" puede haber sido instigado o ayudado por otro no cualificado, siendo del caso que el primero responde penalmente al amparo del artículo 27 del Código Penal y, los segundos, también lo hagan pero en mérito del artículo 24 del Código Penal si se trata de un instigador o del artículo 25 del Código Penal si se trata de un cómplice.

#### D) "El actuar omisivo en lugar de otro"

No parece haber inconveniente en razonar que si un delito comisivo permite la aplicación de la fórmula del "actuar en lugar de otro", un delito omisivo no pueda hacerlo también<sup>98</sup>. Y este razonamiento es válido tanto para los delitos de omisión pura cuanto para los de comisión por omisión. Al igual que los casos anteriormente estudiados de autoría y participación, la respuesta a la cuestión planteada de si se puede aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" en los delitos omisivos depende de si estos son compatibles con los delitos especiales, algo que por obvio no necesita explicación.

<sup>97</sup> BERNARDO FEIJÓO, *Límites a la participación criminal ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, págs. 4 y ss.

<sup>98</sup> En el mismo sentido, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Responsabilidad penal...*, cit., pág. 376. En contra, para los delitos de comisión por omisión, JUAN CÓRDOBA RODA, "Delincuencia económica...", cit., pág. 13; LUIS GRACIA MARTÍN, *Los instrumentos...*, cit., pág. 233 e, implícitamente, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., lec. 7, marg. 75.

El único límite a la aplicación del "actuar en lugar de otro" en los delitos omisivos lo trazan aquellos delitos cuya propia naturaleza impide que se puedan cometer mediante una omisión, y que constituyen delitos que única y exclusivamente aceptan formas de comisión activa, pero este límite no tiene su razón de ser en la naturaleza del "actuar en lugar de otro" sino en la naturaleza —normativa— de la omisión como delito y, sobre todo, en la naturaleza particular de cada delito<sup>99</sup>.

#### 7. BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, HANS: "Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el derecho alemán", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española).
- BACIGALUPO, ENRIQUE: "Responsabilidad penal de los órganos, directivos y representantes de una persona jurídica", en *Comentarios a la legislación penal*, vol. 1, Madrid, 1985.
- BAJO/SUÁREZ: *Manual de derecho penal, Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BARBERO SANTOS, MARINO: "¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en *Doctrina penal* (año 9, 1986).
- BRAMONT-ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 1998.
- BUSTOS, JUAN: *Manual de derecho penal, Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- CARO, CARLOS: "La irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal de 1991", en *Themis. Revista de Derecho*, Segunda Época (1992-1994).
- COBO/VIVES: *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- CÓRDOBA RODA, JUAN: "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes mercantiles en derecho español", en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 1987.
- DE LA GÁNDARA, BEATRIZ: "El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*", en *Curso de derecho penal económico*, Bacigalupo (dtor.), Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991.
- FEIJÓO, BERNARDO: *Límites a la participación criminal ¿existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada, Comares, 1999.

<sup>99</sup> Por ejemplo, la naturaleza de la acción del delito de quiebra Fraudulenta regulado en art. 209.1 del C. P.: "contraer efectivamente deudas", no puede ser cometido por omisión, sino que, únicamente, por comisión. Y la razón radica en que no es materialmente posible contraer efectivamente una deuda por omisión.

- FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER: *Los delitos societarios en el Código Penal*, Madrid, Dykinson, 1998.
- GIMBERNAT, ENRIQUE: "El nuevo Código Penal: valoración de los criterios político-criminales que lo informan", en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Asúa Batarrita (ed.), Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998.
- *Concepto y método de la de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 77-83.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: *Actuar en lugar de otro en derecho penal, I y II*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1986.
- "Los instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal", en *Actualidad penal* (1 993-I), pág. 225.
- "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- HIRSCH, HANS JOACHIM: "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (1993-III).
- HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, EDDILI, 1987.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzalo de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS: *Tratado de derecho penal. Parte general*, tomos I y II, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona Bosch, Casa Editorial, 1981.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO: "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en Homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Editorial Universitas S. A., 1996.
- MARTÍNEZ BUJÁN, CARLOS: *Manual de derecho penal económico. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- *Manual de derecho penal económico*, Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- MAURACH, REINHART: *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 7ª ed. actualizada por Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MEINI MÉNDEZ, IVÁN: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal", en *Ius et Veritas* (VII-13), 1996.
- MILITELLO, VINCENZO: "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, J. M. Silva Sánchez, 1995 (ed. española).
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *Cuadernos de Política Criminal* (1977-3).
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO: "Las actuaciones en nombre de otro", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1984-I).
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ: En *El caso de la Colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. PAREDES/RODRÍGUEZ, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- PEÑA CABRERA, RAÚL: *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la Parte general*, t. I, 2ª ed., Lima, Grijley, 1995.
- QUINTERO/MORALES/PRATS: *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español*, Parte general, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios al Código Penal*. Rodríguez Mourullo (dtor.), Madrid, Civitas, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS ("¡Societas delinquere non potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", en *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XVII, núm. 4136, 3 de octubre de 1996.
- ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 6ª ed. a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1998.
- SCHÜNEMANN, BERN: "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de criminalidad de empresa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1998-III).
- "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", en *Hacia un derecho penal económico europeo* (Jornadas en homenaje al prof. Tiedemann), Madrid, 1995.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda época (1997-35).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1995. J. M. Silva Sánchez (ed. española).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, CARLOS: *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (dtor.), Madrid, Civitas, 1997.

- TERRADILLOS, JUAN: *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.  
— *Delitos societarios*, Madrid, Akal/Jure, 1987.
- TIEDEMANN, KLAUS: "Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1988).
- VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- VILLA STEIN, JAVIER: *Derecho penal*, Parte general, San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO, FELIPE: *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Cuzco, Lima, 1991.  
— *Código Penal*, Lima, Grijley, 199.
- ZUGALDÍA, JOSÉ: "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", en *CPC* (1980-11).

## El caso Pinochet y el derecho aplicable\*

Kai Ambos\*\*

El juez instructor español Baltasar Garzón solicitó el 14 de octubre de 1998 a las autoridades británicas la detención provisional de Pinochet, que fue por ello detenido en Londres el día 16 del mismo mes. El arresto desató en varios países europeos una oleada de denuncias contra Pinochet, presentadas tanto por nacionales de estos países como por exiliados chilenos. El gobierno español solicitó la extradición de Pinochet el 6 de noviembre de 1998. Asimismo, en otros países se presentaron solicitudes de extradición. La *House of Lords* negó a Pinochet la inmunidad el 25 de noviembre por tres votos contra dos<sup>1</sup> —contrariamente a una deci-

\* La traducción es de Enrique Anarte Borrillo, de la Universidad de Huelva. Agradezco sus sugerencias a Rosa Giles Carnero, Fernando Moreno Moreno y, especialmente, a Cándido Romero Sánchez, compañeros de dicha Universidad. El texto alemán original fue publicado en el primer número de 1999 de la revista alemana *Juristen Zeitung (JZ)*, págs. 16 a 24), si bien el propio autor lo ha actualizado y revisado, particularmente para dar cabida a la nueva decisión de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999 [nota del traductor]. La versión española ha sido publicada originalmente en *Revista Penal* (España), núm. 4 (1999), págs. 3 a 21.

\*\* Doctor en derecho (Munich). Referente científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Friburgo de Brisgovia, Alemania), encargado de las secciones de Derecho penal internacional y de Hispanoamérica. El autor hace constar su agradecimiento al profesor dr. Dr. h.c. Albin Eser, al profesor Richard Vogler y al traductor de este artículo, así como a las personas mencionadas en la nota al pie núm. 27, por sus valiosas indicaciones.

<sup>1</sup> *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte, decisión de 25.11.1998 (Lords Slynn of Hadley, Lloyd of Berwick, Nicholls of Birkenhead, Steyn y Hoffmann), *Weekly Law Reports (WLR)* 1998, vol. 3, págs. 1456 y ss. (aquí citado por página). También: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>>.

sión de la *High Court* de 28 de octubre<sup>2</sup>. En base a esta decisión, el Ministro del Interior británico autorizó la tramitación de la extradición<sup>3</sup>. Sin embargo, en una actuación sin precedentes, la decisión de los lores fue anulada el 15 de enero de 1999 por los vínculos existentes entre uno de los jueces, lord Hoffmann, y Amnistía Internacional<sup>4</sup>. La segunda decisión de la *House of Lords* de 24 de marzo de 1999, aunque confirmó en su orientación general la primera, respecto a las restricciones de la inmunidad impuestas por el derecho penal Internacional, limitó considerablemente los delitos a los que quedaba referida la extradición, que quedaron reducidos a los cometidos con posterioridad al 29 de setiembre de 1988 (fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la tortura en el Derecho interno británico)<sup>5</sup>. El ministro del interior británico se vio por ello obligado a reconsiderar su decisión inicial, si bien ha vuelto a dar luz verde al procedimiento de extradición el 15 de abril de 1999. En consecuencia, el auto de detención contra Pinochet fue renovado el 16 de abril<sup>6</sup>. Finalmente, la Audiencia Nacional rechazó el recurso del Ministerio Público contra el auto de detención de Baltasar Garzón el 24 de setiembre de 1999 y el proceso de extradición empezó el 27 de setiembre.

## 1. COMPETENCIA PENAL DE LOS ESTADOS EUROPEOS

### A) España

La justicia española basa su competencia en el artículo 23 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1º de julio de 1985 según la cual los tribunales españoles son competentes en caso de genocidio (literal a), terrorismo (b), ... y otros delitos que deban ser perseguidos según convenios internacionales (g). Esta competencia es universal, es decir, no está vinculada con la nacionalidad del delincuente o de la víctima ni con el lugar del hecho. El único requisito es que estos hechos sean punibles según el derecho penal español.

Sin embargo, y así lo pone de manifiesto el fiscal general del Estado español, es discutible que en Chile se cometiera algún delito de genocidio o terrorismo en el sentido de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>2</sup> *High Court*, The Queen v. Nicholas Evans et al., ex parte Augusto Pinochet Ugarte, judgement 28.10.1998 <<http://tap.ccta.gov.uk/courtser/>> (en lo sucesivo, se citará por parágrafos).

<sup>3</sup> *Home Office*. Organised and International Crime Directorate. Judicial Co-operation Unit, Decisión del 9.12.1998 [archivo del autor].

<sup>4</sup> *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (núm. 2), decisión de 15.1.1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead y Hutton), *WLR* 1999, vol. 2, págs. 272 y ss.

<sup>5</sup> *House of Lords*, Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte (núm. 3), decisión de 24.3.1999 (Lords Browne-Wilkinson, Goff of Chieveley, Nolan, Hope of Craighead, Hutton, Saville of Newdigate, Millett y Phillips of Worth Matravers), *WLR* 1999, págs. 827 y ss. La edición en Internet <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldhome.htm>> consta de diez partes. Aquí se citarán la parte (con números romanos) y la página (con números árabes) correspondientes.

<sup>6</sup> <[http://www.elmercurio.cl/Canales/nacional/portada/pinochet/especial\\_dia\\_d\\_esp](http://www.elmercurio.cl/Canales/nacional/portada/pinochet/especial_dia_d_esp)>

La existencia de genocidio (C. P., art. 607) es cuestionable, en particular, porque los grupos políticos no han sido incluidos expresamente en su ámbito de protección<sup>7</sup>. Si bien el juez instructor español BALTASAR GARZÓN admite que los grupos políticos no están comprendidos expresamente en el tipo, no acepta que la "destrucción de grupos por motivos políticos" quede al margen del mismo. Más bien, se da el tipo de genocidio cuando "esas motivaciones políticas se concretan en un grupo nacional, étnico-racial o religioso"<sup>8</sup>. La Audiencia Nacional incluso va más allá, puesto que no considera el silencio sobre el grupo político como una "exclusión indefectible" y parte de una concepción social-colectiva del tipo, con base en la cual también deben considerarse incluidos en el ámbito de protección del precepto (otros) grupos nacionales<sup>9</sup>. Esta amplia interpretación del tipo concuerda en sus resultados con una nueva interpretación *iusinternacionalista* defendida por VAN SCHAACK<sup>10</sup>, según la cual la prohibición de genocidio tiene carácter de *ius cogens*<sup>11</sup> y, como tal, alcanza —no obstante la relativización del tipo que resulta del derecho internacional convencional— también a los grupos políticos. De seguir esta interpretación, existiría también un punto de apoyo legítimo (con base en el derecho internacional) para aplicar extensivamente el derecho penal nacional al genocidio de grupos políticos<sup>12</sup>. Sin embargo, en razón del principio *nullum crimen*, en especial por lo que hace a la exigencia de determinación, cabe poner en cuestión una interpretación del tipo que no encuentre amparo alguno en la letra del precepto.

Además, la justicia española parte de la existencia de delitos de terrorismo (C. P., arts. 571 y ss.), puesto que el orden constitucional de Chile habría sido subvertido por el *golpe de Pinochet* de 1973, al ser derrocado, por medios inconstitucionales un pre-

<sup>7</sup> Precisamente por ello se negó en un dictamen del *Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional* (MPI) la existencia de genocidio en un caso de desaparición de un ciudadano alemán en Argentina, AMBOS (CON RUEGENBERG/WOISCHNIK), *Europäische Grundrechte Zeitung* (EuGRZ), 1998, 468 ss., en castellano (entre otros) en: Plataforma Argentina contra la impunidad (ed.), *Contra la impunidad (Simposio contra la impunidad y en defensa de los derechos humanos)*, Barcelona, 1998, págs. 266 y ss.; también: <<http://www.iuscrim.mpg.de>> -> "Aktuelles".

<sup>8</sup> Cfr. la demanda de extradición de BALTASAR GARZÓN, en *El País* (Madrid), 4.11.1998, págs. 6 y s. (7) <<http://www.elpais.es>>.

<sup>9</sup> *Audiencia Nacional, Pleno de la Sala de lo Penal*, rollo de apelación 84/98, sección 3, sumario 19/97, Juzgado Central de Instrucción 5, 4.11.1998 (Argentina), pág. 8 y ss. (12) e *ibídem*, rollo de apelación 173/98, sección 3, sumario 1/98, Juzgado Central de Instrucción 6, 5.11.1998 (Chile), págs. 7 y ss. (10 s.). <<http://www.elpais.es>>.

<sup>10</sup> VAN SCHAACK, *The Yale Law Journal*, 1997, 2259 ss. (2261 s., 2272 ss., en especial 2280 ss.) con más referencias. Se opone también a la laguna de punibilidad en caso de grupos políticos, PAUST, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1986, págs. 283, 292 y ss.

<sup>11</sup> Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Doc. ONU A/CONF. 39/11/Add. 2; para Alemania: BGBl. 1985 II 925; para la versión española: Boletín Oficial del Estado = BOE, 142, de 13 de junio de 1980 [n.b.]), *ius cogens* es "una norma imperativa de derecho internacional general ... aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

<sup>12</sup> Cfr., más detenidamente, AMBOS (nota 7), pág. 470.

sidente elegido constitucionalmente<sup>13</sup>. Por otra parte, las numerosas violaciones de los derechos humanos habrían sido cometidas por una "banda armada", en el sentido del artículo 571 del Código Penal, pues los responsables no habrían actuado en ejercicio regular de funciones públicas, sino clandestinamente, con desprecio del orden jurídico formalmente vigente. Con ello el concepto político-sociológico del *terrorismo de Estado* alcanza por vez primera —y de forma clara— reconocimiento judicial<sup>14</sup>.

Por el contrario, no hay duda de que en Chile se cometieron hechos contemplados en la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura* de 1984<sup>15</sup>. En tal caso procedería la competencia penal española en virtud del artículo 23 apartado 4 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que —de modo similar al § 6 num. 9 del Código penal alemán (StGB)— se remite a convenios internacionales penales<sup>16</sup>, como precisamente sería dicha Convención<sup>17</sup>. Vale la pena señalar que la (última) decisión de la *House of Lords* se apoya exclusivamente en los delitos de tortura y conspiración para la tortura e ignora los otros cargos, porque ya fueron rechazados por el ministro del Interior en la primera de sus decisiones que autorizaba el procedimiento de extradición (genocidio)<sup>18</sup> o porque no constituyen delitos que dan lugar a la extradición según el derecho británico (en particular, el secuestro, según la "Taking of Hostages Act 1982")<sup>19</sup>. En cuanto a la tortura, la *House of Lords* reconoce que rige el principio de justicia universal<sup>20</sup>.

No obstante, es preciso preguntarse si la competencia penal nacional puede fundamentarse retroactivamente, pues los hechos en litigio fueron cometidos antes de 1984. A este respecto, el fin de la prohibición de retroactividad no contradice una fundamen-

<sup>13</sup> Cfr. BALTASAR GARZÓN (nota 8), pág. 7; *Audiencia Nacional* (nota 9), 4.11.1998, págs. 13 y s.; 5.11.1998, págs. 11 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *Audiencia Nacional* (nota 9), 4.11.1998, págs. 13 y s.; 5.11.1998, págs. 12 y s., con referencia expresa a QUINTANO RIPOLLÉS.

<sup>15</sup> GAOR 39th Session, Resolutions, pág. 197 (para Alemania: BGBI 1990 II 247; para la versión española la BOE num. 268, de 9 de noviembre de 1987 [n.b.]).

<sup>16</sup> Cfr. BALTASAR GARZÓN (nota 8), pág. 7; *Audiencia Nacional* (nota 9), 4.11.1998, pág. 14; 5.11.1998, pág. 13.

<sup>17</sup> Según la Convención de Naciones Unidas contra la tortura todo Estado parte debe castigar él mismo los hechos o proceder a la extradición (arts. 5-8). La Convención, en especial el art. 5º, contempla varios principios relativos al derecho penal aplicable, entre otros el principio de justicia universal (véase más detenidamente *Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, págs. 172 y ss., en especial nota 47). La discusión acerca de si el § 6 num. 9 del StGB solo es aplicable respecto de aquellos convenios que consagren el principio de justicia universal (a favor TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*, 49/1999, § 6 marg. num. 9; en contra —con razón— SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, *StGB Kommentar*, 25/1997, § 6 marg. num. 10) resulta a este respecto irrelevante, pues para las torturas rige el principio de justicia universal (igualmente, PEPPER, *Brooklyn Journal of International Law* 18, 1997, pág. 372).

<sup>18</sup> Ver *supra* nota 3.

<sup>19</sup> HOUSE OF LORDS, nota 5, I 6 (BROWNE-WILKINSON) y, en particular, IV 2 ss., V págs. 1 y ss. (HOPE OF CRAIGHEAD).

<sup>20</sup> BROWNE-WILKINSON afirma: "[T]he *ius cogens* nature of the international crime of torture justifies states in taking universal jurisdiction over torture wherever committed" (nota 5, I 7).

tación retroactiva de la *competencia* jurídico-penal aplicable. La prohibición de retroactividad protege la confianza del sujeto en que no será castigado por una conducta que no era punible en el momento de realizarla<sup>21</sup>. Pero, los hechos en cuestión eran punibles en los Estados correspondientes —y, en particular, también en Chile— en el momento de su comisión<sup>22</sup>. El delincuente no merece protección, de modo que la no persecución en su propio país (Chile) constituya, en cualquier lugar y para siempre, un impedimento procesal para la persecución penal internacional o interestatal. Aunque existiera una violación de la prohibición de retroactividad, dicha violación debería ceder ante la gravedad de los crímenes internacionales aquí considerados. Si la misma Ley de Fronteras de la antigua República Democrática de Alemania (RDA) es considerada —en cuanto a la justificación de los disparos mortales en el muro— incompatible con los derechos humanos y, en consecuencia, inaplicable<sup>23</sup>, entonces, con más razón, tratándose de hechos mucho más graves, como la desaparición de personas o la tortura, la prohibición de retroactividad no puede evitar la persecución en estos casos. Por lo demás, contrariamente a lo que sucedía en el caso de los disparos mortales contra quienes intentaban traspasar el muro de Berlín, los delitos imputados al senador Pinochet carecían en el momento de su comisión de justificación formal alguna<sup>24</sup>.

La Audiencia Nacional también niega que se haya producido una violación de la prohibición de retroactividad respecto de la LOPJ vigente desde 1985, por tratarse de una norma procesal, a la que en principio no es aplicable dicha prohibición<sup>25</sup>. Así mismo, la *House of Lords*, en su primera decisión, niega la existencia de tal violación, ya que la competencia jurídica respecto de la extradición depende del momento del procedimiento (no del momento del hecho)<sup>26</sup>.

El recurso al principio de justicia universal es necesario porque en España no rige el principio de la personalidad *pasiva* (§ 7 ap. 1 StBG) —basado en la nacionalidad de la víctima—. Su falta puede ser interpretada como un olvido del legislador español, pues, por una parte, en España rige el principio de la personalidad *activa* —basado en la nacionalidad del delincuente— (véase art. 23 ap. 2 LOPJ; § 7 ap. 2 num. 1 StGB); y, por otra parte, la competencia jurídico penal aplicable de los tribunales espa-

<sup>21</sup> No obstante, en favor de un entendimiento objetivo del principio y en contra de la mera protección de la confianza, SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1976, págs. 213 y ss. (219 s.).

<sup>22</sup> El Código penal chileno de 1874 castiga tanto el homicidio (art. 390) como diversos tipos de lesiones (art. 395 ss.).

<sup>23</sup> Cfr. solo *BGHSt* 39, I, 14 (= JZ 1993, 199 con comentario de FIEDLER), así como *BVerfGE* 95, 96 (en *Neue Juristische Wochenschrift* = NJW 1997, 929; igualmente en: *EuGRZ* 1996, 538 y *JZ* 1997, 142 con comentario de STARCK). A este respecto, con más referencias, *Ambos, Strafverteidiger* (StV), 1997, págs. 39 y ss.; el mismo, *Juristische Arbeitsblätter* (JA), 1997, 983 ss.

<sup>24</sup> Sobre la inaplicabilidad ("Unzuständigkeit") general de la prohibición de retroactividad en caso de crímenes de Estado especialmente graves, NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, págs. 47 y ss.

<sup>25</sup> *Audiencia Nacional* (nota 9), 4.11.1998, pág. 7 s.; 5.11.1998, págs. 5 y s.

<sup>26</sup> *House of Lords*, nota 1, 1481 (*Lloyd*). Conforme, SIMMA/PAULUS, *Neue Zürcher Zeitung*, 27.11.1998, pág. 5.

ñoles se corresponde con la de los alemanes (véase solo el art. 23 ap. 4 de la LOJP con relación al § 6 StGB). Ciertamente, estos argumentos no afectan en modo alguno a las referidas dificultades a que se ve expuesta la fundamentación de la competencia penal española en el principio de justicia universal.

#### B) Otros Estados<sup>27</sup>

La competencia penal de otros Estados europeos, en los que igualmente se han presentado denuncias contra Pinochet<sup>28</sup>, se basa en los principios de personalidad o de justicia universal.

a) En *Bélgica* los hechos cometidos fuera de su territorio solo son punibles en los casos previstos por la ley (art. 4 Code Pénal)<sup>29</sup>. Al respecto, el artículo 10 apartado 5 Code de Procédure Pénale (CPP) contempla el *principio de la personalidad activa* y el artículo 10 apartado 3 en relación con el artículo 6 apartado 3 del Code de Procédure Pénal el *principio de justicia universal* para determinadas modalidades de falsificación de moneda —de forma similar al § 6 num. 7 del StGB—. Por otra parte, de acuerdo con disposiciones legales especiales, es posible la persecución universal de determinados hechos contemplados en acuerdos bilaterales, por ejemplo, acciones terroristas<sup>30</sup>. Mediante una ley de 16 de junio de 1993 se estableció la competencia judicial para perseguir violaciones graves de las Convenciones de Ginebra y sus dos protocolos adicionales. Se puso así (claramente) de manifiesto que estos delitos debían ser perseguidos universalmente con independencia de la naturaleza del conflicto<sup>31</sup>. Además, en virtud de la ley modificadora 230399 de 10 de febrero de 1999<sup>32</sup>, se extiende el deber de persecución a los crímenes contra la humanidad cometidos en tiempo paz o de guerra en el sentido del Estatuto de Roma<sup>33</sup>, incluida así, *inter alia*, la tortura.

b) La competencia penal *alemana* resulta prioritariamente del *principio de personalidad pasiva*. El § 7 I del StGB presupone —junto a la nacionalidad o la ascendencia germana de la víctima— que el derecho del lugar de comisión incluya preceptos penales que se correspondan con los del derecho alemán y que ninguna causa material

de exclusión de la pena impida su castigo (requisito de la “identidad de la norma”). Al respecto cabe remitirse al Dictamen del MPI y al parecer en el caso *Pinochet* ya citados<sup>34</sup>.

c) La competencia penal *francesa* se basa igualmente en el *principio de personalidad pasiva* (art. 113-7 C. P.; art. 689-1 C. P. P.). El *principio de justicia universal* rige en caso de delitos contra intereses estatales de Francia (art. 113-10 en relación con los arts. 410-1 bis y 414-9 C. P.) y también respecto de aquellos que se determinen en un convenio jurídico internacional, como es el caso de la tortura (art. 689-2 ss C. P. P.)<sup>35</sup>. El principio de justicia universal es acogido también por el art. 113-12 C. P., que establece con base en convenios internacionales la competencia penal francesa respecto de hechos cometidos en Alta Mar<sup>36</sup>. Por último, el artículo 212-1 del Code Pénal castiga la *desaparición (enlèvements de personnes suivis de leur disparition)* como “otro” delito contra la humanidad.

d) En *Italia* rige el principio de justicia universal, en especial con relación a convenios internacionales (art. 7 num. 5 *Codice Penale*<sup>37</sup>; similar al § 6 num. 9 StGB). Sin embargo, el principio de personalidad pasiva no rige, por lo que la situación jurídica es equiparable a la española.

e) En *Austria* se plantea como caso concreto el secuestro de 23 chilenos el 15 de junio de 1976 en la embajada búlgara en Santiago de Chile, que estaba bajo el protectorado austríaco. La competencia penal de Austria descansa por lo tanto en el *principio de protección*, que —en caso de violación de intereses nacionales— es aplicable *inter alia* también a los delitos de secuestro (§ 64 I num. 4 en relación con el §102 del Código Penal austríaco)<sup>38</sup>.

f) La competencia penal de *Suiza* se fundamenta en el *principio de personalidad pasiva* (art. 5 del Código penal suizo). Con relación al requisito de la punibilidad en el lugar del hecho, el *Schweizer Bundesgericht* (Tribunal Federal suizo) decidió que bastaba la punibilidad material del hecho en cuestión, al margen de presupuestos procesales, como la denuncia penal<sup>39</sup>. De ello cabe deducir que la amnistía concedida por el Estado en que se cometió el hecho —como impedimento procesal— no tiene que ser

<sup>34</sup> AMBOS (nota 7), 473 ss.; <<http://www.iuscrim.mpg.de>>.

<sup>35</sup> Cfr. PRADEL, *Droit pénal général*, 11996, págs. 267 y ss. Acerca de la competencia penal en caso de tortura, cfr. la sentencia de la *Cour de Cassation-chambre criminelle* de 6.1.1998, *Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique)* II, 10158, 1998, págs. 1758 y ss., con comentario de ROULOT.

<sup>36</sup> Art. 113-12: “La loi pénale française est applicable aux infractions commises au-delà de la mer territoriale, dès lors que les conventions internationales et la loi le prévoient”.

<sup>37</sup> Cfr. RIZ/BOSCH, *Italianisches Strafgesetzbuch/Codice penale italiano*, 1995, pág. 31. Si bien el requerimiento del Ministro de Justicia italiano a la Fiscalía de Milán para que inicie actuaciones penales, apunta a primera vista a favor de la aplicación del artículo 10 del *Codice penale*, es necesario excluirlo ya que de los tres requisitos acumulativos que contempla, de los cuales, el primero —la presencia del delincuente en territorio italiano— no se da.

<sup>38</sup> Cfr. FOREGGER/KODEK, *StGB*, 61997, § 64, pág. 193; acerca del principio de protección en general. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT*, 1985, pág. 32.

<sup>39</sup> *Schw. BGE* 99 IV, 257 y ss., 262: “... la plainte est exclusivement une condition de la poursuite pénale et relève par conséquent de la procédure. La punissabilité n'en dépend pas...” Críticamente, SCHULTZ, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 110 (1974), págs. 377 y ss., 378 y s.

<sup>27</sup> Por sus indicaciones a este apartado, agradezco a los colegas del MPI, que cito por orden alfabético: Holger Barth, Dr. Dr. h.c. Karin Cornils, Dr. Sabine Gleß, Ivo Gross, Susanne Hein, Luc Reydamns, Jan Woitschink e Ingeborg Zerbes [nota del autor].

<sup>28</sup> En Gran Bretaña el *Attorney General* rechazó la acción privada haciendo uso de su derecho *nolle prosequi* (*The Times*, 29.10.1998, 1). La querrela fue presentada después en Luxemburgo.

<sup>29</sup> Cfr. FRANCHIMONT/JACOBS/MASSET, *Manuel de Procédure Pénale*, 1989, págs. 1063 y ss.

<sup>30</sup> *Ibidem*, págs. 1071 y ss. A propósito de la posibilidad —por entonces ficticia— de persecución penal de *Pinochet* en base al Derecho de Nuremberg por parte de los tribunales belgas, DAVID, en *Le procès de Nuremberg*, 1988, págs. 89 ss. (168 y ss.).

<sup>31</sup> Cfr. Loi relative à la répression des infractions graves aux conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces conventions, en *Les Codes Larquier*, tome II, Droit pénal, 1995, pág. 402 y s.

<sup>32</sup> “Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire”.

<sup>33</sup> Sobre ello, véase *infra* nota 98.

atendida por los tribunales suizos. En supuestos de doble nacionalidad, Suiza, en principio, reconoce al Estado en que se produjo el hecho prioridad para la persecución<sup>40</sup>. Sin embargo, en nuestro caso no es aplicable este principio, puesto que en Chile no tuvo lugar persecución penal alguna. Por lo tanto, Suiza también puede sostener su competencia penal<sup>41</sup>.

g) En cuanto a los *países escandinavos*, el principio de *personalidad pasiva* rige en Suecia y Dinamarca —no así en Noruega—, pero solo respecto de hechos que hubieran tenido lugar en un ámbito no sometido a la soberanía de ningún Estado o no reconocido por el derecho internacional (cap. 2, § 3, num. 5 del Código Criminal sueco-C. Crim. S.; § 8 num. 3 del Código Penal danés-C. P. d.)<sup>42</sup>. El *principio de justicia universal* es aplicable en Suecia a los “delitos contra el derecho internacional” (cap. 2, § 3, num. 6 C. Crim. S.), es decir, infracciones contra el derecho internacional humanitario (cap. 2 § 6 C. Crim. S.), así como hechos realizados en el extranjero que estén sancionados con pena no inferior a cuatro años de privación de libertad (cap. 2 § 3 num. 7 C. Crim. S.), como el asesinato, el homicidio, el secuestro (cap. 3 § 1, § 2; cap. 4 § 1 C. Crim. S.) y el genocidio<sup>43</sup>, pero no así las coacciones mediante torturas (cap. 4 § 4 II C. Crim. S.). Respecto de hechos cometidos en el extranjero, la iniciativa de la acusación pública corresponde en general al gobierno (cap. 2 § 5 II C. Crim. S.). En Dinamarca rige el principio de justicia universal —de forma similar al § 6 num. 9 StGB— con base en los convenios interestatales que impongan una obligación de persecución penal (§ 8 num. 5 C. P. d.). La competencia noruega se extiende —con independencia de la *lex loci delicti*— a determinados hechos cometidos en el extranjero por extranjeros (§ 12 I num. 4 a CPnor), como el homicidio doloso (§ 233 C. P. nor.), la detención ilegal (§ 223 C. P. nor.) y las coacciones mediante tortura (§ 222 I S. 2 en relación con el § 232 S. 3 C. P. nor.). La persecución penal debe ser ordenada por el Rey (§ 13 I C. P. nor.).

## 2. CUESTIONES RELATIVAS A LA EXTRADICIÓN

Las solicitudes de extradición se basan en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (CEEEx)<sup>44</sup> que está vigente para todos los Estados que solicitaron la extradición del senador Pinochet<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. EUGSTER, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 73 (1958), págs. 143 ss. 147.

<sup>41</sup> Cfr. *Schw. BGE* (decisiones del Tribunal Federal de Suiza) 121 IV, 145 ff., 149: “Cabe no obstante prescindir excepcionalmente de la formulación del requerimiento en el Estado donde se cometió el hecho, máxime cuando hay indicios concretos de que al delincuente no se le ha impuesto una pena justa, quedando sin protección alguna los intereses de la víctima” (traducción del alemán).

<sup>42</sup> CORNILS/JAREBORG, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch - Brottsbalken*, Freiburg i.Br. 1999 (en preparación); CORNILS/GREVE, *Das dänische Strafgesetz - Straffeloven*, Freiburg i.Br. 1997.

<sup>43</sup> Ley núm. SFS 1964: 169.

<sup>44</sup> BGBI, 1964 II 1369, 1371; 1976 II 1778; 1982 I 2071; 1994 II 299 (= European Treaty Series 24). [El Instrumento de Ratificación español de 7 de mayo de 1982 fue publicado en el *BOE*, núm. 136, de 8 de junio de 1982 (n.b.)]

<sup>45</sup> España: 5.8.1982; Francia: 11.5.1986; Gran Bretaña: 14.5.1991; Suiza: 20.3.1976 (cfr. SCHOMBURG/LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 1998, págs. 426 y ss.).

### A) Doble incriminación

De acuerdo con el artículo 2º apartado 1, de este Convenio, procederá la extradición en caso de hechos que tanto la legislación del Estado requirente como la del requerido castiguen con pena o medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea por lo menos de un año, o con pena más grave<sup>46</sup>. Conforme al derecho británico<sup>47</sup>, relevante a este respecto, tratándose de hechos realizados en el ámbito de soberanía del Estado requirente (*territorial crimes*), solo interesa la punibilidad material según el derecho británico (la llamada “*English law approach*”, a diferencia de la “*Foreign law approach*”)<sup>48</sup>. Ahora bien, se hace extensivo el principio de territorialidad<sup>49</sup> —dominante en el ámbito jurídico angloamericano— a hechos extraterritoriales, puesto que —como en los delitos a distancia<sup>50</sup>— se finge una relación interna con el lugar del resultado del delito en cuestión<sup>51</sup>. Tratándose, como aquí, de hechos (completamente) *extraterritoriales*, en los que ni el lugar de la acción ni el del resultado están en el ámbito de soberanía del Estado requirente, la extradición presupone en todo caso la existencia de *alguna* competencia de Gran Bretaña<sup>52</sup>. Esta puede derivarse del principio de personalidad activa<sup>53</sup> o del principio de justicia universal<sup>54</sup>. En el presente caso entran en consideración —sujetos al principio de justicia universal— como “*extradition*

<sup>46</sup> Sobre este principio de doble incriminación (*double criminality*), cfr. GILBERT, *Aspects of Extradition Law*, 1991, págs. 47 y ss.; VAN DE WYNGAERT, en JAREBORG (Hrsg.), *Double Criminality*, 1989, págs. 43 yss.; LAGODNY, en *Schomburg/Lagodny* (nota 45), § 3 IRG marg. núm. 2 ss.

<sup>47</sup> *Extradition Act 1989*, in *The Law Reports. Statutes 1989 I 2*, chapter 33, pág. 1747.

<sup>48</sup> Cfr. La decisión de principio *Somchai Liangsvirasert v US* (All England Law Reports 1990, vol. 2, págs. 866 ss., 877 s.); a este respecto, JONES, *Jones on Extradition*, 1995, págs. 78 s., 87 s., 91. Cfr. sec. 2 (1)(a) *Extradition Act 1989* (nota 47): “conduct in the territory of a foreign state ... which, if it occurred in the United Kingdom, would constitute an offence ...”. Instructivo también sobre “jurisdiction and common law states”, GILBERT, *Web Journal of Current Legal Issues*, 1995 num. 2 <<http://webjcli.ncl.ac.uk/articles2/gilb2.html>>. De modo similar, según el derecho alemán, solo importa la punibilidad material (cfr. LAGODNY, en *Schomburg/LAGODNY* [nota 45] § 3 IRG marg. núm. 3 ss.).

<sup>49</sup> Cfr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983, págs. 54 ss., 161 ss.; RINIO, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 108 (1996), 354 ss. (367).

<sup>50</sup> Cfr. KLEINKNECHT/MEYER/GOßNER, *Strafprozeßordnung*, 1999, § 153 c, marg. num. 13.

<sup>51</sup> *Somchai Liangsvirasert v US* (nota 48), 877 s.: “... the inchoate crime is aimed at England with the consequent injury to English society ...”. Sobre la ampliación del lugar del hecho en general y en especial en la “*conspiracy*”, ya OEHLER (nota 49), págs. 250 ss., 255 ss. (257).

<sup>52</sup> Cfr. MULLAN, *Criminal Law Review (CLR)* 1997, 27, que propone, sin embargo, una regla de amplias miras, según la cual bastaría que el principio relativo al derecho penal aplicable, en el que el Estado requirente basa su competencia, estuviera reconocido por Gran Bretaña (*ibidem*, 28).

<sup>53</sup> Cfr. Sect. 2 (1)(b)(ii), en relación con (3)(a) *Extradition Act 1989* (nota 47), que reconoce el principio de personalidad activa. Cfr. por todos MULLAN (nota 52), 17 ss., 22, 24.

<sup>54</sup> Cfr. Sect. 2 (1)(b)(i), en relación con (2) *Extradition Act 1989* (nota 47): “... in corresponding circumstances equivalent conduct would constitute an extraterritorial offence against the law of the United Kingdom ...”. Acerca del progresivo reconocimiento en Gran Bretaña del principio de personalidad, cfr. MULLAN (nota 52), 19 s.

crimes" la tortura y la toma de rehenes<sup>55</sup>. Esto resulta también del artículo 7º apartado 2 del CEDH<sup>56</sup>. Por el contrario, la competencia no puede fundamentarse respecto de delitos contra nacionales españoles, porque el principio de personalidad pasiva no es reconocido por el derecho británico<sup>57</sup>.

En consecuencia, la *House of Lords*, en su segunda decisión de 24 de marzo de 1999, examinó si los cargos contenidos en la solicitud de extradición de España constituyen delitos perseguibles en Gran Bretaña. Puesto que el genocidio ya estaba excluido por la (primera) decisión del ministro del Interior<sup>58</sup>, quedaban como delitos susceptibles de motivar la extradición, con base en el principio de justicia universal, solamente la tortura y la toma de rehenes<sup>59</sup>. El único cargo respecto de este último delito, sin embargo, no constituye delito según el derecho británico<sup>60</sup>. Así, quedaba solamente el delito de tortura, incorporado al derecho británico por medio de la sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988, que entró en vigor el 29 de septiembre de 1988. Solamente a partir de este momento, puede considerarse este delito como *extradition crime* en el sentido de la sección 2 (2) del *Extradition Act* 1989, es decir, un delito extraterritorial<sup>61</sup>. Por otra parte —con base en la decisión en *Somchai Liangsiriprasert*<sup>62</sup>—, la conspiración para cometer un delito perseguible por los tribunales británicos, en este caso la tortura, también constituye un delito que puede dar lugar a la extradición, según la sección 2 (2) del *Extradition Act* de 1989. Así concluye lord Hope, representando a la mayoría de los lores:

"Accordingly the courts of this country could try Senator Pinochet for acts of torture in Chile and elsewhere after 29 September 1988, because they are extraterritorial"

<sup>55</sup> Cfr. ya *High Court*, nota 2, par. 7 ss. (34, 40); asimismo, de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), 1481 (*Lloyd*), 1496 (*Nicholls*). Según esto, se toman en consideración como base legal británica la *Criminal Justice Act* 1988 (sect. 134) y la *Taking of Hostages Act* 1982, que han incorporado al Derecho británico las Convenciones de las Naciones Unidas contra la tortura y contra la toma de rehenes.

<sup>56</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, el Estado requerido podrá denegar la extradición respecto de un hecho extraterritorial, cuando su legislación no autorice la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o exista un impedimento para la extradición referido al hecho concreto que motiva la solicitud.

<sup>57</sup> Por lo tanto, como con razón ha observado Lord *Lloyd*, los dos autos de procesamiento españoles "penden de un hilo" y la autorización de otros medios de prueba, en especial de la solicitud de extradición española, era extraordinariamente importante (*House of Lords* [nota 1], 1480 s.).

<sup>58</sup> Ver ya *supra* nota 18 y texto.

<sup>59</sup> En cuanto a la conspiración para el asesinato y para la tentativa de asesinato, Lord HOPE demuestra que estos hechos no son delitos respecto de los que quepa la extradición por falta de una competencia extra-territorial de los tribunales británicos con base en el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977, incorporado al derecho británico por la "Suppression of Terrorism Act 1978", ya que todos los hechos imputados ocurrieron antes de dicha incorporación -21.8.1978-. Por otro lado, los actos cometidos en Chile no son perseguibles en Gran Bretaña, ya que Chile no es parte de la Convención (nota 5, IV 6 y V 1 s.). Los demás lores aceptaron este argumento (ver, por todos, BROWNE-WILKINSON, nota 5, I 6).

<sup>60</sup> Cfr. HOUSE OF LORDS, nota 5, IV 5 s. (HOPE); de acuerdo —como los demás—, BROWNE-WILKINSON, I 6.

<sup>61</sup> Ver *supra* nota 54.

<sup>62</sup> Ver *supra* notas 48 y 51.

rial offences under section 134 of the Act of 1988. They could also try him here for conspiring in Chile or elsewhere after that date to commit torture, wherever the torture was to be committed, because torture after that date is an extraterritorial offence and the courts in England have jurisdiction over such a conspiracy at common law"<sup>63</sup>.

En consecuencia, los cargos se reducen drásticamente y quedan solamente tres: dos de conspiración para tortura, que se refieren a acontecimientos posteriores al 29 de septiembre de 1988 (contenidos en los cargos 2 y 4), y un acto individual de tortura (cargo 30), posterior a esa fecha. Señala lord HOPE:

"What is the effect of the qualification which I have just mentioned, as to the date on which these allegations of torture and conspiracy to torture first became offences for which, at the request of Spain, Senator Pinochet could be extradited? In the circumstances of this case its effect is a profound one. It is to remove from the proceedings the entire course of such conduct in which Senator Pinochet is said to have engaged from the moment he embarked on the alleged conspiracy to torture in January 1972 until 29 September 1988. The only offences of torture and conspiracy to torture which are punishable in this country as extra-territorial offences against the law of the United Kingdom within the meaning of section 2(2) of the Act of 1989 are those offences of torture and conspiracy to torture which he is alleged to have committed on or after 29 September 1988. But almost all the offences of torture and murder, of which there are alleged to have been about four thousand victims, were committed during the period of repression which was at its most intense in 1973 and 1974. The extradition request alleges that during the period from 1977 to 1990 only about 130 such offences were committed. Of that number only three have been identified in the extradition request as having taken place after 29 September 1988"<sup>64</sup>.

Es importante señalar, sin embargo, que, pese a la restricción de la imputación, los cargos de conspiración evidencian que no se trata de actos aislados o individuales de tortura —como podría parecer a primera vista por la limitación al acto individual de tortura en el caso del cargo 30—, sino que se imputa y pide la extradición por una política estatal y sistemática de tortura contra los enemigos del régimen<sup>65</sup>. Esto condicionó la denegación de la inmunidad (véase más adelante, 3) y la nueva decisión del ministro del Interior.

Además, uno de los lores (*Millet*) abundó en su argumentación a favor del derecho penal internacional, señalando que el Derecho consuetudinario internacional es parte del *common law* inglés y, por ello, la tortura ya era perseguible y punible antes de la entrada en vigor del *Criminal Justice Act* 1988. Así concluye: "that the courts of this country already possessed extraterritorial jurisdiction in respect of torture and conspiracy

<sup>63</sup> *House of Lords*, nota 5, V 2 s. (subrayado del autor); de acuerdo, BROWNE-WILKINSON, I 6.

<sup>64</sup> *Ibidem*, V 4 (HOPE) (subrayado del autor); para la mayoría, ver I 6 (BROWNE-WILKINSON).

<sup>65</sup> Así, señala Lord HOPE (*ibidem*, V 4): "... the allegation is that he was a party to the use of torture as a systematic attack on all those who opposed or who might oppose his government". "The significance of charges 2 and 4 may be said to lie in the fact that they show that a policy of systematic torture was being pursued when those acts were perpetrated".

to torture on the scale of the charges in the present case and did not require the authority of statute to exercise it<sup>66</sup>.

### B) Derecho procesal

Según el artículo 16 del Convenio Europeo de Extradición, el Estado requirente puede, en caso de urgencia, solicitar la detención provisional al Estado requerido, que decidirá de acuerdo con su legislación<sup>67</sup>. En la solicitud de detención provisional se hará constar la intención de cursar una solicitud de extradición. Además, debe indicarse el delito que motiva la solicitud de extradición, el tiempo y lugar de su comisión y, en la medida de lo posible, la filiación de la persona buscada (art. 16 ap 2 CEEEx).

En ese momento procesal, dado el carácter provisional de la detención, el gobierno, en principio, todavía no tiene que intervenir. Por lo tanto, para la detención provisional de Pinochet, el requerimiento español pudo plantearse directamente a la justicia británica —sin intervención del ejecutivo—<sup>68</sup>. En cambio, la extradición definitiva debe ser aprobada por el ministro del Interior británico, que en virtud de su poder discrecional de autorización puede atender a consideraciones políticas (véase art. 22 de la CEDH en relación con el derecho nacional, como el § 74 ley alemana sobre cooperación jurídica internacional en materia penal (IRG) o la sección 9 (8)(i) y (ii) en relación con sect. 12 *Extradition Act 1989*)<sup>69</sup>.

### C) Obstáculos a la extradición

De acuerdo con el artículo 3° del Convenio Europeo de Extradición no procede la extradición en caso de *delitos políticos*. El primer Protocolo Adicional al CEEEx de 15 de octubre de 1975 (PA I), determina a este respecto que el genocidio y las violaciones graves de las Convenciones de Ginebra, así como otras violaciones del derecho de

<sup>66</sup> *House of Lords*, nota 5, IX 1.

<sup>67</sup> Para el derecho británico, cfr. sect. 7 ss. *Extradition Act 1989* (nota 47), así como la *European Convention on Extradition Order 1990* (Statutory Instrument 1990/1507), que incorpora el CEEEx (Halsbury's Statutory Instruments 8, 1996, pág. 7). Según el art. 16 (4) CEEEx, la detención provisional podrá concluir a los 18 días, si la solicitud de extradición no es presentada, y en ningún caso podrá superar los 40 días. Cfr., igualmente, *High Court* (nota 2), par. 19 ss.

<sup>68</sup> Sin embargo, el juez competente, una vez que acuerde la detención provisional, debe informar al Ministro del Interior, que no obstante podrá revocar la orden de detención o impedir la continuación del procedimiento (sect. 8 (4) *Extradition Act 1989*, [nota 47]). En el presente caso, el ministro del Interior no hizo uso de estas atribuciones, pese a estar habilitado para ello, para lo que tenía, según la *High Court*, una facultad de carácter discrecional, que no obliga a ocuparse del control de legalidad [*High Court*, nota 2, par. 35; en igual sentido la *House of Lords*, nota 1, 1482 (*Lloyd*)].

<sup>69</sup> Cfr. *High Court* (nota 2), par. 25 ss.; *House of Lords* (nota 1), 1487 (*Slynn*), 1494 s. (*Lloyd*), 1502 (*Nicholls*), considerando por ello irrelevantes en el procedimiento judicial cualesquiera consideraciones políticas. Acerca del derecho alemán, cfr. LAGODNY (nota 45), § 12 IRG, marg. num. 11 ss.

guerra equiparables, no pueden ser consideradas como delitos políticos. Sin embargo, esta disposición no es aplicable al presente caso, porque el PA I no ha sido ratificado por Gran Bretaña<sup>70</sup> y porque los crímenes contra la humanidad, en especial la “desaparición”, no están comprendidos en ella. Pero, esto no significa que tales hechos deban ser considerados como delitos políticos y, por lo tanto, como impedimento para la extradición. Más bien, atendiendo a la finalidad del PA I y a la tendencia general a la criminalización de los delitos contra la humanidad, debe prevalecer la opinión de que tales hechos punibles no pueden ser considerados como delitos políticos.

La *Amnistía* chilena promulgada en 1978<sup>71</sup> no impide una persecución penal basada en el *principio de personalidad pasiva*, pues esta depende exclusivamente de la punibilidad material en el lugar del hecho, no de obstáculos procesales<sup>72</sup>. Ello se debe a que el principio de personalidad pasiva atribuye al país de origen una potestad punitiva propia, que se deriva del hecho cometido y que no puede ser anulada por preceptos (procesales) opuestos. Sucedería lo mismo si la persecución se basara en el *principio de justicia universal*, puesto que una autoamnistía general, como la chilena, va directamente en contra de la persecución (universal) de los crímenes internacionales más graves. Y, en consecuencia, es contraria al derecho internacional<sup>73</sup>. Esto mismo ha decidido la Audiencia Nacional<sup>74</sup> y, por otra parte, la Corte Suprema de Justicia chilena ha declarado inaplicable la amnistía en tanto el delincuente o la víctima no hayan sido todavía determinados<sup>75</sup>.

Podría discutirse, en este contexto, hasta qué punto cabe ignorar la amnistía en caso de otros principios del derecho penal aplicable. En lo que toca al *principio de la justicia supletoria*, esto ha sido cuestionado fundadamente por ESER, ya que entonces la persecución penal se lleva a cabo en lugar de otro Estado, es decir no se trata de la imposición de la propia competencia penal, y, por lo tanto, debe atenderse a la voluntad de persecución penal de ese otro Estado<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. SCHOMBURG/LAGODNY (nota 45) pág. 466 s. Vid. también el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, *IBÍDEM*, pág. 499 [el Instrumento de Ratificación español de 20 de mayo de 1980 se publicó en el *BOE*, el 8 de octubre de 1980, y la corrección de errores el de 31 de agosto de 1982 (n.b.)].

<sup>71</sup> Decreto-ley 2.191. Cfr. *AMBOS* (nota 17), págs. 101 s.

<sup>72</sup> Cfr. —para Alemania— *RGSr* 40, 402 y ss.; *BGH NJW* 1954, 1086; 1992, 2775; *BGHSt* 2, 161; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, (nota 17), § 7 marg. num. 11; ESER, *JZ* 1993, 875 (con más referencias en la p. 878); TRÖNDLE, en: *Leipziger Kommentar*, 1998, § 7 marg. num. 6. Cfr. también, *AMBOS*, (nota 17), págs. 474 ss.

<sup>73</sup> Cfr. *AMBOS* (nota 17), págs. 209 ss., con más referencias. Sobre la amnistía chilena, *IBÍDEM*, págs. 238 s., 239 ss. Impreciso, *House of Lords* (nota 1), 1490, 1494 s. (*Lloyd*).

<sup>74</sup> *Audiencia Nacional* (nota 9), 4.11.1998, págs. 14 s.; 5.11.1998, págs. 14 s., con más referencias sobre el principio de protección.

<sup>75</sup> Sentencia de 9.9.1998 en el caso *Poblete Córdova*. Sobre esta nueva jurisprudencia, ver *AMBOS, Impunidad y derecho penal internacional*, Buenos Aires, 1999, cap. III., C. II. 1.1.

<sup>76</sup> Cfr. ESER, *JZ* 1993, 876 ss.; críticamente, desde el punto de vista del derecho internacional, véase también PAPPAS, *Stellvertretende Strafrechtspflege*, 1996, págs. 69 ss., 177 ss. (192 ss.).

## 3. INMUNIDAD DE UN EX-JEFE DE ESTADO

## A) Nota preliminar: inmunidad estatal e inmunidad diplomática

En principio, un jefe de Estado únicamente goza de inmunidad *estatal*, es decir de inmunidad *personal* derivada del Estado *ratione personae* (como se verá a continuación). Esta debe distinguirse de la inmunidad *diplomática*, que se otorga solo a los "agentes diplomáticos" acreditados (véanse arts. 29 y 31, en relación con el 1 e, todos de la CVRD<sup>77</sup>). Las misiones especiales requieren un acuerdo particular entre el Estado receptor y el Estado acreditante<sup>78</sup>. En el caso Pinochet, ante todo se descarta la inmunidad diplomática por razones *fácticas*, pues un pasaporte diplomático no puede fundamentar por sí solo el status diplomático<sup>79</sup>. En cambio, tiene significación general para el régimen jurídico de la inmunidad el principio de derecho diplomático, conforme al cual, respecto de hechos realizados *vigente el status*, la inmunidad sigue desplegando sus efectos, incluso después de que aquél se hubiera extinguido *ratione materiae* (art. 39.2 de la CVRD)<sup>80</sup>. Esto pone de manifiesto, con relación a un jefe de Estado —que es de lo que se trata—, que la inmunidad *estatal* y la *diplomática* se relacionan, pues ambas se refieren en igual medida a las funciones soberanas que competen al jefe del Estado<sup>81</sup>.

Por lo que se refiere a la inmunidad *estatal*, rige el principio de derecho internacional consuetudinario de que un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro<sup>82</sup>. Esta inmunidad se extiende también a los órganos del Estado, en especial al jefe del Estado<sup>83</sup>, respecto de acciones llevadas a cabo durante su mandato —*incluso una vez*

<sup>77</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18.4.1961, BGBl 1964 II 959 [para el Instrumento de adhesión español, BOE, 24 de enero de 1968 (n.b.)]. Cfr. también §§ 18-20 GVG.

<sup>78</sup> Cfr. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 1984, §§ 915 y ss.; BOTHE, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (ZaöRV)*, 31 (1971), 264 ss.; cfr. también FASTENRATH, *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* de 20.10.1998, 9.

<sup>79</sup> De acuerdo con este respecto, *House of Lords* (nota 1), 1482 s. (*Lloyd*).

<sup>80</sup> Cfr. OEHLER (nota 49), pág. 362. En principio, la persecución penal es admisible una vez se haya extinguido el status, cfr. PFEIFFER, en *Karlsruher Kommentar: Strafprozeßordnung (KK.StPO)*, 1993, § 18, GVG, marg. num. 6; GORNIG, *Neue Justiz* (NJ) 1992, 4 ss. (13).

<sup>81</sup> La conexión está particularmente clara cuando un jefe de Estado viaja al extranjero (cfr. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, 1997, págs. 29 ss., 30).

<sup>82</sup> VERDROSS/SIMMA (nota 78), §§ 1168 ss.; BROWNLE, *Principles of Public International Law*, 1998, págs. 325 ss.; MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 1997, págs. 118 ss.; fundamental, BOTHE (nota 78), 247 ss.; BRÖHMER (nota 81), págs. 9 ss. Cfr. art. 6 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (*International Legal Materials* = , 30, 1991, 1554; en lo sucesivo, "Proyecto ILC"), así como el art. 3° del Proyecto de la Organización de Estados Americanos (*ILM*, 22, 1983, 292; "Proyecto-OEA"); a este respecto también BRÖHMER (nota 81), págs. 125 ss., 136 ss.

<sup>83</sup> Cfr. OEHLER (nota 49), p. 361; SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrecht*, 1994, págs. 316 ss. (323). Inmunidad *personal* ilimitada (*ratione personae*) poseen —además del jefe del Estado— solo los diplomáticos. En caso de cónsules y miembros del gobierno existen amplias excepciones (cfr. DAHM, *Festschrift Nikisch*, 1958, págs. 153 ss. [168, 170]; BOTHE, [nota 78], 264). La inmunidad *material* (*ratione materiae*) alcanza en cambio a todos los órganos del Estado, puesto que se refiere a la actividad soberana del Estado (cfr. DAHM, *op. cit.*, págs. 167 ss.).

*concluido este* (análogamente, el art. 39.2 de la CVRD)<sup>84</sup>. El principio está ampliamente codificado en el ámbito jurídico angloamericano<sup>85</sup>, mientras que en la Europa continental ha sido acogido esencialmente por la jurisprudencia<sup>86</sup>.

En derecho *alemán* el principio está reconocido mediante la remisión a las reglas del derecho internacional (§ 20 II de la *Gerichtsverfassungsgesetz-GVG*)<sup>87</sup>. Esto significa además que también deben atenderse las limitaciones a la inmunidad resultantes de las reglas generales —es decir, del derecho internacional consuetudinario y los principios jurídicos generales (art. 25 *Grundgesetz-GG*)<sup>88</sup>—. La jurisprudencia de mayor rango había reconocido, antes de la reunificación, la inmunidad del antiguo jefe del Estado de la República Democrática de Alemania Erich Honecker<sup>89</sup>, mientras que después ha rechazado en términos generales la inmunidad de los órganos del Estado de la antigua RDA, porque tal exención jurisdiccional no podía sobrevivir a la existencia del Estado<sup>90</sup>. Las resoluciones más recientes para determinar, de conformidad con el § 13 a *Strafprozeßordnung* (StPO), el Tribunal competente en los procesos contra la cúpula militar y contra Pinochet<sup>91</sup>, muestran que ahora el BGH se inclina —también en casos de continuidad del Estado— por una consideración restrictiva de la inmunidad (a este respecto más detenidamente *infra*).

En el derecho *británico*, la inmunidad del jefe del Estado se infiere fundamentalmente de la sección 1, 14 de la *State Immunity Act 1978* (SIA)<sup>92</sup>, cuya Parte I, sin embargo, no es aplicable al proceso penal (sec. 16 [4])<sup>93</sup>. En cambio, la inmunidad respec-

<sup>84</sup> Cfr. BOTHE (nota 78), pág. 263, así como la nota 96, *infra* y el texto.

<sup>85</sup> Cfr. —por lo que hace al caso— la *State Immunity Act 1978* (SIA), en *The Law Reports. Statutes 1978* I, chapter 33, p. 715 = *ILM*, 17 (1978), 1123 ss. Cfr. también la *US-Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (FSIA), en: 28 U.S.C.A. §§ 1602 ss. 1994, entregas adicionales de 1998. Al respecto, también, BRÖHMER (nota 81), p. 51 ss., 84 ss.; PEPPER (nota 17), 322 ss., 332 ss.; en favor de una modificación del FSIA para permitir reclamaciones por violaciones de *ius cogens*: LEVY, *The Georgetown Law Journal* 86 (1998), págs. 2703 y ss. (2729 y ss).

<sup>86</sup> Cfr. un resumen en BRÖHMER (nota 81), págs. 51 ss. Cfr. también la *European Convention on State Immunity* (EC SI) de 16.5.1972, art. 15 (BGBl 1990 II 34 = *ILM* 11, 1972, 470 ss.).

<sup>87</sup> PFEIFFER (nota 80), § 20 GVG marg. num. 2.

<sup>88</sup> JARASS/PIEROOTH, *Grund Gesetz (GG)*, 1997, art. 25 marg. num. 6.

<sup>89</sup> *BGHSt* 33, 97 = *JZ* 1985, 299 (a este respecto, BLUMENWITZ, *JZ* 1985, 614): rehusó determinar la competencia jurisdiccional de conformidad con el § 13 a StPO a causa de la inmunidad de derecho internacional.

<sup>90</sup> *BVerfG* DtZ 1992, 216. A este respecto es útil recordar que el § 20 I GVG (BGBl. 1984 I 990) fue introducido pensando fundamentalmente en los representantes de la antigua RDA (PFEIFFER [nota 80], § 20 GVG, marg. num. 1).

<sup>91</sup> *BGH*, resolución de 17.6.1998 - 2 Ar 80/98; resolución de 18.11.1998 - 2 ARs 471/98 y 474/98.

<sup>92</sup> Cfr. *supra* nota 85. La FSIA (nota 85) regula solo la inmunidad del Estado (§ 1604), en tanto que la inmunidad de los órganos del Estado, a lo sumo, puede tener cabida en el § 1603 (b) —"instrumentality of a foreign state". Sin embargo, además existe la "common law head-of-state immunity", vigente ya antes de 1976 (*Lafontaine v. Aristide*, 844 p. Supp. 128 (136 ss.), 1994 U.S. Dist. Lexis 641 (1994); a este respecto, críticamente DELLAPENNA, *American Journal of International Law-AJIL* 1994, 528 ss.; cfr. también 28 U.S.C.A. § 1603, num. 7 ss.).

<sup>93</sup> De acuerdo a este respecto —en cambio, en contra, la defensa-, *House of Lords* (nota 1), 1464 s. (*Slynn*), 1491 s. (*Lloyd*), 1497 (*Nicholls*), 1504 s. (*Steyn*).

to a la jurisdicción penal solo resulta<sup>94</sup> de la sección 20 de la SIA en relación con los artículos 29, 31 y 39 de la CVRD<sup>95</sup>. La eficacia ulterior se desprende del ya citado artículo 39.2 de la CVRD, que consecuentemente debe ser objeto de una lectura analógica: "with respect to official acts performed by a head of State in the exercise of his function as head of state, immunity shall continue to subsist"<sup>96</sup>. De esta forma, en principio, un ex jefe de Estado disfruta igualmente de inmunidad. La *House of Lords* ha considerado a Pinochet como jefe del Estado en el momento de los hechos, y con ello también ha incluido en el ámbito de protección de la inmunidad su dominio, inicialmente *de facto*, como presidente de la Junta Militar concediéndole la inmunidad *ratione materiae* como ex jefe de Estado<sup>97</sup>.

### B) ¿Procede también la inmunidad estatal en caso de crímenes internacionales?

a) *Las decisiones de la High Court y de la House of Lords*. El asunto central es si, ante la jurisdicción penal nacional (no chilena), la inmunidad estatal de un (ex) jefe de Estado, tratándose de *crímenes internacionales*, tiene excepciones, y, en caso afirmativo, cómo pueden fundamentarse estas. No se discute que tales excepciones existen en el ámbito internacional<sup>98</sup> y, por lo tanto, no podría impedirse la persecución penal internacional<sup>99</sup>. Tan solo se cuestiona si esto, como expresión de la creciente protección de los derechos humanos por parte del derecho internacional penal, puede tener

<sup>94</sup> Cfr., de acuerdo, *House of Lords* (nota 1), 1465 y ss. (*Slynn*); 1492 y ss. (*Lloyd*); 1499 s. (*Nicholls*); 1504 s. (*Steyn*). En los resultados, igualmente, *High Court* (nota 2), págs. 45 ss. (56), que sin embargo ha pasado por alto la sec. 16 (4) SIA (nota 85).

<sup>95</sup> La CVRD fue incorporada al derecho británico por la *Diplomatic Privileges Act 1964* (DPA, en *The Law Reports Statutes*, 1964 II, chapter 81, pág. 1261).

<sup>96</sup> Así [con el subrayado del autor], la formulación del representante de la acusación Alun Jones aceptada por la *House of Lords* y las partes (*House of Lords* [nota 1], 1493 [*Lloyd*]; en las conclusiones lo mismo 1470 s. [*Slynn*], 1499 s. [*Nicholls*], 1504 s. [*Steyn*]). La SIA (nota 85) coincide en los resultados con el *common law*, que incorpora el Derecho consuetudinario internacional al derecho interno, cfr. *House of Lords* (nota 1), págs. 1483 y ss., 1493 s. (*Lloyd*); en los resultados, lo mismo 1501 (*Nicholls*).

<sup>97</sup> *House of Lords* (nota 1), 1 1464 (*Slynn* con referencia a la demanda de extradición española), 1479 s. (*Lloyd*), 1496 s. (*Nicholls*); 1502 s. (*Steyn*). Véase también *House of Lords*, nota 5, 1 2 s. (*Browne-Wilkinson*); V 5 s. (*Hope*); (*Saville*); X 3 s. (*Phillips*). Con ello se cuestiona también el momento de su reconocimiento formal como jefe del Estado, cfr. *High Court* (nota 2), par. 4 (26.6.1974), de una parte, y BALTASAR GARZÓN (nota 8), pág. 6 (17.12.1974), de otra.

<sup>98</sup> Cfr. art. 7º del Estatuto del Tribunal Internacional Militar (TIM) de Nuremberg [UNTS 82 (1951), 280]; art. 6 del Estatuto del TIM de Tokyo (in: BASSIOUNI, *Crimes against Humanity*, 1992, pág. 606); art. 7 (2) del Estatuto del Tribunal para la exYugoslavia (UN-Doc. S/RES/827 (1993), en HRLJ 1993, 197 ss.); art. 6 (2) Estatuto del Tribunal para Ruanda (UN-Doc. S/RES/955); así como, recientemente, el art. 27 del Statute of the International Criminal Court, es decir, el llamado Estatuto de Roma (UN-Doc. A/Conf. 183/9, en ILM, 1998, págs. 999 ss.). Sobre el Estatuto de Roma, cfr. *AMBOS*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, 3743 ss.; el mismo, *ZStW* 1999, págs. 175 y ss.

<sup>99</sup> Incluso los lores favorables a la inmunidad (de conformidad con el derecho interno) tienen esta opinión, cfr. la nota introductoria de *Slynn* (*House of Lords* [nota 1], 1460): "If the question ... were whether these allegations should be investigated by a Criminal Court in Chile or by an International Tribunal, the answer, subject to the terms of any amnesty, would surely be yes" (véase asimismo pág. 1473 y *Lloyd*, 1491).

repercusiones en el régimen jurídico nacional de la inmunidad. La *High Court* ha venido en resumen a negarlo, la *House of Lords* lo afirma en sus dos decisiones, aunque limitando temporalmente la excepción en la última.

En el proceso ante la *High Court*, Lord Chief Justice Bingham, pese a reconocerle "some attraction", rechazó la argumentación de que los crímenes internacionales en cuestión<sup>100</sup> quedan al margen de las funciones de un jefe de Estado, y por lo tanto no estarían amparados por la inmunidad. En síntesis, se apoyó en dos razones. Por una parte, no "cualquier desviación de la correcta praxis democrática" (!) implicaría la exclusión de la inmunidad; por otra, solo con dificultad podría delimitarse qué hechos estarían amparados por la inmunidad y cuáles no<sup>101</sup>. En todo caso, lord Bingham tampoco se ha interesado especialmente por tal determinación.

Esto quedó reservado al proceso ante la *House of Lords*, donde esta cuestión jugó un papel decisivo. En la primera decisión, la mayoría de los lores (Nicholls, Steyn, Hoffmann) sostuvo que determinados hechos, en especial torturas y toma de rehenes (terrorista), no constituyen funciones de un jefe de Estado reconocidas por el derecho internacional<sup>102</sup> y, por lo tanto, tampoco podrían ser atribuidas al Estado para excluir la responsabilidad penal personal del primer mandatario<sup>103</sup>. Así pues —contrariamente a lo que plantea la *High Court*—, debería y podría trazarse un límite, de forma que determinados hechos no constituyen "official acts performed undertaken in the exercise of the functions of a Head of State"<sup>104</sup>. Sin embargo, el baremo no podría ser el derecho nacional —posiblemente arbitrario—, sino solo el derecho internacional. Según esto, ya desde el momento del golpe en Chile (1973), el genocidio, la tortura, la toma de rehenes y los crímenes contra la humanidad, serían considerados punibles y, en consecuencia, no podrían incluirse entre las funciones de un jefe de Estado<sup>105</sup>. Por su parte, la defensa distinguió entre autores mediatos e inmediatos: si *Pinochet* hubiera cometido los hechos por sí mismo, entonces en principio no existiría inmunidad. Esta diferenciación es, sin embargo, insostenible<sup>106</sup>. En fin, la opinión minoritaria (*Slynn*, *Lloyd*)

<sup>100</sup> Cfr. *High Court* (nota 2), par. 57, donde hace alusión al asesinato sistemático y torturas de la oposición política o *ibidem*, par. 64 ss, respecto al genocidio, a las torturas y la toma de rehenes en el sentido de la correspondiente Convención.

<sup>101</sup> *High Court* (nota 2), par. 63: "But a former head of state is clearly entitled to immunity in relation to criminal acts performed in the course of exercising public functions. One cannot therefore hold that any deviation from good democratic practice is outside the pale of immunity. If the former sovereign is immune from process in respect of some crimes, where does one draw the line?" (subrayados del autor).

<sup>102</sup> *House of Lords* (nota 1), 1500 (*Nicholls*): "... international law has made plain that certain types of conduct ... are not acceptable conduct on the part of anyone. This applies as much to heads of State ... as it does to everyone else; the contrary conclusion would make a mockery of international law".

<sup>103</sup> *House of Lords* (nota 1), 1501 s. (*Nicholls*): "Acts of torture and hostage-taking, outlawed as they are by international law, cannot be attributed to the State to the exclusion of personal liability".

<sup>104</sup> *House of Lords* (nota 1), 1506 (*Steyn*).

<sup>105</sup> *House of Lords* (nota 1), 1506 s. (*Steyn*).

<sup>106</sup> *Ibidem* (1506): "It is apparently conceded that if he personally tortured victims the position would be different. This distinction flies in the face of an elementary principle of law ... that there is no distinction to be drawn between the man who strikes, and a man who orders another to strike".

argumentó que ciertamente el derecho internacional no incluye entre las "specific functions" de un jefe de Estado los crímenes internacionales, pero estos deben ser considerados como acciones en el ejercicio del cargo, puesto que habrían sido cometidos por lo menos en relación con el ejercicio del cargo y serían "governmental in nature" (Lloyd)<sup>107</sup>. Desde luego, la inmunidad estatal estaría cada vez más limitada por el derecho internacional, pero estas limitaciones no podrían sin más ser incorporadas al derecho nacional<sup>108</sup>. En defecto de un convenio jurídico internacional general, habría que examinar para cada delito si tal posibilidad se contempla en un convenio específico de derecho internacional penal, que obligue a los Estados afectados, y limite la inmunidad. Los convenios que aquí interesan sobre la tortura, genocidio y toma de rehenes no contemplan —tal y como han sido incorporados al derecho británico— ninguna excepción a la inmunidad de un jefe de Estado<sup>109</sup>.

En su última decisión, la *House of Lords* siguió la tesis minoritaria de la primera, al estimar necesario un convenio internacional, concretamente la Convención de la ONU contra la Tortura, para fundamentar excepciones al principio de inmunidad estatal<sup>110</sup>. De este modo, la inmunidad de Pinochet solamente dejaría de existir con la ratificación de la Convención por los Estados afectados (Reino Unido, España y Chile), concretamente con la última ratificación, por parte del Reino Unido el 8 de diciembre de 1988<sup>111</sup>. En cuanto al efecto de la Convención sobre la inmunidad *ratione materiae*, la abrumadora mayoría de los lores (seis votos a uno) considera que la inmunidad estatal es incompatible con la *raison d'être* de la Convención. Puesto que este instrumento internacional establece un sistema de jurisdicción universal para casos de tortura por parte de funcionarios públicos (del jefe del Estado al simple subordinado), el reconocimiento de inmunidad estatal respecto de estos hechos supondría una incoherencia valorativa: "How can it be for international law purposes an official function to

<sup>107</sup> *House of Lords* (nota 1), 1468 (*Slynn*): "under colour of or in ostensible exercise of the head of State's public authority"; 1487 (*Lloyd*): "under colour of sovereign authority". *Lloyd* va más allá (1488): "It is a regrettable fact that almost all leaders of revolutionary (*sic!*) movements are guilty of killing their political opponents ... Yet it is not suggested (I think) that the crime of murder puts the successful revolutionary beyond the pale of immunity..."

<sup>108</sup> *House of Lords* (nota 1), 1473 (*Slynn*): "That international law crimes should be tried before international tribunals or in the perpetrator's own state is one thing; that they should be impleaded without regard to a long-established customary international law rule in the Court of other states is another".

<sup>109</sup> Cfr. *House of Lords* (nota 1), 1473 y ss., IV 1 ss. (*Slynn*), donde no incluye al jefe del Estado en el concepto de "public official" en el sentido de la sect. 134 *Criminal Justice Act* 1988 (nota 55) y, con relación a la Convención relativa al genocidio, indica que su art. 4 no ha sido incorporado al derecho británico (igual, *Lloyd*, op. cit., 1488 s.). Esta es una —poco convincente— interpretación estrictamente dualista y hostil al derecho internacional que se aparta radicalmente de otras declaraciones del propio *Slynn*.

<sup>110</sup> En efecto, lord BROWNE-WILKINSON "duda" que un crimen internacional de tortura cometido antes de la entrada en vigor de la convención sea base suficiente para justificar, en atención a su naturaleza de *ius cogens*, excepciones a la inmunidad (*House of Lords*, supra nota 5, I 4).

<sup>111</sup> *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (BROWNE-WILKINSON); VIII 2 (SAVILLE). Incluso cabría haber tomado como fecha de caducidad de la inmunidad el 30 de octubre de 1988, día de la ratificación de Chile; España la ratificó ya el 21 de octubre de 1987, cfr. *ibidem*, VI 3 (HOPE).

do something which international law itself prohibits and criminalises?"<sup>112</sup>. Por otra parte, si al ex jefe del Estado se le concediera inmunidad, el responsable máximo escaparía de persecución penal, mientras que los subordinados serían penalmente responsables<sup>113</sup>. Por ello, la organización de un sistema de tortura no puede ser entendida como *función* oficial, pues viola el derecho internacional.<sup>114</sup> Lord GOFF considera en solitario que la Convención contra la Tortura no excluye la inmunidad estatal, porque la derogación del principio requiere una norma explícita (un "waiver") que no existe.<sup>115</sup> Este argumento, sin embargo, justamente ignora la *raison d'être* de la Convención y supone que había algo que derogar. Lo que sucede no es esto, sino más bien que las obligaciones derivadas de la Convención son tan fuertes que suprimen la inmunidad *ratione materiae*<sup>116</sup>. El principio *aut dedere aut iudicare*, establecido en el artículo 7º de la Convención, implica además que el Estado que quiere juzgar a un presunto responsable de un delito de tortura tiene que solicitar su extradición al Estado que lo tiene

<sup>112</sup> *House of Lords*, supra, nota 5, I 4 (BROWNE-WILKINSON); véase también VI 1 y ss., 2 (HOPE): "... it was no longer open to any state which was a signatory to the Convention to invoke the immunity *ratione materiae* in the event of allegations of systematic or widespread torture committed after that date being made in the courts of that state against its officials or any other person acting in an official capacity"; VII 4 (HUTTON): "The Torture Convention makes it clear that no state is to tolerate torture by its public officials or by persons acting in an official capacity ..."; IX 2 (MILLET): "International law cannot be supposed to have established a crime having the character of a *ius cogens* and at the same time to have provided an immunity which is co-extensive with the obligation it seeks to impose"; X 3 (PHILLIPS): "If Senator Pinochet behaved as Spain alleged, then the entirety of his conduct was a violation of the norms of international law. He can have no immunity against prosecution for any crime that formed part of that campaign".

<sup>113</sup> *House of Lords*, supra nota 5, I 4 (BROWNE-WILKINSON): "Yet, if the former head of state has immunity, the man most responsible will escape liability while his inferiors (the chiefs of police, junior army officers) who carried out his orders will be liable. I find it impossible to accept that this was the intention".

<sup>114</sup> *House of Lords*, supra nota 5, 14 (BROWNE-WILKINSON): "... if, as alleged, Senator Pinochet organised and authorised torture after 8 december 1988, he was not acting in any capacity which gives rise to immunity *ratione materiae* because such actions were contrary to international law, ...". Esto, sin embargo, no quiere decir que los actos de Pinochet fueron actos privados, lo que no depende de su legalidad o ilegalidad (*ibidem*, VI 4, HUTTON; X 1, PHILLIPS), sino, sencillamente, que no correspondían a las funciones oficiales de un jefe de Estado: "... alleged acts of torture by Senator Pinochet were carried out under colour of his position as head of State, but they cannot be regarded as *functions* of a head of State under international law when international law expressly prohibits torture ..." (*ibidem*, VII 4, HUTTON; subrayado del autor).

<sup>115</sup> Cfr. *House of Lords*, supra nota 5, III 2 y ss. (IV 1): "... the fact that 116 states have become party to the Torture Convention reinforces the strong impression that none of them appreciated that, by signing the Convention, each of them would silently agree to the exclusion of state immunity *ratione materiae*".

<sup>116</sup> *House of Lords*, supra, nota 5, VI 2 s. (HOPE): "It is just that the obligations which were recognised by customary international law in the case of such serious international crimes by the date when Chile ratified the Convention are so strong as to override any objection by it on the ground of immunity *ratione materiae* to the exercise of the jurisdiction ..." Véase también *ibidem* VIII 2 (SAVILLE): "I do not reach this conclusion by implying terms into the Torture Convention, but simply by applying its express terms. A former head of State who it is alleged resorted to torture for state purposes falls in my view fairly and squarely within those terms and on the face of it should be dealt with in accordance with them." (subrayado del autor); *IBIDEM* IX 2 (MILLET): "In my opinion there was no immunity to be waived. ... The international community had created an offence for which immunity *ratione materiae* could not possibly be available".

de detenido. Chile no lo hizo, así que el Reino Unido tiene que juzgar a Pinochet o extraditarlo<sup>117</sup>.

b) *Sobre la limitación de la inmunidad en base a consideraciones jurídico comerciales.* La opinión minoritaria de la primera decisión de los Lords sostiene con razón que las excepciones a la inmunidad estatal reconocidas y codificadas no alcanzan —al menos explícitamente— al caso de la persecución penal de crímenes internacionales graves<sup>118</sup>. Los esfuerzos para limitar la inmunidad estatal, particularmente intensos desde la famosa “Tate Letter” del año 1952<sup>119</sup>, tenían esencialmente como finalidad someter mediante determinadas excepciones-tipo las crecientes relaciones comerciales (“*commercial transactions*”) que traspasan las fronteras —más allá de la tradicional diferenciación entre *iure gestionis/iure imperii*<sup>120</sup>—, a un control jurisdiccional civil<sup>121</sup>. Tampoco la excepción en caso de hechos delictivos con consecuencias mortales o para la integridad física (“*torts exception*”) podría aplicarse a los crímenes internacionales, porque normalmente se presupone que el delito en cuestión se habría cometido en el Estado del foro (el requisito denominado “*territorial nexus*”)<sup>122</sup>. Incluso si se admitiera la no-inmunidad también respecto de los delitos a distancia —en caso de producción del resultado en el Estado al que corresponde la competencia del lugar—, esto serviría de poco, porque las violaciones de los derechos humanos realizadas dentro de los límites de un Estado no tienen precisamente un efecto a distancia. Ciertamente, el § 1605(a)(7) FSIA<sup>123</sup>, introducido en 1996, como consecuencia de la *Torture Victim Protection Act 1991*<sup>124</sup>, excluye la inmunidad en caso de tortura, ejecu-

<sup>117</sup> Cfr. *House of Lords*, supra nota 5, IX 2 (MILLET): “Chile insists on the exclusive right to prosecute him. The Torture Convention, however, gives it only the primary right. If it does not seek his extradition (and it does not) then the United Kingdom is obliged to extradite him to another requesting State or prosecute him itself”.

<sup>118</sup> Cfr. *High Court* (nota 2), par. 72, que, invocando el caso *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (1996), argumenta que la SIA (nota 85) no prevé excepción alguna para crímenes internacionales, cosa que habría sido conscientemente omitida por el legislador.

<sup>119</sup> Jack B. Tate fue asesor jurídico del Ministro de Exterior norteamericano (cfr. DAHM [nota 83], págs. 157 y s.; BRÖHMER [nota 81], pág. 18, nota 76; RESS, *The changing relationship between state immunity and human rights*, en: De Salvia/Villiger (eds.), *The Birth of European Human Rights Law*, 1998, págs. 175 y ss., 179 y s.).

<sup>120</sup> Sobre su difícil delimitación, cfr. LAUTERPACHT, *British Yearbook of International Law* 28 (1951), 220 ss. (222 ss.); DAHM (nota 83) p. 163 ss.; VERDROSS/SIMMA (nota 78), §§ 1169 ss.; BROWNLIE (nota 82), págs. 330 y s., 335 y ss. Debido a la falta de claridad, los recientes esfuerzos de codificación (nota 82) no siguen aferrados a esta distinción (cfr. GEIGER NJW 1987, 1125).

<sup>121</sup> Cfr. sect. 3-11 SIA (nota 85) y §§ 1605-1607 FSIA (nota 85). Cfr. —en el ámbito internacional— art. 10-17 Proyecto ILC (nota 82) y art. 1-14 ECSI (nota 86). Cfr. también BRÖHMER (nota 81), págs. 17 y ss., 138 y ss.; GEIGER, nota 120, 1124 y s.

<sup>122</sup> Cfr. sec. 5 SIA (nota 85) y § 1605(a)(5) FSIA (nota 85). Cfr. también art. 11 ECSI (nota 85) y art. 12 Proyecto ILC (nota 82), que exigen —junto con la producción del resultado en el Estado del foro— la presencia del delincuente en el momento del hecho en el Estado del foro. Aún más restrictivo es el art. 6 (e) del Proyecto OEA (nota 82), que expresamente se refiere solo a los delitos en el ámbito del tráfico comercial. Críticamente sobre el conjunto, BRÖHMER (nota 81), págs. 60 y ss., 88 y ss., 121, 137 y s., 127 y s.; ver también RESS, supra nota 119, págs. 182 y ss.

<sup>123</sup> Cfr. supra, nota 85.

<sup>124</sup> 28 U.S.C.A. § 1350.

ción ilegal y otros hechos llevados a cabo fuera de Estados Unidos, pero solo hace posible las reclamaciones por daños y perjuicios contra el Estado responsable, no la persecución penal individual<sup>125</sup>.

c) *Limitaciones basadas en los derechos humanos.* Con todo, la mayoría de los lores en ambas decisiones coincide en los resultados. El otorgamiento de inmunidad absoluta con base en el concepto tradicional de soberanía estatal (*par in parem non habet imperium*) aparta la vista de la creciente protección penal internacional de los derechos humanos<sup>126</sup>, como el propio lord Slynn ha reconocido<sup>127</sup>. Inmunidad absoluta significa la renuncia al intento de conciliación de intereses: por una parte, el legítimo derecho del Estado al ejercicio, en lo posible sin injerencias, de su actividad soberana (soberanía funcional) y, por otra, el derecho igualmente legítimo y garantizado jurídicamente del ciudadano a la protección efectiva de sus derechos humanos. La inmunidad absoluta sacrifica los derechos humanos en el altar del tradicional principio *groziano* de la soberanía del Estado.

Ya en los años cincuenta se alzó la voz para limitar la inmunidad estatal. El ius-internacionalista británico LAUTERPACHT criticó que a propósito de la inmunidad del Estado estuviera en juego no tanto la independencia e igualdad de los Estados, como más bien el arcaico principio de la “*dignity of the sovereign state*” y el tradicional derecho a “*to be above the law*”. Sin embargo, el principio de la inmunidad absoluta del Estado habría sido en gran medida abandonado por la práctica judicial y carecería de fundamento en el derecho internacional. El “*rule of law*” exige más bien la restricción de la inmunidad a casos excepcionales regulados con precisión<sup>128</sup>. DAHM identifica un “proceso de reducción” de la inmunidad extranjera frente a la jurisdicción penal interna<sup>129</sup>. BOTHE ha puesto de manifiesto que, con motivo de los procesos por crímenes de guerra tras la segunda contienda mundial, se cuestionaron, pero también se admitieron, las excepciones al principio de la inmunidad estatal respecto a los delitos de Nüremberg (crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y la paz)<sup>130</sup>. Asimismo, ha llamado la atención sobre la creciente importancia de los derechos humanos,

<sup>125</sup> Sobre esta consecuencia sancionadora “civil-penal” por graves violaciones de los derechos humanos en el derecho norteamericano, cfr. más detalladamente WALTHER, en *Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch* (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, 1995, págs. 229 y ss. (231 ss.).

<sup>126</sup> Cfr. supra, nota 98.

<sup>127</sup> Cfr. supra, nota 108 y el texto.

<sup>128</sup> LAUTERPACHT (nota 120), págs. 220 y ss. (230, 236 y s.).

<sup>129</sup> DAHM (nota 83), págs. 113, 170, 182.

<sup>130</sup> BOTHE (nota 78), págs. 252 y ss. (254, 257). Sobre la inaplicabilidad de la doctrina del *act of State* a los crímenes de guerra, ya JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, págs. 164 y ss. Ahora bien, en el caso de la doctrina del *act of state*, se trata —al contrario que en la inmunidad— de un principio jurídico material que impide el examen del acto de soberanía estatal por parte de tribunales extranjeros (a este respecto, BRÖHMER [nota 81], págs. 41 y ss.; PEPPER [nota 17], 339 y ss.; asimismo la *House of Lords* [nota 1] 1478 y s. [Slynn]). En la práctica, no obstante, en el presente caso conduce a los mismos resultados, por lo que es innecesaria una discusión más profunda [cfr. *ibidem*, 1479 (Slynn), 1483 y ss. (Lloyd), 1498 y s. (Nicholls), 1507 y s. (Steyn)].

derivando de ello "una precisa limitación" de la inmunidad del Estado<sup>131</sup>. BRÖHMER ha pulido este criterio y llega a la convincente conclusión de que la necesaria ponderación de intereses entre protección individual y soberanía colectiva debe conducir a la limitación de la inmunidad estatal<sup>132</sup>. Así pues, la "soberanía funcional" del Estado en cuestión no se verá puesta en peligro cuando se trate de la persecución de violaciones "individualizadas" de los derechos humanos, en todo caso no más que en las excepciones-tipo ya reconocidas, por razones jurídico-comerciales o por la naturaleza del delito. En este supuesto, normalmente el Estado tiene incluso menos control que si se trata de violaciones a los derechos humanos. Ciertamente, sería problemático que se cometieran masivas violaciones de los derechos humanos de manera "individualizada", aunque en estos casos límite cabría admitir excepcionalmente el argumento de una violación de la soberanía funcional.

Estas reflexiones desarrolladas preferentemente sobre la efectividad de reclamaciones jurídico-civiles de daños y perjuicios contra el Estado infractor, y normalmente contra el país de origen —es decir, en el contexto de la responsabilidad de los Estados— se ven confirmadas y concretadas por otros intentos de fundamentación orientados a los derechos humanos. El punto de partida es la aceptación de los derechos humanos básicos como *ius cogens*<sup>133</sup>. De ello resulta un derecho del individuo a la protección ante la comunidad de Estados *en su conjunto* (*obligatio erga omnes*), que inexorablemente entra en conflicto con el tradicional derecho a la inmunidad absoluta del Estado, vinculado con la idea de que un Estado no puede quedar sujeto a otra jurisdicción sin su consentimiento. Pero el *ius cogens* impulsa a una caracterización desvinculada de la voluntad estatal, y con ello a la limitación de la inmunidad en caso de violaciones de los derechos humanos que caen bajo su protección<sup>134</sup>. En esencia, esta idea fundamenta una interpretación orientada al *ius cogens* relativo a los derechos humanos, según la cual estas violaciones no pueden quedar sin respuesta<sup>135</sup>. Se consa-

<sup>131</sup> BOTHE (nota 78), 256.

<sup>132</sup> Cfr. BRÖHMER [nota 81], págs. 94 y s., 96 y ss. (205 y ss., 211 y ss.); a favor de una ponderación con los "interests of justice", DELLAPENNA (nota 92), 531 s.

<sup>133</sup> Acerca del *ius cogens*, *supra* nota 11. El criterio de considerar a los derechos humanos básicos, entre ellos las prohibiciones de tortura, ejecuciones ilegales, y "desapariciones", como *ius cogens*, se remonta a la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el "Barcelona Traction Case" (ICJ Reports 1970, págs. 3, 32), en la que se reconocieron los "basic rights of the human person" como obligaciones *erga omnes* (cfr., con más referencias, AMBOS, nota 17, pág. 176 p. en nota 60 s.). Sobre el *ius cogens* y el "Restatement (Third) of the Foreign Relations Law" de USA, PEPPER (nota 17), 366 ss.

<sup>134</sup> Cfr. PEPPER (nota 17), pág. 349. En la misma línea, las declaraciones de Lord Wilberforce, criticando que el principio de la inmunidad del Estado sea utilizado hoy "as a technique for denying compliance with obligations" (en: International Law Association, Report of the 58. Conference, 1980, págs. 513 y ss., 515). Ver también la decisión del Tribunal de Leivadia (Grecia) del 30.10.1997 (AJIL 1998, 765 y ss.); RESS, *supra* nota 119, págs. 186 y ss. (197); LEVY, *supra* nota 85, págs. 2729 y ss.

<sup>135</sup> A favor del mantenimiento de la inmunidad en estos casos, pero en relación con reclamaciones por daños y perjuicios contra la República Federal de Alemania a causa de los abusos durante el régimen nazi (caso *Prinz*; al respecto, REIMANN IPRax 1995, 123 y ss.; BRÖHMER [nota 81], págs. 76 y ss.; LEVY, *supra* nota 85, págs. 2703 y ss.); ZIMMERMANN, *Michigan Journal of International Law* 16 (1995), 433 y ss. (437 ss.) en contra, REIMANN, *Michigan Journal of International Law* 16 (1995), 403 ss.

gra así la opinión de que un Estado que viola reglas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos comete un delito de derecho internacional, respecto del que otros estados pueden tomar represalias, como la denegación de la inmunidad<sup>136</sup>. O bien que tal Estado se hace indigno de su derecho a la soberanía<sup>137</sup>. Otros ven en la violación o el reconocimiento de las normas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos una renuncia implícita a la inmunidad<sup>138</sup>, o quieren fundamentar en ello el principio general de "non-immunity"<sup>139</sup>. El reconocimiento del *ius cogens* referido a los derechos humanos con un efecto obligatorio *erga omnes*, impone también la universalización del clásico concepto de la protección diplomática caracterizada mediante la reclamación penal interestatal del propio Estado o del Estado protector, frente al Estado territorial o al Estado infractor, de forma que cualquier Estado puede intervenir en interés de quien haya visto violado su *ius cogens*<sup>140</sup>. Esta idea muestra cuán intensamente están unidos *ius cogens*, principio de justicia universal y protección diplomática (universal)<sup>141</sup>.

Desde el punto de vista *européo*, aún debe aludirse al artículo 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>142</sup>, que brinda protección jurídica a violaciones del Convenio, "incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones". La concesión de inmunidad podría suponer denegación de protección jurídica, cuando con ello la víctima de violaciones de los derechos humanos se ve privada del derecho a recurrir en el sentido del artículo 13 del CEDH<sup>143</sup>. Además podría lesionar el derecho a la tutela y a un proceso justo de acuerdo con el artículo 6 del CEDH<sup>144</sup>.

Sin embargo, todos estos criterios presuponen que cabría el derecho a la inmunidad aún en casos de violaciones del *ius cogens*. Más convincente resulta la opinión de que tales violaciones impiden que aquel derecho surja, pues no caen en modo alguno

<sup>136</sup> Cfr. BOTHE (nota 78), págs. 252, 259 s.; BRÖHMER (nota 81), págs. 158, 192 y ss., los dos con más referencias.

<sup>137</sup> KOKOTT, en *Festschrift Bernhardt*, 1995, págs. 135 y ss. (141 y ss., 148 y s.).

<sup>138</sup> Cfr. sobre la posibilidad de una "explicit" o "implied waiver", por ejemplo, sec. 2 SIA (nota 85), § 1605(a)(1) FSIA (nota 85) art. 7-10 Proyecto ILC (nota 82). A este respecto, por ejemplo, PEPPER (nota 17), 313 y ss. (320, 332, 369, 382), que, sin embargo, no considera en absoluto necesaria la renuncia a la inmunidad en caso de violaciones al *ius cogens* (369); conforme con la renuncia KOKOTT (nota 137), pág. 148. Críticamente, BRÖHMER (nota 81), págs. 75 y s., 190 ss.; REIMANN (nota 135), 126 s.

<sup>139</sup> Cfr. PAUST, *Virginia Journal of International Law*, 23 (1983), 191 y ss. (221 y ss.).

<sup>140</sup> BRÖHMER (nota 81), págs. 143 y ss., 158.

<sup>141</sup> Sobre la relación entre el principio de justicia universal y el *ius cogens* referido a los derechos humanos, cfr. PEPPER (nota 17), 366, 370 y ss.

<sup>142</sup> Versión original del 4.11.1950, modificado mediante los Protocolos 3, 5, 8 y 9 (U.N.T.S. 213, 221). <www.coe.fr>

<sup>143</sup> Cfr. BRÖHMER (nota 81), págs. 163 y ss., 171 y ss. (177, 186 y s.); también DELLAPENNA (nota 92), 531; RESS, *supra* nota 119, págs. 199 y s. Acerca de la "denial of justice" mediante la inmunidad absoluta; además, ya LAUTERPACHT (nota 120), pág. 236, 240 pág. Para una amplia fundamentación del deber de sanción con base en los arts. 1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cfr. AMBOS, nota 17, págs. 166 y ss.

<sup>144</sup> Cfr. BRÖHMER (nota 81), págs. 163 y ss., 178 ss. (186 y s.).

en el ámbito de protección de la inmunidad. El Estado del foro no está obligado, ni siquiera autorizado, a respetar semejante acto de soberanía contrario al derecho internacional, pues, de lo contrario, participaría en una conducta contraria al derecho internacional<sup>145</sup>. A este respecto, resulta útil el criterio propuesto por DAHM en 1958 —y acogido por la mayoría de los lores<sup>146</sup>—, según el cual la comisión o autorización de crímenes internacionales no constituye, con relación al régimen jurídico de la inmunidad acto alguno en ejercicio del cargo, pues los actos gravemente contrarios al derecho internacional carecen completamente de validez y no entran en consideración como presupuesto para la imputación de la conducta estatal<sup>147</sup>.

Ciertamente, como han observado correctamente algunos lores<sup>148</sup>, apenas puede cuestionarse que también y precisamente se cometen crímenes internacionales en ejercicio del cargo o con abuso de la función pública, con lo que tienen carácter estatal y de soberanía. La criminalidad estatal en cuestión, como su propio nombre indica, es conocida, tolerada, amparada o bien ordenada por el Estado<sup>149</sup>. Quien lo niegue, cierra los ojos ante la realidad del terrorismo de Estado y asume la dificultad de querer cortar un pelo en el aire. Por el contrario, está justificado objetar —como hace la mayoría de los lores<sup>150</sup>— que las acciones criminales no forman parte de las funciones o tareas propias que corresponden según el derecho internacional a un jefe de Estado. Ahora bien, con ello no se niega su carácter de actividad en el ejercicio del cargo —posiblemente solo fáctico—, sino que, atendiendo a razones referidas a los derechos humanos, se defiende una limitación —justificada en los resultados— de la inmunidad (también) en caso de acciones *en el ejercicio del cargo*.

Además, una significativa objeción a la “privatización” es que con ella se suprime —en cualquier caso con base en un hacer positivo— la condición de la responsabilidad estatal<sup>151</sup>. Esto, sin embargo, se debe a la lógica de la responsabilidad personal penal, pues esta se diferencia, incluso estructuralmente, de la responsabilidad y de la inmunidad del Estado. Si la inmunidad se restringe a la determinación de la responsabilidad penal personal, entonces la renuncia a la consiguiente responsabilidad estatal es consecuente, pues se trata precisamente de la identificación de los individuos res-

<sup>145</sup> Cfr. DAHM (nota 83), pág. 180 p. En la conclusión, también PEPPER (nota 17), 368, 382.

<sup>146</sup> Cfr. *supra*, nota 83 y ss. y el texto.

<sup>147</sup> DAHM (nota 83), pág. 170. Críticamente con relación a la doctrina del *Act of State*, BOTHE (nota 78), 255, pero de acuerdo en las conclusiones (249). También de acuerdo, GORNIG, NJ 1992, 13; PEPPER (nota 17), 368, 378; VERDROSS/SIMMA (nota 78), § 1177, nota 51; igualmente, FASTENRATH, FAZ de 10.11.1998, 6. Cfr. además *Trajano v. Marcos and Marcos-Manotoc*, 978 s. 2d 493 (498), 1992 U.S. Appeals Lexis 26680.

<sup>148</sup> Cfr. *supra* nota 107, 114 y el texto.

<sup>149</sup> Sobre la *macrocriminalidad*, en el sentido utilizado por JÄGER, cfr. AMBOS, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KriV), 1996, 355 ss. (362 s.), con más referencias; recientemente, LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, vol. III, 1998, *passim*.

<sup>150</sup> Cfr. *supra* nota 102 y s., 114 y el texto.

<sup>151</sup> Por eso, BOTHE (nota 78), págs. 255, 262 y s. quiere reconocer como actos en ejercicio del cargo también acciones reprobables; escéptico, REIMANN (nota 135), 124.

ponsables, no de la sanción pecuniaria de un colectivo abstracto: “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entes abstractos, y solo mediante el castigo de las personas individuales que cometan tales delitos, podrá alcanzarse la vigencia de las determinaciones del derecho internacional”<sup>152</sup>. Finalmente: si cuantiosas reclamaciones de reparación de daños y perjuicios contra el Estado infractor no ponen en peligro su soberanía funcional, entonces esto es válido con más razón para la persecución de un ex jefe de Estado, que ya no desempeña ninguna función estatal. No obstante, de ello se desprende asimismo que la inmunidad de quien todavía desempeña las funciones de jefe del Estado será normalmente absoluta<sup>153</sup>. Esto, que se considera contradictorio<sup>154</sup>, resulta sin embargo obligado, atendiendo a la finalidad de la inmunidad, que según el criterio aquí defendido consiste en asegurar la soberanía funcional del Estado correspondiente. En el caso concreto, habrá que ponderar también si la naturaleza y gravedad de los hechos hacen necesaria la persecución penal y si esta supone un grave peligro para la soberanía. Pero esto podría ser incluso lo normal en los más graves delitos en el caso de un jefe de Estado que actúa aún en ejercicio de sus funciones.

d) *Repercusiones para el régimen jurídico nacional de la inmunidad*. Las valoraciones jurídico-penales internacionales precedentes no solo deben ser objeto de consideración por el derecho nacional, sino parte del mismo. Las normas nacionales sobre la inmunidad o se limitan a trasladar reglas generales de derecho internacional o se remiten a estas. Así el § 20 II de la GVG alemana amplía las exenciones de jurisdicción a las personas que ostenten este privilegio “según las reglas de derecho internacional”<sup>155</sup>.

Las determinaciones del *Bundesgerichtshof* (BGH) sobre la competencia jurisdiccional en aplicación del § 13 a StPO en los procesos contra la cúpula militar argentina y contra Pinochet<sup>156</sup> muestran un entendimiento restrictivo de la inmunidad, puesto que de haberse admitido esta se habrían tenido que rechazar las correspondientes demandas —como en el caso Honecker<sup>157</sup>—. La inmunidad es un obstáculo procesal<sup>158</sup> que impide cualesquiera actos de intervención contra un sospechoso que goce de ella<sup>159</sup>, por lo que debe ser examinado ya en el marco de una resolución basada en el § 13 a StPO. Cuando el BGH admite dichas demandas, entonces, en cualquier caso, se está cuestionando la inmunidad del sospechoso. En su nota de prensa, el tribunal manifes-

<sup>152</sup> *Internationaler Militärgerichtshof, Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher* (1947), vol. I, pág. 249.

<sup>153</sup> Así, incluso, lord Steyn, *quien por lo demás postula una limitación de la inmunidad* (House of Lords, [nota 1], 1504): “It is common ground that a head of state while in office has an absolute immunity ...”.

<sup>154</sup> Cfr. JOFFE, *Süddeutschezeitung*, 28/29.11.1998, 4.

<sup>155</sup> Cfr. *supra*, nota 87 y ss. y texto.

<sup>156</sup> BGH, resolución de 17.6.1998 - 2 Ar 80/98; resolución de 18.11.1998 - 2 ARs 471/98 y 474/98.

<sup>157</sup> BGHSr 33, 97 (nota 89).

<sup>158</sup> PFEIFFER (nota 80), § 18 GVG, marg. num. 7; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 35.1998, pág. 162; críticamente, VOLK, *Prozessvoraussetzungen*, 1978, págs. 221, 232.

<sup>159</sup> PFEIFFER (nota 80), § 18 GVG, marg. num. 5.

tó: "solo podría haberse prescindido de la determinación sobre la competencia en el caso de que estuviera fuera de duda que Pinochet, como antiguo jefe de Estado chileno, gozaba de inmunidad conforme al derecho internacional, con relación a una eventual participación en los hechos denunciados. Pero aquí no resulta ser así. Más bien cabe dudar si su inmunidad conforme al derecho internacional alcanzaba a los hechos enunciados"<sup>160</sup>. Ciertamente, el BGH quiere evitar que estas declaraciones sean valoradas como una resolución previa en contra de la inmunidad y dejar la decisión definitiva al Tribunal competente, pero las consideraciones contra la inmunidad absoluta del Estado en caso de crímenes internacionales son evidentes.

También en Gran Bretaña se reconoce que el SIA debe ser interpretado de conformidad con el derecho internacional, y efectivamente así lo hizo la *House of Lords*<sup>161</sup>. Ciertamente en los Estados "dualistas"<sup>162</sup> se plantea la discusión sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional<sup>163</sup>, con unas oportunidades para el primero en cualquier caso más desventajosas que en los sistemas jurídicos "monistas" amistosos para con el derecho internacional. Esto se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la opinión minoritaria de lord *Slynn*, que solo atribuye validez a una limitación de la inmunidad que se fundamente en el derecho británico (es decir: derecho internacional incorporado)<sup>164</sup>. Sin embargo, cabe lograr una limitación de la inmunidad sin recurrir al derecho internacional (inmediatamente aplicable), cuando se deniega el efecto de exención a un acto de soberanía extranjero porque contradice el "ordre public" interior<sup>165</sup>. Este principio se remite, sin embargo, implícitamente al concepto de un "ordre public" internacional, que será colmado mediante el *ius cogens* referido a los derechos humanos<sup>166</sup>.

### CONCLUSIÓN

Después del caso Pinochet los ex dictadores, cuando sus actuaciones no sean perseguidas por su propio país, corren el peligro de quedar expuestos a la persecución penal extranjera. En especial, la competencia penal de los Estados europeos se basa en el principio de personalidad pasiva en caso de víctimas nacionales, o bien en el princi-

pio de justicia universal en relación con convenios de derecho penal internacional, como en particular la Convención contra la Tortura. La inmunidad (estatal) debe estar limitada por razón de los derechos humanos, con independencia de si los hechos correspondientes se consideran como acciones en ejercicio del cargo o no. El asunto radica en una ponderación entre soberanía funcional y protección efectiva de los derechos humanos. En el caso concreto, lo que importa es la naturaleza y gravedad de los hechos y las repercusiones que la persecución tiene en la soberanía funcional del Estado en cuestión: normalmente cuando se trate de un antiguo jefe de Estado ya no será peligroso, pero si está en funciones *todavía* lo será bastante.

<sup>160</sup> BGH, Mitteilung der Pressestelle (comunicado del gabinete de prensa), num. 83 a de 19.11.1998.

<sup>161</sup> Cfr. *supra* nota 96, así como el texto relacionado con las notas 102 ss.

<sup>162</sup> Cfr. PEPPER (nota 17), 356 s.

<sup>163</sup> A este respecto en general, GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1994, págs. 15 y ss.; en nuestro contexto PEPPER (nota 17), 355 y ss.

<sup>164</sup> Cfr. *supra* nota 108 y el texto.

<sup>165</sup> Cfr., a este respecto, ya DAHM (nota 83), 181 y s.

<sup>166</sup> Explícitamente, PEPPER (nota 17), 369. Sobre el *ordre public* europeo: FÖHLISCH, *Der gemeineuropäische "ordre public"*, 1997, *passim*.

# JURISPRUDENCIA

# Consideraciones sobre la denominada "coautoría impropia" y sobre la procedencia de la sentencia absolutoria por la indebida calificación jurídica de la conducta en la resolución de acusación

(Comentarios a la sentencia del 3 de diciembre de 1998 del Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín)

*Rodrigo Vergara Cortés\**

La labor de comentar jurisprudencia en materia penal en nuestro país, aparece signada en casi todos los eventos por un negro presagio, el cual, de entrada, nos sitúa enfrente de un prejujuamiento, toda vez que infortunadamente en no pocos de los casos, el comentario estará cimentado en la crítica surgida de los errores en los cuales reiteradamente incurre nuestra judicatura.

De ahí que esta tarea, pueda calificarse como la labor de escudriñar en los yerros de interpretación en que incurre el operador jurídico, para sustentar una probable solución, la cual, en opinión del comentarista, resulta más atinada, no solo a la luz del texto legal, sino además desde lineamientos socio-políticos.

Sin embargo, el caso que nos ocupa plantea una situación totalmente opuesta, habida cuenta de que la providencia analizada resulta ser más pródiga en aciertos que en desatinos por ser fruto de la lucubración y disertación resultantes de la "constitucionalización" del derecho penal, planteado a partir del otorgamiento de

\* Abogado egresado de la Universidad de Antioquia

plena vigencia a los principios fundamentales esbozados de manera genérica y abstracta en la carta política, y por ello de necesaria materialización en la praxis jurídica, para así intentar cimentar el Estado social de derecho sobre bases menos ideales y por ende de mayor tangibilidad.

Sin ser libre de imperfecciones, pues no puede desconocerse la dificultad que plantea la argumentación jurídica, esta providencia es digna de elogio precisamente por atreverse a sustentar una decisión de fondo sobre las premisas de la argumentación racional, que encontró en la dogmática penal un aliado que le dio contenido y coherencia, reivindicando así a la doctrina como uno de los elementos esenciales de que dispone el intérprete a la hora de entrar a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, rechazando de plano la posición que la ha venido desechando por supuestamente constituir un campo irreal de poca o ninguna operatividad y aplicación a casos concretos.

Son dignos de resaltar por la solución propuesta en la sentencia, los temas de la coautoría, el principio de congruencia como límite inmanente a la competencia del juez de conocimiento y el supuesto concurso delictivo entre los tipos de hurto calificado y agravado y secuestro simple.

En estas glosas nos referiremos específicamente a la solución planteada para los dos primeros problemas sin ocuparnos del tratamiento otorgado al concurso contenido en la resolución de acusación, ello, por cuanto en nuestra opinión constituye un tema que amerita un amplio estudio, no solo dogmático, sino también desde la perspectiva político-criminal, toda vez que si la solución dada al caso en concreto es la correcta, mirada desde el punto de vista probatorio, no puede desconocerse que en la actualidad existe una aguda controversia sobre este aspecto, habida cuenta de que un sector de la judicatura sostiene que siempre que se esté en presencia de un caso de hurto seguido de retención del sujeto pasivo se estará en presencia de concurso delictivo, mientras que un sector más moderado y minoritario sostiene que lo que se presenta es un concurso aparente que debe llevar a encuadrar la retención dentro de la calificante violencia del hurto.

#### 1. ASPECTOS RELEVANTES

a) *Coautoría*. Comenzaremos por abordar el tema de la coautoría, el cual constituye y debió constituir el punto esencial del debate suscitado en la audiencia realizada en el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, aun en las circunstancias presentadas en el proceso, en el cual era palmario la ausencia de material probatorio que acreditase la intervención de los sindicados, en cualquier forma de participación punible en los supuestos de secuestro simple y hurto calificado y agravado a ellos endilgados.

El tema de la autoría en materia penal, nunca ha sido ni será pacífico en el ámbito de la dogmática, ello por cuanto existen diversas concepciones<sup>1</sup>, las cuales, en última instancia, son las que determinan su amplitud, y de ahí los lindes concretos entre la misma como figura principal y protagónica en la teoría del delito y las demás formas de participación, igualmente punibles, consagradas en nuestro derecho penal.

De entrada nos atrevemos a afirmar que la hoy tan socorrida figura de la "coautoría impropia" modalidad de intervención por la que precisamente fueron acusados los sindicados en el proceso que culminó en la sentencia objeto de este comentario, constituye una figura poco menos que ideada por nuestra judicatura para intentar equiparar erróneamente diversas modalidades de complicidad con la autoría y, de paso, desterrada de la praxis jurídico-penal, toda vez que con su advenimiento se da cabida a la teoría unitaria de la autoría, la cual se basa en aquel postulado que pregona que cualquier contaminación con el delito reporta una calificación como autor o coautor del mismo<sup>2</sup>, partiendo por

<sup>1</sup> Tradicionalmente en la doctrina penal se ha hablado de tres conceptos de autor, el unitario, el extensivo y el concepto restrictivo, conceptos que llevan a unas consecuencias penales y punitivas muy diversas.

<sup>2</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *Autoría y participación*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 45.

lo tanto de un concepto unitario de autor que prescinde de toda diferenciación entre la autoría como forma o modalidad principal de intervención en el hecho punible y la participación bajo cualquiera de sus modalidades, por lo que se puede hablar de una aglutinación bajo una única forma la que no es otra que la autoría "el concepto unitario de autor contempla a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo como autores, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho"<sup>3</sup>.

Evidentemente esta posición resulta errada, por cuanto denota que nuestra judicatura acoge una senda contraria a las directrices señaladas por el Código Penal, a los postulados enmarcados en la Constitución Política en el artículo 29 y prioritariamente en los principios fundamentales plasmados por el constituyente en el modelo de Estado social de derecho, con el que solo es compatible un derecho penal de corte culpabilista y, por ende, respetuoso del principio del acto o del hecho.

Doctrinariamente el soporte de la coautoría impropia lo constituye la denominada "doctrina del acuerdo previo", la cual, según GIMBERNAT ORDEIG ha significado lo siguiente:

"El delito se concibe como una totalidad por la que responden todos los codelincuentes. Al establecerse el concierto cada sujeto se hace solidario con los demás, lo que cada uno realiza lo realiza por todos. La intervención concreta que cada uno tenga en el delito es un simple accidente, carece de importancia. Por ello es indiferente que se tome o no parte en la ejecución. Por ello es indiferente, por ejemplo, que A realice actos preparatorios y que B sea el que consume el delito. Pues consuma el delito también por A y A ha de responder no solo por su comportamiento, sino también por el de B"<sup>4</sup>.

Acorde con la definición dada por el autor español, aparece la tesis acogida por la Fiscalía General de la Nación, la que de paso intenta sacar de la vida jurídica la previsión contenida en el artículo 24 del Código Penal colombiano, en el cual se consagra como modalidad de participación punible la complicidad. Previsión normativa que precisamente denota que la preexistencia del "acuerdo previo" a la consumación del tipo, en modo alguno excluye la posibilidad de concurrencia de intervenciones punibles en su producción diferentes a la autoría, circunstancia que torna en incorrecta y carente de rigor doctrinario el equiparar cualquier intervención con la de autor, cuando en realidad es en estos casos en los cuales cobra más validez la labor de lucubración teórica que debe realizar el intérprete para así adecuar la acción de cada uno de los partícipes dentro de la figura penal correspondiente, bajo la égida de respeto por el principio del acto o del hecho y de proscripción de la penalización a título de responsabilidad objetiva presente en el artículo 5º del Código Penal. Sobre lo anterior, el mismo GIMBERNAT, expuso el siguiente argumento, el cual refuerza lo inapropiado del recurso teórico de que se ha venido valiéndose nuestra judicatura para deducir que cualquier intervención o colaboración en la consumación del tipo, conlleva a otorgar el rótulo de autor a quien lo ejecuta.

"Al principio, cuando existe acuerdo previo se es autor directo, hay que oponer este otro: aunque exista acuerdo previo se puede ser cómplice. Para comprobar que esto es así no hay más que irse a la colección legislativa y al repertorio Aranzadi. Yo no he visto hasta ahora ningún caso en el TS haya declarado que había complicidad en que el cómplice no hubiese actuado concertado con el otro u otros codelincuentes. Este cómplice ideal de nuestra jurisprudencia, este cómplice que actúa sin estar de acuerdo con el autor, es una ficción"<sup>5</sup>.

Así las cosas, huelga decirlo, aunque suene a verdad de Perogrullo, la razón de la consagración de la participación punible a título de cómplice surge como una necesidad de dar respuesta legal al

<sup>3</sup> Así se refiere a propósito del tema planteado, el profesor FERNANDO MEZA MORALES, en "Teoría dartañesca de la coautoría", en *Revista Estudios de Derecho*, núm. 128, vol. LVI, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1997, pág. 375.

<sup>4</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pág. 74.

<sup>5</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, pág. 82.

fenómeno de la colaboración en la producción del tipo en aquellos casos en los que la actuación del partícipe no alcanza los lindes de la autoría, aunque como en casi todos aquellos en los que participa en número plural de agentes, medie un reparto o acuerdo previo sobre la forma de realización del hecho, toda vez que resulta demasiado difícil que alguien decida colaborar en la realización de una conducta típica sobre la cual no tenía conocimiento de su forma y medios de realización.

Lo anterior conlleva a que la exigencia de "reparto de funciones" como presupuesto de la coautoría no signifique *per se* intervención bajo esta modalidad para todos y cada uno de los intervinientes, por cuanto el criterio válido para otorgar el rango de coautor de un hecho no surge como consecuencia de la preexistencia del acuerdo, sino a partir de la importancia del aporte en la consumación del mismo, que en últimas es lo que determina el codominio del hecho.

La distinción entre autor y cómplice no surge como consecuencia de la existencia o no de un plan o acuerdo previo que da como resultado un reparto en las tareas necesarias para la consumación del tipo; por el contrario, a esta distinción se llega solo mediante un análisis pormenorizado de lo realmente ejecutado por el interviniente dentro del contexto de los actos necesarios para la consumación del tipo, unido al análisis de si en realidad aquel individuo disponía material y volitivamente de la posibilidad de decidirse entre el sí y el no de su consumación.

De la anterior distinción parece partir nuestro legislador cuando afirma en el artículo 23 del Código Penal: "Autor. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción".

De esta definición se infiere que solo puede tenerse por autor a quien realiza directamente la conducta típica o a quien valiéndose de un instrumento se sitúa por detrás de su accionar detectando la posibilidad de optar por su consumación, supuesto este último en el cual encuadra la autoría media. "El autor final es señor de su decisión y de la realización de esta y con ello, señor sobre 'su hecho' que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente"<sup>6</sup>.

De acuerdo con esta definición, el concepto dominio del hecho recoge elementos no solo referidos al dominio del curso del *iter criminis*, sino también del dominio psíquico o volitivo dirigidos en conjunto al fin de la consumación del tipo<sup>7</sup>.

Partiendo, por lo tanto, de una definición clara de autor presente en el Código Penal, en cuanto con ella se cobija a quien realiza la conducta típica, ¿de dónde surge la teoría de la coautoría impropia? Legalmente no existe respuesta al interrogante, por cuanto la normatividad actual no establece la noble categoría de autor propio e impropio, por lo que el recurrir a ella constituye el abreboca para la inmisericordia de una vulneración abierta al principio de legalidad, en cuanto en nuestro actual derecho penal o se es autor (coautor, cuando se habla de pluralidad de agentes) o se es partícipe en calidad de conductor o de cómplice.

El vocablo "coautor" es de una simpleza palmaria, por cuanto solo obedece a una construcción lingüística que se refiere a pluralidad de autores, más de uno en todo caso, por lo que su incidencia penal es insignificante, habida cuenta que todos y cada uno deben ser tratados o que son, es decir, como autores conforme a la definición y reglas punitivas establecidas en la legislación penal<sup>8</sup>; ahí que el oscurantismo con que ha sido rodeada esta acepción por nuestra judicatura no tenga explicación lógica ni razonable desde el punto de vista jurídico-penal.

<sup>6</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, págs. 127

<sup>7</sup> En opinión de GIMBERNAT ORDEIG, la teoría del dominio del hecho es una doctrina eminentemente objetiva, por cuanto según su parecer solo se puede pregonar dominio del hecho objetivamente, aunque esta definición comporta una parte subjetiva, la cual precisamente le da el contenido objetivo a la teoría del dominio del hecho. Cf. *op. cit.*, págs. 127 a 129.

<sup>8</sup> Cfr. en la doctrina nacional a ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 248; en España sostienen idéntica posición DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO en su obra *La autoría en derecho penal*, pág. 653 y ENRIQUE BACIGALUPO, en sus notas sobre el fundamento de la coautoría en derecho penal", pág. 37.

"...lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir, que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como se señala en las posturas de LANGE y SAX; pero tampoco ejerce un dominio parcial como opina SCHRÖDER, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que estos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. En este sentido también WELZEL dice, con buen criterio: 'cada uno no es mero autor de una parte' y la coautoría no es una forma especial de la autoría simple, más bien cada uno es 'coautor del todo'".

Así las cosas, por coautoría se entiende dominio conjunto del hecho radicado en todos y cada uno de los intervinientes, en forma tal que cada uno puede anular por iniciativa propia la producción del resultado retirando su aportación.

De lo anterior, surge otro interrogante, el cual va dirigido a cómo explicar la posición que lleva a la Fiscalía a proferir resolución de acusación en contra de los sindicados como "coautores impropios" de secuestro simple en concurso con hurto agravado y calificado. La razón es la misma citada anteriormente, es decir, legalmente esta decisión no tiene soporte, habida cuenta de que la "coautoría impropia" carece de consagración legislativa en el actual ordenamiento jurídico colombiano y aún más, doctrinariamente no existe explicación que justifique su inclusión en los textos legales, toda vez que la vigencia del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad unidos al del acto o del hecho y al de proscripción de la responsabilidad objetiva, impiden que se formulen cargos por una modalidad de intervención punible que les es totalmente contraria, puesto que es obvio que a quien se le tilda de autor o coautor no lo es, en cuanto el presupuesto para ser autor, o mejor coautor, es el haber realizado la conducta típica (conjuntamente con otro u otros), actuación a la cual no se llega, ni aun comprobándose la existencia de un plan, concierto o acuerdo previo a su ejecución.

Parece ser que la actual dirección política criminal de nuestra judicatura es la de derogar en la práctica judicial la previsión contenida en el artículo 24 de nuestro Código Penal, para así entronizar un concepto unitario de autor que parte de otorgar el rango de autor a todo partícipe en un hecho típico, sin importar el aporte que con su conducta realice a la ejecución del mismo<sup>9</sup>.

Esta postura, como se afirmó anteriormente, es inadmisibles por cuanto la necesidad de la contribución no comporta la transmutación de la complicidad en coautoría, toda vez que a la segunda solo se adecua aquella intervención que en conjunto conlleve un codominio del hecho radicado en todos y a la vez en cada uno de los intervinientes.

Sin embargo, pese a la aparente claridad de los conceptos, ha sido reiterada la interpretación que en estas glosas se cuestiona, lo cual hace aún más loable la decisión proferida por la instancia falladora, quien en pleno acatamiento de los principios y valores supremos de la Constitución y en un ejercicio que ejemplariza la independencia del juez con respecto a aquellos precedentes errados de la jurisprudencia, se aparta de los mismos y con argumentos jurídicos y doctrinarios aplicables al caso proferió la decisión que en derecho encontró pertinente.

No sobra advertir que en nuestro actual Código Penal, solo existe una forma de complicidad, toda vez que el decreto 100 de 1980 no acogió la distinción existente en el anterior estatuto, en el cual se establecía la complicidad primaria diferenciándola de la complicidad secundaria, argumentando

<sup>9</sup> CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, Barcelona, VI Ediciones, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Marilla, Universidad de Extremadura, págs. 305 y 306.

<sup>10</sup> Así lo hace la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en mayo 10 de 1991, en la cual fue ponente el magistrado Gustavo Gómez Velásquez, en la cual se ratifica la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en contra de Piedad Burbano Paz, como autora de hurto, cuando probatoriamente se acreditó que su actuación fue de "campanera", hecho que encaja perfectamente en los presupuestos de la complicidad.

que bajo la primera denominación se encontraban cobijadas aquellas conductas calificadas como ayudas sin la cual el hecho no habría podido someterse, postulados que contribuyeron a crear una total confusión alrededor del tema, los cuales, sin embargo, deben ser tenidos en cuenta como criterios de graduación de la pena, más precisamente de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 61 del Código Penal, en el cual se afirma que en la complicidad se tendrán en cuenta para tasar la pena la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Sobre la diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, el profesor MEZA MORALES opina:

"Desde el punto de vista histórico del hecho, circunscrito por indestructibles circunstancias de tiempo, lugar y modo, todas las ayudas son primarias o necesarias, pues retirada cualquiera de ellas, desaparece el hecho en su configuración histórica, desde el punto de vista abstracto, todas las ayudas son secundarias o no necesarias, pues si bien el hecho se cometió de una manera, pudo cometerse de otra y de aquí su relatividad"<sup>11</sup>.

Por último, y aun conociendo lo complicado de la discusión, consideramos que la posición derivada del texto de la resolución de acusación que motivó el juicio que culminó en la sentencia evidenciaría una toma de postura en el ámbito jurisprudencial referida a dar por sentada la concordancia de nuestra legislación penal con un concepto unitario de autor, el cual parte de asumir que cualquier intervención en la conducta típica es configurativa de autoría, lo que es infortunado, por cuanto la redacción de los artículos 23 y 24 del Código Penal parece sugerir lo contrario, es decir, que el modelo asumido por nuestro estatuto sustancial punitivo es el de un concepto restrictivo de autor, puesto que no tendrían razón de ser los preceptos contenidos en el artículo 24 del mismo estatuto.

b) *Principio de congruencia.* Constituye este aspecto uno de los temas de gran importancia que aborda la sentencia comentada, hasta el punto de cimentar en él el fallo absolutivo, toda vez que en opinión del juez de conocimiento, la calificación del mérito del sumario mediante resolución de acusación por hurto calificado y agravado en concurso con secuestro simple comportaba una adecuación típica equivocada de la conducta ejecutada por los sindicados, puesto que en su sentir se estaba en presencia de una receptación.

Precisamente, apoyándose en el denominado "principio de congruencia", del cual hace un análisis somero, concluye el fallador que debe absolverse a los sindicados como consecuencia necesaria del respeto obligatorio que nuestro modelo jurídico exige por este principio, el cual aparece inexorablemente ligado con todos los demás principios procesales, constitucionales, lo que hace que el desconocimiento del primero conlleve implícitamente una violación directa de los segundos.

Es por lo anterior, por lo que en términos simples se pueda definir el "principio de congruencia" como una emanación del derecho de defensa que armoniza plenamente las etapas de instrucción y juicio, garantizando al ciudadano el que solo será objeto de juicio por las conductas o cargos a él imputados en la resolución de acusación con respecto a los cuales se le ha brindado la oportunidad de controvertirlos, tanto en su adecuación típica, en su sustento probatorio, así como en su real contradicción con el ordenamiento jurídico, y obviamente en su culpabilidad<sup>12</sup>.

Siendo así, resulta palmario que una eventual modificación de la adecuación típica de la conducta constituye una flagrante violación del derecho de defensa, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política como uno de los elementos constitutivos del núcleo esencial del debido proceso. Sobre este aspecto se ha afirmado:

"Si el juez cambia la calificación luego de cumplido el debate, es decir, en la sentencia, se atentaría contra el derecho fundamental a la defensa, porque el procesado quedaría privado de la oportunidad de controvertir tal calificación, y podría, entonces, ser sorprendido en el momento del fallo y condenado por un delito respecto del cual no fue acusado y no tuvo la oportunidad de defenderse"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> FERNANDO MEZA MORALES, *ibidem*, págs. 373 y 374.

<sup>12</sup> ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *El debido proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pág. 242.

<sup>13</sup> Cfr. ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 255.

Esta posición es la que más se ciñe a los postulados basilares del Estado de derecho, entre los que se cuentan el respeto por los derechos y garantías del individuo, mereciendo un resaltamiento especial el derecho-principio al "debido proceso".

Lastimosamente la Corte Constitucional en sentencia que decidió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3 del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, que otorga a la calificación jurídica de la conducta contenida en la resolución de acusación el rango de provisional, estimó lo contrario aduciendo que la calificación jurídica del fiscal no puede ser definitiva, porque si incurre en error conduciría este a la absolución del procesado, aun existiendo plena prueba de la ocurrencia de otro delito, circunstancia que frustraría el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo<sup>14</sup>. Es obvio que este fallo no es producto de una interpretación sistemática de la principalística constitucional, toda vez que de él se deduce que la calificación definitiva de la conducta sería una atribución propia del juez, quien la materializaría en la sentencia, posición que conlleva a un desconocimiento de la esencia del sistema acusatorio en materia penal, ya que implica trastocar la separación de funciones, en cuanto el juez asumiría la facultad de investigador, la cual está reservada por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación; así mismo se configuraría un quebrantamiento de los principios de independencia e imparcialidad del juez, los que constituyen una garantía de especial importancia en el proceso penal dada su estrecha relación con el principio del juez natural.

Por lo anteriormente esbozado, no queda duda de que la providencia de la Corte Constitucional está cimentada en el mito de la impunidad muy en boga en países como el nuestro, caracterizados por un sistema judicial con altos índices de inoperancia, mas no se compadece, como se afirmó anteriormente, con los postulados constitucionales plasmados en la Carta Política, los que necesariamente implican el pensar y diseñar un proceso penal desde la misma Carta Magna, a fin de materializar las garantías en ella incorporadas en pro del ciudadano.

La posición de la Corte Constitucional con respecto al principio de congruencia, le otorga aun mayor mérito a la sentencia comentada, la que con un adecuado sustento jurídico-constitucional opta por la prevalencia de los principios como directrices hermenéuticas de capital importancia en nuestro Estado de derecho.

## 2. CONCLUSIONES

Como se podrá advertir, la sentencia comentada, sin merecer el calificativo de un modelo de interpretación jurídica, situación bien difícil de alcanzar, merece ser rescatada no solo por su amplia argumentación, sino además por cimentarse en los postulados mínimos contenidos en los principios fundamentales de la actual Constitución, lo que por sí solo la hace digna de elogio.

El anterior calificativo surge de la imperiosa necesidad, evidente en casi todas las áreas del derecho, de replantear antiguas concepciones jurídicas que para el momento actual se encuentran desarmonizadas del contexto jurídico surgido a partir de la Carta Política de 1991. Es indudable que este rediseño encuentra en la judicatura un destinatario especial, en cuanto está, a partir de su función de intérprete, llamado a reclamar y a otorgarle a la actual Carta Política la vigencia que de ella se reclama desde años atrás.

Esta misión de "reingeniería del derecho" solo puede ser posible a partir del reconocimiento de los principios constitucionales como criterios hermenéuticos de obligatorio acatamiento que ilustran, aclaran y le otorgan sentido y dirección a todas las demás normas integrantes del disperso sistema jurídico colombiano.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sent. C-491, 26 septiembre, 1996, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

## JUZGADO VEINTIUNO PENAL DEL CIRCUITO

(Sentencia del 3 de diciembre de 1998)

## HECHOS:

El 4 de septiembre de la anualidad anterior, agentes adscritos a la Estación de Bello de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, tras recibir una llamada anónima en la que se les avisaba de posible comisión de un delito, procedieron a realizar la captura de los señores Andrés Nayí, Jesús Fernando, Juan Manuel, Mauricio Alberto y Alexander Alexis, quienes se encontraban en esos momentos, exactamente las 00:30 horas, desbaratando un vehículo tipo camioneta Chevrolet Luv 23, blanco, en un local comercial destinado a la fundición de metales ubicado en el sector de Zamora de la ciudad de Medellín, automotor que había sido reportado como hurtado en horas de la mañana del día anterior por el señor Pedro José a cuyo conductor, señor Sergio, tres sujetos, uno de los cuales le entregó un arma de fuego, lo apearon del automotor obligándolo a abordar un taxi en el que le dieron vueltas por la ciudad por un espacio de 20 minutos, impidiendo su movilización voluntaria por estar sujeto a la voluntad de sus captores, luego de los cuales le permitieron descender mandando rumbo desconocidos.

PLANTEAMIENTOS  
DEL JUEZ NATURAL

Presupuestos para la de proferición [sic] de fallo condenatorio, son la presencia procesal de prueba generadora de certeza respecto de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, de conformidad con lo preceptuado por el Estatuto Procesal Penal colombiano. De uno y otro aspecto habrá de ocuparse en el despacho, lo que precisa auscultar el cargo imputado a los procesados en la resolución acusatoria, especialmente en el estudio del segundo de los aspectos referenciados. Antes de proceder con el análisis de los mencionados exámenes presupuestales para la emisión del fallo, debe reseñarse que la metodología argumentativa se bifurcará en dos sentidos: el primero, referido a los punibles que han sido endilgados a todos los procesados en forma conjunta, y el segundo que se centrará en el estudio del cargo de cohecho que ha sido imputado al procesado Mauricio Alberto.

En cuanto al primero de los presupuestos mencionados, y en desarrollo de la metodología de análisis propuesta, es evidente la verdad procesal soportada por el primero de medios probatorios re-

caudados, los cuales dejan entrever que efectivamente en el mundo naturalístico o fenomenológico se presentó el acto de desapoderamiento del vehículo automotor que conducía el señor Sergio y que hace parte del patrimonio económico del ciudadano Pedro José, y que durante la ejecución de dicho ilícito fue retenido temporalmente el primero de los mencionados contra su voluntad. Es decir, efectivamente, y ya desde una perspectiva jurídico-penal, en detrimento de los bienes jurídicos libertad personal y patrimonio económico de los ofendidos en este asunto, fueron cometidas conductas susceptibles de ser desvaloradas como delitos por la administración de justicia como monopolizadora de la solución heterocompositiva de conflictos. Esta afirmación que versa sobre la primera de las cuestiones que se propuso abordar el despacho, esto es, la de la certeza con respecto a la existencia del hecho punible, no precisa de una elevada interpretación probatoria por parte del fallador.

Los supuestos de hecho penalmente desvalorados por el legislador penal, a través de [sic] su previsión en la legislación punitiva como tipos de injusto, confrontadas en los tipos de hurto calificado y agravado, previstos en los artículos 349, 350 numeral 1 y 351 numerales 6 y 10 del Código Penal colombiano, se presentaron efectivamen-

te, esto es, fue realizado el apoderamiento de cosa mueble ajena (la camioneta objeto material del mismo) en detrimento del patrimonio económico del señor Pedro José, utilizando armas de fuego para amenazar al conductor de la misma, recayendo dicho comportamiento sobre un automotor y realizado por varias personas, siendo constatada también en el ámbito fenomenológico de lo desvalorado punitivamente, la retención de que fuera objeto la persona del conductor, acción que se adecua, en principio, a la descripción típica de secuestro simple contenida en el artículo 269 del Estatuto Penal Fundamental, de los cuales es factible predicar con alto grado de certeza su existencia, partiendo de la denuncia formulada por el conductor del rodante hurtado y las ampliaciones que realizó de la misma, en las cuales manifiesta las circunstancias, tiempo y sitio de los hechos de los que fue víctima, y en el propio hallazgo del automotor desvalijado en la fundición en donde fueron capturados los procesados.

De lo que se trata seguidamente, entonces, es de determinar el aspecto relativo a la certeza de la responsabilidad penal de los sindicados con respecto a los hechos punibles que les han sido imputados y en la forma en que lo fueron, es decir, en calidad de coautores impropios, cuestión que requiere una interpretación y valoración jurídica-procesales de mayor entidad que la anterior.

La asunción de este aspecto amerita ser iniciada con el planteamiento del problema fundamental que emerge de la foliatura, el de si es factible desde un punto de vista jurídico-penal realizar la imputación de dichos delitos a los procesados, para establecerles su responsabilidad en la forma en que lo pretende la Fiscalía, esto es, como coautores impropios, mediando la circunstancia que rodeó su captura y que ha venido acompañando la argumentación de ellos y sus defensores en forma reincidente en el proceso, consistente en que *su conducta* al momento de la aprehensión consistía en el desbaratamiento del automotor. En otras palabras formulado, y ya como interrogante fundamental, debe responderse a la cuestión de si es imputable a los procesados la responsabilidad penal de los naturalísticamente constatables atentados al patrimonio económico y a la libertad de los ofendidos a título de coautores impropios, atendiendo al plexo probatorio y a las

normas estructurales de nuestros sistemas penal y procesal penal.

La solución de dicho problema amerita realizar alguna argumentación en torno a la principalística del derecho punitivo en un Estado constitucional de derecho como lo es el colombiano. La contemporánea teoría jurídica ha dado prelación, cuando indaga sobre el valor normativo de las diferentes normas que estructuran el ordenamiento jurídico, a los denominados *principios* por sobre las *reglas*. Estos principios, como normas prevalecientes dentro del plexo normativo conformador del ordenamiento jurídico, ostentan la característica de que a la hora de la interpretación jurídica ofrecen opciones —y por ello cumplen funciones— *integradoras, correctivas y supletorias* a los diferentes problemas jurídicos que reclaman solución. El sistema penal colombiano, como consecuencia de la catalogación del modelo estatal nacional como un 'Estado constitucional de derecho', regido por los principios de dignidad humana y pluralismo ideológico, y orientado hacia los fines de una democracia participativa y de un orden jurídico-político justo, ha erigido un derecho penal de acto, con vocación personalista (por oposición a la colectivista), por la vía de la consagración de normas principales a las que el legislador ha otorgado el carácter de "rectoras", las cuales se tornan en sustento del *ius puniendi*, en referentes de las reglas de este las cuales les subyacen.

Entre dicho plexo o bloque de normas rectoras o principios se encuentran el de libertad, determinación o tipicidad estricta del delito y de la pena, antijuridicidad, culpabilidad, y debido proceso, entre otros, desarrollos en materia penal del principio constitucional de dignidad humana —fundante del ordenamiento jurídico—, así como del fin de obtención de un orden justo, a la vez referentes de legitimación de la actuación punitiva del Estado. Constituyen dichos principios, igualmente, categorías ético-jurídicas de obligatoria consulta a la hora de poner en ejercicio el derecho penal subjetivo estatal y la función jurisdiccional que materializa este.

No es la definición del significado de cada uno de estos postulados el objetivo de esta decisión, aunque sí tiene que serlo la demarcación de la dinámica de los mismos dentro del sistema jurídico-penal, y el rol que juegan en la labor juris-

cional encargada de la actividad punitiva estatal. Esta dinamización tiene incidencia, obviamente, en tratándose de la aplicación de institutos jurídico-penales básicos, tales como la autoría y participación, modulares a la hora de denotar la orientación personalista del *ius puniendi* en el modelo estatal. De esta forma, tenemos, entonces, como criterios interpretativos para la decisión con la que debe ponerse fin a la instancia, los apenas reseñados principios jurídicos del sistema penal, y los materiales axiológico-jurídicos manantes del modelo estatal, destacando intencionalmente el despacho los de dignidad humana y el de la exclusiva interpretación *in bonam parte* cuando de efectuar hermenéutica en torno a los institutos jurídico-penales se trata.

La teoría de la coautoría impropia como criterio para endilgar la responsabilidad penal a los sindicados de este proceso no tiene, para esta fundadora, asidero probatorio suficiente que permitiese graduarles su responsabilidad penal. En este sentido tienen prosperidad las argumentaciones adelantadas por los distintos defensores cuando formularon cuestionamientos tanto de índole probatoria como sustancial para que fuera utilizada como recurso argumentativo por el titular de la pretensión punitiva para basar su pretensión. Por una metodología pertinente para ocuparnos de este aspecto, se abordará el estudio del instituto en dicho orden planteado, es decir, efectuando inicialmente argumentaciones en una perspectiva estrictamente procesal, y seguidamente en un punto de vista de derecho penal fundamental.

Es palmario que el material probatorio recaudado en el expediente arroja un grado de certeza favorable para despachar las pretensiones de los defensores, mas no para avalar la pretensión punitiva estatal. Las pruebas allegadas interpretadas sistemáticamente, o mejor aun, como el acerbo probatorio que constituyen, permiten a esta vez natural considerar que los procesados no son responsables del delito de hurto, acudiendo a la teoría de la coautoría impropia, y ni siquiera invocando la fórmula de una complicidad no necesaria. Del material probatorio debe destacarse con valor prevalente respecto del resto de medios existentes, el reconocimiento en fila que realiza el ofendido Sergio y en el cual consta que ninguno de los procesados participó de la ejecución

del ilícito del que fue sujeto pasivo. Soslayar el valor de esta prueba, obrando además las circunstancias, en primer lugar, la de que extraña que de tres sujetos que realizaran el apoderamiento del vehículo ninguno de ellos estuviese entre los capturados y hoy procesados que desbarataban el automotor, así como, en segundo lugar, que existe constancia en el proceso de que efectivamente al momento de ser apoderada [sic] la camioneta tenía en la gaveta la fotocopia de la matrícula de propiedad, circunstancia esta que no hacía parte del plan de ejecución del apoderamiento injusto, dado que la presencia de dicho documento en el automotor se debió a que allí la tenía guardada el conductor y no a que hubiese sido reclamada por los ejecutores del hurto, argumento este que ha sido esgrimido [sic] o los sindicados como el motivo que les llevó a aceptar la propuesta del desvalijamiento del automotor, cuestión que es suficiente para excluir el elemento conocimiento de la tipicidad objetiva conformador del dolo (en este caso del dolo de hurtar y de secuestrar) y por ende generadora de la obligación para el funcionario judicial de estudiar la adecuación típica de la conducta en otra figura típica, que en este caso sería la de un encubrimiento, valoración esta sobre la que se volverá posteriormente.

Igualmente contribuye al rechazo de la pretensión punitiva, como tercera cuestión, la ausencia de antecedentes penales de todos los cinco procesados, así como la constancia de que ninguno de ellos pertenece a ninguna de las bandas organizadas que operan en la zona de su residencia y en el sector donde fueron capturados, aspecto este que permite reflejar un juicio favorable respecto a su personalidad y que puede por tanto ser tenido en cuenta como una circunstancia a favor de la situación jurídica de ellos en el proceso, consideración que aunque en principio podría aparecer no muy compatible con un modelo punitivo estatal de orientación personalista, se aprecia viable por cuanto es una valoración *in favor rei*, concepción que se realiza en la medida que si para efectos legales para el legislador y la jurisdicción que aplica el derecho que este ha puesto en vigencia, pesa la presencia de antecedentes penales, a efectos de reforzar la mengua a la presunción de inocencia, igualmente debe, *a contrario sensu*, fortalecerse este postulado basilar del de-

recho penal colombiano cuando se constata la ausencia de antecedentes de todo orden, cuestión que fue debida y oportunamente allegada al proceso.

Como cuarta argumentación, tampoco puede desecharse en el análisis de esta exigencia legal de la certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados, el hecho de que la operatividad de este tipo de delincuencia, cuyo conocimiento (en torno a los *modus operandi* de la misma) es esgrimido [sic] reiteradamente por la jurisdicción a la hora de realizar su valoración respecto de la responsabilidad penal imputable a los autores del halamiento de vehículos, y así por la agencia instructora, fundando en ello la invocación de la figura de la coautoría impropia, no corresponde siempre e indefectiblemente a una orientación unívoca, como si se estuviese en frente de leyes naturales regidas por principios de necesidad, es decir, dado A necesariamente tiene que ser B. Es igualmente factible que la modalidad de organización delictiva encargada de llevar a cabo el apoderamiento de la camioneta no siga las "reglas generales" que se supone siguen todo este tipo de organizaciones, y que efectivamente se encargue de encomendar a diferentes grupos de personas las labores de ejecución de los hechos punibles separadamente de las de ocultamiento del mismo, sin que medie conocimiento concertado entre los diferentes grupos, aspecto éste que reviste en el *sub iudice* especial importancia partiendo del análisis de la forma como fueron capturados los sindicados y de las versiones por ellos brindadas, de la cual se desprende con logicidad [sic] que efectivamente estos fueron contratados, una vez ejecutado el ilícito que culminó con el hurto de la camioneta, para ocultar y reducir la misma y lograr con ello la obtención del provecho con el punible, labor que no es necesaria para la ejecución del hecho que, se insiste, se consumó antes de que el vehículo fuera entregado a los sindicados para ser desbaratado.

También el análisis de las circunstancias modales y temporales que han sido acreditadas en el proceso de establecimiento de la responsabilidad de los sindicados, y de la prueba que al respecto fue allegada, conlleva a considerar que los responsables directos de los hechos punibles que a los sindicados han sido imputados en el pliego de

cargos, no fueron perseguidos como un cabal cumplimiento de la labor de instrucción e investigación asignada a la Fiscalía lo requería. En el proceso existen constancias que hacen saltar a la vista que sobre la persona encargada de la celaduría del local de fundición de metales en donde fueron aprehendidos los procesados al ejecutar el desbaratamiento del vehículo, pesa un serio indicio grave de su responsabilidad en la comisión de los hechos materia de pronunciamiento de este despacho, inferido de su inmediata huida seguida a la captura de los procesados del sector en el que residía, y en el conocimiento de los mismos, de cuyo establecimiento quedó en deuda la agencia encargada de la instrucción. Es, a la luz de los principios de la sana crítica, factible la consideración de que el automotor estuvo guardado en un parqueadero cercano a la fundición (que para la Fiscalía parece que solo pudo haber sido el de Naranjautos), y que de allí fue trasladado por quienes al parqueadero lo ingresaron [sic] y que no son los hoy procesados. Existe igualmente mención reiterada en el proceso de un tercer sujeto que fue quien contrató al hoy procesado que era conocido en el barrio como conocedor de las labores de mecánica, y quien delegó a estas funciones de entregarle el vehículo desbaratado al día siguiente.

La credibilidad de esta versión de los sindicados resulta corroborada por el siguiente razonamiento, inferido de la circunstancia ya descrita anteriormente, relativa a la presencia coincidental de la documentación fotocopiada que acreditaba la propiedad del automotor, coincidental por cuanto no fue la entrega de los documentos de propiedad una exigencia realizada al ofendido por quienes le hurtaron la camioneta, y que con lógica hace pasibles de credibilidad los dichos de los procesados, por lo menos, si no de que no conocían que el automotor que desbarataban era de procedencia ilícita (caso en el cual serían encubridores, aclarando que es algo que dependería específicamente de la valoración jurídica que se hiciera en el caso concreto al respecto de un tal cargo y a la luz del material obrante), sí de que no acordaron previamente a la comisión de los actos de apoderamiento del mueble y retención de su conductor la conducta de desbaratarlo para garantizar así el aprovechamiento de tales acontecimientos,

concertación previa de la que no existe prueba en el proceso.

Entonces, asumida esta consideración extractada de la anterior valoración de las declaraciones de los procesados y del plexo de hechos indicadores, e interpretada e integrada a la valoración del restante acervo probatorio existente (como acervo precisamente), reducible al no reconocimiento de *ninguno* de los sindicados como partícipe de la retención y siguiente apoderamiento del automotor, ligado a los antecedentes punibles de análisis efectuados, se llega a la sana conclusión de que la certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados por los delitos que les han sido formulados en el pliego de cargos, esto es, los de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado, no ha sido acreditada con el grado alto de certeza exigido por el legislador penal colombiano para la emisión de un fallo de condena.

Con esta actitud de la agencia fiscal de analizar con omisión la existencia de otros responsables por los delitos que imputó, y de soslayar proponer a través de la resolución acusatoria una graduación de la responsabilidad de los sindicados más consultante de los hechos y participación probados, y con ello de los principios de acto y culpabilidad, se refleja la proscrita adhesión a la tendencia de la judicatura fiscal, de desdibujar la misión del proceso así como la de la prueba penal, esto es, la de imposición de una sanción punitiva justa antecedida por la obtención de la verdad. En este sentido se produjo un importante pronunciamiento de sala de decisión penal del honorable Tribunal Superior de Montería, y cuyo objeto por su contenido ético se torna en reivindicable en esta decisión, por su adecuación a la estructura jurídico-política de nuestro Estado:

"(...) Es claro que para sancionar penalmente investigado hay que vencerlo a la luz de los estándares sobre derechos humanos y de la ley. Colombia, es innegable, necesita erradicar tanta inhumanidad, pero esa urgencia no permite, que para atacar a la sociedad se encuentre a un responsable. Para no agravar las cosas, los jueces, los fiscales y los magistrados, debemos encontrar al responsable. Mas no, se insiste, a un responsable, como ocurrió en este caso, donde a través de un vicio del entendimiento al razonar, conocido

en filosofía-lógica como 'petición de principio', se dio por demostrado lo que se tenía que demostrar (...)" (Providencia de octubre 31 de 1995, magistrado ponente: doctor Lesmes Corredor Prins). —Cursiva agregada—.

Todo lo anterior para llegar a la acogida del planteamiento de los defensores en el sentido del unísono reclamo que hicieron de que en el proceso la prueba obrante no permite considerar la existencia de un acuerdo previo entre los procesados y los autores del hurto, presupuesto este de la doctrina de la coautoría impropia utilizada para la imputación de sus responsabilidades penales. Es posible entonces, de conformidad con la realidad procesal, realizar la consideración de que el argumento del acuerdo previo ha sido una suposición del instructor que no consulta esa realidad probatoria descrita. La garantía de la proscripción de la responsabilidad objetiva contiene implícita la de la necesidad de probar el dolo del sujeto activo del delito, elemento subjetivo que este caso precisaba de la prueba de la existencia de un plan preconcebido entre autores y los hoy procesados, en el que estuviese presente su "conocimiento de que con su conducta estaban apoderándose de cosa mueble ajena" y a la vez "privando a otro de su libertad personal de locomoción", o de la posibilidad de su inferencia por la vía indiciaria a partir del acervo allegado, a través de las reglas interpretativas del indicio, cuestión que no es posible efectuar en el proceso materia de este pronunciamiento.

El dolo, en virtud de dicho principio rector de culpabilidad, no se presume ni se supone, pues debe probarse como elemento que es configurador del delito y, por tanto, debe endilgarse con cumplimiento del requisito de certeza que como presupuesto de una sentencia condenatoria plasmó el legislador procesal penal colombiano en el artículo 247 de la Obra Instrumental Penal. El dolo que exigía ser probado por la pretensión punitiva estatal era el de hurtar y de secuestrar, autónomamente, de conformidad con la forma en que fueron planteados los cargos. Es decir, debió probarse que los procesados conocían que con su conducta estaban realizando dichos injustos, en la medida que sabían que eran conscientes de que estaban realizando sus funciones por un reparto acordado previamente, y así mismo, se requería

la certeza probatoria de que dirigieron su voluntad hacia la materialización de tales injustos, existencias estas que no permiten ser extractadas con sana crítica del trabajo probatorio realizado.

Valga anotar, en este orden de ideas, que la invocación de una tesis como la coautoría impropia exige naturalmente un trabajo probatorio con dotes de certeza de una envergadura mayor que el de cualquier responsabilidad penal directa, dado que en aquella se está partiendo de la circunstancia de que se trata —como en el *sub iudice*— de un trabajo último en reparto competencial [sic] de funciones, por lo que el dolo debe abarcar todo el proceso de preparación, ejecución y consumación del tal *iter criminis*, cuestión que aquí no se probó y que, *a contrario sensu*, arrojó como lógico resultado un altísimo grado de certeza en torno a la ausencia de dolo de los procesados sobre estos, tanto por falta de conocimiento de los elementos objetivos de los tipos de injusto que les fueron imputados en concurso (hablándose del hurto y del secuestro en este momento), como por la carencia de dirección de voluntad para la materialización de tales conductas.

Al respecto conviene traer a mención un reciente pronunciamiento de la sala penal del H. Tribunal Superior de Medellín, para argumentar en mejor forma la valoración que se acaba de realizar:

"El dolo, como forma de culpabilidad, se compone de dos aspectos esenciales sin los cuales no puede predicarse, porque ese elemento subjetivo del delito *no se presume ni deduce*; ...

"Veamos:

"1. *El aspecto cognoscitivo o intelectual*:

"Significa que para poderse predicar un comportamiento doloso, el sujeto agente debe conocer el tipo penal en su existencia y contenido y la antijuridicidad de su conducta, aspectos esos que se les denomina 'conciencia o conocimiento de la ilicitud o conciencia o conocimiento del injusto'.

"2. *El aspecto volitivo*:

"Implica que, determinado el anterior requisito, el sujeto se oriente libremente a la realización de lo querido, según se desprende del artículo 36, primera parte, del Código cuando dispone que 'La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización'.

De esa parte del texto legal se deduce que para predicar esta fase volitiva del dolo, es indispensable que se conozca el hecho punible por parte del agente, elemento sin el cual no puede predicarse ese aspecto subjetivo o interno. Ese conocimiento del hecho punible requiere de los siguientes requisitos:

"a) Conocimiento *integral* del hecho punible, que incluye conciencia sobre los sujetos, los objetos y la *conducta*.

"b) El conocimiento de la significación de los elementos del tipo penal, especialmente en lo que hace relación a los ingredientes normativos o subjetivos.

"c) Conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que acompañan al tipo legal.

"d) Conocimiento del resultado de la conducta y de la relación o *nexo causal*, del vínculo de unión entre la acción y omisión y el resultado producido.

"e) Finalmente, la conciencia por parte del agente de la antijuridicidad material de la conducta, es decir, de que con su actuar lesiona o coloca en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley (...) —negrillas originales. Cursivas y subrayados agregados—.

(Sent., 31 agosto 1998, magistrado ponente: doctor Édgar Escobar López).

En el proceso no existe prueba generadora de certeza del acuerdo previo en el que fundamentó la Fiscalía instructora la responsabilidad penal que imputó a los procesados, acuerdo previo cuya demostración con dotes de certeza es medular cuando de graduar la responsabilidad penal por la vía del instituto de la coautoría impropia se trata. Es decir, la carga de probar la certeza con respecto a la responsabilidad penal de los sindicados que a su cargo tiene la Fiscalía para obtener la refrendación de su pretensión punitiva, no fue cumplida en el proceso. Si la pretensión del funcionario instructor era la de obtener una sentencia condenatoria en disfavor de los procesados por los delitos que les formuló en la resolución acusatoria, y en la forma en que demarcó dicha formulación —por coautoría impropia—, la carga de la prueba que en él radicaba debió cumplirse acreditando la responsabilidad de aquellos por estos com-

tramientos, comenzando por su conocimiento de la realización del concurso de ilícitos lesivos al patrimonio y la libertad de los ofendidos.

Fue intención del legislador penal procesal colombiano que en materia del proceso penal, la carga de la prueba fuese atribuida al titular de la pretensión punitiva estatal. Esta distribución de la carga de la prueba genera una lógica exigencia acentuada por el hecho de que en el proceso penal colombiano se cuenta —como sucedió efectivamente en el *sub iudice*— por parte del Estado con la posibilidad de imponer al sindicado medidas cautelares personales, cuya justificación es radicada por la doctrina de la materia en el aseguramiento de la prueba, en su adecuada integración al proceso, lo cual precisa entonces una atinada delimitación de la pretensión punitiva estatal, que puede ser lograda con la valoración racional y consultante de la prueba existente, dado que la mediación de medidas cautelares personales exige que la definición de dicha pretensión sea lo más acorde posible a la realidad procesal para no degenerar así el instituto de la prevención preventiva como circunstancia excepcional, y no extraviar el proceso hacia discusiones que van a tornar en arbitrario e ilegítimo el procesamiento penal. Esta concepción da sentido a las palabras del mejor tratadista que en la materia tenga el derecho continental, cuando afirma:

(...) la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanación del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso. Por eso usa la expresión neutral y acostumbrada: carga de la afirmación y carga de la prueba, mediante la cual, al mismo tiempo, se pone en evidencia que vincula una desventaja a la omisión de la actividad afirmadora y probadora, a saber, el rechazo de la solicitud y, en el procedimiento de fallo, la pérdida del proceso (LEO ROSENBERG, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, EJE, 1956, pág. 100) —cursiva original—.

Hasta aquí las consideraciones de índole procesal que se propuso formular el despacho. Para continuar con la metodología de análisis argumentativo propuesta, abordará [sic] a continuación las cuestiones que denominó como de natu-

raleza sustantiva o de dogmática jurídica de derecho penal fundamental.

La vigencia del modelo estatal de organización socio-político, constitucional y democrático de derecho en Colombia a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, contrajo importantes y radicales cambios en lo que a las relaciones Estado-particulares concierne, así como en lo que a los límites y senderos de la actividad del aparato estatal respecta, sobre todo a la luz de la fijación de los *principios* y *valores* constitucionales, que junto a los derechos fundamentales, fueron erigidos en *referentes ético-jurídicos* de legitimación de esta. A partir, pues, de la Constitución de 1991 el orden jurídico colombiano trascendió de una regulación constitucional avalorativa y iuspositivista, a una axiológica y hermenéutica, no ajena a los valores de legitimidad y justicia de la decisión judicial, lo que obviamente tiene incidencia en la concepción y ejercicio de la actividad jurisdiccional estatal, que se constituye así en la medular del Estado, dada su función de decir el derecho, función que comienza a realizarse partiendo siempre del fundamento de validez del ordenamiento jurídico, en nuestro caso, la Constitución Política y, especialmente, el bloque de constitucionalidad que de la fusión de la parte dogmática de ésta es posible construir con los tratados internacionales de derechos humanos, a la manera de cimiento axiológico de la decisión judicial.

Esta nueva concepción del Estado y del orden jurídico-político impone a la jurisdicción y a la ciencia jurídica que elabora doctrina de la cual la primera es destinataria, la obligación metaética de derrotar, [sic] a través de la producción doctrinaria y jurisprudencial, teorías y conceptos que sean compatibles con los fines y principios estatales, especialmente de dignidad humana y el del orden justo, y los principios que para cada orden jurídico deben ser emanación de estos criterios basilares de la decisión jurisdiccional. Así, la ciencia jurídica tiene entonces el reto de materializar en sus teorías, y con ellas, el objetivo de impregnación del ordenamiento de estos referentes de legitimación, de tal manera que todo el material normativo existente que no se adecue a estos postulados basilares de interpretación jurídica, deberán ser replanteados y enrutados hacia la con-

creción de esos fines. Lo anterior encuentra fundamento en el principio de jerarquía normativa de la Constitución, del cual se desprende su naturaleza como fundamento de validez del ordenamiento jurídico y como primera norma de derecho positivo, argumentación que emana de la interpretación sistemática del postulado normativo contenido en el artículo 4° de la Carta Política: "La Constitución es *norma de normas*", y el artículo 230 de la misma Norma Fundamental que consigna el segundo principio rector de la administración de justicia "Los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la *Ley*", cuya significación jurídico-política nos quiere decir "los jueces, o mejor, la función estatal de administración de justicia está sometida en su producción al imperio del *derecho*, del sistema jurídico, en cuya base se encuentra el bloque de constitucionalidad, esto es, el plexo de principios y valores constitucionales, contenidos tanto en la Constitución como en las normas internacionales reconocedoras de derechos fundamentales, a los cuales debe sujetarse, atendiendo a criterios de racionalidad y razonabilidad jurídicas, la interpretación de las normas que inherentemente precisa la decisión judicial.

Como punto de partida debe plantearse que el Estado constitucional de derecho precisa de un *ius puniendi* (tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva) con vocación liberal y profundamente garantista, es decir, democrático, respetuoso de la libertad humana y reconocedor de las garantías como límites materiales al poder penal del Estado. La concreción de ese carácter liberal del *ius puniendi* requiere el reconocimiento y convicción de la judicatura por el derecho penal de acto, con vocación personalista, o con tendencia culpabilista (para el que la culpabilidad penal no se determina por límites allende la conducta realizada, tales como la procedencia social ni las consideraciones peligrosistas, algo propio de los Estados totalitarios), en pro de propugnar [sic] porque la restricción de los derechos de las personas sujetos pasivos de la actividad punitiva sea lo más exigua posible, y manteniéndose siempre en el marco del núcleo esencial de la dignidad humana como derecho y principio fundamental; reconocedor de la responsabilidad subjetiva y de su consecuente proscripción de la objetiva.

Este punto de partida ha sido esbozado con el fin de ocuparnos a continuación, del problema central que suscita este proceso, y que consiste en el instituto de la denominada coautoría impropia, analizado a la luz de estos postulados de validez (entendida como adecuación del derecho al bloque de constitucionalidad) del derecho penal subjetivo de un Estado constitucional, y a la luz de la legislación vigente en la materia, por cuanto es también propio de dicho modelo el reconocimiento de la legalidad estricta en tratándose de tipificación y de establecimiento de penas como derroteros racionales y razonables de fijación de la responsabilidad penal.

El legislador penal colombiano reguló, en el capítulo II del artículo 11 del libro I del estatuto penal fundamental, lo concerniente a la punición de la participación delictiva. En el artículo 23 de dicha obra legislativa plasmó la regulación relativa a la autoría, definiendo allí que es autor "el que *realice* el hecho punible...", y demarcando como directriz político-criminal la definición de la complicidad en el artículo 24 subsiguiente en los siguientes términos: "El que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo...", normas que precisan, para ser aplicadas en forma coherente y compatible con el modelo estatal y con el sistema penal que le es consecuente a este, defendidos precedentemente (Estado constitucional de derecho-derecho penal liberal), ser interpretadas sistemáticamente, y con los derroteros de dichos conceptos axiológico-jurídicos fundamentales legitimadores de la actividad sancionatoria estatal. Para esta judicatura una interpretación normativa en tal sentido conlleva a una asunción de lo que la dogmática de la teoría del delito ha denominado concepto restrictivo de autor", cuando de formular doctrina y opciones interpretativas en torno al tema de la autoría como tópico basilares de la participación delictiva se trata.

Respecto a la teoría de la participación delictiva, específicamente al tema de la delimitación autoría-participación, existen varias directrices doctrinales interpretativas, pudiendo distinguirse las siguientes:

a. *Teoría objetiva estricta:*

Según esta, es autor aquel que intervenga en el hecho delictivo, intervención que determina

udiendo a la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones. También es conocida como "concepto extensivo de autor".

b. *Teoría objetivo-formal:*

Restringida del concepto de autor, considera que es autor quien realiza el verbo rector de la acción típica.

c. *Teoría objetiva:*

Autor es quien actúa en interés propio, de tal forma que todo aquél que actúa en interés ajeno participa.

d. *Teoría del dominio del hecho:*

Autor es quien tiene el dominio del hecho, debiendo participar en la realización del mismo.

El criterio que más aceptación ha recibido por la doctrina moderna del derecho penal ha sido el del dominio del hecho. Ello porque es más compatible con un derecho penal de acto, orientado hacia la punición racional y realizador de una concepción personalista del *ius puniendi*, que, se insiste en esta argumentación, debe ser la pauta hacia la cual propenda el Estado constitucional de derecho como modelo civilizado de organización jurídico-política. La dogmática que adopte la jurisdicción encargada de la realización del *ius puniendi* debe consultar los referentes de legitimación del modelo jurídico estatal, especialmente el de razonabilidad, cuya acentuación resulta indispensable en tratándose del derecho penal, dado su carácter de mecanismo estatal de mayor violencia contra la persona y su dignidad, violencia que precisa de contornos y límites harto profundos, con el fin de obtener que la afrenta de dichos derechos personales fundamentales sea lo más exigua posible.

Partiendo entonces de esta fundamentación y justificación de la doctrina del dominio del hecho, puede realizarse una mejor comprensión y delimitación de la coautoría impropia. Como forma de autoría, la coautoría, partiendo de esta concepción del dominio del hecho como criterio base para la determinación de quien es autor del hecho punible, se delimita entonces sobre la base de tres criterios concebidos a la manera de requisitos configuradores, de tal forma que la ausencia de alguno o de todos ellos conlleva al abandono del estudio de la figura y obliga en consecuencia al estudio de la participación criminal (en sentido restricto) y sus formas:

1. El dominio del hecho está repartido en varios sujetos, criterio conocido como "codominio del hecho".

2. Debe existir aporte o contribución material suficiente de un sujeto al hecho-aporte objetivo a la realización del hecho-.

3. Existencia de plan común o acuerdo previo.

Como se dijo, la ausencia de alguno o varios de estos elementos elimina la posibilidad de aplicación del instituto de la coautoría y obliga a la búsqueda de la responsabilidad penal en el de la participación estricta, esto es, en los márgenes de la inducción o de la complicidad. Para esta juez en el *sub iudice* no existe el material probatorio que genere certeza en cuanto a la existencia del segundo y tercer elemento, en la medida que el resultado negativo de la prueba de reconocimiento en fila de los sindicados excluye el elemento "aporte objetivo a la realización del hecho", en este caso, del hurto y del secuestro que les han sido imputados, así como no puede probarse de lo allegado al proceso interpretado sistemática e integralmente, salvo que se soslayan las reglas de la lógica, de la sana crítica y de la interpretación de los indicios, la existencia del acuerdo previo, lo que en consecuencia obligaba a la instructora a buscar la imputación de la responsabilidad penal de los sindicados en el instituto de la participación, cuestión que no hizo, y de la cual se ocupará el despacho posteriormente en lo que al tema de las consecuencias procesales de esta omisión respecta.

En torno a la reiterada decisión de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia nacionales de optar por un concepto extensivo de autor (que en materia de participación obviamente conlleva a un extensivo concepto de coautoría, permitiéndose con ello el uso de una tesis delimitadora de este asunto bastante cuestionable a la luz de los valores y principios estructurales del Estado colombiano y sus derroteros como constitucional, social y democrático de derecho, en desmedro desde luego de los supraprincipios de la dignidad humana y el orden justo —encontrándose dentro de este último, mayormente que en el primero, el principio-derecho del debido proceso, entendido para este modelo como derecho a un proceso no solo legal, sino, ante todo, justo—), para el dere-

cho penal colombiano, en materia de la delimitación de los conceptos de autoría-participación, es menester examinar, a la luz del modelo estatal constitucional colombiano, la conveniencia político-criminal, así como axiológica de dicha postura y su razonabilidad jurídica como fin metajurídico del derecho, especialmente de la decisión judicial, de lo que se ocupará seguidamente el despacho.

Para llevar a término este cometido, resulta pertinente traer en mención un reciente estudio que sobre este asunto realizó uno de los más autorizados doctrinantes de la teoría del delito patria [sic] el cual desde la intitulación deja entrever lo problemático de la adopción de esta postura extensiva de la autoría.

Lo primero que es necesario tener claro es que el instituto de la participación, coparticipación, pluralidad de agentes o cualquiera otra denominación que signifique tomar parte en un hecho delictivo, supone necesariamente una realización conjunta (realización en sentido amplio) con la consiguiente división del trabajo: el de los determinadores o autores intelectuales, si es que concurren varios, el del autor o autores materiales y el del cómplice o los cómplices. En caso de que sólo concurre un número plural de autores materiales (coautores), los mismos distribuyen tareas en la ejecución o realización conjunta del tipo objetivo, como en el caso en que dos individuos acuerden acometer simultáneamente a víctima con armas blancas o disparos, y si la muerte acaece por una sola de las heridas de varias de las inferidas, ambos son coautores 'propios', pues no hay otra forma de coautoría material... Cuando el jurista describe la ley positiva, o el juez interpreta para su aplicación la misma, tienen que ceñirse a su texto y no cambiarlo, de manera que le hagan decir lo que ellos quieren y no lo que la propia ley manda de manera imperativa. El artículo 23 del Código Penal caracteriza a los *autores* sin más adhalas: 'El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo'. Quien realiza el hecho punible es el que llamamos *autor material*, y a quien determina a otros a su realización lo llamamos *determinador* o *autor intelectual*. La ley penal no establece la categoría doble de autoría propia y autoría impropia. Parece que esa fue una necesidad de la doctrina alemana frente al

Código Penal de 1871 y para extender la punición criminal a intervinientes distintos a los inmediatos, que una aplicación rigurosa del principio de legalidad sustancial conllevaría a su impunidad, en inaceptable detrimento del valor justicia. Por ello es preciso manejar con extrema cautela la doctrina extranjera, pues si muchas de sus ideas son verdaderas frente a sus propios textos positivos, no los son frente a otros diferentes como los nuestros. Nuestra normatividad penal sustantiva reglamenta de manera suficiente y completa la noción de autor: o porque alguien ejecuta de manera inmediata la acción típica, o porque la ejecuta mediatamente a través de la determinación de cualquier tipo que esta sea...

"La teoría de la responsabilidad *in solidum* que maneja la doctrina ameritada merece una nítida clarificación. Si por responsabilidad *in solidum* se quiere significar que todos los copartícipes, determinadores, autores y cómplices responden mancomunadamente de una única entidad delictiva, ello es cierto, pero también lo es que pueden ser penados de manera diversa, según que concurren o no las circunstancias de comunicabilidad que regula el artículo 25 del Código Penal; en este caso *responsabilidad in solidum* no significa igual medida de punibilidad, pero si lo que quiere significarse es que cualquier contaminación con el delito reporta una calificación como autor o coautor del mismo, esa conclusión es completamente errada a la luz de nuestro estatuto penal sustantivo (...)" (Vid., FERNANDO MEZA MORALES, "Teoría dartañesca de la coautoría. Refutación", en *Estudios de derecho*, septiembre 1997, vol. LVI, núm. 128, págs. 372, 375 y 376) —Cursivas originales. Negrillas agregadas adrede".

Recogen los apartes transcritos, en una forma bastante concreta y a la vez consistente, la evaluación que para el derecho penal colombiano resulta indispensable llevar a cabo respecto de la doctrina de la coautoría impropia a la luz de la nueva concepción del orden jurídico y de la permeación de dicha concepción en el ámbito de la legalidad jurídico-penal la cual adquiere una dimensión más estricta a raíz de aquella. Obviamente el fondo de dicha revisión doctrinal tiene una fundamentación axiológico-jurídica que le da connotaciones de mayor vitalidad: el fin o ideal de justicia que plasmó el constituyente primario de 1991 para el Es-

colombiano, valor al que la jurisdicción, desluego, no pudo mostrarse indiferente.

Sin desconocer esta falladora lo problemático resulta darle contornos a la definición del prevaler de la justicia, lo que sí es cierto es que, el modelo estatal constitucional de derecho, punto de partida a la hora de darle paso a tal sea tiene que estar representado en el reconocimiento argumentativo del "principio de racionalidad del legislador", a partir del cual tienen que efectuarse argumentaciones que pretendan cumplir con el ideal de razonabilidad del derecho positivo. Llevado al plano concreto de nuestro pronunciamiento, dicho principio de racionalidad del legislador (de la legislación por este expedida para más exactos), a pesar de haber entrado en gran crédito especial y paradójicamente con el legislador contemporáneo —dado su carácter de representante asiduo de los intereses de las mayorías y expresión política de los grupos dominantes de la estructura socioeconómica del país—, consistía el mismo con la sola revisión panorámica su producción normativa y las disfunciones de la con la normatividad constitucional (reiteradamente declaratorias de inconstitucionalidad), puede ser utilizado si se le comprende circunscrito al modelo estatal constitucional de derecho. Bajo la idea de la validez de esta pretensión de racionalidad del derecho legislado puede hacerse con mayor fundamentación metodológica, ética y jurídica, la reivindicación de las garantías penales, especialmente, en tratándose de la temática de la responsabilidad de la llamada "responsabilidad *in solidum*" como fundamento de la coautoría impropia", de los principios de legalidad estricta y de la proscripción de las interpretaciones *in malam parte*, conjugado este con la concurrente admisión de la hermenéutica *in bonam parte*.

Partiendo de estos precedentes planteamientos concebidos como fundamentadores de la hermenéutica axiológica que nos hemos propuesto aumentar en este fallo, podemos asumir entonces, que la racionalidad de la distinción autoría-participación, expresión de la pretensión de racionalidad y proporcionalidad de la punición estatal fue recogida por nuestro legislador quien, como legítimo demarcador de la política criminal del Estado, consideró que la punición de la

participación, específicamente la consistente en simple colaboración para la consumación-agotamiento del hecho punible desvalorado por él como objeto de lo penable, debía hacerse (por cuanto consulta el principio de proporcionalidad hacerlo, se insiste) por la vía de los institutos de la complicidad (cuando dicha ayuda provenía de un acuerdo previo), y de los llamados encubrimientos (favorecimiento-receptación), cuando este acuerdo previo no existe. Es propio de un Estado constitucional de derecho, y por tanto del Estado colombiano, el reparto de funciones a partir de la llamada división de poderes, demarcadora de los materiales competenciales [sic] de cada rama del poder público. La vigencia de esta forma de organización del funcionamiento del Estado implica el que las diferentes funciones del poder sean efectuadas dentro de los más estrictos marcos de la competencia asignada.

Así, la política criminal estatal está asignada en Colombia al legislador, siendo, pues, éste quien, de la normatividad que expide, está facultado para introducir a las directrices político-criminales estatales las reformas y modificaciones que pretenda (y ello en virtud del principio de reserva, según el cual solo él ostenta la cláusula general de la producción normativa, más aún en tratándose de la punitiva, por lo que, se insiste, una interpretación jurídica que pretenda su modificación, reforma o derogación solo cabe hacerse por él mismo), de conformidad con los procedimientos y los criterios materiales de competencia, consultando desde luego los principios orientadores del derecho penal liberal, salvo que se pretenda la corrección de las posibles deformidades legislativas presentadas cuando la legislación entrada en vigencia es desconocedora del bloque de constitucionalidad, caso en el cual se trata de una interpretación *in bonam parte*, que busca el enaltecimiento de la inviolabilidad de la persona, de su dignidad, principio fundante del modelo estatal de regulación política.

Sin embargo, a la luz de que, según lo afirmado, el legislador penal colombiano reguló en forma adecuada (por su consulta de los principios de racionalidad de la legislación y de proporcionalidad de la punición), la corrección del derecho legislado pregonada no es necesaria (dado que el legislador delimitó el grado de responsabi-

lidad penal a partir de la diferenciación entre autores y partícipes —cómplices—), aunque sí lo es la jurisprudencia a través de su matización, en forma también razonable y objetiva, desde luego, en cuanto esta no ostenta, como la legislación, los caracteres de general y abstracta, de allí donde dimana [sic] la necesidad de auscultar siempre la aplicación del instituto de la coautoría impropia para prestar ética adhesión así al fin del orden justo que debe ser el norte de la decisión judicial.

Enrutar la jurisprudencia hacia una interpretación poco compatible con la racionalidad de la pena a partir de la razonabilidad de la distinción autoría-participación, evidenciaba en la regulación positiva actual, además de que ayuda poco a la concreción de la justicia material como valor fundamental del Estado, no parece estar acorde con la estructuración del andamiaje estatal por la vía del reparto de competencias de las ramas del poder público a partir del cual se sustenta el principio de reserva estricta en materia de legislación penal, cuya utilidad en cuestión de principios del derecho penal liberal es incuestionable a la hora de teorizar y respetar el principio de determinación del tipo penal, que se extiende obviamente, por tratarse la participación penal de una ampliación de la tipicidad, al instituto de la punición de la colaboración en la consumación de un delito, bien sea por complicidad o bien por favorecimiento, dependiendo de la existencia o no de concertación previa para ello.

Lo precedente aquí hubiese sido, acogiendo en forma neutral, desapasionada y objetiva, el número de medios probatorios allegados al proceso en forma legal y oportuna, interpretados integral y sistemáticamente, formular la pretensión punitiva estatal dirigiéndose hacia el objetivo de la obtención de la sanción de los procesados por la vía del instituto de la participación delictiva, que en este caso, en virtud de la ausencia de certeza de un acuerdo previo de los procesados, y de la constancia de que no hubo participación de estos en los punibles atentatorios de la libertad y del patrimonio económico de los ofendidos, era plasmada en forma racional y razonable a la manera de un favorecimiento o de un encubrimiento por receptación, sin que ello implicara dejar de sancionar por parte del Estado la desvalorable con-

ducta de los sindicatos, y con ello abstenerse de cumplir el fin del derecho punitivo, el de la protección de los bienes jurídicos.

Sin embargo, esta actitud de la fiscalía instructora (que parece radicar, se insiste, en la creencia de la jurisdicción de asumir, acudiendo a discutibles criterios de política criminal, que por demás, vuelve a mencionarse, son material competenciales [sic] exclusivo del legislador, de que la sanción penal realizada a través del instituto de la participación no es "suficiente" punición del comportamiento desvalorado como injusto, cuestión que, además de reñir con la presunción de racionalidad de la legislación y con un derecho penal de acto, es decir, personalista y culpabilista, es a todas luces lejana de los postulados de dignidad humana y del orden justo), de desdibujar los verdaderos límites procesales de la responsabilidad penal, conllevará al rechazo de la pretensión punitiva y a las consecuencias jurídicas que dicha decisión conlleva.

Resulta imprescindible para esta falladora, abordar una cuestión que también ha sido olvidada por el titular de la instrucción que precedió este proceso, y que en vista de que la fundamentación de este fallo radica en la búsqueda de una racionalización del *ius puniendi*, de una materialización de un modelo sancionatorio con vocación de racional y respetuoso de la persona humana y su inviolabilidad, amerita una defensa radical y decidida por parte de la jurisdicción, en cuanto es esta el ejercicio denotativo de la razón jurídica del orden jurídico-político cuyo derecho aplica; se hace referencia al tópico denominado "unidad y pluralidad de acciones típicas". Sobre el particular se efectuará una breve argumentación, referida a los aspectos más fundamentales de dicho instituto.

Se ha recurrido por el instructor, para fundamentar la pretensión de declaración de la responsabilidad penal de los procesados, al llamado concurso real de delitos, constituido en el *sub iudice* por los de "secuestro simple" y "hurto calificado y agravado". No es óbice el hecho de que aquí se esté considerando que el delito imputable a los procesados no sea el del hurto del automotor, en la forma en que lo fue —por coautoría—, y que lo más ajustado a la realidad procesal haya sido el de un favorecimiento o receptación eventual-

ente, como se dijo, para que el despacho estime que tiene sentido, en pro de robustecer la defensa de un derecho axiológicamente adherido al modelo de Estado constitucional, reflexionar sobre una problemática, lo cual precisa de una dogmática jurídica igualmente axiológica, integrativa de los objetivos de razonabilidad jurídica.

El estudio de la conducta humana con relevancia jurídico-penal precisa de analizar esta a la luz de la finalidad, en cuanto es la acción un concepto prevalentemente [sic] finalístico. Por ello, la doctrina del derecho penal ha elaborado un modelo de reflexiones jurídicas con las que pretenden que el abordaje de estos supuestos de comportamientos plurales con relevancia en el *ius cogens* se realice por los senderos de la dogmática correcta para un modelo de regulación jurídico-política que se funda en los valores y principios que constitucionalmente plasmó en la parte dogmática de la Norma Fundamental el constituyente primario encargado de su expedición. Así, ha estructurado la denominada "unidad de acción", cuya delimitación se torna problemática cuando se presentan en el ámbito naturalístico una pluralidad de actos que pueden constituir una única acción jurídica, esto es, un único objeto de valoración jurídico-penal (cfr. ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal*, Parte general, Bogotá, Edit. Legis, 1984, pág. 244).

Para responder a este interrogante existen varios criterios dogmáticos que al respecto se han configurado: los llamados criterios de "unidad naturalística de acción", de "unidad jurídica (o típica de acción)", y el denominado "delito complejo".

"(...) de acuerdo con este (sic) —se hace referencia al primer criterio— habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero desde un punto de vista valorativo resulta ser una única acción a los ojos del juez (...). Según este (sic) —se habla ya del segundo criterio— la unidad de acción será propia del tipo penal: 'unidad típica de acción o unidad jurídica de acción'. Una unidad de este tipo se dará cuando varios actos son unificados en un objeto único de la valoración jurídica por el tipo penal (...). (ENRIQUE BACIGALUPO, *ibidem*, p. 245).

De ambos criterios se ha dicho que son inseparables por su vaguedad y por tanto poco precisos,

es decir, no realizadores del cometido de seguridad jurídica que debe mantener presente la ciencia del derecho penal. Por ello, se ha acudido a una opción que dogmáticamente puede ser la más viable, en la medida que se acerca no solo a una mayor precisión y seguridad, sino a los fines de una dogmática correcta, propia de un Estado constitucional de derecho. El criterio del "delito complejo", que parte del estudio de la finalidad del agente, permite entender que un comportamiento hace parte de otro fin, cuando ha sido utilizado como medio para la consecución del acto meta. Es coincidente con la tesis planteada por uno de los titulares de la defensa de los procesados, para quien en este caso, de haberse presentado la prueba de la coautoría respecto de las conductas *naturalísticas* de apoderamiento y previa retención del ofendido, la valoración jurídica que de las mismas era factible realizar para concretar el proceso de adecuación típica era la del acogimiento de la tesis del delito complejo, esto es, la adecuación típica de tal conducta como un injusto típico de hurto calificado por la violencia, calificante que integraba el desvalor de acto de la conducta retentiva de la persona del ofendido, al interpretar, partiendo de la finalidad del actuar, que dicho comportamiento de retención del sujeto pasivo se hacía como un medio para la consumación y aseguramiento del objeto material del ilícito y del hurto mismo, el cual se tornaba así en delito fin, hermenéutica que se fundamenta en las nociones principialísticas de culpabilidad penal y su consecuente proscripción de la responsabilidad penal objetiva.

También contribuye en forma cualitativa a una mejor comprensión del análisis de la conducta jurídico-penalmente relevante, y en forma especial de la determinación del injusto típico, por cuanto es la problemática de la unidad y pluralidad de acciones típicas una amplificación del espectro de lo penalmente relevante, el denominado "concurso aparente de leyes", instituto de utilidad práctica cuando de realizar el juicio de tipicidad se trata, destacándose la utilidad epistemológica que en la materia del juicio de injusto presentan sus principios orientadores, a la manera de que, todos los actos que excedan del ámbito de estos principios, constituirán supuestos no penales a partir del tipo base. Estos principios son:

1. El de *especialidad*, por el cual se entiende que habrá relación de especialidad entre tipos cuando uno de ellos contenga todos los elementos de otro, y además, tenga implícito un fundamento especial de la punibilidad.

2. El de *subsidiariedad*, a partir del cual se considera que un tipo penal es aplicable solo en tanto no sea aplicable otro.

3. El de *consunción*, que se presenta cuando la realización de un tipo que está regulado más gravemente que otro incluye, por regla general, la realización de otro menos grave.

Como se estableció, de lo que se trata es de extraer de esta categorización de las reglas solucionadoras de los concursos de acciones típicas el criterio para acudir a la figura del "delito complejo" cuando un concurso aparente de tipos no puede ser resuelto de conformidad con los principios precedentes. En este caso no es aplicable ninguno de estos tres criterios, destacándose que el de consunción, que podría ser el de mayor aplicabilidad no lo es en la medida que no es la conducta del secuestro un acto necesario para la ejecución del hurto. Sin embargo, la ausencia de estos principios no genera inmediatamente la fundamentación del concurso real de delitos, en la medida que la conducta desplegada constituye un *acto posterior de la realización del punible*, que dependiendo del conocimiento o no de la realización del delito base conlleva atribución de la responsabilidad por la vía de la complicidad o del encubrimiento, respectivamente. En este sentido afirma el tratadista argentino ENRIQUE BACIGALUPO:

"(...) Los actos posteriores copenados son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (...)" (*Ibidem*, pág. 43).

De esta interpretación se deduce igualmente que imputar a los procesados el punible de secuestro simple en forma independiente y autónoma del hurto acudiendo al concurso real de delitos, teniendo en cuenta que la retención del ofendido no fue un acto posterior al hurto, es decir, fue realizada para asegurar la consumación de este, antecediéndolo, haciendo parte de la conducta típica de apoderamiento, la fundamentación de la aplicación del instituto del concurso resulta inconsultante [sic] de la racionalidad de la apli-

cación de la ley penal, en la medida que se desconoce que la finalidad que orientó la acción no fue la de obtener el secuestro del sujeto pasivo y, por lo tanto, no se pretendía como finalidad de la conducta la lesión de la libertad individual del afectado. No hay razón jurídica para desconocer construcciones razonables como la del "delito complejo", aplicables a los supuestos que por fuera de la regla principal de la consunción no salen de la esfera o núcleo central de la conducta delictiva finalísticamente pretendida, y que no ocasionan al afectado un daño nuevo y posterior al que ocasionan al bien jurídico hacia el cual han dirigido su voluntad delictiva.

Como se evidencia, son muchos los institutos dogmático-jurídicos con los cuales puede hacerse alcanzable la aplicación racional del derecho, especialmente del punitivo. La dogmática como camino para la obtención de la racionalidad jurídica, de cuyas elaboraciones es la jurisdicción la principal destinataria, debiendo eso sí constataarse siempre su compatibilidad con la parte dogmática de la Carta Fundamental, debe ser utilizada de manera sistemática y objetiva para poder aproximarse al ideal de una punición racional. Por ello el procedimiento argumentativo dogmático no debe ser laxo ni caprichoso, sino ceñido a las reglas y conceptos que a su interior ha establecido la dogmática, para llegar a la conclusión de que esta actividad de los juristas debe acatar el derecho legislado cuando sea concreción material del contenido normativo constitucional, y reformular ese derecho cuando sea palmario su distanciamiento de aquel, reformulación que debe hacerse siempre solo en cuanto propenda por la aplicación judicial de una legalidad corregida, es decir, por una aplicación judicial de la Norma Constitucional.

*Las soluciones posibles al problema procesal suscitado:*

Se ha planteado la existencia de una indebida calificación jurídico-procesal de la conducta desplegada por los procesados, valoración que se realiza a partir de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, y de la interpretación de las mismas a partir de las reglas y criterios de la sana crítica. La pregunta a responder ahora es, entonces, ¿cómo resolver la incorrecta califica-

del comportamiento de los sindicatos a la de la normatividad procesal penal colombiana, especialmente de los principios y normas reces que la orientan?

Las soluciones que doctrinaria y jurisprudencialmente han surgido son variadas, siendo preteridas en tres posturas básicas, así:

1. Para algunos parece existir la posibilidad de declaratoria de una nulidad procesal con fundamento en la existencia de una irregularidad sustancial insubsanable por otra vía, es decir, se argumenta en favor de la aplicación del artículo 304, numeral 2.

2. Otro sector sostiene la posibilidad de que en la etapa del juicio el fiscal reformule su pretensión punitiva, fundada esta reformulación en la presencia de nuevas pruebas que sean allegadas al proceso en el juicio.

3. Otros sostienen que lo procedente es un pronunciamiento absolutorio, por dos razones:

a) En la medida que el pliego de cargos se consigna en el objeto del proceso, y que a partir de la regla técnica de la preclusión, según la cual concluida una etapa procesal no debe volverse sobre la misma, se desprende la imposibilidad de emitir un fallo condenatorio o acogedor de la pretensión estatal, al resultar improbados los hechos y razonamientos fundamentadores de la imputación jurídica sobre la que se pretende la definición de la responsabilidad penal de los sindicados.

b) La segunda, de más valor político-jurídico, además, que acude a la argumentación de que el carácter de tercero e imparcial que ostenta el juez, no puede ser abandonado por este al intervenir en la definición de la pretensión punitiva, lo que si el pliego de cargos presentado por el actor no se adecua a la realidad procesal debe ser rechazado y en consecuencia absolver de los delitos al procesado. En este criterio pueden discurrirse a su vez tres posturas:

a) La que postula que dicha consecuencia de nulidad por indebida calificación no procede si el delito imputado al procesado es enmarcado dentro del título y del capítulo que regula el comportamiento realizado y el imputado en el Estatuto penal, y,

b) Quienes consideran, como, por ejemplo, tratadistas BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE

LYNETT, que la posibilidad de la absolución es viable, siempre y cuando el fiscal no haya modificado la imputación antes de proferirse la sentencia, aceptan que esta facultad la tiene el fiscal.

cc) La que estima que, sin atender a la ubicación de la conducta imputada al procesado en el pliego de cargos, la solución de la absolución procede en todos aquellos casos en los que exista una formulación no clara y adecuada al proceso de la conducta realizada por el sindicado.

Independientemente de la polémica que se genera en torno a este debate, considera esta juzgadora que la decisión que procede adoptar en el *sub iudice*, debe ser, obviamente, la que más realice la justicia material, es decir, más respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de libertad personal. Analizaremos desde una perspectiva casi que tónica, cuál es en el proceso la decisión más cercana a dichos derroteros, partiendo del examen de cada una de las posibilidades epistémicas [sic] de solución que permite el asunto planteado.

Comencemos por la segunda solución, la que opta por admitir la redefinición de la pretensión punitiva en la etapa del juicio. A más del argumento de la operancia de la regla técnica de preclusión, ya explicada, la inconveniencia de esta solución encuentra además otros fundamentos. Uno de ellos, consistente en la consecuencia que esta posibilidad contraería en desfavor del sindicado, ya que se incurriría en el desbalance de la igualdad procesal de las partes, postulado colateral del principio de contradicción. A su vez, y como segunda cuestión, se cercenaría en demasía el derecho de defensa, por cuanto si la provisionalidad de la calificación jurídica de la conducta delictiva se deja subsistente hasta la etapa del juicio, la posibilidad de plantear y planear estrategias de defensa resultarían ineficaces para materializar esta actividad basililar del investigado, así como del proceso.

Al respecto se ha pronunciado la sala de casación penal de la honorable Corte Suprema de Justicia en estos términos:

"(...) La resolución acusatoria constituye pieza fundamental del proceso, ya que en ella se centran los debates y a la vez configura un presupuesto esencial de la sentencia. En tal sentido, la calificación debe obedecer a lo establecido en el

proceso, y, por lo tanto, las conductas deben estar adecuadas a las respectivas disposiciones legales... Por ello, ha sido unánime la jurisprudencia al afirmar que dicho acto procesal, proferido con las formalidades pertinentes, es ley del proceso y a la vez posibilita la defensa del acusado quien, mediante el pliego de cargos, conoce las imputaciones que se le formulan y cómo debe defenderse de ellas; de esta forma no solo se garantiza el derecho a la defensa del procesado, sino que se limitan los poderes del juzgador en el momento de dictar el fallo definitivo. Lógicamente, se trata de una *providencia inmodificable* (...)" (Sent. de casación de abril 4 de 1995, magistrado ponente doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar). —Cursiva agregada—.

La otra solución planteada, la de la nulidad procesal desde la resolución de acusación, además de encontrar serios cuestionamientos de viabilidad desde el punto de vista de su regulación positiva, deja serias dudas respecto de la concreción del principio acusatorio como criterio de construcción de un sistema procesal penal de esta naturaleza, más afecto [sic] por el modelo estatal estructurado por el constituyente primario. Es palmario que una decisión anulatoria de la resolución contentiva del pliego de cargos, con la finalidad de que sea la valoración jurídica del juez la presentada como pretensión estatal, se torna en una conversión o transformación del juez en interesado en la pretensión punitiva a la luz de la estructura principalística del sistema procesal penal colombiano (debido proceso —garantía del juez natural visto no solo como juez competente, sino, y especialmente, como juez tercero e imparcial—, igualdad procesal de las partes, contradicción, vocación de certeza o de verdad, etc.), degenerador de la fundamentación [sic] dualidad de etapas procesales como consecuencia de la garantía de un proceso debido y justo. El juez en un Estado constitucional de derecho, dadas sus connotaciones de tercero, de avistador imparcial del proceso, debe estar interesado en la decisión basada en la verdad procesal cognoscitiva, no en la decisional. Optar por esto último sería renunciar a su investidura de juez para situarse como un agente más de la agencia fiscal, y concebir como avalable el reconocimiento de la facultad del instructor de variar la calificación que ha dado

a la conducta delictiva en que tiene interés el *ius puniendi* durante la etapa del juicio, sin importarle el que se arrase o no con la garantía basililar del debido proceso y sus criterios estructurales.

Esta ha sido la argumentación predominantemente mantenida por la sala penal de la honorable Corte Suprema de Justicia patria, y que en sentir de esta falladora, ha sido llevada por la judicatura, en cuanto a su valor vinculante, hacia los contornos de la generalidad y obligatoriedad propios de la legislación y ajenos a la jurisprudencia, contrarios por lo tanto al sistema de fuentes que demarcó para la jurisdicción el constituyente primario al expedir la Norma Suprema actualmente vigente, pues nótese que allí la producción jurisprudencial al lado de otros criterios, fue regulada como "criterio auxiliar" de la labor judicial. Sin embargo, la propia doctrina de la mencionada corporación, denota el mensaje de tratamiento cauteloso que debe darse a una tal interpretación, en cuanto su adopción implique sacrificios de las garantías fundamentales de los procesados, en cuanto adoptó dicha posición sobre la base de la "salvaguardia de los derechos de los procesados". Al respecto se pronunció en estos términos la máxima corporación de la jurisdicción penal ordinaria:

"(...) Lógicamente se trata de una providencia inmodificable, pues hay casos en que el pliego de cargos puede desconocer las normas legales que lo regulan de modo sustancial, caso en el cual es indispensable aplicar el remedio de la nulidad a fin de salvaguardar los derechos del procesado".

Cuando se argumenta la declaratoria de nulidades procesales, deben consultarse, siguiendo la perspectiva hasta ahora seguida en el proceso argumentativo de este fallo, esto es, la del derecho por principios, los postulados orientadores del instituto de la nulidad procesal. Este instituto se estructura sobre la base de los siguientes principios, recogidos por el legislador colombiano en el artículo 308 del Estatuto Procesal Penal:

1. Principio de *especificidad* o *taxatividad* de la nulidad, del cual se desprende la tesis de que la causal generadora de nulidad debe estar siempre prevista expresamente en el ordenamiento jurídico como tal.

Principio de *trascendencia*, que pregona que la nulidad procesal debe ser declarada no con referencia explícita o en interés exclusivo de la ley, sino en cuanto la irregularidad procesal afecte a más de los sujetos procesales.

Principio de *protección*, de cuya significación se desprende que no puede solicitarse o darse la nulidad procesal a solicitud o en favor de la parte que con su conducta ha contribuido a la realización del acto irregular.

Principio de *convalidación*, de aplicación vigente en nuestro sistema procesal penal, medida que su contenido consiste en que el consentimiento de las partes con respecto a la invocación de nulidad precluye la posibilidad de solicitarla.

Principio de *instrumentalidad de las formalidades*, según el cual las formalidades procesales se encuentran fundamentadas en la satisfacción de las finalidades del proceso.

Principio de *preclusión* o de *ejecutoria*, consistente en que el proceso se estructura por etapas interconectadas entre sí, de tal manera que la terminación de una etapa impide el inicio de la siguiente, sin que pueda reanularse el proceso a la que acaba de finalizar.

Principio de la *residualidad* de la nulidad, que predica que la nulidad procesal adquiere relevancia solo en tanto no exista otro medio procesal de subsanar la irregularidad. Por este principio se dice que la nulidad tiene una naturaleza extrema.

Como se observa, es de la esencia de la nulidad procesal la corrección de *actos irregulares* del proceso, que turben su transparencia. Surgen, pues, en materia del tópico concreto analizado, el de la nulidad procesal como solución al problema de la incorrecta o indebida calificación jurídica de la imputación, un interrogante fundamental, el de si ¿es dicha actuación indebida de la Fiscalía, la de la incorrecta calificación susceptible de ser considerada como un *acto irregular* del proceso? Al respecto es pertinente aclarar un poco sobre el asunto del concepto irregularidad sustancial del proceso, y su circunscripción al instituto de la nulidad procesal, y a ella el nuestro problema en estudio.

Las instituciones jurídicas medulares ostentadas o finalidad que les da fundamento, y

a partir de los cuales se debe realizar su delimitación. La nulidad procesal lo que pretende es la conservación de la estructura del proceso a la manera de que no altere la finalidad de este, esto es, la resolución del conflicto a través del debido procedimiento, es decir, el previsto en las normas constitucionales y legales como proceso justo. Dicho lo anterior cabe preguntarse, ¿es la nulidad el instituto jurídico y el recurso procesal idóneo para la solución al problema de la indebida calificación jurídica de los cargos constitutivos de la pretensión punitiva estatal? A partir de la principalística sentada a la manera de criterios orientadores de la nulidad, y de la teleología que se le ha reconocido en este apartado a la misma, parece que el instituto de la nulidad visto como solución de la problemática abordada no es el mecanismo jurídico-procesal idóneo para dicha solución. En la medida que allí no se está en presencia del concepto acto irregular, y no la hay precisamente porque lo irregular es lo que se ha hecho contrario a la ley procesal, a la norma que define la estructura del proceso, y en estos supuestos la definición de la pretensión punitiva se ha hecho acorde con esta estructura procesal, en la etapa pertinente para ello y dentro de los términos precisos. El problema es, entonces, la búsqueda del mecanismo propicio por su idoneidad para afrontar esta cuestión de la indebida calificación, para lo cual es pertinente acudir a la interpretación que la doctrina del derecho procesal general ha planteado al respecto.

Ello se justifica en la medida que en la teoría del derecho es reconocido como legítimo el recurso a la teoría general del proceso como metodología de abordaje de los problemas comunes presentados en las distintas normatividades procesales. Así, debe surgir entonces la pregunta, de cuál es la solución que se brinda en el ámbito de los coexistentes ordenamientos procesales cuando las pretensiones que presenta el interesado en la decisión judicial son plasmadas en indebida manera? Se decide decretando la nulidad procesal para corregir este acto irregular y así el demandante pueda iniciar nuevamente el proceso? La respuesta, obviamente es diferente: se decide rechazando la pretensión, en cuanto los caracteres del juez de tercero e imparcial impiden que desbalancee el principio de paridad para demandar o igualdad procesal y delimite la pretensión cómo

él considera debe formularse, independientemente de que observe que existe un derecho que tutelar o un conflicto que requiere de tutela judicial efectiva que realizar: ello en la medida que él es y será juez solo en tanto, en cuanto, conserve su carácter de imparcial y tercero, que si bien es cierto no significan que no puede fallar, también lo es que debe cumplir esta función respetando la posibilidad material de igualdad procesal y la consiguiente contradicción, para que precisamente proficiera un fallo producto de una verdad procesal cognoscitiva y no estricta y simplemente decisorial.

La lógica jurídica y la unidad del derecho nos deben permitir razonar similarmente cuando la problemática se analice en el ordenamiento procesal penal. Si habiéndose conservado la estructura del proceso, como sucedió en el *sub iudice*, habiéndose tenido el amplio debate procesal tanto en la instrucción como en el juicio, acentuado este en el juicio, en el cual desde luego estuvo presente el legítimamente interesado en la pretensión punitiva, actuación en la que pudo invocar la solicitud de reformulación de la pretensión, posibilidad que no ejerció el instructor, y teniendo en cuenta que el pliego de cargos se mantuvo incólume en su formulación por el titular de su definición, lo subsiguiente es considerar entonces, a la luz de la doctrina de la teoría general ya vista, que la pretensión punitiva estatal fue mal formulada y que su definición en forma desfasada de la realidad procesal debe conllevar no a una nulidad procesal como se sostiene por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, dado que no se está aquí ante un quebrantamiento de la estructura del proceso por un acto irregular, sino a la decisión absolutoria, como consecuencia del rechazo de la pretensión punitiva.

Vista en una perspectiva menos general, la solución de la nulidad procesal también puede ser rechazada atendiendo a las consecuencias jurídicas de la misma en el caso concreto. Para este planteamiento, se tiene como punto de partida una importante recomendación formulada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el estudio que, bajo la dirección del profesor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, recomienda a la comunidad jurídica latinoamericana en materia de nulidades procesales:

"(...) Prescindir de cualquier declaración de nulidad fundada en una violación de formas que no afecte garantías o que, en caso concreto, sea *perjudicial para las partes* (...)". Resaltado agregado. (Cfr. "Sistemas penales y derechos humanos", en *América Latina*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986, pág. 164).

Partiendo de este punto de vista, la de las consecuencias en el caso concreto, debemos preguntarnos, ¿cuál sería en este proceso el plexo consensual [sic] de la declaratoria de nulidad? Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta, preliminarmente, que los procesados se encuentran capturados desde hace 15 meses, que el delito que se avizora como cargo imputable a ellos es el de encubrimiento en alguna de sus modalidades sea por favorecimiento o por receptación (aunque, se insiste, es una cuestión eventual e indefinible por el despacho, ya que ello dependería del devenir de un nuevo proceso), los cuales están penados con arresto y prisión que parten de un mínimo de 6 meses y 1 año respectivamente, y a la luz de los criterios fijatorios [sic] de la pena, la ausencia de antecedentes de todo orden de parte de estos, la imponible deberá mantenerse dentro de los estrictos ámbitos del mínimo, a lo que sigue interrogarse entonces, ¿hasta qué punto va a tener utilidad el retrotraimiento del proceso para que se les declare responsables (si es factible hacer ello, lo cual es por ahora una simple elucubración) de una sanción que ya habrán cumplido en ese momento más que completamente.

Y un segundo interrogante, que no por formularlo en este orden es el menos importante, si ¿sería tachable una decisión en tal sentido de respetuosa de principio de dignidad humana y del fin-valor de justicia; partiendo del posible desenlace procesal antes descrito, sometiendo a los procesados a una nueva penosidad [sic] que por naturaleza involucra el proceso penal? Indiscutiblemente una decisión contraria a la aquí propugnada contrastaría con la equidad como criterio metajurídico de indefectible consulta por la función judicial en la producción de sus decisiones, valor que está, a la vez, contenido dentro del sistema de fuentes constitucionalmente diseñado por el constituyente primario para la jurisdicción en dicha tarea, a la manera de fuente material y criterio axiológico auxiliar —aunque no por ello

preciable— de la función de decir el derecho que compete legítimamente a la jurisdicción. Responder este interrogante sobre el respeto a la decisión judicial por el principio-derecho a la dignidad y por el fin estatal metaético de un juicio justo, presupone también una construcción argumentativa acudiendo a la hermenéutica de un hecho penal de principios, por lo que resultan inabundantes [sic] las palabras del profesor JUAN GONZÁLEZ cuando manifiesta, respecto al ejercicio del poder punitivo del Estado, del cual la jurisdicción es el mecanismo de racionalización,

(...) Todo acto de poder del Estado colombiano, es decir, todo acto funcional de cualquiera de sus autoridades, tiene que promover, dentro del marco de los principios de legalidad de las funciones públicas y de igualdad de todas las personas ante la ley, los fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (Const. Pol., art. 2º-1). La "prevalencia del interés general" no puede regir frente a los derechos fundamentales y a los derechos humanos internacionales, pues entonces estaríamos reducidos en un Estado supra individualista o colectiva y no frente a un Estado social y democrático de derecho en cuyo ámbito prevalecen tales valores de la persona humana". (Cfr. *Principios y normas rectoras del derecho penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Leyer, 1998, pág. 102).

Seguimos el orden de la labor argumentativa, por lo, la última posibilidad hermenéutica a adoptar, entonces, la de la absolución, interpretada sobre la que se procederá a razonar a continuación. Al respecto, los tratadistas BERNAL y TEALEGRE, analizando la postura de la absolución, de la cual son partidarios, siempre y cuando el fiscal en la etapa del juicio se haya abstenido de corregirla, comentan la postura que al efecto adoptó la sala penal del Tribunal Superior de Cundinamarca en auto del 25 de mayo de 1993, con ponencia del magistrado Germán Maquín Grillo:

(...) El Tribunal Superior de Cundinamarca tiene que en el actual sistema procesal, el juez

no puede declarar la nulidad por error en la denominación jurídica del delito, porque de acuerdo con la Carta Política la función de acusación está en la obligación de proferir sentencia en concordancia con los cargos formulados, sin que le sea permitido variar la adecuación típica realizada. De conformidad con el sistema acusatorio vigente, es posible proferir absolución cuando el fiscal ha seleccionado, equivocadamente en la acusación, el tipo penal correspondiente (...). (Op. cit., nota 454, pág. 502).

Si retomamos como punto de partida en el análisis de esta posibilidad de decisión, el aspecto relativo a la inconveniente consecuencia de la nulidad en cuanto a lo que al cumplimiento de la pena eventualmente imponible a los procesados y al acrecentamiento de la penosidad [sic] que la continuidad del procesamiento implicaría para los sindicados, así como el punto relativo a la posibilidad que tuvo el fiscal en el debate que devino en el juicio de reformular para corregir su pretensión, cuestión de la que se abstuvo por propia decisión; y la valoración de la ausencia de certeza probatoria de la responsabilidad penal de los sindicados por los delitos imputados, así como el análisis del derecho penal fundamental abordado, y si tenemos en cuenta la defensa realizada en nuestra argumentación de la preceptiva del juez natural como juez tercero, imparcial e independiente (en este caso independiente de la agencia fiscal), muy seguramente la decisión absolutoria adquiere la fundamentación de mayor entidad argumentativa, por cuanto realiza de manera efectiva el derecho material de acceso a una jurisdicción que propende por una verdad procesal cognoscitivista, legitimada en su reconocimiento de los principios y valores constitucionales y en los derechos fundamentales, por cuanto la pretensión punitiva no logró demostrar los fundamentos en que se basó, ni el trabajo probatorio realizado arrojó el resultado sobre la responsabilidad penal y la certeza de la misma que imputó como pretensión punitiva a los procesados. Así pues, se dictará fallo absolutorio en favor de los procesados por lo concerniente a los punibles de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado por los que fueron acusados.

Proferir un fallo condenatorio por el delito que las pruebas allegadas reflejan son responsables,

los procesados, de conformidad con la conducta por cada uno de ellos desplegada, esto es, el de receptación, además de constituir una vulneración del reparto competencial [sic] exclusivamente atribuido por el Constituyente a la Fiscalía General de la Nación (Const. Pol., art. 250, concordado con el art. 235 num. 4, de la misma norma), el principio-derecho del debido proceso y el derecho de defensa de los sindicados (Const. Pol., art. 29), en la medida que estaría emitiendo un pronunciamiento judicial que aborda supuestos fáctico-jurídicos que no fueron nunca materia de controversia ni de discusión procesal, lo que además sería soslayar la congruencia que debe existir entre resolución de acusación y sentencia. La identidad entre fallo y cargo formulado fue regulada como instituto fundamental del sistema procesal penal colombiano, estructurado como tendencialmente acusatorio y como reconocedor de la separación de las funciones de investigación (acusación) y juzgamiento en la Fiscalía y la jurisdicción, respectivamente, como garantías del respeto del derecho de defensa como expresión fundamental del debido proceso, visto como pretensión de un proceso justo, emanación del fin estatal de un orden justo.

Refuerza la solución de la absolución, el estudio de la forma como fue regulada la problemática de los presupuestos o alcances bajo los cuales fue conservada por el legislador nacional esta exigencia fundamental de la identidad del cargo de la resolución de acusación con el fallo, y que han sido interpretados en Colombia bajo la perspectiva de una posición mixta, esto es, constituida por la exigencia de consulta que debe hacer el fallo no solo del hecho histórico investigado, sino también de encuadramiento del cargo dentro de un tipo concreto de la parte especial, sistema que ha sido matizado por la jurisprudencia colombiana en lo que a este último aspecto respecta, con la exigencia de encuadramiento de la imputación "dentro del capítulo contentivo del bien jurídico lesionado y del verbo rector con la conducta penal realizada. Bajo la égida de ninguno de los dos sistemas, ni siquiera del matizado, sería válido jurídicamente proferir un fallo condenatorio por el supuesto de hecho realmente realizado por los sindicados, pues no se encuadra la receptación en el capítulo contentivo de los tipos de injusto

con los que el legislador ha dado protección penal a los atentados contra el patrimonio económico y la libertad personal, que fueron los imputados en la resolución de acusación.

Sentados los precedentes razonamientos y el consecuente proceso de argumentación por el que se llegó a los mismos, deberá en consecuencia absolverse a los cinco procesados por el cargo de secuestro simple en concurso con hurto calificado y agravado.

*De la imputación del cohecho por dar u ofrecer:*

Seguidamente debe abordarse el análisis de los presupuestos de sentencia condenatoria con respecto al procesado Mauricio Alberto y el cargo de cohecho por dar u ofrecer que le fuera imputado en el pliego de cargos.

La decisión de formular esta acusación fue adoptada por la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Medellín encargada de desatar el recurso de apelación interpuesto por los titulares de la defensa en contra de la providencia calificatoria, la cual, valga decirlo, había sido en este asunto, preclusiva de la instrucción por este punible. Sin embargo, consideró la funcionaria de segunda instancia, que la calificación por este hecho era procedente, por cuanto los agentes encargados del procedimiento y que realizaron ratificación y ampliación de sus testimonios "(...) fueron claros, concretos, sinceros, en informar, así mismo, del ofrecimiento de dinero que, para desistir del procedimiento en su contra, había proferido uno de los antisociales Mauricio Alberto, garantizándole, al mismo tiempo, que solo era decir la cantidad exigida, y pronto, en cuestión de media hora, la tendrían disponible". "(...) Esos testimonios dignos de entera credibilidad, que ratifican y amplían ese hecho, en sus detalles, en sus elementos constitutivos, están tipificando (sic) esa infracción, la de cohecho por dar u ofrecer, en contra de la administración pública (art. 143), cuando, por otro lado, no puede esperarse que el corruptor tenga interés en aceptarlo, o sus compañeros de fechorías en corroborarlo, como las únicas personas, diferentes a los uniformados, que, (sic) a esa hora y en ese lugar se encontraban; siendo por lo consiguiente, legal proceder a incluirla en el pliego de cargos (...)" (fls. 357).

Considera el despacho que el análisis de la prueba testimonial con la que se ordenó la revocatoria de la preclusión por este ilícito en contra de Mauricio, generador de la consecuente orden de incorporación de este al pliego de cargos, amén de un análisis de mayor entidad de dicha prueba testimonial, entidad que era requerida para desvirtuar la argumentación que en la primera instancia había sido esgrimida como fundamento de la preclusión, en la cual afirma el titular de la instancia en primera instancia: "(...) La prueba que aporta penal en contra de Mauricio Alberto no basta para indilgarle (*sic*) el cargo de cohecho no satisfecho de las exigencias del (*sic*) arts. (*sic*) 441 del C. de P. Penal por que (*sic*) son los agentes de la fuerza pública los únicos (*sic*) que en contra de Mauricio Alberto han declarado señalándolo (*sic*) que recibió (*sic*) dinero con tal de que no se llevara a cabo la captura de ninguno de los sindicados y los agentes son personas interesadas en que se siga al delincuente y por ello no son declaraciones imparciales por lo que se necesita el apoyo de otra prueba que por sí sola señale (*sic*) a favor del delito de cohecho y como Mauricio Alberto ha negado rotundamente haber ofrecido dinero a los policías y ningún otro cosindicado lo ha admitido forzoso es concluir que no se reúnen los requisitos del art (*sic*) 4413 del C. de P. Penal, incluyendo la investigación por el precitado delito (...)" (fls. 309).

La contradictoria argumentación de primera instancia instructoras, vistas aquí en materia de valuación argumentativa a pesar de la jerarquía funcional que las caracteriza, nos obliga desde luego a efectuar algunas reflexiones en torno a los presupuestos de la sentencia condenatoria que contiene el artículo 247 del Estatuto Procesal, esto es, a la exigencia de certeza respecto de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado. De ello se desprende para el despacho seguidamente.

Para el primero de los aspectos debe acudirse a la descripción del supuesto de hecho que realice el tipo de injusto contenido en el artículo 143 del Estatuto Penal, "Cohecho por dar u ofrecer", observando los verbos rectores "dar" u "ofrecer" que implican un perjuicio u otra utilidad al servidor público con el fin de retardar o evitar la realización de un acto propio de las funciones del cargo. La existencia

de este comportamiento penalmente desvalorado debe determinarse partiendo de los medios de prueba que para su investigación fueron allegados. Se tienen en el proceso como medios de prueba, los testimonios de los agentes que realizaron el procedimiento de captura, así como las versiones de los procesados, especialmente la de Mauricio Alberto, directamente acusar como autor de este punible. Así las cosas, tiene sentido acudir a la teoría del testimonio que ha sido elaborada a través de la doctrina de la prueba. El testimonio requiere, para poder ser invocado como medio de convicción judicial, de diferentes requisitos, caracterizados por la doctrina como de existencia, de validez y de eficacia. Su mención es pertinente teniendo en cuenta la importancia del presupuesto analizado:

Requisitos de existencia del testimonio:

1. Que sea declaración de un tercero, entendido este como alguien no interesado en el proceso.
2. Que dicha declaración sea personal, es decir, directamente realizada por el testigo.
3. Que verse sobre hechos, es decir, no debe trasladarse a valoraciones allende a lo fáctico.
4. Que se refiera a hechos ocurridos antes de la declaración.

Son de validez los siguientes requisitos:

1. La petición y/u ordenamiento legales.
2. La legitimidad del funcionario para la recepción de la declaración.
3. Debe ser juramentado.
4. El declarante debe tener capacidad física y psíquica del declarante.
5. Observancia de las formas legales previstas para la práctica de las pruebas.

Se consideran de eficacia los siguientes aspectos:

1. La conducencia del testimonio.
2. Su pertinencia.
3. La capacidad física y psicológica del declarante para percibir, y demostrable en su declaración, según su capacidad de recordar.
4. Razón del dicho o ciencia del dicho del testigo. Referido a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia y conocimiento de los hechos que se investigan.

Es clara la doctrina en considerar que la falta de uno de estos elementos desvirtúa la convicción que respecto de la certeza de los hechos pueda generar el testimonio, en la forma respectiva a cada categoría, esto es, inexistencia, invalidez e ineficacia según el requisito que falte, convicción que debe ostentar una exigencia en cuanto al grado de presencia de estos requisitos mayor, teniendo en cuenta que aquí la prueba testimonial es única, es decir, de ser fundadora de certeza, será prueba plena. Analicemos entonces los diferentes testimonios de los agentes a la luz de estos requisitos de convicción:

El agente Bernardo, manifestó al respecto: "(...) Yo le pregunté al joven Mauricio que es lo que está pasando allá adentro como (*sic*) es la vuelta y este me contestó tranquilo agente no haga mucho escándalo que esto se puede arreglar solo déjeme hacer una llamada y en media hora tiene la plata que Ud. quiera, luego me dijo cuando cuanto (*sic*) quiere, yo le contesté cuánto me puede pagar y me dijo solo pida que la plata está aquí en media hora, cuando vió (*sic*) que ya no podía llegar a un arreglo con nosotros" (fls. 18 vuelto).

El agente Londoño afirma "(...) cuando los tuvimos a todos juntos *nos dijeron* que como era la vuelta que ellos con una llamada que hacían conseguían la plata tapar el caso y por lo tanto *trataron* de sobornar al dispositivo (*sic*) y los escuchamos (...) preguntado: díganos Ud. recuerda (*sic*) cuál de los sujetos capturados fue el que trató de sobornar a los agentes. Contestó: Hay (*sic*) *todos hablaron* de que hablaríamos (...)" (fls. 17, frente) —cursiva agregada—.

Por su parte, el agente Oscar, narró: "(...) y 17 fueron capturados por la policía y se les preguntó que cómo era la vuelta le dijo Bernardo y *ellos nos* ofrecieron plata y dijo uno que no era sino hacer una llamada y llegaba la plata y hay *ellos hablaron* y *decían* lo mismo que dijera cuánto y el agente les dijo que cuánto daban y *ellos decían* que no era sino hacer una llamada y llegaba la plata, no me acuerdo qué les contestó Bernardo (...)" (fls. 20 frente) —cursiva agregada—.

El sargento Manuel, encargado del operativo manifestó al respecto: "(...) Preguntado: díganos que insucesos se presentaron en la captura. Contestó: Sí en la captura sí (*sic*) hubo *alguno* que

trató de sobornar al agente Bernardo que como era la vuelta con esto quiere decir que a lo mejor nosotros lo íbamos a dejar que se fueran por alguna cantidad de dinero que ellos nos iban a suministrar, ellos u otra persona (...)" (fls. 22, frente) —cursiva agregada—.

La valoración de estas declaraciones, a la luz de los requisitos de convicción vistos anteriormente, denotan la existencia de dos disfunciones en la verificación de estos: en lo que a la razón del dicho se refiere, y en cuanto al aspecto de la tercera o imparcialidad de las versiones. En cuanto al primer aspecto, dejan dudas acerca del origen de la propuesta de ofertar el dinero las tres primeras versiones transcritas, por cuanto el propio agente Bernardo, a quien supuestamente Mauricio realizó la propuesta, menciona que fue este de quien provino y seguidamente, contradiciéndose en ello, habla de que fueron todos los sindicados los que confluieron en realizar esa oferta. Pero estas dudas acerca del origen de la oferta de dinero no solo son visibles en torno a la persona del acusado, sino también en lo que a la actitud de los policías respecta, pues, cómo interpretar la aparente disposición mostrada por los gendarmes para "hablar de la vuelta" con los procesados. La claridad y precisión de estos testimonios que motivaron a la fiscal de segunda instancia a incluir este delito en el pliego de cargos, no parecen tener recibo a la luz de las reglas interpretativas de este medio de prueba, falencias que si bien podían (por qué no, y sobre ello considera el despacho que no es menester pronunciarse) fundamentar la emisión de resolución de acusación en contra de Mauricio Alberto, dado el requisito de convicción exigido para optar por esta decisión —el de la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad—, no pueden ser soslayadas a la hora de reconocer en este punto la existencia de duda razonable en favor del sindicado, al punto de fundamentar su absolución por este cargo.

Téngase en cuenta que la actitud responsiva de los ratificantes denota su interés previo en llegar a un arreglo sobre "la vuelta" con los sindicados, al punto que el argumento en que basó la preclusión por este punible el delegado fiscal de primera instancia, esto es, la de la inexistente imparcialidad de los gendarmes, es aceptable como

mento racional para adoptar esta afirmación o desestimar estos testimonios, porque la imparcialidad o desinterés en los resultados de su declaración, no se aprecia como presente en las raciones vertidas, en la medida que no habiendo llegado policías y capturados a un acuerdo cuya iniciativa se vislumbra como procedente de los meros en lo que a la solicitud de dinero resta, no puede haber convicción que genere ese grado de certeza requerido para con [sic] presupuesto de la existencia del hecho punible.

Es lógico pensar que si los policías no obtuvieron posibilidad de arreglo con los hoy sindios —inferencia que se extracta de la propia declaración del testigo de cargo contra Mauricio, agente Bernardo—, no actúen con la característica de *tercería* que tome la versión que rinden una declaración testimonial digna de ser conserada plena prueba de la existencia del ilícito, razón por la cual, al ser de dudosa existencia (en de las categorías de convicción antes reseñadas), y de menguada razón en sus dichos (refundidos a los requisitos de convicción propia de dichos), la consecuencia jurídico-procesal a inexistencia del presupuesto procesal "cerca del hecho punible", dado que no se puede comparar con declaraciones portadoras de tales evidencias la autoría del acusado de tal comportamiento afrentatorio [sic] de la administración pública, en virtud de que existen dudas de entera razón que por mandato constitucional y legal deben ser resueltas en favor del procesado, por ende, al generar el rechazo de la pretensión punitiva, deben conllevar a la consecuente absolución por el instituto de la "duda razonable".

Recuérdese que la duda, como estado intelectual del juez respecto a la verdad procesal, cuando es razonable, debe ser siempre interpretada en favor del procesado. A ella puede llegar el juez, como dice José Cafferata Nores, porque se encuentra en

(...) una indecisión del intelecto puesto a eleger entre la existencia o la inexistencia del objeto de la cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos igualmente atendibles. O, más que equilibrio, quizás sea una oscilación, porque el intelecto se mueve llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin

poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraiga suficientemente como para hacerlo salir de esta indecisión pendular". Citando seguidamente a Claria Olmedo (nota 7) "Hay duda cuando los motivos que conducen a afirmar y a negar se presentan en paridad de volumen" (...) (Cfr. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988, pág. 647) —curativas originales—.

En torno a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, como consecuencia del estado intelectual "duda" en que pueda encontrarse el juez, expresa el mencionado autor:

"(...) La duda (*lato sensu*), que al comenzar el proceso tiene poca importancia ... va cobrándola a medida que se avanza, aumentando el ámbito de su beneficio, ... hasta llegar a la máxima expresión de su alcance en el dictado de la sentencia definitiva (en el cual la improbabilidad, la duda *stricto sensu*, y aun la probabilidad impedirán la condena del imputado). ... En este último es cuando se evidencia con toda su amplitud este principio, pues, como ya se vio, el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la certeza acerca de la culpabilidad del acusado. *De ello se sigue que en caso de incertidumbre, este deberá ser absuelto: in dubio pro reo*. ... Esta máxima deriva del principio de inocencia ... que le proporciona su justificación político-jurídica, pues solo en virtud de él se puede admitir que la duda, en lugar de perjudicar al imputado, lo beneficia (...)" (*ibidem*, págs. 10 y 11).

Así las cosas, se absolverá al procesado Mauricio Alberto por el cargo punitivo de "cohecho por dar u ofrecer", de conformidad con lo precedentemente expuesto al respecto.

Se ordenará la libertad inmediata y provisional de los procesados, siempre y cuando otra autoridad no lo requiera, acatando lo estipulado por el artículo 415, numeral 3, en concordancia con el 419, debiendo estos para hacerse acreedores a ella prestar caución prendaria de \$10.000 cada uno, excepto Mauricio que deberá depositar una de \$20.000, con la cual se comprometen estos a cumplir las obligaciones previstas en el artículo 419 del Estatuto Penal Fundamental.

Ejecutoriado este fallo procedáse a dar el respectivo informe de su contenido a las autoridades judiciales y administrativas.

Sin necesidad de más consideraciones, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

FALLA:

*Primero: Absolver* a los señores Andrés Nayi, Jesús Hernando, Juan Manuel y Alexander Alexis, de notas y condiciones civiles insertas en esta providencia, de los cargos que les fueran lanzados por la Fiscalía en la resolución de acusación, de *secuestro simple*, en concurso con *hurto calificado y agravado*. Las razones para ello quedaron expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

*Segundo: Absolver* al señor Mauricio Alberto, de notas y condiciones civiles insertas en esta providencia, del cargo punitivo lanzado por la Fiscalía en la resolución de acusación, de *secues-*

tro simple en concurso con *hurto calificado y agravado y cohecho por dar u ofrecer*. Las razones para ello quedaron expuestas en la parte motiva de esta decisión.

*Tercero:* Como consecuencia de lo anterior, otórgase a los señores Andrés Nayi, Mauricio Alberto, Juan Manuel, Jesús Hernando y Alexander Alexis, la libertad inmediata y provisional, siempre y cuando otra autoridad no lo requiera. Para ello, deberán prestar caución prendaria cada uno por valor de diez mil pesos (\$10.000), excepto el procesado Juan Manuel que deberá depositar la suma de veinte mil pesos (\$20.000), en la cuenta que este despacho posee en la caja agraria, y debiendo de contera suscribir diligencia en la que se comprometan a cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo 415, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 419 de la misma obra.

*Cuarto:* Una vez ejecutoriado el presente fallo, dese informe de lo pertinente a las autoridades judiciales y administrativas.

# BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ: *Autoría y participación*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1998, 356 páginas.

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ profesor de la Universidad Externado de Colombia, presenta la segunda edición de su trabajo *Autoría y participación*, en el que expone y analiza de manera sencilla y amplia las temáticas necesarias para la comprensión teórica de la coparticipación en materia de responsabilidad penal.

Se propone el autor incitar a la polémica en torno al concepto autor en nuestro ordenamiento jurídico penal y además ofrecer cimientos para lograr construirlo. Así mismo, llama la atención el profesor SUÁREZ SÁNCHEZ sobre la escasez en nuestro medio de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema, razón por la cual considera que la teoría sobre la coparticipación es uno de los capítulos más oscuros y confusos en el derecho penal colombiano; de ahí que a través de su trabajo busque exponer los distintos conceptos diseñados tanto por la doctrina tradicional como por la moderna, dada la importancia de unificar criterios para distinguir entre autoría y participación.

En el texto comentado el autor alimenta su discurso con doctrinantes españoles como GIMBERNAT, DÍAZ y GARCÍA CONLEDO cuyas citas son recurrentes; y en entre otros, como es de esperarse, se hace referencia a dogmáticos alemanes como ROXIN y JAKOBS, sentando frente a sus aportes clara posición; además no olvida nutrir su trabajo con doctrina colombiana.

El libro se divide en dos secciones. La primera sobre la autoría y la segunda sobre la participación.

En la primera sección, que consta de seis capítulos, se analizan de manera amplia conceptos y problemas vinculados a la categoría dogmática de la autoría: en el primer capítulo se justifica la necesidad de las normas sobre autoría y participación, pues "los fenómenos sociales que des-

piertan la preocupación del legislador no tienen siempre la misma asimilación..."; así, por ejemplo "en materia de coparticipación criminal, el reproche no es igual para todos los intervinientes en el hecho punible" (pág. 29). Por tanto, se hace necesario diferenciar entre autores y partícipes por ser diverso su grado de responsabilidad.

En el capítulo segundo se presentan someramente los conceptos de autor que en otros apartes del texto se desarrollan.

En el capítulo tercero, se trata el concepto unitario de autor: su noción, fundamento y caracterización, además de formularse algunas críticas tales como que el concepto unitario se basa en la pura causalidad, no pudiendo por ello hacer distinciones, solo aprecia el desvalor de resultado, con desprecio del de acto, pues para nada se tiene en cuenta el desvalor de acción derivado de la forma de intervención, y el puro desvalor de resultado conduce a una responsabilidad objetiva. Allí mismo aclara el autor cuál ha sido a su juicio el concepto acogido por el ordenamiento penal colombiano desde el Código Penal de 1936 hasta el decreto 100 de 1980; considerando que es el concepto restrictivo de autor el acogido por ambos sistemas.

Continúa su análisis SUÁREZ SÁNCHEZ en el capítulo cuarto con el concepto extensivo de autor, del que desarrolla las teorías que lo explican y le formula algunas críticas; entre ellas la de que la adopción de este concepto pone en peligro la función garantista de la tipicidad, pues el concepto extensivo lleva a una interpretación amplia de los tipos penales, no conciliable con los principios que informan y disciplinan al derecho penal moderno.

Se prosigue con el concepto restrictivo de autor, objeto de reflexión en el quinto capítulo, en relación con el cual se presentan las dos principales teorías que lo explican, la objetivo-formal y la del dominio del hecho enmarcada dentro de las teorías objetivo-materiales. Se presentan sus características y fundamentos; siendo este último concepto, el restrictivo, el acogido por el autor.

El capítulo sexto de esta primera sección dedicado a analizar el "Concepto de autor en el Código Penal colombiano", constituye el eje central del trabajo; en este además de afirmarse que el concepto de autor en la legislación colombiana es restrictivo" (pág. 206) y de criticar la dirección extensiva que en este asunto ha tomado la Corte Suprema de Justicia, se relaciona el concepto de autor con algunas instituciones básicas de la Constitución y el injusto; también se propone un concepto de autoría para el derecho penal colombiano después de formular los aspectos metodológicos para su elaboración. El concepto de autor propuesto que se nutre principalmente de la teoría objetiva formal, sin desprestigiar del todo el objetivo material, es caracterizado y justificado. Así mismo en esta parte se presentan los conceptos de autoría mediata y coautoría, todos ellos con sus características generales y especiales, reviviéndose entre otras cuestiones, los problemas relacionados con los tipos especiales propios e impropios.

Es de anotar que en el análisis del concepto de autoría es donde más se percibe la dirección restrictiva que toma el autor.

La sección segunda en la que se trata la "Participación" se divide en dos capítulos; en el segundo capítulo, eje de la sección, se presenta la teoría de participación, sus elementos, los problemas de exceso cualitativos y cuantitativos; además de las clases de accesoriadad cuantitativa y cualitativa, optándose por la limitada. También se hace alusión a la comunicabilidad de circunstancias, y a otros temas como la participación en omisión concluyendo que solo la complicidad en omisión se sanciona como complicidad; además se resuelve el problema de la concurrencia de formas de participación; se plantea la punibilidad de la participación culpable, pues lo que no es punible es la contribución culpable, conclusión de la que al nos apartamos, pues el no valorar suficientemente la voluntad como elemento necesario en la participación podría llevar a una extensión peligrosa de punibilidad.

Seguidamente en el texto se describen las formas de participación, determinación y complicidad, presentando de ellas la noción y sus elementos; aquí es preciso anotar que cuando el autor describe los supuestos de participación por ins-

tigación a nuestro juicio lo hace desde una óptica extensiva no aconsejable, pues no se exige que el instigador haga nacer la idea criminosa en el autor (pág. 343).

El texto del profesor SUÁREZ SÁNCHEZ es un trabajo serio, con la casuística necesaria para comprender los conceptos que en él se tratan, convirtiéndose en una fuente de importante consulta para jueces, abogados y estudiantes que requieran elementos para deslindar y aclarar conceptos tan relevantes en materia de responsabilidad penal, como son los de autoría y participación.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO PATIÑO

Estudiante de la Universidad de Antioquia  
Medellín, junio 1999

ÁLVARO VARGAS: *La Fiscalía General de la Nación desde "el sueño de la mariposa"*, Forum Pacis, Ibagué, 1998, páginas.

El doctor ÁLVARO VARGAS, conocido penalista y catedrático nos lleva en este texto a un conocimiento, bastante actual, del funcionamiento de la Fiscalía, de sus fallas y del porqué de ellas. Es un libro fascinante, que absorbe al lector en una lectura bastante agradable, pero la mejor manera para describirlo es, sin embargo, la del propio doctor VARGAS, cuando se refiere a él como "un opúsculo de lectura fácil y de formato breve", y además como un texto "corto pero punzante".

Para este análisis se basa en un relato llamado "El sueño de la mariposa", de CHUANG TZU, en el cual Tzu sueña que es una mariposa, y al despertar, no sabe si es "Tzu que había soñado ser una mariposa o si era una mariposa y estaba soñando que era Tzu". Este pequeño extracto de dicho cuento, da pie para la gran crítica que se realiza a la estructura de la Fiscalía, pues esta, en un momento, fue soñada por el constituyente como órgano jurisdiccional, y al siguiente fue soñada, tanto por el mismo constituyente como por el ejecutivo (actuando este último como legislador, y poniendo más énfasis en esta visión propia de la institución) como parte; y entonces ya no se sabe si es órgano jurisdiccional o si es parte, por que al igual que Tzu no puede ser Tzu y mariposa al mismo tiempo, la Fiscalía no puede ser órgano jurisdiccional y parte, por ser estas, como lo ex-

plica el doctor VARGAS, y como lo debería decir la lógica, prerrogativas inconciliables ontológicamente, y que por tanto no pueden confluír en un mismo órgano.

Otra gran crítica que se lleva a cabo a lo largo del texto son los repetidos ataques realizados contra la independencia, que como órgano jurisdiccional debería tener la Fiscalía; se crea así un "principio de unidad o jerarquía", que implica la supeditación de los fiscales a aquellos de mayor jerarquía, mediante consejos, órdenes, reasignaciones y traslados (haciéndose obligatorio lo que dijera el fiscal general de la nación), lo cual desvirtúa por completo la autonomía propia del juez, que la Constitución dijo que era el fiscal.

Leyendo *La Fiscalía General de la Nación desde "El sueño de la mariposa"*, encontramos que el doctor VARGAS, al tratar el problema de la estructura actual de la Fiscalía, invoca, sin miedo, fundamentadas opiniones políticas y jurídicas contra las instituciones que organizaron la estructura de la Fiscalía, y, sobre todo, contra las personas que componen dichas instituciones, entre las que encontramos a la Asamblea Nacional Constituyente, al presidente de la república, los primeros fiscales generales de la nación (Gustavo de Greiff y Alfonso Valdivieso), al Congreso y la Corte Constitucional.

Es por tanto un relato que nos adentra, de manera irónica y divertida, en una cruel realidad jurídico-política. Resulta importante resaltar, que muchas de esas opiniones y algunas de las mejores ideas del libro, se encuentran en las notas de pie de página, que a veces tantos lectores de textos jurídicos pasamos inadvertidas y que en este texto en especial, hacen que se disfrute aún más su lectura.

Basado en la dogmática jurídica, el autor defiende el respeto a un sistema penal garantista, en el cual prime el respeto a los postulados básicos del debido proceso, tales como el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, que necesariamente deben encontrarse en un Estado Social de Derecho; y nos muestra la diferencia con la realidad que estamos viviendo, en la cual se pierden, cada día más, estos principios básicos a pesar de estar consagrados en la Constitución.

Después de leer el libro queda la sensación de que los responsables del problema de la mala

estructuración de nuestra Fiscalía, son: primero, la ignorancia de nuestros legisladores, fiscales generales, presidentes, etc.; esta mala formación parece deberse en parte, a la asimilación que los juristas colombianos (ahora ostentando altos cargos) han hecho del sistema jurídico de Estados Unidos, en películas y series de televisión de ese país, realizando en Colombia una mala imitación del mismo, porque seguramente soñaron (y sueñan aún), con convertirse en verdaderos abanderados de la justicia (en el mejor de los casos, o sea suponiendo la buena fe en sus actuaciones) utilizando en nuestro país el mismo sistema (de aquel tomamos, entre otras, la institución de la negociación de la pena por colaboración con la justicia, que va contra el principio de un juicio contradictorio, y en la cual todo depende de qué tan buen negociador se sea y no en la gravedad del delito cometido); y segundo, los medios de comunicación nacionales, que manejan la opinión pública, en la que los representantes de nuestras instituciones se basan más que en el derecho, cometiendo así grandes injusticias.

El libro termina con un breve capítulo llamado "El despertar" en el cual el autor da ciertas ideas para reorganizar la estructura de la Fiscalía como las siguientes: que esta reclame la investigación pero no la realice, lo cual le permitiría actuar como parte; una mejor forma de elección del fiscal general de la nación, que no sea de terna presentada por el ejecutivo, sino que, para garantizar su independencia política y su idoneidad, sea elegido solamente por la rama jurisdiccional mediante un procedimiento descentralizado. También trae en este capítulo como una de las soluciones al problema, la esperanza brindada por la ley estatutaria 270 de 1996 que consagraba un plazo hasta el 30 de junio de 1999 para acabar con la justicia regional, pero como acá lo bueno no se hace como debiera, prácticamente lo que se realizó fue un cambio de nombre y algunas variaciones, pero no la desarticulación que todos esperábamos.

ADRIANA SANÍN VÉLEZ

Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín, octubre de 1999

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS  
TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA DOS  
DE ABRIL DE AÑO DOS MIL.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen