

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Fundador

Leihgabe Prof. Ambos

## EDITORIAL

La nueva Constitución y la justicia  
Fernando Velásquez V.

53

## DERECHO PENAL

El derecho penal colombiano: ¿ciencias o humanidades?

Laureano Contreras Vergara

Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales

Félix Herzog

Delitos contra el ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación

Julio César Rodas M.

La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales

Laura Zúñiga Rodríguez

## CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Hércules en el jardín criminológico

Luis de la Barreda Solórzano

Derechos humanos y persecución penal en América Latina

Kai Ambos

## JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. No es absoluta la prohibición de excarcelar del art. 441 del C. de P. P.

Dr. Ricardo Calvete Rangel

Comentario: Alfonso Cadavid Q.

Tribunal Superior de Antioquia y Tribunal Superior de Medellín. Hurto: delito y contravención

Drs. Jaime Nanclares Vélez / Leonel Calderón C. /

Rubén Darío Pinilla C.

Comentario: Juan Carlos Amaya Castrillón

CO/XIV

F/Z

2345

## BIBLIOGRAFÍA

JULIO

AGOSTO

SEPTIEMBRE

1991

Licencia 00577 de 1985

Fundador  
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director  
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

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

Auxiliares

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

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

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006  
Medellín

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS  
Santa Fe de Bogotá  
1991

A. A. 53006 Medellín

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

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

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

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

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

	PÁG.
<b>La nueva Constitución y la justicia.</b> Fernando Velásquez V. ....	275

### DERECHO PENAL

<b>El derecho penal colombiano: ¿ciencias o humanidades?</b> Laureano Contreras Vergara .....	281
<b>Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales.</b> Félix Herzog .....	303
<b>Delitos contra el ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación.</b> Julio César Rodas Monsalve .....	313
<b>La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales.</b> Laura Zúñiga Rodríguez .....	331

### CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

<b>Hércules en el jardín criminológico.</b> Luis de la Barreda Solórzano V. ....	353
<b>Derechos humanos y persecución penal en América Latina.</b> Kai Ambos ...	361

### JURISPRUDENCIA

<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No es absoluta la prohibición de excarcelar del art. 441 del C. de P. P.</b> Dr. Ricardo Calvete Rangel .	373
<b>Comentario:</b> Alfonso Cadavid Q. ....	379
<b>TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA. Hurto: delito y contravención.</b> Dr. Jaime Nanclares Vélez .....	383
<b>Comentario:</b> Juan Carlos Amaya Castrillón .....	389

### BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

## La nueva Constitución y la justicia

La Carta Fundamental de 1886, luego que el ejecutivo, acudiendo a vehículos no ortodoxos, convocara a una Asamblea Nacional Constituyente, ha sido derogada y en su lugar se ha expedido la Constitución de 1991 que para sorpresa de todo el conglomerado fue sancionada sin la debida promulgación, la cual se produjo cuando el órgano correspondiente la refrendó el 6 de julio de este año. Ello, sin embargo, no obstó para que con el transcurrir de los días fueran apareciendo nuevos artículos supuestamente omitidos que yacen en una especie de "limbo jurídico", no previsto por los mismos constituyentes.

Todo ello para corroborar, una vez más, que vivimos en el reino de la más absoluta irresponsabilidad y que la improvisación se presenta no solo cuando se nombran ministros de Justicia imberbes, sin ninguna trayectoria ni formación, sino cuando se trazan políticas en los diversos frentes y, por supuesto, cuando se legisla. ¡Triste espectáculo acabamos de dar ante la comunidad jurídica internacional!

La verdad es que el autor de todo este desbarajuste ha sido el gobierno actual que de manera precipitada, sin dejar que la idea madurara, forzó al país a elegir una Asamblea Constituyente con un volumen de votación reducido impidiendo que muchos movimientos de opinión se manifestaran en las urnas. Después vendría el manejo descarado del organismo reformador que, en la segunda vuelta de las deliberaciones, tuvo que soportar el acoso de los funcionarios gubernamentales quienes acudiendo a todo tipo de mecanismos y presiones reñidas con la ética y el decoro impusieron su Proyecto de reforma; sin olvidar, claro está, el tráfico de influencias que se desató en el mal llamado "Congresito" que llevó a un grupo de abogados capitalinos a denunciar penalmente al presidente de la república, por una presunta transgresión a la ley penal.

No fue pues el "país nacional", para recordar a un inolado líder liberal, sino el "país político" el que gestó la expedición de la nueva Carta Fundamental; de casi nada sirvió la presencia de las minorías políticas y de los grupos independientes quienes ante la disyuntiva de colaborar recibiendo prebendas o no hacerlo callándose, optaron por lo segundo llegando hasta soportar la befa y el escarnio público. A título de ejemplo, todavía no se le ha explicado a la Nación por qué un expresidente de la república renunció a su curul en la Asamblea reformativa y otro miembro de la misma se negó a firmar el texto sancionado. ¿Serán estos ejemplos de una dignidad que en este caso no pudo ser pisoteada?

El resultado de todo ello es un texto, aunque debería decirse mejor dos textos puesto que las normas transitorias expedidas comportan la expedición de otra Constitución diferente a la primera, desordenado y extenso que no responde a directrices concretas. De la misma manera que se postula la adscripción a un modelo de Estado social y democrático de derecho y se hace un interminable acopio de derechos fundamentales (¡que por supuesto nunca se van a respetar!), aparecen consagraciones en extremo autoritarias como las atinentes al régimen de la fuerza pública que tornan a la Policía Nacional en policía judicial permanente; sin olvidar que, en materia del régimen económico y de la hacienda pública, se garantizan al máximo los derechos adquiridos por los dueños del poder económico, incluyendo obviamente a las transnacionales, legitimando ante todo nuestra dependencia. Esto para mencionar solo algunos ejemplos.

No hay, pues, unos lineamientos filosóficos que dominen el conjunto; la Constitución es un cúmulo desorganizado de normas que responden a las más extremas concepciones y que, como es de suponerse, no son producto del consenso político. Muy poco han cambiado las cosas en la vida real con esta Ley de Leyes. Es que, los derechos humanos fundamentales no se garantizan declarándolos en un texto constitucional sino imponiéndolos en la práctica; las desigualdades sociales, el atraso y la dependencia política de potencias foráneas, no desaparecen como por encanto.

La barbarie, la corrupción generalizada y el autoritarismo siguen presidiendo la vida nacional. Para la muestra un botón: no obstante la reforma al Congreso, en líneas generales afortunada, la composición de dicho organismo es en esencia la misma que imperaba antes de la expedición de la Carta.

En nuestra opinión la expedición del reciente texto constitucional persigue, entre otros cometidos, abrumar al país de contenidos puramente simbólicos que permitirán a la clase dirigente legitimarse por dos o tres décadas más, renovando un caduco discurso que solo la ha llevado al desprestigio; de ahí que la verdadera Carta fundamental, llamada a presidir la convivencia armónica de todos los colombianos, no haya sido aún expedida. Ello solo se logrará cuando las luchas populares gesten un auténtico consenso.

Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento de la Justicia en el aludido organigrama constitucional podemos, a grandes rasgos, señalar lo siguiente: la reforma está presidida por la burocratización de todo el aparato judicial mediante la creación de nuevos organismos (Corte Constitucional, jueces especiales, Fiscalía General

de la Nación y Consejo Superior de la Judicatura) y su politización, gracias a la injerencia que el ejecutivo tiene ahora en el nombramiento de los integrantes de dichas corporaciones. Súmese a ello que se conserva el ministerio público como órgano de control, que lógicamente debió desaparecer refundiéndolo en la Fiscalía, y se crea una figura asaz inoperante y de tintes tan borrosos como la defensoría del pueblo que, al paso que van las cosas, solo servirá para premirar las vanidades de mediocres funcionarios gubernamentales.

De esta manera, enfrente a la falta de credibilidad de nuestros jueces, a la carencia de formación y de recursos, a la corrupción observada (¡conste que el gamonalato y el caciquismo se apoderaron de nuestra rama judicial desde hace mucho!), se responde fomentando el gigantismo y creando las condiciones apropiadas para que el deterioro continúe; y, como para corroborar que no se persigue construir una justicia democrática, se militariza la policía judicial como ya se indicó.

No obstante, lo más preocupante es que la Constitución ha permitido legitimar la existencia de jurisdicciones especiales en materia penal, como la mal recordada de Orden Público, convertida ahora en permanente, amén de que se incorporan todas las normatividades expedidas bajo el estado de excepción que sigue vigente pero con distinto ropaje. De esta manera se llega a un sorprendente "coctel ideológico": un derecho penal autoritario de corte fascista incrustado en un pomposo Estado social y democrático de derecho!

Lo anterior para no reparar en los yerros de técnica constitucional a la hora de redactar los principios directivos de la justicia: piénsese, *verbi gratia*, en el borroso cánón vertido en el art. 230 o en la absurda confusión que muestra el art. 29 cuando pretende regular las garantías procesales. Aquí cabe preguntar: ¿Dónde se encontraban los juristas del país cuando se redactaron semejantes textos?

Mal librada ha salido la Justicia en la nueva Constitución. ¡VAYA REVOLCÓN!

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Director

BRUNNEN

# El derecho penal colombiano: ¿ciencias o humanidades?

*Laureano Contreras Vergara\**

“Lo importante es que el escritor sueñe y que sea fiel a su sueño. es decir, que trate de contarlo sinceramente sin agregar nada para adornarlo”.

J. L. BORGES

“Un derecho penal de la liberación ...un derecho penal de tal manera perfilado solo puede existir en una sociedad y entre unos hombres que crean en la libertad, busquen el amor, recreen la solidaridad, quieran la paz, prefieran la justicia, amen la universidad, practiquen la ciencia y tengan todavía fe en el hombre, como creo que todos nosotros la poseemos todavía”.

J. FERNÁNDEZ

## 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, las normas que controlan socialmente al ser humano florecen en la ondeante temporalidad de la vida. De ella se nutren, día a día, en la no separatividad de lo dialéctico: lo móvil y lo constante. Lo primero, realizando los sueños con alas de la melodía humana; lo último, en los acordes exactos de la posibilidad científica.

¿Es posible aprisionar la fragancia plural, multicolor, abierta y libre de la expresión vital, dentro del marco del pensamiento cien-

\* Fiscal Tercero del Circuito de Medellín.



tífico? ¿Puede encerrarse el ardor brillante de la luz humana, el alborozo de la verdad, la canción de las arpas de la vida, en la corrección objetiva de la meditación técnica? ¿El juicio de derecho nace del aroma infinito de la razón en la concepción disciplinar, o baila con la vida, a veces lastimando al cielo, en la sinfonía azul sin cadenas de la danza existencial?

Para solucionar los anteriores interrogantes, todos los tiempos y todas las teorías iluminan innumerables senderos, rasgando el velo de lo informe, de donde brota, con distintos matices, “sin romper su mudez por entre el claro de la bruma”<sup>1</sup>, el alborear de lo humano, a veces armónico, a veces confuso, a veces disímil, pero siempre humano, cuyo correr realiza la infinita aventura de la existencia. En ella brota el conocimiento con la música infinita del corazón, en los colores de fuego y de sangre, en la libertad de la tormenta, de TAGORE:

“Mi corazón, ¡cómo canta en esta luz del sol! ¡Qué alegre está mi vida de flotar así, con todas las cosas, en la oscuridad del tiempo, en el inmenso azul!...

”Busca tu belleza, corazón mío, en el movimiento del mundo, como la barca, que coje su gracia del viento y del agua...

”En este mundo mío tan pequeño, ¡qué miedo de disminuir, en un átomo, lo más mínimo! ¡Levántame tú hasta el centro de tu mundo; concédeme la libertad de darlo todo alegremente!”<sup>2</sup>.

Nace el anhelo por una elemental aproximación a las ideas jurídicas penales, meciéndolas con el corazón, soltándolas a las pulsaciones de la vida, para soslayarlas con sus clamores, sus fatigas e ilusiones, e ingresar en la fiesta de la vida de los hombres:

“Las cosas corren en torbellino y rien a carcajadas por el cielo; arena y polvo bailan y dan vueltas, como niños; y la conciencia del hombre se despierta con la gritería, y sus pensamientos anhelan jugar con las cosas.

”Nuestros sueños, que derivan en la corriente de lo vago, tienden los brazos para aferrarse a la tierra; y sus esfuerzos se endurecen y se convierten en piedras y ladrillos, y así se va edificando la ciudad del hombre.

”Vienen, en enjambre, voces del pasado que buscan respuesta a los instantes vivos. El batir de sus alas llena el aire de trémulas sombras, y los pensamientos insomnes de nuestra frente dejan sus nidos y emprenden el vuelo por el desierto de lo indeciso, en una apasionada sed de formas.

”Son peregrinos sin lámpara, que buscan la costa de la luz para encontrarse en las cosas. Serán atraídos por los versos de los poetas, hallarán albergue en las torres de la ciudad no planeada; los llamarán a las armas, de los campos de batalla

<sup>1</sup> RABINDRANATH TAGORE, en un poema compuesto para las fiestas del día de la apertura del Colegio Indo, Montpellier, Francia. Cfr. *La religión del hombre*, Madrid, Edit. EDAF, 1982, pág. 13.

<sup>2</sup> RABINDRANATH TAGORE, “Pájaros perdidos”, en *Obras escogidas*, 3ª. ed., Madrid, Edit. Aguilar, págs. 1194 y 1209.

del futuro; les mandarán que vayan de la mano a las luchas de la paz que ha de venir”<sup>3</sup>.

La inquietud germina sinceramente en el corazón, como los anhelos de Alonso Quijano, *el Bueno*, en la libertad azul, fresca e ilusa de JUANA DE IBARBOROU: “Fulgura tal cantidad de estrellas esta noche, que me pregunto cómo puede haber en el cielo espacio para tanto lunar de oro. Tal vez por eso, a ratos, algunas se desprenden, quizás empujadas por las otras, que quieren sitio y cruzan la alta sombra como una larga flecha rubia. E inconscientemente, cuando veo desprenderse una estrella, alargo la mano con la absurda pretensión de apresar a la vagabunda”<sup>4</sup>..., y leer su mensaje de fe y de verdad, que hace estallar el corazón con su música irresistible, con la luz de oro que salta de las ideas proyectándolas en la libertad, y acariciando —en la constelación de su realización— la unión, la esencia y la forma, la armonía, un mundo distinto para los colombianos, de oportunidades, un mundo donde los intereses se concilien por el puente del amor y desaparezcan de las escenas las contiendas, donde el orden no surja de la frontera difusa entre la justicia y la violencia, de la represión-sumisión, sino, primordialmente, de la convención y de la persuasión, entendiéndolo que el desarrollo del individuo es producto de la libertad conciliada con la justicia, planteándose la pena de manera rezagada, tardía y escasa, en la tensión axiológica que ve al Derecho Penal como un camino para la liberación y la civilización<sup>5</sup>.

## 2. BOSQUEJANDO EL TEMA

### A) En busca de un criterio de aproximación

Establecida por KELSEN<sup>6</sup> la dualidad disciplinar entre la ciencia que estudia el ser del derecho y la que se dedica al deber ser del derecho, surge la inquietud por la autosuficiencia del derecho, o el “derecho a solas”, en términos de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL<sup>7</sup>.

Esta aspiración centra el estudio de lo jurídico en el deber ser, como ciencia valorativa en el sentido puramente formal, planteándose la inadmisibilidad de un sincretismo metodológico entre esta visión de la teorización pura del derecho y la concepción explicativa de la realidad fáctica, elaborada por la sociología jurídica, que en el pasado condujo a las conocidas polémicas entre EHRlich y KELSEN.

<sup>3</sup> RABINDRANATH TAGORE, “Regalo de amante”, en *Obras escogidas*, 3ª. ed., Madrid, Edit. Aguilar, págs. 303 y 304.

<sup>4</sup> JUANA DE IBARBOROU, *El cántaro fresco*, 3ª. ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1973, pág. 75.

<sup>5</sup> Cfr. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Justicia penal*, México, Edit. Porrúa, 1982, págs. 3, 18, 69, 235 y ss.

<sup>6</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, 25ª. ed. de la edición en francés de 1953, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1987, cfr. caps. I, III y VII, págs. 15, 65, 95 y 33.

<sup>7</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, cfr. el prólogo de la obra de GREGORIO ROBLES, *Epistemología y derecho*, Madrid, Edit. Pirámide, 1982, págs. 13 y ss.

Objetaba el representante de la escuela de Viena el pensamiento sociológico de EHRlich, su "derecho vivo —reglas que regulan el comportamiento humano surgidas del mismo hacer de los hombres y no de proposiciones abstractas dirigidas a las autoridades— con el ámbito ontológico del deber ser —consideración del derecho como un conjunto de normas o de proposiciones jurídicas que expresan un deber ser formal— y la identidad de derecho y Estado<sup>8</sup>, al concebir a este último como "una forma de unidad social y no un contenido"<sup>9</sup>.

En el presente momento histórico es innegable la influencia de Kelsen en el pensamiento jurídico actual, y la pureza de sus esfuerzos en el debate de la especificidad de lo jurídico; sin embargo, no se puede dar por establecido que el derecho vive en un mundo aparte y ajeno, sin conexiones con la política, la organización económica y la realidad histórico-social: "Así como en un océano hay ondas superficiales que nacen y mueren en un instante —escribe BENIGNO MANTILLA PINEDA— y ondas profundas que duran y dejan huellas permanentes, así también en el universo sociocultural se producen constantemente procesos de interacción que ejercen influencias tangibles y quedan por resultado estructuras permanentes y estables. A estos últimos, que pueden calificarse de procesos de interacción recurrentes, eficaces y maduros, dirige su atención la sociología para analizarlos y clasificarlos. Todo el universo sociocultural se puede reducir a procesos de interacción... El mundo jurídico, como sistema del universo sociocultural, se puede reducir también a las tres clases capitales de procesos de interacción: a) organizados; b) solidarios, y c) integrados"<sup>10</sup>.

La anotación precedente bosqueja un problema epistemológico, cuya solución no se halla en este escrito; no obstante, él aspira a demostrar —evitando el cómodo eclecticismo— el impulso creador, individualizador y refrescante de las humanidades, frente al conformismo dogmático que aletarga y anula la crítica y autocrítica jurídico-penal.

#### B) La dificultad científica

Como las ciencias, en su conceptualización sistemática y en el control lógico de sus enunciados tienen necesidad del lenguaje disciplinar, se puede afirmar que son "necesariamente reduccionistas de la complejidad social y de sus significaciones constitutivas"<sup>11</sup>. Se hace esta afirmación porque, al elaborar el lenguaje científico, las ciencias reducen la complejidad social a "una complejidad conceptual, lógica-

mente ordenada, pero significativamente empobrecida"<sup>12</sup>. Así, esta estructura formal concebida, limita el conocimiento al no poder pensar el ser humano "más allá de los conceptos"<sup>13</sup>, sin abandonar la científicidad o pureza de las ciencias.

Más allá de los límites del conocimiento científico —problemática de la individualidad científica— se aprecia un conjunto de complejas significaciones sociales, económicas, políticas y humanas, irreductibles al afán científico de la interpretación y aplicación de las "normas jurídicas a solas", elaboradas dentro de una racionalidad jurídica lógico-formal, sin contenido social o político significativo. Es el mundo de las humanidades, el infinito mundo de las humanidades, lleno de expresión vital, más allá de las ciencias, y también de las ciencias...

Saliendo del mundo científico, aún dentro de sus fronteras, y entrando en el vasto panorama del cosmos, con sus encantos, sus rutinas, sus misterios y problemas, se inicia el vuelo humanístico, lleno de cambios incesantes —reales y soñados— que plantean el primer énfasis de la inquietud: "el derecho —anota WARAT— debe ser estudiado en el interior de una teoría de la sociedad"<sup>14</sup>, que permite bosquejar diferencias entre la especificidad científica conceptual y la humana, infinitamente variables, como la diversidad de las olas en el movimiento distinto, diverso, majestuoso y monótono del mar.

#### C) El cosmos y el movimiento: puntos de contacto

La sensación de libertad —abierta y plural de la razón, y de libertad romántica e ilimitada del corazón— que se inicia "más allá del marco científico", o al dejar la prisión científica, origina diferencias —no necesariamente antagonismos—<sup>15</sup> entre las ciencias y humanidades. Estas desemejanzas, o más claramente, estas notas individualizadoras, se originan en el carácter esencialmente dinámico de la unidad del ser, con su necesidad ontológica de multiplicarse, revelando la unipluralidad dinámica, que se hace pluriunidad en el cosmos, como escribe ÁNGEL CAPPELETTI: "El cosmos... lleva en sí mismo y en cada uno de sus modos, la exigencia de unificarse otra vez en el fuego, totalidad del ser, unipluralidad". El cosmos "fue siempre, es y será fuego siempre viviente" porque el mismo es "fuego siempre viviente que se manifiesta en la pluralidad de los seres"<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Ibidem, pág. 9.

<sup>13</sup> Ibidem, pág. 9. "Parafraseando a KANT, el numen de las significaciones es inaccesible al conocimiento".

<sup>14</sup> Ibidem, pág. 23.

<sup>15</sup> Es posible concluir —anota BALLESTEROS— "que entre ciencia y filosofía en el presente siglo se da una situación de continuidad, y no de ruptura, a diferencia de lo que había ocurrido en siglos anteriores... Esta tarea de mutua colaboración entre filosofía y ciencia, consiste en enriquecer la especulación de todas las riquezas que la ciencia recoge de la vida, y al mismo tiempo dar a la ciencia la conciencia de la verdad que encierra...". (JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 70 y 151.

<sup>16</sup> ÁNGEL CAPPELETTI, *La filosofía de Heráclito de Efeso*, Caracas, Edit. Monte Avila, 1971, págs. 50 y 52.

<sup>8</sup> Cfr. JESÚS VALLEJO MEJÍA, "Estado y Derecho en el pensamiento de Kelsen" en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núm. 99 (marzo de 1981), págs. 101 y ss.

<sup>9</sup> GREGORIO ROBLES, ob. cit., pág. 38.

<sup>10</sup> BENIGNO MANTILLA PINEDA, "Comunicación y Derecho", en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núms. 105 y 106, págs. 521 y 522.

<sup>11</sup> LUIS ALBERTO WARAT, "Esbozos para una epistemología de las significaciones y sus proyecciones sobre el Derecho", en *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núms. 105 y 106, pág. 9.

Se agudiza, es bueno anotar, por las concepciones idealistas, trascendentales o categoriales *a priori*, bien sean hegelianas, del derecho natural, kelsenianas o fenomenológicas, etc., y la complejidad económica, política o social, significativamente actuantes, el tema de la identificación del derecho en la historia, o en el camino del mundo, cuando faltan por recorrer sendas nunca vistas, llenas de dudas, de desórdenes, de noches, de amaneceres, atesorando las estrellas del movimiento, con los versos de HERÁCLITO:

"...lo opuesto es concorde y de las cosas  
discordes surge la más bella armonía...

"Y de las cosas, lo Uno, y de lo Uno  
todas las cosas...

"No a mí, sino al Logos escuchando, es sabio  
confesar que todo es Uno"<sup>17</sup>.

Así, como un río de aguas peregrinas, que va y viene, inmóvil en el movimiento profundo de sus corrientes, portando el hechizo de todos los rincones, concibe HERÁCLITO al ser, como unidad que se manifiesta en lo múltiple, explicando el cambio y la transformación de las cosas en la Naturaleza, desde diversos niveles, en la relación de contrarios en el devenir, desarrollando de modo admirable las concepciones de ANAXIMANDRO:

"...todas las cosas según este Logos se originan...

"Del Logos con el cual continuamente conviven, del que todo lo gobierna,  
discrepan en gran manera, y las cosas que le salen al paso cada día, estas  
mismas les parecen extrañas"<sup>18</sup>.

Existen, entre las ciencias y humanidades, diferencias, a veces extremas, con la constante común de la luz, el movimiento y la vida, como PARMÉNIDES y HERÁCLITO, en el bello poema del primero reproduce HEGEL de SEXTO EMPÍRICO y SIMPLICIO:

"Están allí las puertas de la Noche  
allí también las puertas de las sendas del  
Día: y, enmarcándolas,  
pétreo dintel, pétreo umbral;  
y se cierran, etéreas, con las ingentes hojas;  
solo la Justicia,  
la de los múltiples castigos,  
guarda las llaves de su uso ambiguo...

Pues que todas las cosas  
Noche y Luz con nombres se apellidan,  
y ya que todo lo de todas ellas

<sup>17</sup> Ibidem, págs. 61, 62 y 64.

<sup>18</sup> Ibidem, págs. 65 y 71.

de ambas potencias se hace a la medida,  
todo, de vez, está de luz colmado  
y no luciente Noche,  
que ninguna otra cosa  
entre ambas, Luz y Noche, se interpone"<sup>19</sup>.

### 3. CONCRETANDO LA INQUIETUD EN COLOMBIA

#### A) La pretendida homogenización cultural hispánica

En Colombia, la Constitución de 1886, en algunos de sus apartes propone la unidad en un solo Dios, una sola lengua, una sola raza y una sola historia, en un territorio culturalmente distinto, donde las reivindicaciones marginales, campesinas y étnicas, bosquejan una realidad existencial en la que el Derecho Penal muchas veces les niega la añoranza de luchar por su legitimidad y autonomía, pretendiendo una igualdad, mediante la renuncia de la propia identidad, en la integración al todo homogéneo cultural que yace en el interior del sistema normativo.

Mediante la criminalización sistemática de la lucha civil, v. gr., considerando hecho punible la protesta legítima (asonada), contravención el trabajo marginal, o crimen el efímero sueño con el cual se encubre la tortura del hambre y de la frustración, se ha buscado la solución a la violencia del país por medio de diálogos conciliatorios para las formas de violencia negociables (¿la política?) que aspiran a reformar la distribución de la tierra, el ingreso, el poder, el narcotráfico, el sicariato, la autodefensa, dejando a un lado manifestaciones sociales que difícilmente tienen representación real, como los indígenas, las minorías étnicas (Antropología Filosófica) y quienes viven en marginalidad —cordones tuguriales, inválidos, ancianos, gamines, enfermos mentales, presos, etc.— (Sociología, Criminología). Estos grupos, por carecer de líderes en el Congreso o en el gobierno, solo disponen de la expresión tumultuaria para interesar a los mandatarios en sus problemas.

Cuando se aborda el problema de la violencia, por ejemplo buscando soluciones en fórmulas jurídicas, generalmente se acude a la inspiración extracontinental, y se olvida "que las tres cuartas partes de los alzados en armas contra el Estado operan en territorios étnicos, como el Cauca, región que por excelencia encarna las variaciones objeto de esta ponencia: negros que practican la agricultura y la minería artesanal en el litoral pacífico, o que cuidan fincas de café y cacao en el enclave campesino de Puerto Tejada y Villarrica. Waunanas que conviven con los negros en las selvas de humedad. Colonos mestizos: finqueros unos; otros ganaderos, y unos terceros clientes de programas para sustituir cultivos ilícitos por aquellos que nunca les pintaron el paraíso terrenal. Paeces, con sus 450 años de oposición

<sup>19</sup> HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de Wenceslao Roces, págs. 231 y 236.

al Estado. Guambianos militantes de la convivencia pacífica. En fin, herederos de paniquitas, totoroos y demás miembros del mosaico cuya riqueza no ha sido demolido<sup>20</sup>.

La falta de incentivos en el sector rural, la pobreza absoluta, el subempleo, la ilusión de un mejor porvenir para los hijos de las familias campesinas, han traído como consecuencia el éxodo hacia la ciudad, con la subsecuente configuración de los cordones tuguriales, el empleo en “residencias” y “hoteles” de prostitución y vicio, con la vivencia de insospechados factores desencadenantes de violencia, como los enumerados por DRAPKIN: concentración de ciudadanos en las grandes capitales, la polución creciente del medio ambiente, la polución acústica o sonora, el debilitamiento del núcleo familiar por la ocupación de la mayoría de sus miembros para lograr el mínimo presupuesto, exponiéndose los menores a los efectos de la calle, del vecindario, “y otras instituciones extrafamiliares, lo que facilita contactos interpersonales dudosos, orientando el proceso de socialización hacia metas que no son necesariamente las mejores y condiciona la formación de grupos o bandas de juegos infantiles. Cuando las circunstancias lo favorecen, estos grupos o bandas pueden transformarse, sin grandes dificultades, en pandillas de delinquentes de mayor o menor gravedad”<sup>21</sup>.

En síntesis, una complejidad cultural, social y económica, muy distinta de la europea, conforma el mundo real, donde lo jurídico a veces parece lo excepcional (culturalmente) en el vasto territorio colombiano.

#### B) Una realidad compleja y plural

Es importante mencionar, en Colombia, la deuda externa —“crimen de usura” que conduce a medidas recesivas, desempleo, miseria y muerte— con sus gravísimas consecuencias sociales y políticas, la concentración de la riqueza, el capital transnacional en forma de inversión directa<sup>22</sup>, las grandes diferencias existentes en la distribución de la riqueza, el desempleo, el subempleo, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios, la elevación en las tasas de inflación y devaluación —como consecuencia de las tesis monetarias de la Escuela de Chicago, dice EMIRO SANDOVAL— que a veces originan protestas en algunos sectores de la población (huelgas, paros cívicos nacionales, creación de nuevas organizaciones populares, acciones de los grupos armados, etc.), reprimidas por el derecho mediante la creación de nuevos tipos penales, el aumento del alcance de los ya existentes y la agravación de las sanciones (estatutos penales especiales)<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> JAIME AROCHA RODRÍGUEZ, “Hacia una nación para los excluidos”, en *El Espectador*, Bogotá, julio 30 de 1989, Magazin Dominical número 329, “Etnias y conflictos”, pág. 14.

<sup>21</sup> ISRAEL DRAPKIN, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1984, págs. 18, 21, 22 y 23.

<sup>22</sup> Cfr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, “La problemática de la droga en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, págs. 8 y ss.

<sup>23</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 24 y ss.

También, y por su incidencia socioeconómica, deben mencionarse las “drogas legales” (alcohol, tabaco, productos farmacéuticos o drogas de las transnacionales)<sup>24</sup>, la formación de la “economía subterránea” con los dineros ingresados en el país por las ventas de droga a compradores estadinenses, ocasionando el abandono de cultivos de productos tradicionales por otros más rentables (marihuana y coca) o para el procesamiento de estos estupefacientes. Igualmente, el daño ocasionado a la sociedad colombiana con las actividades ilícitas del sector financiero<sup>25</sup>.

En general, en Colombia, las noticias diariamente informan sobre asesinatos, incendios, saqueos, violaciones, torturas, condenas, en fin, establecen como eje de referencia la acción violenta<sup>26</sup>. Así mismo, la pobreza cunde por la ciudad y el campo, abunda la prostitución y el vicio en los parques de las ciudades, pululan los raponeros y mendigos en las calles, deambulan los alienados por todas partes, vociferan los vendedores ambulantes de frutas, verduras, baratijas y cosas viejas en las aceras. Es la lucha cotidiana por la subsistencia, nada fácil, angustiante, casi sin esperanzas, en un medio de advertencias provocativas, de juicios severos y de desconfianza.

Y, en Medellín, donde ha nacido la presente inquietud, los jóvenes de la Comuna Nororiental, asentados en terrenos no urbanizables, de desecho, conforman el espacio de la exclusión, de la pobreza, donde viven más de 500 mil habitantes<sup>27</sup> abandonados a su propia suerte, rebuscando “la supervivencia cotidiana en un medio donde la muerte, propia o ajena, es solo uno de los tantos riesgos que conlleva la aventura de vivir”<sup>28</sup>. En esta zona deprimida —“espacio de exclusión”— la “violencia es solo el signo, la manifestación ruidosa y perturbadora de procesos cuya raigambre es más profunda”<sup>29</sup>, porque existe pobreza —ausencia de recursos materiales, de bienes y servicios, de alternativas vitales—, frustración, miedo, impotencia, inseguridad, segregación socioespacial y política; aquí el Derecho Penal debe concretar su ilusión auténticamente humana, su música y su poesía: “la justicia

<sup>24</sup> HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, ob. cit., págs. 16 y ss.

<sup>25</sup> EMIRO SANDOVAL, ob. cit., págs. 28 y 29.

<sup>26</sup> “Es no obstante Colombia el país latinoamericano en el cual la violación de los derechos humanos, sobre todo aquellos relativos a la vida y a la integridad física de las personas, se ha convertido en una trágica constante cotidiana... En efecto, campesinos e indígenas constituyen el lote más numeroso de víctimas; luego se ubica el grupo de trabajadores por cuenta propia o modestos empleados urbanos. El porcentaje de empresarios es mínimo. Esto revela que las armas están dirigidas hacia quienes soportan las desventajas sociales y no sobre quienes se benefician de estas” (ROBERTO BERGALLI, “Poder político y derechos humanos en América Latina”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 99).

<sup>27</sup> GABRIEL IZQUIERDO MALDONADO dice que “la población de las comunas populares del Norte de Medellín asciende a 866.400 personas, que representan entre un 42% y un 47% de los habitantes de la ciudad”. Cfr. “Alternativas de vida y muerte”, en *Cien días*, vol. 3, núm. 11, julio-septiembre 1990, de *El Colombiano*, Medellín, septiembre 27 de 1990, pág. 16.

<sup>28</sup> MARÍA URIBE DE HINCAPIÉ, “Medellín o la historia de dos ciudades”, en *Cien días*, vol. 3, núm. 11, julio-septiembre de 1990, pág. 13.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 14.

social tiene más posibilidades en la desactivación de los conflictos que en el tratamiento esencialmente represivo<sup>30</sup>.

Es indudable que el "análisis sobre la cultura de la muerte" en las comunas populares a través de la represión —"el rostro de la ley"— "irrumpe en el barrio creando una violencia indiscriminada, arbitraria y muchas veces oculta, desatando fuertes reacciones en la población popular"<sup>31</sup>, porque a sus habitantes se les niega el empleo, se les cierran las puertas de los colegios, se les estigmatiza, convirtiéndolos en "base del rebusque periférico: desempleados, obreros, vendedores ambulantes, celadores, prostitutas, luchando con aguante por conseguir unos metros de espacio público, por un amparo legal, por un salario de hambre con la desventaja de ser siempre indeseables, problemáticos, desechables"<sup>32</sup>; y, finalmente porque cuando "el centro es el espacio del protagonismo del poder, del dinero, del lujo, del Estado, la periferia es el lugar de la población dependiente, subordinada, servidora de los grupos sociales de los centros"<sup>33</sup>.

Se comprueba, por último, en Colombia y en los restantes países latinoamericanos, como anota NOVOA MONREAL, "la existencia de una enorme masa, ampliamente mayoritaria, colocada en posición de franco menoscabo, víctima de la desnutrición, carente de vivienda, falta de educación y de atención médica"<sup>34</sup>, que naufraga en la complejidad de la realidad, diversa y significativa<sup>35</sup>, en donde se amalgaman los problemas mencionados, todos de importancia; y, frente a ellos, el derecho y la política del Estado.

### C) El derecho y la política

A fin de combatir la criminalidad, el derecho penal colombiano ha elaborado soluciones normativas, estimables técnicamente mediante concepciones jurídicas de origen europeo. Estas teorizaciones foráneas se elaboraron en un continente con contradicciones de raza (no tanto contradicciones de clases, de grupos) que en vez de nutrirse en causas sociales múltiples, tenía interés en estabilizar la sociedad a través de justificaciones metafísicas por ejemplo., la idea del castigo como expiación y como venganza desarrollando los conceptos de la culpa, del libre albedrío, etc.,

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 14.

<sup>31</sup> GABRIEL IZQUIERDO, *ob. cit.*, pág. 17.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 16.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 16.

<sup>34</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, *Derecho, política y democracia*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 51.

<sup>35</sup> "El discurso de la droga —afirma ROSA DEL OLMO— oculta los aspectos económicos y políticos del continente que impiden resolver el problema... será la única forma de comprender por qué miles de habitantes del continente se ven obligados en estos momentos a formar parte de las trasnacionales de las drogas en diferentes niveles. Un ejemplo que ilustra lo dicho es lo sucedido en Belice y Jamaica... la política norteamericana frente al azúcar le ha costado a la región más de 130.000 desempleados desde 1984, que no han tenido más remedio que convertirse en inmigrantes ilegales o en cultivadores de marihuana para sobrevivir... ¿Y qué está sucediendo con el café de Colombia?... ¡Esa es la cara oculta de la droga!" (cfr. ROSA DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 81 y 82).

manejados con la teorización de libertad<sup>36</sup>. Este es el derecho penal nacional, con algunas modificaciones inspiradas en los vaivenes del pensamiento europeo (italiano y alemán, preferentemente).

Sin hacer críticas a las concepciones foráneas, ellas poco contribuyen a la superación de las dificultades nacionales, por desarrollar teorías nacidas en otro continente; y en Colombia las circunstancias son distintas<sup>37</sup>, pues ellas evidencian el distanciamiento que el derecho toma de la realidad, al reprochar los comportamientos que no se adecuan a las prohibiciones elaboradas con fundamento a las ideas extranjeras, y concretando el ámbito de acción, como escribe EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "exclusivamente al análisis y mejoramiento técnico formal de las normas, con base en nociones que oscilan entre el positivismo y la dogmática"<sup>38</sup>.

Las enunciaciones anteriores, que no agotan todo el acontecer nacional, reflejan el distanciamiento del derecho penal de la realidad, y, lo que es más preocupante, su ineficacia y su oposición a la realidad. Parece como si el derecho penal colombiano se forjara para regir un mundo distinto, lejos del hombre colombiano y de sus vicisitudes, dando la impresión, a veces, de constituir uno de sus problemas.

De otro lado, el Estado no desarrolla un programa definido y serio, que aspire a controlar y superar los múltiples y complejos problemas nacionales, sino que navega en la barca burocrática, con ostensibles matices partidistas, de acuerdo con los intereses del político de turno. La afirmación anterior indica que la política del Estado —parcialmente entendida como desarrollo efectivo de las ideas del gobernante— posiblemente no aportará la solución a la realidad nacional bosquejada. Esta debe hallarse a partir de un cambio conceptual en el derecho, que se inspire en principios filosóficos madurados en nuestro continente, cuando está próximo un nuevo milenio, una época de cambios.

## 4. LA ACLARACIÓN EPISTEMOLÓGICA

### A) Una ciencia en crisis

No es aventurado afirmar que el derecho penal nacional está sumamente lejos del hombre colombiano, pareciendo que es un medio empleado por el gobernante

<sup>36</sup> Esta concepción ha sido definida como metafísica de verdugos, que "en lugar de buscar las causas sociales y las formas de determinación de la conducta como la manera más expedita de tratar los problemas, convierten esa ideología en una fuerza de estabilidad de la sociedad". Cfr. ESTANISLAO ZULETA, *Psicoanálisis y Criminología*, Medellín, Edit. Percepción, 1986, pág. 77.

<sup>37</sup> "El verdadero derecho penal colombiano está todavía por construirse, es el reto presente y por ello nadie puede llamarse a engaños", FERNANDO VELÁSQUEZ V., haciendo claridad en forma admisible. "El Derecho Penal colombiano y la ley importada", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 38, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 427 y ss.

<sup>38</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *ob. cit.*, pág. 108.

para controlarlo, y reduciéndolo a desarrollar los esquemas partidistas. Por ello es posible pensar que el derecho penal colombiano no es una de las humanidades: le falta la preocupación más elemental por el ser humano nacional, constituyéndose en un sistema de normas distantes de la realidad, que en la parte sustantiva definen una serie de castigos como soluciones, sin bosquejar otras alternativas más acordes con los nuevos tiempos, como, por ejemplo, la asistencia material, la educación, la readaptación en centros distintos de las cárceles de muerte y descomposición, la convención, la persuasión, la solidaridad, la siembra y el cuidado de la armonía, etc.

¿Es, entonces, el derecho penal una ciencia? Puede decirse que es “la más deslumbrante y asombrosa de las estrellas de la cultura”, en palabras de BUNGE, considerándose “como un bien por sí mismo, esto es, como un sistema de ideas establecidas provisionalmente (conocimiento científico), y como una actividad productora de nuevas ideas”<sup>39</sup>.

BUNGE enumera algunas características de las ciencias, anotando, entre ellas, que “la ciencia no es un sistema dogmático y cerrado sino controvertido y abierto. O, más bien, la ciencia es abierta como sistema porque es falible y por consiguiente capaz de progresar. En cambio, puede argüirse que la ciencia es metodológicamente cerrada, no en el sentido de que las reglas del método científico sean finales, sino en el sentido de que es autocorrectiva: el requisito de la verificabilidad de las hipótesis científicas basta para asegurar el progreso científico”<sup>40</sup>. Dice, además, que “un sistema cerrado de conocimiento fáctico, que excluya toda ulterior investigación, puede llamarse sabiduría pero es en rigor un detritus de la ciencia”, admitiendo dentro de las hipótesis científicas “soportes no solo científicos, sino también extra-científicos, los primeros son empíricos y racionales, los últimos son psicológicos y culturales”<sup>41</sup>.

Frente a la caracterización del conocimiento científico citada, llama la atención que NOVOA MONREAL bosqueja el “adormecimiento” del derecho, su “alejamiento de la realidad social y su renuncia a satisfacer lo que toda sociedad progresista espera de él”, convirtiéndose “gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para este”, encontrándonos “en presencia de un derecho obsoleto que el conservatismo de los juristas es incapaz de advertir y, mucho menos, de remover”<sup>42</sup>.

En Colombia, SANDOVAL HUERTAS trata el tema de la siguiente manera: “...la normatividad penal es empleada sistemática y consistentemente como uno más de los instrumentos a que recurren las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan”, existiendo “serios

<sup>39</sup> MARIO BUNGE, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Edit. Siglo Veinte, 1979, pág. 9.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 58.

<sup>41</sup> *Ibidem*, págs. 33 y 34.

<sup>42</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, *ob. cit.*, pág. 51.

recelos” a la perspectiva crítica “provenientes sobre todo del temor al derrumbe de las tradicionales relaciones de dominación y hegemonía”<sup>43</sup>.

La teoría de BUNGE, que precisa algunos de los elementos más significativos de la ciencia, permite afirmar —siguiendo a NOVOA y a SANDOVAL— que ellos no se hallan presentes en el derecho penal colombiano actual. Sin embargo, lo anterior necesariamente no niega el carácter científico del saber jurídico penal, sino que pone de manifiesto, más bien, el desequilibrio, las transformaciones, los cuestionamientos y las crisis de la última década del siglo XX, por la proximidad de un nuevo período histórico que impone un replanteamiento de las cosas.

Concretamente, y haciendo referencia a este aspecto de las ciencias, MARTIN HEIDEGGER escribe: “El verdadero movimiento de las ciencias es el de revisión de los conceptos fundamentales que puede ser más o menos radical y ver a través de sí mismo también más o menos. El nivel de una ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales. En tales crisis inmanentes de las ciencias vacila la relación misma de la investigación positiva con las cosas a las que se pregunta. Por todas partes se han despertado hoy en las distintas disciplinas tendencias a poner la investigación sobre nuevos fundamentos”<sup>44</sup>.

El problema epistemológico en torno al carácter científico o humanístico del derecho penal colombiano, se resuelve afirmando que se trata de una disciplina en crisis, donde se refleja la situación caótica en la cual se debate nuestra civilización. Ello conduce, ineludiblemente, como afirma MARTIN LACLAU, a “un replanteamiento de los temas filosófico-jurídicos desde la perspectiva abierta por el mundo actual”<sup>45</sup> a través de la investigación, haciendo claridad en el juego conceptual, e involucrando las nuevas valoraciones que las necesidades y posibilidades nacionales presentan históricamente.

#### B) *La nueva concepción: una ciencia abierta a las humanidades*

Es necesario, frente al derecho penal colombiano actual, adoptar una actitud de reflexión y crítica, sin repliegues, abriendo cauces superadores, teniendo en cuenta que aunque existan crisis de fundamentos, situaciones de incertidumbres, cambios de rumbo en el proceso cognoscitivo, estas dificultades están probando, como anota ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, tan solo que no se han agotado las posibilidades explicativas, y la marcha atrás, la involución, la resignación y la renuncia, son incompatibles con la propia estructura del saber<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *ob. cit.*, págs. 67 y 114.

<sup>44</sup> MARTIN HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, 4ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, traducción de José Gaos, 1986, pág. 19.

<sup>45</sup> *Cf.* MARTIN LACLAU, “Sentido y vigencia de la filosofía jurídica en el mundo actual”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 3, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1983, pág. 413.

<sup>46</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1981, pág. 12.

La situación anterior es reflejo de la incesante movilidad de lo existente, sin que pueda desconocerse —desde esta ubicación histórica en la etapa de la cultura crítica— que la verdad o la razón se producen bajo el signo del tiempo (historicidad), siendo prueba de ello las crisis internas en las ciencias<sup>47</sup>. Se afirma, por ello, que “el sentido de la apropiación de la verdad, que posiblemente es un estímulo sin el cual no se produciría el proceso inquisitivo del conocimiento, no debe obnubilar-nos de tal modo que nos creamos instalados en ella de un modo definitivo. La duda inagotable tiene más fuerza creadora que la certidumbre. Si a cualquier altura del decurso histórico nos considerásemos completamente convencidos y satisfechos de nuestros logros intelectuales, estaríamos desconociendo el devenir del hombre que exige las mismas posibilidades de afirmación y negación que nosotros irrogamos”<sup>48</sup>.

Algunos autores piensan que es un error de la filosofía moderna, a partir de DESCARTES, considerar al hombre como una sustancia en la cual las distintas épocas históricas van dibujando variaciones accidentales, que no inciden más que en su superficie<sup>49</sup>, porque “el hombre no es sustancia, no tiene una naturaleza fija, sino que se trata de un ente histórico, transido de temporalidad y ubicado siempre en una situación determinada, en una peculiar perspectiva desde la cual le es dado percibir ciertas facetas de la realidad. Su ubicación temporal determina que el hombre participe de determinadas creencias que constituyen, por así decirlo, el suelo en que se apoya para proyectar su vida hacia el futuro... Los avances de la ciencia y de la técnica han conducido a las sociedades a tales transformaciones que aún aquellas convicciones que eran reputadas como más firmes encuéntrase cuestionadas. Principios y creencias que tradicionalmente gozaban de general asentimiento entran hoy en irremediable crisis. El futuro se ha tornado incierto. El hombre no halla tierra firme donde apoyar sus pies... Las creencias desde las cuales vivíamos se han esfumado, sin que hayan sido aún reemplazadas por las que serán propias de la nueva edad que se avecina. Ello conduce, ineludiblemente, a la necesidad de un replanteamiento de los dos temas filosófico-jurídicos desde la perspectiva abierta por el mundo actual”<sup>50</sup>.

ITALO CALVINO, bosquejando conceptos para el próximo milenio, escribe: “Si quisiera escoger un símbolo propicio para asomarnos al nuevo milenio, optaría por este: el ágil, repentino salto del poeta filósofo que se alza sobre la pesadez del mundo, demostrando que su gravedad contiene el secreto de la levedad, mientras que lo que muchos consideran la vitalidad de los tiempos, ruidosa, agresiva, piafante

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 13.

<sup>48</sup> *Ibidem*, págs. 13 y 14.

<sup>49</sup> Cfr. MARTIN LACLAU, *ob. cit.*, pág. 412. Igualmente del mismo autor, “El derecho y el mundo moderno”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, pág. 35.

<sup>50</sup> MARTIN LACLAU, *ob. cit.* (“Sentido y vigencia de la filosofía jurídica en el mundo actual”, págs. 412 y 413).

y atronadora, pertenece al reino de la muerte, como un cementerio de automóviles herrumbrosos... entre los valores que quisiera que se trasmitiesen al próximo milenio figura sobre todo este: el de una literatura que haya hecho suyo el gusto por el orden mental y la exactitud, la inteligencia de la poesía y al mismo tiempo de la ciencia y de la filosofía...”<sup>51</sup>.

Es indudable que el mundo ha cambiado, y con él, como repite HERNÁNDEZ, “ha cambiado, en conjunto, el panorama filosófico en torno al derecho. Sin embargo, el saber que se cultiva como prototipo de la ciencia jurídica no ha sufrido, pese a todo, un cambio profundo. Esta es una cuestión pendiente y quizá en marcha, pero todavía en los primeros pasos”<sup>52</sup>, observándose, últimamente, como un cúmulo de enfoques metodológicos distintos y dispares que propugnan vías desbordadas del esquema tradicional, “que van desde la repulsa del formalismo normativista para dar entrada a operatividades atenuadas a criterios realistas, teológicos y valorativos, hasta el establecimiento de formalizaciones más rigurosas conforme a las exigencias de la lógica formal y de la deontica. También se ha abierto camino un planteamiento epistemológico por el que tratan de obtenerse las consecuencias derivadas de la inclusión de la ciencia jurídica en el marco de las ciencias de la cultura. El derecho aparece contemplado desde otros ángulos de conocimientos, como el histórico, el sociológico y el comparatista...”<sup>53</sup>.

##### 5. ALGUNOS CAMBIOS MÍNIMOS

“Vengo a traer un ramo de sueños a este día”

CARRANZA

###### A) Integración de las ciencias y las humanidades

Como de las ciencias derivan adelantos técnicos, evolutivos, y de las humanidades las aspiraciones de libertad, igualdad y fraternidad —bellos aspectos de la sensibilidad humana—, todas, en conjunto, se aproximan más al conocimiento. Así escribe HERÁCLITO, en la cita que hace HEGEL de SEXTO: “Así como los carbones próximos al fuego se convierten en carbones ígneos, mientras que separados de él se apagan, así aquella parte de nuestro cuerpo separada de lo que lo rodea se vuelve casi irracional por efecto de esa separación... Así, aislado, el entendimiento pierde la fuerza de la conciencia que antes tenía; el espíritu considerado simplemente como algo individual y aislado pierde la objetividad, no es algo general en su individualidad, no es el pensamiento que se tiene así mismo por objeto”<sup>54</sup>.

En el derecho, ciencias y humanidades, en vez de ciencias o humanidades, cuando no existe la suficiente claridad racional para afirmar que son extremos irreconciliables, y se aprecia que ambas están en movimiento, transformándose

<sup>51</sup> ITALO CALVINO, *Seis propuestas para el próximo milenio*, Bogotá, Edit. Siruela, 1989, págs. 24, 133 y 138.

<sup>52</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pág.

<sup>53</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, t. III, Madrid, 1973, pág. 425.

<sup>54</sup> HEGEL, *ob. cit.*, págs. 273 y 274.



## EL DERECHO PENAL COLOMBIANO: ¿CIENCIAS O HUMANIDADES?

continuamente, que sus canciones se escuchan en el concierto del mundo en todos los tiempos, y es con ambos acordes con los que se entona el canto de la vida: la belleza de la danza existencial resulta de la diversidad de movimientos distintos, que entre sí se acercan y se alejan en la unidad de lo dialéctico.

No se discute la armonía exacta de las ciencias, ni la belleza contingente y plural de las humanidades; sin embargo, ambas conforman la vida, y por ello ambas están en el derecho, en representación oscura y multicolor, perenne y en movimiento, singular y plural, como la fragancia de lo vital: la no separatividad de todo lo humano, su unión. Sobre el particular escribe BERGSON: "La filosofía no consiste en elegir entre conceptos y en tomar partido por una escuela, sino en buscar una intuición única de dónde descender con igual facilidad a los diversos conceptos, ya que nos hallaremos por sobre las divisiones de escuelas... Casi no existe realidad concreta de la que no se pueda a la vez tomar las dos vistas opuestas y que no se subsuma, por consiguiente, en los dos conceptos antagónicos. Por eso existe una tesis y una antítesis que en vano se buscaría conciliar lógicamente, por la simplísima razón de que nunca, con conceptos o puntos de vista, se hará una cosa. Pero del objeto, aprehendido por intuición, se pasa fácilmente, en muchos casos, a los dos conceptos contrarios: y como por ello se ve salir de la realidad la tesis y la antítesis, se percibe al mismo tiempo cómo esa tesis y esa antítesis se oponen y cómo se concilian"<sup>55</sup>.

En el vértice del antagonismo dualista, vaciando en el tiempo la tonalidad viviente, fluye la atracción por todo cuanto en la naturaleza y en la historia interesa al mundo como esencia y como modalidad contingente, mediante la humanización. Se desea igualar e integrar al saber en beneficio del ser humano, evitando en lo posible que la simpatía por una determinada expresión del pensamiento anule los aspectos positivos de otros, como recuerda MAX SCHELLER: "Bajo el signo de esta nivelación y de esta integración ha de erigirse la futura historia de la cultura humana, no bajo el signo de una repulsa partidista que rehace cierta especie del saber en favor de otra, ni bajo el signo del exclusivo fomento de lo históricamente «peculiar» a cada círculo de la cultura", porque "suponiendo que las ciencias positivas llegasen a la perfección de su proceso, el hombre, como ser espiritual, podría permanecer absolutamente vacío y aún podría retroceder hasta un estado de barbarie... puesto que el curso y transformación de la naturaleza han de servir, y no dominar, al advenimiento del centro más hondo que posee el hombre... Así resulta que la barbarie científica y sistemáticamente fundada, sería la más espantosa de todas las barbaries imaginables"<sup>56</sup>.

En esta simpatía hacia todas las expresiones cósmicas que contribuyen a la evolución del ser humano, tienen igual valor las distintas esencias o formas contingentes del saber, y el timbre de su llamado se cuaja al rescoldo de un humanismo

<sup>55</sup> HENRI BERGSON, *Introducción a la metafísica*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1979, págs. 44, 45 y 46.

<sup>56</sup> MAX SCHELLER, *El saber y la cultura*, Buenos Aires, Ed. Siglo Veinte, 1983, págs. 87, 88 y 89.

práctico, procurando la unificación de las tendencias en el afán infinito del vuelo humano hacia su libertad, sin el límite temporal que implica el ancla de una sola conceptualización: el llamado del Universo desconoce las ruinas del tiempo, y entona con sus alas abiertas el canto del gozo de la luz humana. Todo cuanto implique el ascenso del ser humano hacia su despertar libre, igualitario y fraterno, llena de aliento vital la fluida brisa de la cultura plural en la unidad que todo lo abarca; y todo aprisionamiento del espíritu es un paso desacorde en la danza existencial. Dice así DORADO MONTERO: "Nuestros médicos sociales, los médicos sociales del mañana, no es precisamente cultura legal lo que habrán de menester... bueno es que sepan todo lo más posible... cuanto mayor es el número de representaciones mentales que tengan de los factores de la vida, más exactamente concebirán esta, mayor cantidad de relaciones y enlaces sorprenderán, y mejor podrán prever el futuro de los acontecimientos y aprovechar los elementos más apropiados para torcer o favorecer este curso... de todas las disciplinas hoy conocidas y cultivadas, han de conocer lo más posible..."<sup>57</sup>.

Dar mayor valor a una rama determinada del saber, olvidando otras, en el infatigable mar del cambio, afecta la persecución de sus olas, sus luces y tinieblas, con perjuicio para el ser humano. Escribe sobre el particular, MAX SCHELLER: "Cuando una especie posterga a las otras dos, o a una de las otras dos, arrogándose exclusivamente la validez o dominio únicos, surge siempre un grave daño para la unidad y armonía de la existencia cultural del hombre"<sup>58</sup>.

Para el derecho penal todo lo vital es importante, todo conforma el saber: es la "Canción de la Tierra que gira", de WHITMAN:

"...Las verdades de la tierra esperan...  
son serenas, sutiles, intransmisibles por libros,  
todo está empapado de ellos, y todo las transmite  
de corazón...  
sin negarse a nadie...  
abrazando al hombre, abrazándolo todo...  
abrazándolo todo... ningún ancla que lo sujete,  
ninguna roca que lo golpee,  
veloz, alegre, contento, sin aflicciones, sin  
perder nada,  
capaz y dispuesto a rendir estricta cuenta de  
todo en cualquier momento..."<sup>59</sup>.

Y el maestro de Pisa, en sus *Opúsculos*, advierte sobre la "Necesidad de profundos estudios jurídicos", "Ciencia y Sofisma", bosquejando "El Porvenir de la

<sup>57</sup> PEDRO DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, págs. 69, 70, 71 y 74.

<sup>58</sup> MAX SCHELLER, ob. cit., pág. 86.

<sup>59</sup> WALT WHITMAN, *Hojas de hierba*, t. II, Barcelona, Edit. Teorema, 1984, págs. 59 y ss.



Ciencia Criminal". De estos estudios se transcriben las siguientes inquietudes: "No, no es verdad que pueda uno llegar a ser hábil jurisconsulto, apoderado eficaz o sabio magistrado, solo aprendiendo de memoria los artículos de los códigos que rigen en un Estado... los sumos principios jurídicos... no pueden alcanzarse... si, por una parte, a su búsqueda se dedican profundas meditaciones, con la ayuda de una sana filosofía, y por otra, no se profundizan los esfuerzos de la humanidad en tal sentido...<sup>60</sup> y yo repito que con el solo estudio de los códigos quedamos por siempre ignorantes de la ciencia del derecho... cuidaos, oh jóvenes, de la seductora sirena del fácil dogmatismo. La sabiduría no puede ser completa si no es libre, y la libertad no puede ser duradera si no es sabia" (Discurso inaugural del año académico 1867-1868); "...la ciencia debe ser guía en la interpretación y aplicación de los códigos..." (Pisa, 2 de marzo de 1876); "...la luz espléndida de la verdad hará desaparecer los pequeños lunares que quedan en nuestra doctrina como vestigio de un pasado cuyas bases ya se han derrumbado totalmente. Y en verdad la generación que se levanta no querrá traicionar la misión a la que la destina la historia, renegando a los frutos de tantos estudios de nuestros padres y volviendo el efecto por los antiguos errores" (Pisa, 18 de noviembre de 1877)<sup>61</sup>.

#### B) El hombre, lo más importante

Aún, en los orígenes de la filosofía de la cultura, existe la preocupación de la cultura humanística por el hombre, permitiendo entender al ser humano —en el proceso del conocimiento universal— como superación de la violencia. Al meditar sobre HERÁCLITO se llega a pensar que las cosas individuales, al engendrarse y existir únicamente a raíz de la lucha, viven cada una mediante la destrucción de la otra y de la violencia: el proceso infinito del devenir es la transformación recíproca de los opuestos, tanto en el camino ascendente como en el descendente; y es, además, un concepto, el principio primordial, por cuya razón de todos los opuestos nace lo uno, como de lo uno nacen todas las cosas: es la unión, lo que es común a todas las cosas, reflejándose en el pequeño mundo del hombre, en su doble carácter de ser viviente y ser social, porque ya *l' homme est dans la nature, une partie de la nature*, y constituye la preocupación fundamental<sup>62</sup>.

El concepto anterior es indudablemente fecundo, "porque procediendo de él —escribe MONDOLFO— se llega a colocar al hombre, a la conciencia, al sujeto pen-

<sup>60</sup> En forma similar escribe DEL VECCHIO: "Una jurisprudencia desprovista de elementos filosóficos sería —según el ejemplo que KANT toma de la antigua fábula— semejante a una cabeza sin cerebro... No solo, pues, de los Códigos, o, como decía CICERÓN, «no del Edicto del Pretor, ni de las XII Tablas, sino de la íntima Filosofía debe obtenerse la disciplina del derecho»" (cfr. *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979, pág. 139).

<sup>61</sup> FRANCESCO CARRARA, *Opúsculos de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, volumen I, págs. 73, 77, 79 y 81; volumen II, pág. 387; volumen VII, pág. 432.

<sup>62</sup> Cfr. RODOLFO MONDOLFO, *En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Buenos Aires, Ed. Librería Hachette, 1960, págs. 50, 51, 52, 53, 64, 65 y ss.

sante, en el centro de toda investigación y construcción filosófica, desde DESCARTES hasta KANT y nuestros días"<sup>63</sup>. Esta conclusión se presenta estrechamente ligada al concepto de historicidad, es decir, al de la formación histórica de la cultura, que "nunca puede ser creación de un solo hombre en el limitado curso de su vida individual, sino conquista laboriosa y progresiva de una larga serie de generaciones en el amplio curso de la historia"<sup>64</sup>, al cual es necesario tributarle el verdadero homenaje de la vida: su movimiento.

Únicamente en desarrollo de una relación, bien sea de ciencias y humanidades, en una relación viva, de hombre a hombre, es posible aclarar el alcance de este escrito, porque la ciencia filosófica del hombre, entre las cuales se hallan la filosofía y la sociología, parte de la consideración de este principio: el hombre con el hombre, en cuyo "estar —dos— en recíproca presencia se realiza y se reconoce cada vez el encuentro del «uno» con el «otro»...: únicamente cuando el individuo reconozca al otro en toda su alteridad como se reconoce a sí mismo, como hombre, y marche desde este reconocimiento a penetrar en el otro, habrá quebrantado su soledad en un encuentro riguroso y transformador"<sup>65</sup>. De esta estimación surgen importantísimas conceptualizaciones para el derecho penal, como son, por ejemplo, el respeto y la dignidad del ser humano, cuya valoración contribuiría a los cambios positivos que se anhelan.

#### C) Hacia el Estado con posibilidades de realización humana

Es bueno anotar, en esta especie de conclusión que se soslaya de manera sumamente elemental, el interés en presentar la solución de los problemas de la justicia a través de la preocupación por el hombre.

Parece incuestionable que el ser humano es parte del Estado en razón de ciertas relaciones de la vida común que le interesan<sup>66</sup>. Esta afirmación no agota todo el quehacer del asociado, quien busca, además, ciertas cosas que no son de la vida común, que no son del Estado ni para el Estado, y que son tan significativas —valiosas— como las cosas del Estado<sup>67</sup>. Estos anhelos hacen posible la realización

<sup>63</sup> MONDOLFO, *idem.*, pág. 147.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 148.

<sup>65</sup> MARTIN RUBER, *¿Qué es el hombre?*, 13ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 145 y 151.

<sup>66</sup> CARRARA afirma que la asociación es una necesidad de la naturaleza del hombre, indispensable para su conservación y para sus fines. En la evolución la sociedad civil constituye el primer progreso, buscándose la protección de los derechos de la humanidad, amparando el derecho, o sea la libertad de todos los asociados, y el ejercicio racionalmente libre de las actividades humanas (cfr. *Programa...*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 15; t. VII, pág. 17; *Opúsculos...*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 194).

<sup>67</sup> "...el hombre, aun perteneciendo también al orden fenoménico, es íntimamente y se siente ser algo más que un fenómeno, al explicar su propia esencia, realizar su naturaleza, ser él mismo, es para él, más que un dato, un problema y una misión" (GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 9a. ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1980, pág. 154). "En el trasfondo último de toda fundamentación jurídica, que es asunto de temáticas humanas, ha de situarse, junto a la consideración racional del hombre, la de su capacidad de libertad, sostén insoslayable de sus quehaceres" (JOSÉ LORCA NAVARRETE, *Justicia, Libertad*, Madrid, Pirámide, 1979, pág. 66).

material y espiritual del asociado, dando colorido a la cultura cuando no se destruyen ni menoscaben, al consagrarse la libertad, el respeto y la dignidad del ser humano<sup>68</sup>. Es en la tutela de estos principios, en su institucionalización y realización material, que se facilita la vida en comunidad, y se empieza a bosquejar el Estado auténtico, que es un Estado para el hombre. Sobre el particular anota GARCÍA MÁYNEZ: "Si los valores solo tienen sentido para el hombre, y ser hombre depende de ciertos atributos condicionantes de la pertenencia a una especie homogénea, la naturaleza humana tendrá que constituir, al menos en sus aspectos esenciales, el fundamento objetivo de lo valioso. Por ello creemos que la solución de los grandes problemas estimativos deberá esperarse de los progresos de la antropología filosófica..."<sup>69</sup>. En el bosquejo de este concepto se piensa que el derecho también constituye un elemento personalizante que contribuye a consolidar la continuidad personal, salvando "al hombre de la recaída en el mundo de los instantáneos", institucionalizando la fidelidad humana en cuanto afecta a terceros, al salvaguardar a "los otros contra mis posibles deserciones", uniendo "íntimamente derecho y vida humana"<sup>70</sup>, porque el derecho solo tiene sentido en relación con el hombre: es un *ordre vital* y no un *ordre géométrique*, inerte y automático, que necesita fineza de comprensión, conocimiento de la libertad para avanzar más allá de lo mecánico (esquemático, analítico), hacia el concepto de impulso de amor [*élan d'amour*]<sup>71</sup>.

Parece indiscutible que el interés de la autoridad estatal se orienta, con relación al individuo, a procurar hacer más libre, digno y respetuoso el desarrollo de la actividad humana, mediante un hecho puramente humano, dirigido "solo a fines humanos", inmovible ante las furias de la mayoría y los abusos de la minoría: el derecho<sup>72</sup>. Mas, el derecho, en la orientación políticamente humana del Estado, procura la realización de ciertos fines humanos que se expresan, tímidamente, como límites para el Estado<sup>73</sup>.

Estos límites enunciados son, fundamentalmente, el respeto a la dignidad del ser humano, vertido en la conquista no violenta de la libertad mediante una emanci-

<sup>68</sup> "El derecho no solo protege a la persona en su existencia material, sino también en su ser espiritual..." (cfr. a GIORGIO DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, ed. cit., pág. 101).

<sup>69</sup> EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1986, págs. 437 y 447.

<sup>70</sup> JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1986, pág. 190.

<sup>71</sup> Cfr. JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, ed. cit., págs. 92 y 190. Igualmente a HENRI BERGSON, *El pensamiento y lo viviente*, Buenos Aires, Edit. Pléyade, 1972, pág. 57.

<sup>72</sup> Cfr. CARRARA, *Programa...*, t. I, ed. cit., págs. 5, 19 y ss.; t. II, págs. 13, 64 y ss.; t. VII, págs. 339 y ss.; t. IX, págs. 2 y ss.

<sup>73</sup> Con inusitada belleza y precisión técnica hace claridad al respecto FERNÁNDEZ, empleando un lenguaje de admirable colorido humano y filosófico, desarrollando los conceptos que otorgan contenido humanitario y personalista al Estado material de Derecho (cfr. "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 58 y ss.).

pación política con la oportunidad de dirigir la propia vida (libertad de profesión y de religión)<sup>74</sup>, excluyendo toda degradación de la persona (pena de muerte, pena privativa de la libertad perpetua, trabajos forzados, penas desproporcionadas, torturas, tratos crueles, censura intelectual, etc.)<sup>75</sup>, en fin, consagrándose que el ser humano tiene derecho, como escribe JACQUES MARITAIN, a ser tratado como una persona, no como una cosa al servicio del Estado, "y el grupo no alcanza su objetivo sino al servir al hombre y al saber que el hombre tiene secretos que escapan al grupo, y una vocación que el grupo no contiene"<sup>76</sup>; el principio de intranscendencia de la pena, con rechazo a la pena como autoconstatación de la fuerza ("pena-venganza")<sup>77</sup>, conteniendo otras vías alternativas, o mejor, una dimensión de mayor sensibilidad, "una tensión ontológica y axiológica del hombre en el vértice mismo de la pena"<sup>78</sup>; la garantía del pluralismo político, concretado en la apertura formal y material hacia la democracia con oportunidades para todos los sectores de la comunidad civil, aspirándose a una sociedad igualitaria, y, también, a la creación normativa mediante el libre debate de los diversos grupos sociales para que la colectividad, inmediata destinataria de las normas penales, pueda manifestar su opinión<sup>79</sup>; y, finalmente, la superación de la libertad y la igualdad formales, mediante un derecho con contenido humano y social, realizando materialmente el lema de "Libertad, Igualdad y Fraternidad", equilibrando la seguridad, la justicia y el bien de la colectividad, desarrollando los conceptos del derecho de los menores, de los débiles o de los pobres —hambre y sed físicas, apatencia, también de justicia social—, de los inválidos, de los marginados, de la salud, de la calidad de la vida, con acceso al trabajo, etc., garantizándose las libertades y derechos fundamentales al prohibirse su limitación por decretos leyes —su regulación corresponde al Congreso—, consolidando la exclusión de la violencia con la orientación filosófica que identifica a las ciencias y a las humanidades: el entendimiento bajo los conceptos de "razón y amor" enseñados por LEÓN TOLSTOY:

<sup>74</sup> Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 5º, 18 y 26; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, noviembre 4 de 1950), art. 4º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966), art. 7º; Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), firmado el 22 de noviembre de 1969 por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela) arts. 4º, 6º y 12.

<sup>75</sup> Y eliminando todo vestigio de estigmatización que conduzca al hombre a asumir un comportamiento de desviado como pauta de vida, creando ciudadanos de segunda categoría (cfr. a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Aproximación a una política criminal democrática en la República Argentina", en *Ensayos de derecho penal*, México, Porrúa, 1986, págs. 459 y 463).

<sup>76</sup> JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre*, Buenos Aires, Leviatán, 1982, págs. 26 y 43.

<sup>77</sup> Nace el anhelo de un salario por los trabajos realizados mientras perdura la reclusión, o la asistencia estatal para la familia en caso de hallarse en situación de indigencia o desamparo. Así mismo, el propósito de evitar los males de la pena privativa de la libertad, sustituyéndola por medidas en libertad.

<sup>78</sup> GARCÍA RAMÍREZ, ob. cit., pág. 69.

<sup>79</sup> Cfr. a MARINO BARBERO SANTOS, cit. por LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO, "La democratización del Derecho Penal", en *Ensayos de derecho penal y criminología*, México, Porrúa, 1985, pág. 153.

“El amor es la única actividad razonable del hombre, el amor es el estado del alma más racional y más luminoso. Tiene necesidad, no más, de que nada le oculte el sol de la razón, único que lo hace crecer”<sup>80</sup>.

En la humanización del derecho penal por el amor se introducen algunos cambios conceptuales, como el derecho-retribución, y pena-imputabilidad, dando prioridad a la equidad, posiblemente desarrollando el concepto de justicia-consecuencia jurídica<sup>81</sup>, las obligaciones estatales de asistencia, respeto, paciencia o discreta tolerancia, porque la situación actual no contiene los matices de una causa perdida: “Lo que a nuestro entender sí podría suceder, en un futuro indeterminado, es la sustitución de nuestra cultura y civilización por otras cuyas características esenciales nos es imposible vislumbrar... es indudable que los viejos patrones culturales ya han perdido su influencia y que los nuevos aún no se han establecido. Es decir, vivimos en una etapa de transición entre la escala de normas y valores que prevalecían a comienzos de este siglo y la próxima escala que aún no se ha elaborado, pero que no tardarán en aparecer...”<sup>82</sup>.

Finalmente, en la realidad colombiana algunas conductas corresponden a una desadaptación a las difíciles situaciones nuevas, que un día no muy lejano serán temas del pasado. Tal vez por ello se requiere de cierto tiempo, necesario para la maduración, asimilación y superación de los cambios que ocasionan algunas reacciones (conductas) desestimadas jurídicamente, y que insinúan —con sinceridad, observación y paciencia— la racionalización de algunos conceptos, entre ellos la claridad teórica que concreta KARL JASPERS: “La tolerancia no se confunde con el relativismo, actitud cómoda que se limita a dejar hablar, sin dejar interpelar, sino que estriba en aquella disposición de ánimo, pronta a oír y a subordinar el propio punto de vista a un proceso constante de comunicación”<sup>83</sup>. En este sentido se aspira a un legislador más democrático, pronto a introducir en el derecho penal los cambios que los factores de desequilibrio y confusión aconsejan, buscando soluciones de fondo, relacionadas, primordialmente, con las causas de las reacciones de los asociados —no tanto con la pena— y cuando en la pena se piensa, este pensamiento debe ser tardío y rezagado, con la inquietud de una clara teorización, por lo menos, sobre las medidas en libertad.

Estos son los temas en los que convergen las ciencias y las humanidades, haciendo la claridad epistemológica sobre el derecho: en la tensión entre el ser y la libertad, el “poema comenzado es el hombre”<sup>84</sup>, su esencial dignidad de persona, su libertad y respeto.

<sup>80</sup> GARCÍA RAMÍREZ, ob. cit., págs. 235 y ss.; 205-258.

<sup>81</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *El derecho y el amor*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 118.

<sup>82</sup> ISRAEL DRAPKIN, ob. cit., pág. 34.

<sup>83</sup> JASPERS. Cfr. a BALLESTEROS, ob. cit. Es el pensamiento escogido como tema de reflexión en su obra.

<sup>84</sup> HEIDEGGER. Cfr. LORCA NAVARRETE, ob. cit., pág. 130.

## Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales

(Una perspectiva crítica ante el derecho penal de peligro)\*

Félix Herzog\*\*

### 1. RIESGO SOCIAL Y AMENAZA DEL DERECHO PENAL

Hay muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro que caracteriza a nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de un campo de ejercicios militares, de una fábrica química...

Bien mirado, y al respecto ha sido necesario un Tschernobyl para concientizar a muchos seres humanos, ya no se vive seguro en ninguna parte.

El agujero de ozono, los cambios climáticos, la abrasión y desertización, la muerte lenta de los bosques, son ejemplos de la situación generalizada de peligro para la humanidad, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos si se consideran globalmente.

Esta situación trae como consecuencia que la realidad, cada día más, se percibe y estructura a nivel cognitivo de acuerdo con un esquema de seguridad y riesgo [LAU, 1989, 418].

Los conflictos centrales de intereses sociales se avivan hoy, cada vez con más frecuencia, ante cuestiones de valoración, tolerancia y control del peligro [LAU, 1989, 420, 426 y ss.].

Con su estudio *La sociedad de riesgo [Risikogesellschaft]*, ULRICH BECK ha captado esa tendencia al desarrollo de la civilización técnica

\* Traducción de ELENA LARRAURI (Universidad Autónoma de Barcelona) y FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (Universidad de Salamanca).

\*\* Profesor de la Universidad de Frankfurt.

y su incidencia en la organización social, y ha desarrollado un modelo teórico-social global sobre la base de este concepto. Una de las preguntas claves para la política, la administración y la ciencia es, en la actualidad, la siguiente:

“¿Cómo pueden los riesgos y amenazas, coproducidos sistemáticamente en los procesos de modernización, evitarse, minimizarse, dirigirse, encauzarse y allí, donde surgen en forma de «efectos secundarios latentes», ser limitados y distribuidos de tal suerte que no impidan el proceso de modernización ni traspasen los límites de lo «exigible» (en términos ecológico, médico, psicológico y social)?”.

El moderno desarrollo del derecho penal, con su cada vez más acentuada tendencia hacia los tipos de peligro, se puede interpretar como una respuesta a esa pregunta. Como se deduce del título de mi artículo, el derecho penal de peligro supone una respuesta muy limitada y sobre todo a limitar para las situaciones de peligro en la vida moderna.

## 2. EL PELIGRO DEL “TRILEMA” REGULADOR

Concebido el derecho penal como parte de un programa jurídico, que debe regular una situación de riesgo (por ejemplo el derecho penal del medio ambiente como parte del derecho del medio ambiente), surge un problema que GÜNTHER TEUBNER ha caracterizado como “trilema regulador” [*regulatorisches Trilemma*] [TEUBNER, 1984, 317]:

El intento de producir determinados cambios sociales por medio de la intervención jurídica, puede conducir a:

- a) la indiferencia recíproca del derecho y la sociedad;
- b) la desintegración social a través del derecho, y
- c) la desintegración del derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad.

a) La mutua indiferencia se puede observar ya con la voluntad de traducir programas políticos a normas jurídicas. Es decir, cuando el intento regulador de la política no cumple los criterios de relevancia ni las estructuras de decisión del derecho y ello es aprobado a través de leyes, estas se manifiestan abiertamente injustificables (eufemísticamente: problemas de ejecución).

La indiferencia “en el segundo grado del proceso de juridificación” se presenta cuando, si bien se ha conseguido el cambio de la política en un derecho aplicable, la normativa jurídica actúa en una parcela de vida, cuya estructura se muestra resistente a los cambios jurídicos [TEUBNER, 1984, 319].

El moderno derecho penal de peligro (medio ambiente, economía, tráfico) es la conversión de decisiones políticas reguladoras y definiciones de riesgo, que frecuentemente se configuran en procesos de decisión político-conflictivos. Los criterios relevantes para el derecho penal juegan en este análisis político un papel insignificante.

Cuando, con la extensión de los delitos de peligro abstracto al medio ambiente, políticamente se promete y espera disminuir los atentados al medio ambiente, pasa al mismo tiempo inadvertido que son necesarios, para poder lograr la “eficacia” prometida, cambios (al menos de interpretación) profundos y dudosamente constitucionales, en los principios de atribución del derecho penal (autoría y participación, causalidad, dolo e imprudencia, etc.).

b) La desintegración social por medio del derecho se puede presentar cuando el derecho regulador produce el efecto de “colonización del mundo de la vida” [*Lebenswelt*, HABERMAS, 1981, 522 y ss.] y destruye las normas y procedimientos de la autorregulación social [TEUBNER, 1984, 321].

Cuando se abandona la convicción de que la relación con el medio ambiente puede darse de una manera razonable, porque no es posible esperar un sentido de la responsabilidad para con el prójimo y la naturaleza, entonces se plantea la exigencia de intervención y sanción estables.

En la medida en que el Estado consiente en esta exigencia, disminuye la responsabilidad, la competencia y la abundancia de ideas de la sociedad en los propios intereses de seguridad. A la larga, se perjudica sensiblemente la autorreproducción social de esta manera: los escándalos ecológicos desencadenan exigencias crecientes, traducidas de forma automática en leyes más severas, de protección e intervención anticipada del derecho penal e intensificación del control del Estado, en tanto que pasan a un segundo plano consideraciones relativas a la responsabilidad social y a modelos de regulación social y corporativa.

c) La desintegración del derecho mediante las masivas demandas sociales de regulación, las cuales sobrecargan los programas condicionales del derecho con ponderación de intereses y orientación a las consecuencias, conducen a una legislación y ejecución que no están orientadas tanto por la legalidad, como por la oportunidad de la intervención jurídica [TEUBNER, 1984, *passim*].

La accesoriedad de la administración en el derecho penal del medio ambiente puede ser interpretada como un síntoma de tal desintegración: el derecho penal interviene, con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, bajo la presión de la gran importancia política de la ecología. Allí el derecho penal actúa, de nuevo, bajo la presión económica de la infraestructura, la presión política del mercado laboral y otras presiones propias de intereses contradictorios.

Se hace necesario que las materias reguladas sean objeto de discusión política. Fundamentos del derecho penal liberal son la precisión y la permanencia de las definiciones del ámbito criminal, las cuales han de ser garantizadas procesalmente a través del principio de legalidad.

Estos fundamentos son socavados cuando el derecho penal se encuentra a caballo de la accesoriedad de la administración y el derecho administrativo ecológico. Porque debe cooperar con el derecho administrativo del medio ambiente, pero no puede intervenir, sobre la base del principio de accesoriedad, si no es autorizado

por la administración. El derecho penal se ve implicado en las ponderaciones de intereses que la administración efectúa [HASSEMER, 1989, 48].

Por virtud de ese entrelazamiento, factores como la estructura, la política económica o el poder, o falta de poder de los grupos de presión ciudadana, se convierten en más o menos decisivos para determinar la punibilidad de una conducta. En tales circunstancias se descomponen de manera creciente la legalidad del derecho penal, ya que este da entrada a decisiones políticas y apenas se diferencia de ellas.

Resultado: el derecho penal de riesgo, como parte de una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la moderna civilización por medio de la regulación jurídica, es incompatible con la tradición liberal del derecho penal, puede repercutir negativamente en la autorregulación social de las situaciones de riesgo y daña la autoridad social del derecho penal, pues atenta contra los principios fundamentales del derecho. Uno de los límites al control penal de los riesgos sociales es por consiguiente también un límite a la política. Pero ello se precisará más adelante.

### 3. DERECHO PENAL DE RIESGO COMO DERECHO PENAL POLITIZADO

Si se complementa la tesis jurídica del "trilema regulador" con las tesis:

a) de NAUCKE de la politización interna del derecho penal [NAUCKE, 1987], y  
b) de STANGL del valor de cambio político del derecho penal [STANGL, 1985], se evidencian de una forma clara las condiciones políticas de la génesis del moderno derecho penal de riesgo y los peligros implícitos que ello envuelve para la tradición jurídica liberal.

a) La tesis de NAUCKE señala cómo desde mediados del siglo XIX, cada vez de una forma más acusada, asistimos a una interdependencia entre política interna y legislación penal; el derecho penal se instituye como un "instrumento deliberado de control de la política interna"; así ocurre, por ejemplo, en el caso de la "disminución de los problemas que el desarrollo industrial trae consigo" [NAUCKE, 1987, 25 y ss.].

A consecuencia de esa relación entre política interior y derecho penal, desde finales del siglo XIX, es "cada vez más posible deducir el contenido del derecho penal desde la política interna, si se sabe qué grupos de interés, es decir qué partidos políticos o coaliciones, controlan la legislación. Este "acaparamiento del derecho penal por la política interna" ha llevado hasta hoy, por regla general, a un "deterioro del derecho penal" [NAUCKE, 1987, 27 y ss.].

El derecho penal ecológico se encuentra en una especial y estrecha relación con las relaciones de fuerza de la política interna: en 1969, solamente para un 5% de los alemanes tenía algún sentido el concepto "protección del medio ambiente"; a partir de 1977 la conciencia del problema social experimentó un enorme impacto. Bajo el efecto del escándalo de los residuos peligrosos, el accidente químico en Seveso, la marea negra en Bretaña y la casi catástrofe del reactor nuclear en Harrisburg/USA, los medios de comunicación insistieron en que, ante la gravedad de la situación, deberían intervenir los poderes políticos. Los ciudadanos se organizaron

en grupos contra los modernos riesgos (reactores atómicos, grandes aeropuertos, industrias químicas, etc.), de donde surgió finalmente el partido de "los Verdes"

Las investigaciones de la génesis de las normas del derecho penal del medio ambiente permiten ver que el proceso de legislación fue llevado a cabo de una forma precipitada por presión de los incidentes y debió ser saldado en el año electoral de 1980 para restar argumentos electorales al Partido de los Verdes [RUTHER, 1982, 183 y ss.]. En esta situación la incorporación de los delitos ecológicos en el Código Penal alemán estuvo caracterizada por un "impreciso plan legislativo" sin "ningún fundamento empírico" [HUMBSKRUSCHE/KRUSCHE, 1984, 62]. El resultado fue "una construcción extremadamente inconsistente, de una parte indefinida y de otra extremadamente minuciosa, resultado más bien de compromiso político que de un programa racional" [MEINBERG/LINK, 1988, 3].

El control jurídicopenal de los riesgos sociales debe ser debatido en las relaciones institucionales y con criterios objetivos, relaciones que se deslinden claramente de las exigencias cotidianas de la política interna, ya que el contenido del derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene asimismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del derecho penal.

b) Cuando el derecho penal actúa como instrumento de la política, tiene para STANGL ante todo como consecuencia que —como sucede en los procesos políticos— el objeto, "el caso, se convierte en una cuestión de poder entre los partidos políticos" y no se discute más en el plano de la realidad del problema sino en el plano de la dramatización. En un espectáculo público en que se dramatiza la necesidad de desenlace del problema y recíprocamente se duda de la competencia, la política criminal ha de cumplir dos papeles: servir a los intereses electorales y por tanto a los intereses de los partidos y aparecer como "solucionando" el problema [STANGL, 1985, 21 y ss.].

Una política criminal así motivada que se transforme en derecho penal, caracteriza a este derecho penal por su orientación al valor de cambio político, es decir una "flexibilización" de los elementos típicos en aras de "un amplio espectro de formas de reacción", de una "maximalización de opciones politicocriminales", que puedan reaccionar en todo momento ante las "exigencias del mercado político" [STANGL, 1985, 26 f. 41 y ss.].

Así, pues, se confunden las fronteras de lo punible en el moderno derecho penal de riesgo a través de la accesoriadad de la administración, la imprecisión de la ley, unida a reducciones y extensiones teleológicas, cláusulas mínimas, práctica desordenada de la abogacía de Estado, etc.

Frente a ello hay que promover:

— Elaboración de bienes jurídicos aprehensibles, a los cuales la justicia penal pueda ajustar la exégesis de la norma;

— específicas y estables definiciones del ámbito de lo punible dadas por el legislador (y no por los variables intereses de punición de la autoridad administrativa);

— establecimiento de marcos penales, que sean efectivamente ejecutados por la justicia penal en lugar de eludidos;

— permanente revisión de la eficacia, justicia y proporcionalidad del... (derecho penal moderno de riesgo) en la práctica” [HASSEMER, 1989, 48].

Las fronteras del derecho penal de riesgo se derivan también de los necesarios límites jurídicos respecto de los tipos penales y las consecuencias jurídicas, frente a las pretensiones de flexibilidad de la política.

#### 4. DIFICULTAD DOGMÁTICA DE UNA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE RIESGO

Desde un punto de vista interno se pueden ver las limitaciones de un derecho penal de riesgo en las dificultades que surgen al intentar integrar los delitos de peligro en la estructura dogmática de un derecho penal liberal. Escojo a modo de ejemplo tres intentos de fundamentación:

1) La investigación de CRAMER, relativa al “tipo de embriaguez como delito abstracto de peligro”<sup>\*</sup> (1962), pretende demostrar un momento de resultado en el delito de peligro. Concluye de ello este autor que los delitos de peligro “no están en condiciones de dar una aclaración satisfactoria del contenido criminal si se exige una constatación evidente del resultado”.

Como se aprecia en la discusión sobre la punibilidad de la tentativa inidónea, ello no dependería en absoluto del resultado, sino más bien del “sentido social y del significado objetivo del comportamiento en relación al conjunto de bienes jurídicos” [CRAMER, 1962, 62 y ss.]. En este sentido los delitos de peligro tendrían por objeto comportamientos, los cuales por su significado se dirigen a perturbar la certeza de la existencia de un bien jurídico [CRAMER, 1962, 65].

La vinculación con un derecho penal de resultado depende para CRAMER de una gradación del injusto, pues hay que distinguir “tres formas de presentación del delito”, según la intensidad de ataque a la integridad del bien jurídico protegido: lesión, peligro concreto y peligro abstracto: “Lesión significa la producción de un perjuicio, peligro concreto la probabilidad de una lesión, y peligro abstracto la probabilidad de un peligro concreto” [CRAMER, 1962, 68 y ss.]. Tales delitos de peligro abstracto, los cuales ponen en el tipo penal claramente de relieve esa “razón material” de la punibilidad (esto es, la probabilidad de un peligro concreto), no plantean para CRAMER ningún problema en atención al injusto criminal y al principio de culpabilidad; los tipos de peligro abstracto que no satisfacen esa exigencia, deben ser reducidos mediante una interpretación restrictiva de esa razón material [CRAMER, 1962, 74 y ss.].

\* Se refiere al § 323 StGB (nota de los traductores).

El límite del derecho penal de riesgo está, según CRAMER, en tales tipos penales que, ni siquiera mediante una interpretación restrictiva, implican la probabilidad de un concreto peligro.

ARTHUR KAUFMANN ha criticado con acierto que el injusto de los delitos de peligro abstracto debe apoyarse en la “probabilidad de la probabilidad”, la “posibilidad de la posibilidad”, el “peligro del peligro” de lesión del bien jurídico —en tales tautologías no se puede sostener ningún fundamento penal— [KAUFMANN, 1963].

En una gradación del injusto, que arranca con los delitos de lesión, los delitos de peligro no pueden integrarse sin un desplazamiento de sistema; yendo más allá de CRAMER, hay que afirmar que la frontera del derecho penal de riesgo se rebasa ya con aquellos tipos penales que no contienen la probabilidad de una lesión al bien jurídico.

2) BREHM, en su investigación “Acerca de la dogmática de los delitos de peligro abstracto” (1973), convierte los delitos de peligro abstracto, mediante un complicado rodeo argumental, en un género de delitos imprudentes para evitar la dificultad sistemática.

En primer lugar BREHM, renuncia al “dogma del injusto de resultado”, y argumenta que “una concepción de la antijuridicidad libre de contradicciones” solo puede ser desarrollada desde la conducta antijurídica [BREHM, 1973, 90 y ss.]. En esta “concepción libre de contradicciones”, los delitos de peligro dejan de existir como tipos delictivos independientes: “cuando la norma exige tan solo un comportamiento apto para lesionar, se dota con ello al contenido del injusto de una prohibición de lesión. La renuncia al resultado de lesión significa aquí solamente una agravación de la responsabilidad” [BREHM, 1973, 99]. Por medio de una “interpretación correctora del tipo”, la cual nos lleva a la transformación de ese delito en delito imprudente, debe ser evitada la excesiva severidad: “Ya que la norma ha introducido en el tipo actos contrarios a la norma de cuidado y al mismo tiempo deja pendientes los requisitos bajo los cuales el hecho es contrario a la norma de cuidado, el juez está obligado a verificar si el requisito exigido por la norma, el cual se demuestra en primer lugar por la lesión del deber, está también realmente presente” [BREHM, 1973, 132].

Finalmente, desde el plano de la culpabilidad se concluye la transformación de los delitos de peligro abstracto en delitos de imprudencia, si puede ser comprobado, “que al autor se le puede reprochar la lesión del deber, porque pudo obrar debidamente conforme a su capacidad individual” [BREHM, 1973, 133 y ss.].

El límite de los delitos de peligro se sitúa, según la concepción de BREHM, allí donde la responsabilidad penal anticipada no pueda fundamentarse en el reproche del comportamiento contrario al deber.

La renuncia al “dogma del injusto de resultado” tiene el efecto extensivo de una casi completa subjetivización de la frontera del derecho penal de riesgo; hablando claro: el riesgo se traslada a la esfera del propio sujeto, está en ese peligro propio de la lesión de la norma del deber.

Para superar las dificultades sistemáticas de los delitos de peligro abstracto, se renuncia a la tradición liberal de un derecho penal de resultado, establecido sobre la lesión del bien jurídico y orientado a las consecuencias jurídicas. Por el contrario habría que promover que el derecho penal de riesgo encuentre sus límites allí donde el fundamento del injusto no sea solo la subjetivización propia de la lesión de un deber, porque una referencia al injusto de resultado no da para más.

3) KRATZSCH, en su estudio "Modificación del comportamiento [*Verhaltenssteuerung*] y organización en el derecho penal" (1985), desarrolla un concepto de derecho penal en el sentido de "sistema de dirección y organización social de la conducta", que no coloca el acento en los límites del derecho penal de riesgo, sino que trata de fundamentar por qué el derecho penal debe ser entendido en su totalidad como "derecho penal de riesgo".

La amenaza de lesión al bien jurídico debe ser contrarrestada mediante un sistema de reglas, que —en la medida de lo posible— sea lo más completo posible y no deje ninguna oportunidad a la casualidad [KRATZSCH, 1985, 119 y ss.]. En este sistema de reglas los delitos de peligro abstracto sirven "al mantenimiento de un orden general, el cual hay que configurarlo de tal modo que en cada caso particular, a pesar de la incalculable multiplicidad de posibles combinaciones (...), se asegure una eficaz protección del bien jurídico" [KRATZSCH, 1985, 284]. Subordinado al mantenimiento de un orden general, los autores dejan de ser contemplados como sujetos autónomos de derecho: "lo que se manifiesta en la norma aparentemente como comportamiento del autor, es en verdad la regulación codificada de una dirección... Ante los delitos abstractos de peligro la autodirección del autor es relegada a un segundo término de manera que el propio autor —aun cuando tiene la situación totalmente bajo control o, en el sentido de los conceptos normativos individuales, actúe objetiva y/o subjetivamente conforme a deber— deba someterse a las condiciones funcionales del sistema global y reconocer esos límites *standard*" [KRATZSCH, 1985, 419].

Sobre la base de tal concepto de derecho penal, no hay más que recordar que la moderna expansión del derecho penal, en el ámbito del riesgo, implica abandonar las tradiciones de derecho liberal con el objetivo de una modernización del sistema de derecho penal.

El derecho penal, entendido como dirección del comportamiento y control del azar, rebasa todos los límites vinculados al desvalor de resultado; pero tampoco del comportamiento injusto se extrae ninguna limitación a la intervención puesto que, en última instancia, no depende de las responsabilidades individuales, sino del control de las situaciones de peligro.

Sin embargo, hay que exigir que el derecho penal del peligro no rebase los límites de una imputación individual precisa y que la responsabilidad penal no se fundamente en meras "disfunciones" de autores respecto del funcionamiento global del sistema.

Resumo los resultados de la revisión crítica de la dogmática del derecho penal del peligro en las siguientes consignas:

- Ningún delito de peligro sin la probabilidad de una lesión del bien jurídico.
- Ninguna renuncia de sujeción del derecho penal del riesgo al injusto de resultado.
- Ninguna subjetivización de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber.
- Ninguna equiparación y, sobre todo, ninguna renuncia de la atribución precisa e individual en interés del "sistema y de la dirección de comportamiento".

##### 5. OBSERVACIONES FINALES

A la expansión de los riesgos sociales corresponde hoy en día un tipo de política, que apenas se plantea descubrir perspectivas de desarrollo social y poner en marcha determinados proyectos políticos a largo plazo. Los riesgos son tomados en serio cuando estos, en la realidad o en la conciencia de los (potencialmente) afectados, adquieren dimensiones de crisis catastróficas. Las directrices típicas de la política son entonces la exigencia de que "hay que hacer algo", las "reacciones" y el "auxilio inmediato". Entre los recursos para manejar tales riesgos y crisis se cuenta cada vez más con el derecho penal del cual se exige una intervención más intensiva atendiendo al grado de dramatización y a la correspondiente exigencia de actuación, una mayor severidad o una ampliación de los tipos de peligro. La ampliación del derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema.

Ante tal instrumentalización, el derecho penal sale perjudicado.

##### BIBLIOGRAFÍA

- BECK, ULRICH: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986.
- BREHM, WOLFGANG: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1973.
- CRAMER, PETER: *Der Volrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikts*, Tübingen, 1962.
- HABERMAS, JÜRGEN: *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. II, Frankfurt a. M., 1981.
- HASSEMER, WINFRIED: "Umweltschutz durch Strafrecht?", en *Neue Kriminalpolitik*, 1989, núm. 1, págs. 46 y ss.
- HUMBS-KRUSCHE, MARGRET/KRUSCHE, MATTHIAS: "Die Effektivität gesetzgeberischer Initiativen im Umweltstrafrecht", en *ZRP*, 1984, págs. 61 y ss.
- KAUFMANN, ARTHUR: "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", en *JZ*, 1963, págs. 425 y ss.
- KRATZSCH, DIETRICH: *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrch*, Berlin, 1985.
- LAU, CHRISTOPH: "Risikodisurse, Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken", en *Soziale Welt*, 1989, págs. 418 y ss.

- MEINBERG, VOLKER/LINK, WOLFGANG: *Umweltstrafrecht in der Praxis. Falldokumentation zur Erledigung von Umweltstrafverfahren*, Freiburg, 1988.
- NAUCKE, WOLFGANG: "Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland", en HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt a. M./Bern/New York, 1987, págs. 15 a 32.
- RUTHER, WERNER: "Empirische Normgeneseforschung. Theorie, Methode und erste Ergebnisse eines Projekts zur Umweltstrafrechtssetzung", en *Krim. Jour.*, 1982, págs. 177 y ss.
- STANGL, WOLFGANG: *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975*. Wien, 1985.
- TEUBNER, GUNTHER: "Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en KÜBLER (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, págs. 289 a 344.
- Para una profundización del tema, véase HERZOG, FÉLIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, R. V. Deckers, 1991.

## Delitos contra el ambiente: algunos problemas para su adecuada tipificación y aplicación

Julio César Rodas Monsalve\*

"La civilización —industrial— ha alcanzado esta «otra» transformación liberadora en sus jardines, parques, y «reservas». Pero fuera de estas pequeñas áreas protegidas, ha tratado a la naturaleza como ha tratado al hombre: como un instrumento de la productividad destructora".

MARCUSE, *El hombre unidimensional*.

### 1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la tensión hombre-naturaleza ha sido una constante del desarrollo evolutivo del género humano, no es hasta la consolidación de la "civilización industrial" y su ideología de maximización de beneficio privado, cuando la relación de la sociedad con su entorno ha devenido en contradicción casi irresoluble. El *homo technologicus* ha entendido el progreso científico en términos de dominio, e incluso de destrucción de la naturaleza, sin advertir que él hace parte de sus complejos sistemas y que la degradación y contaminación del medio ambiente repercute necesariamente en el hábitat humano y aun en el propio equilibrio psicosomático de los individuos<sup>1</sup>.

\* El autor es doctorando de la Universidad de Salamanca (España), donde trabaja bajo la dirección del Profesor Dr. IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

<sup>1</sup> Para un análisis sobre la problemática sociedad-medio ambiente, en la actualidad, ver entre otros, COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Nuestro futuro común*, Bogotá, Edit. Alianza Colombiana, 1988. También RAMÓN TAMAMES, *Ecología y desarrollo*, Madrid, Edit. Alianza, 1985; PABLO BIFANI, *Desarrollo y medio ambiente*, Madrid, Cuadernos del CIFCA, 1980.



De aquí surge la inquietud ecológica, que se traduce en la conciencia en lo referente a los graves efectos negativos que para el entorno vital de la especie humana acarrea el desarrollismo económico incontrolado<sup>2</sup>. Los nacientes movimientos ecologistas y las crecientes presiones sociales de los años setentas en procura de una mejor calidad de vida, incidieron decisivamente para que en las instancias políticas y estatales de los países industrializados se adoptaran medidas de orden jurídico, que hoy se articulan en lo que se llama el “derecho ambiental”.

La misión del derecho ambiental es la de integrar las distintas ramas del ordenamiento jurídico a fin de prevenir, reprimir o reparar las conductas agresivas al bien jurídico ambiente<sup>3</sup>.

La evolución del derecho ambiental ha sido vertiginosa en los países del centro del sistema capitalista<sup>4</sup>. En naciones como España, Portugal o Grecia, el sistema de protección jurídica del ambiente se desarrolla a partir del reconocimiento en los textos constitucionales del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, con el fin de asegurar una digna calidad de vida tanto a las generaciones presentes como a las futuras<sup>5</sup>.

Igualmente en el ámbito internacional, especialmente a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, la problemática medio ambiental ha sido objeto de expreso reconocimiento; así, la Comunidad Económica Europea eleva la protección del medio ambiente a la categoría de objetivo prioritario de su actuación, por lo que la acción de dicho organismo se dirige a garantizar tanto la conservación y mejora de la calidad del ambiente, como su utilización racional<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de ecología y movimientos ecologistas, ver, entre otros, EDUARD KORMONDY, *Conceptos de ecología*, Madrid, Edit. Alianza, 1984; ANDRÉ GORZ, *Ecología y libertad*, Barcelona, Edit. 2001, 1979; EUGENE ODUM, *Fundamentos de ecología*, México, D. F., Edit. Interamericana, 1988.

<sup>3</sup> Véase RAMÓN MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, Madrid, Ed. Iel, 1977; también SILVIA JAQUENOD DE SZOGON, *Derecho ambiental*. Monografías del MOPU, Madrid, 1989.

<sup>4</sup> Véase ALBIN ESER, *Derecho ecológico*. *Revista de Derecho Público*, núm. 100. Madrid, 1985.

<sup>5</sup> Así, la Constitución española, en su art. 45 establece que “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Normas parecidas, se plasman en las Constituciones de Grecia y Portugal. Ver ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Edit. Tecnos, 1982, pág. 441. Afortunadamente en Colombia el nuevo texto constitucional ha recogido este amplio movimiento internacional, y en el capítulo tercero del título II, y concretamente en los arts. 79, 80 y 81, se ha consagrado el derecho a gozar de un ambiente sano. Ahora, por tratarse de un interés de carácter colectivo de especial relevancia, la Constitución, con acierto, señala la obligación constitucional dirigida al legislador de implantar los mecanismos que aseguren la participación de la colectividad en las decisiones que puedan afectarlo. Y se señalan además los fundamentos de la política ambiental futura, que debe, de acuerdo con tales preceptos constitucionales, articularse con medidas preventivas como: a) la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos; b) la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de áreas de especial importancia ecológica, y c) La educación ambiental. Como también con medidas represivas: “imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

<sup>6</sup> El art. 130R del Tratado de la C. E. E., adicionado en 1987, establece: “La acción de la comunidad, por lo que respecta al medio ambiente, tendrá por objeto:

”—Conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente.

La juridización del problema ambiental se ha extendido en el plano mundial, pero el elocuente lenguaje de los hechos nos muestra que la degradación del medio ambiente continúa avanzando de manera alarmante; y, de acuerdo con el último informe de las Naciones Unidas (Informe Brundtland), es en los países periféricos en los que el acoso de la pobreza creciente impide la adopción de políticas ambientales coherentes que frenen la caótica explotación de los recursos, donde ello se presenta con mayor preocupación<sup>7</sup>.

Sin duda, la rigidez de la estructura del actual orden económico internacional condiciona la efectividad de las medidas jurídicas de protección del entorno. La doctrina económica capitalista se halla sometida al conflicto “faústico” de querer ocuparse de los problemas ecológicos y encauzar procesos de desarrollo “sostenibles”<sup>8</sup>, pero sin entrar a revisar su aparato conceptual tradicional<sup>9</sup>. Tal conflicto se trasluce a la esfera jurídica, en donde la norma ambiental se ha mostrado incapaz de conciliar los intereses inmediatistas del desarrollo económico con la preservación del equilibrio de los ecosistemas naturales, asegurando una mejor calidad de vida, y en última instancia la preservación de la vida misma.

En tales circunstancias, las reiteradas denuncias sobre los “déficits de ejecución” de las normas ambientales hacen “sospechar” su utilización meramente simbólica<sup>10</sup>. Estas críticas tienen especial relevancia frente a las normas penales

”—Contribuir a la protección de la salud de las personas.

”—Garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales”.

<sup>7</sup> En este sentido son elocuentes las palabras del Informe Brundtland: “La reciente crisis de África ilustra mejor y más trágicamente las formas en que la economía y la ecología pueden interactuar de forma destructiva y llevar al desastre. Provocada por la sequía, sus causas reales son más profundas. En parte han de buscarse en las políticas que prestaron poca y tardía atención a las necesidades de la agricultura de minifundios y a las amenazas que planteaban las poblaciones que crecían rápidamente. Sus raíces se extienden también hasta un sistema económico mundial que saca de un continente pobre más de lo que invierte en él. Las deudas que no pueden pagar obligan a las naciones africanas que se apoyan en la venta de productos básicos a utilizar con exceso sus frágiles suelos convirtiéndolos así buenas tierras en desiertos”. (Ver *Nuestro futuro común*, Bogotá, Alianza Editorial Colombiana, 1988, pág. 26).

<sup>8</sup> En términos sencillos, desarrollo sostenible para la Comisión Mundial del Medio Ambiente, es aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. (Ver *Nuestro futuro común*, ed. cit., pág. 67).

<sup>9</sup> Se abre paso la construcción de una economía ecológica. Sobre sus fundamentos y principios véase JOSÉ MANUEL NAREDO, “La economía y su medio ambiente”, en *Rev. Ekonomiaz* núm. 17, San Sebastián, 1990. También a RAMÓN TAMAMES *Fundamentos de estructura económica*, Barcelona, Edit. Alianza, 1989, pág. 69.

<sup>10</sup> Sobre la función simbólica de la norma penal, véase a WINFRED HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Ejemplar dactilografiado, 1989. Y en el específico campo del medio ambiente, a PAUL WOLF, “Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico”. Ejemplar dactilografiado, 1989, pág. 3.

ambientales, a propósito de la consagración de preceptos penales, dirigidos a la protección del ambiente, bien en leyes especiales o en el Código Penal.

Aquí nos limitaremos a presentar de manera sucinta algunos puntos problemáticos desde el punto de vista de la dogmática juridicopenal, que se advierten en la tipificación del ilícito ambiental en el art. 347 bis del Código Penal español, haciendo también referencia a lo que en este sentido establece el Código Penal colombiano, con el propósito de compendiar así algunas reflexiones de la investigación que sobre este tema adelanto en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

## 2. LIMITACIONES EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En primer lugar, se suscitó en la doctrina una larga discusión —en cierto sentido ya superada— en torno al reconocimiento de la autonomía del ambiente como bien jurídico merecedor de tutela penal, en cuanto que por parte de algún sector doctrinal se consideró que realmente “el sustrato de valoración de lo que se llama medio ambiente, no es este en sí mismo, sino la vida y la integridad corporal del hombre”<sup>11</sup>, por lo que, en realidad, nos hallábamos ante nuevas formas de agresión a los bienes jurídicos tradicionales (vida, integridad corporal o patrimonio) surgidas del complejo desarrollo tecnológico en las sociedades del “riesgo”<sup>12</sup>.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina considera que la visión manifiestamente antropocéntrica de tales posiciones ocasiona un desplazamiento del comienzo de la intervención penal hasta un límite en el que la misma resulta directamente tardía y, por ende, inútil<sup>13</sup>.

En este sentido van orientadas las aportaciones de ESER, quien sostiene: “Los medios ambientales individuales, plantas, animales o elementos naturales valiosos constituyen por la necesidad de su conservación, por su aguda puesta en peligro y por su creciente significación para la conciencia pública, campos de intereses supraindividuales suficientemente delimitables y desarrollados de manera autónoma, lo que podría justificar su reconocimiento como bienes jurídicos independientes”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. WOLFGANG SHÖNE, “La protección del hombre en el mundo moderno (algunas consideraciones sobre el papel del derecho penal)” en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de las Islas Baleares*, núm. 12, 1985, pág. 56.

<sup>12</sup> Es la posición sostenida por WINFRED HASSEMER en su teoría personal del bien jurídico. Sobre la misma, véase a HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, págs. 110-111.

<sup>13</sup> Entre otros, ENRIQUE BACIGALUPO, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, U. de Santiago de Compostela, 1982; JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente”, en *Documentación Jurídica*, Madrid, 1983; BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *La protección penal del medio ambiente*. (Informe presentado por el Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania). Madrid, 1990.

<sup>14</sup> Cfr. ALBIN ESER, “Derecho ecológico”, en *Revista de Derecho Público* núms. 100-101, Madrid, Edersa, 1985, pág. 618.

Quienes insisten en la necesidad de una visión más ecocéntrica del problema, sostienen que protegiendo las “bases naturales de la vida” y la capacidad de autorreproducción de los ecosistemas se preserva no solo la vida en general sino que, realmente, se anticipa la tutela de intereses estrictamente humanos. Es lo que STEINDORF llama “la función de protección ambivalente”: “se protege el medio ambiente de las agresiones del hombre, para el hombre”<sup>15</sup>. Estaríamos entonces ante un bien jurídico de carácter colectivo-complementario<sup>16</sup>.

De otra parte, si bien en el derecho comparado se presenta un extendido consenso acerca de la relevancia juridicopenal del medio ambiente<sup>17</sup>, las discusiones más arduas en la actualidad se dirigen a la delimitación precisa del contenido del mismo<sup>18</sup>.

La determinación del contenido del bien jurídico protegido en esta materia requiere algunas aclaraciones previas y, en concreto, consideramos importante precisar los alcances de algunas expresiones lingüísticas, que por su uso inadecuado arrojan sombras sobre la materia. Así, creemos impropia la utilización del término “delito ecológico”, en cuanto que es el ambiente natural y no la ecología el bien que se debe proteger en tales ilícitos<sup>19</sup>.

Esta distinción no es baladí en cuanto que la ciencia ecológica se ocupa en descubrir y analizar las leyes que rigen las relaciones de los seres vivos entre sí y con su ambiente abiótico<sup>20</sup>, por lo que su campo de estudio es demasiado amplio. Son múltiples los factores que intervienen en las interrelaciones del hombre con su entorno (demográficas, sociales, políticas, culturales), pero no son todas ellas subsumibles en el bien jurídico con miras a su protección penal.

<sup>15</sup> STEINDORF, en *Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, Berlin-New York, 1988.

<sup>16</sup> Sobre esta característica de complementariedad de los bienes jurídicos colectivos, véase BUSTOS, “Los bienes jurídicos colectivos, repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa”, en *Control social y sistema penal*, Barcelona, P. P. U., 1987.

<sup>17</sup> Así, en la resolución número 1 de la XVII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Estambul entre el 4 y el 8 de junio de 1990, se afirma la necesidad de desarrollar el derecho penal del medio ambiente. En ella se resalta la dimensión internacional que tiene el fenómeno de la contaminación y se recomienda la adopción de normas que permitan “actuar de forma que el atentado al medio ambiente pueda ser perseguido tanto en el país en que se ha producido el hecho como en todos los países en que el resultado ha producido consecuencias, teniendo, desde luego en cuenta, el principio *non bis in idem*”. (Ver BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, cit., pág. 3124).

<sup>18</sup> Entre otros, JOSÉ M. PRATS CANUTS “Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983; SÁNCHEZ MIGALLÓN PARRA, “El bien jurídico protegido en el delito ecológico”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 29, 1986, págs. 333 a 352; LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, “Alternativas a la protección penal del medio ambiente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, págs. 133 y ss.; RAMÓN MARTÍN MATEO, *El ambiente como objeto de derecho, en derecho y medio ambiente*, Madrid, Ceotma, 1981; ADALBERTO ALBAMONTE, *Sistema penal ed ambiente*, Padova, Cedam, 1989.

<sup>19</sup> JOSÉ M. MENA ALVARES titula su artículo: “La ecología como bien jurídico protegido”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980.

<sup>20</sup> Véase nota 2 supra.

Es importante apuntar que los problemas en la concreción del contenido de intereses colectivos como el ambiente, se extienden a la categoría de los llamados "intereses difusos" o difundidos<sup>21</sup>. Intereses que, al ser jurídicamente reconocidos, adquieren el carácter de intereses colectivos, o bienes jurídicos colectivos.

Con la expresión "interés difuso" estamos indicando, en términos genéricos, un conjunto de intereses pertenecientes a sujetos diversos que se encuentran en la misma situación frente a un mismo bien o interés, y respecto del que tienen exigencias del mismo tipo. Pero existen ambigüedades al momento de precisarlos, con lo que tiene validez, en ciertos casos, la afirmación de PARDOLESI, citado por GONZALES RUS<sup>21 bis</sup>, en el sentido de que a veces se presentan como "una nebulosa de contornos vagos y oscilantes".

Por tal razón compartimos las críticas que se dirigen contra los llamados "conceptos amplios del ambiente", como el que propone BUSTOS<sup>22</sup> cuando sostiene que el mismo: "constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos".

Un concepto jurídico penal del ambiente, formulado en términos tan amplios, según BACIGALUPO<sup>23</sup>, sale posiblemente de los límites de la política criminal para entrar en la problemática de la transformación profunda de nuestros hábitos de vida, lo que obviamente no va a llevarse a cabo por medio del derecho penal. Por ello, en razón del carácter excepcional o de *ultima ratio* de la intervención penal, planteamos como más acorde con la configuración del instrumento punitivo una conceptualización más estricta de ambiente; que además, para algún sector doctrinal<sup>24</sup> redundante, igualmente, en una mayor eficacia de la tutela que dispensa el sistema de control penal.

<sup>21</sup> Sobre los intereses difusos es abundantísima la literatura italiana. Entre otros, véase a FILIPPO SGUBBI, "La tutela di «interessi diffusi»", en *La Questione Criminale*, 1975; MARCONI, "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979; BRICOLA, "Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi", en *La Questione Criminale*, 1976; del mismo autor, "Las tutela degli interessi collettivi nel processo penale", en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del convegno de Studio*, Pavia, 11-12 giugno de 1974; DENTI, "Le azioni a tutela degli interessi collettivi", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974.

Estos intereses "difusos" o "colectivos" tienen una evolución paralela al surgimiento y consolidación del llamado "Estado Social", en el que el aparato estatal asume un papel preponderante en el proceso de acumulación capitalista, pero que, de otra parte y para asegurar su legitimación, debe procurar superar las disfuncionalidades sociales que el mismo proceso genera, tendencias contradictorias que desembocan en lo que en los años setenta se llamó la "crisis del Estado Social". Al respecto ver: CARLOS DE CABO, *La crisis del Estado Social*, Barcelona, P. P. U., 1986.

<sup>21 bis</sup> JUAN JOSÉ GONZALES RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, Protección penal. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, pág. 82.

<sup>22</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Parte especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 352. Para MARTÍN MATEO (ob. cit., pág. 22) definiciones tan amplias más parecen una declaración de principios.

<sup>23</sup> BACIGALUPO, ob. cit., pág. 200.

<sup>24</sup> JAIME MIGUEL PERIS RIERA, *Delitos contra el ambiente*, U. de Valencia, 1984.

En el proceso de concreción nos parece útil acudir a las aportaciones de GIANNINI<sup>25</sup>, quien planteó tres conceptualizaciones diferenciadas de ambiente: a) el ambiente en cuanto conservación del paisaje, conformado tanto por las bellezas naturales como por la riqueza cultural y artística; b) el ambiente en cuanto protección de los elementos naturales contra el "inquinamiento" o contaminación, y c) el ambiente en cuanto disciplina de ordenación del territorio y urbanística.

Si bien la realidad nos muestra que dichos sectores están íntimamente vinculados, su regulación jurídica requiere la configuración de ordenamientos separados, sin que estos lleguen a convertirse en compartimentos estancos, pues ello iría en contra del carácter dinámico-sistémico del mismo bien jurídico.

Pero un concepto restringido de ambiente penalmente relevante, cuya necesidad defendemos, debe constituirse en torno a la protección de los elementos naturales básicos de la vida. Y una noción válida de ambiente "natural" es la aportada por SOELL, y que cita BACIGALUPO: "se trata del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales"<sup>26</sup>.

Esta definición de ambiente "natural" tiene apoyatura en el texto constitucional español, por varias razones:

a) El tratamiento diferenciado que la Constitución da a los distintos aspectos que podrían involucrarse en un concepto de ambiente, nos induce a pensar que la Carta busca señalar al legislador ordinario la necesidad de desarrollar una normativa propia que les asegure su vigencia efectiva. Así, el art. 46 establece la protección, aun penal, del patrimonio cultural y artístico. El art. 47 plasma el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y fija la necesidad de una eficiente utilización del suelo. El art. 51 consagra la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, etc.

b) La mayor parte de la doctrina<sup>27</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S.T.C. 64/82 y 170/89) entiende que en el art. 45 se consagra el derecho de todos los españoles a disfrutar de un ambiente "natural" adecuado para el desarrollo de la persona, máxime cuando en el apartado segundo de dicho artículo

<sup>25</sup> GIANNINI, citado por MARTÍN MATEO, ob. cit., pág. 23. En términos semejantes se manifiesta ARTZ, en *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Edic. Ariel, 1989. Un análisis detenido de la definición de GIANNINI, en AMADEO POSTIGLIONE, "Ambiente suo significato giuridico unitario", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 1, Roma, 1985.

<sup>26</sup> BACIGALUPO, ob. cit., pág. 201.

<sup>27</sup> Sobre la definición constitucional de ambiente en el art. 45 de la Constitución española, véase ANTONIO PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, pág. 440; a JOSÉ M. PRATS CANUTS, "El delito ecológico", ponencia presentada a las jornadas sobre delito ecológico, Barcelona, 1989. Ejemplar dactilografiado; y a TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El medio ambiente en la Constitución española", en *Revista Documentación Administrativa*, núm. 190, Madrid, 1981, págs. 338 y ss.

se exige que los poderes públicos velen por la utilización racional de todos los recursos "naturales".

Esta discusión en Colombia no tiene mayor trascendencia, pues en el país existe una ley general sobre la protección del ambiente que aún no se ha logrado en España —Código de Recursos Naturales (decreto 2811 de 1974)—, la cual establece diáfano en el art. 2-1 que su objetivo es "Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables...".

Ahora solo nos queda por aclarar cuáles son esos elementos naturales involucrados en el concepto restringido que propugnamos. En este sentido, PRATS<sup>28</sup>, siguiendo a MARTÍN MATEO, plantea que debe limitarse a los elementos dinámicos de titularidad común (agua y aire), desplazando la protección del suelo a la regulación urbanística e igualmente trasladando la protección de la fauna y la flora a leyes administrativas.

Por el contrario, suscribimos la opinión de quienes sostienen que a dichos factores ambientales se les debe brindar protección penal, en razón de que el suelo recibe severas agresiones como receptor que es de vertimientos y desechos urbanos e industriales. Y respecto a la fauna y la flora, los científicos señalan la necesidad de conservar la diversidad de las especies, ya que ello contribuye decisivamente al equilibrio funcional de la biosfera<sup>29</sup>.

### 3. EL AMBIENTE NATURAL COMO BIEN JURÍDICO EN LOS CÓDIGOS PENALES DE COLOMBIA Y ESPAÑA

En España el legislador de 1983, mediante una reforma urgente y parcial del Código Penal, adicionó el art. 347 bis, dirigido a cumplir con los mandatos constitucionales (art. 45) y otorgar protección penal a dicho bien jurídico, con lo que se pretendía llenar los vacíos existentes en esta materia<sup>30</sup>.

En la exposición de motivos de la reforma se sostiene que "Sin duda unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la ley penal".

Pero los loables propósitos del legislador se ven seriamente entorpecidos por los desaciertos cometidos al momento de la tipificación de las conductas.

En primer lugar, el art. 347 bis se ubica junto a los delitos contra la salud pública en el mismo capítulo II, de la sección segunda del título V de libro segundo

<sup>28</sup> PRATS CANUTS, ob. cit., pág. 132.

<sup>29</sup> En este sentido ALBIN ESER, "La tutela penale dell'ambiente in Germania", en *Revista L'Indice Penale*, Padova, Cedam, 1989, pág. 231.

<sup>30</sup> Sobre la protección indirecta que se dispensaba al ambiente antes del art. 347 bis, véase a LUIS RODRIGUEZ RAMOS, "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en *Derecho y medio ambiente*, Madrid, 1981, págs. 241 y ss.

del Código, capítulo que pasó a llamarse "Delitos contra la salud pública y el ambiente", sistemática que no es la mejor en cuanto mezcla dos bienes jurídicos diferentes que ameritan una consideración separada en sendos capítulos propios, en un título también autónomo.

Lo más grave es que la confusión entre los bienes jurídicos *ambiente* y *salud pública*, se evidencia también en el ámbito típico, en cuanto que en el art. 347 bis se mezcla un delito de peligro concreto contra la salud de las personas, y uno de peligro también concreto contra "las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles". De manera que si lo pretendido es evitar la puesta en peligro del ambiente, no se entiende por qué hacer referencia a la puesta en peligro de la salud de las personas.

Realmente los ilícitos ambientales son, en la mayoría de los casos, pluriofensivos. Ahora, si, por ejemplo, las emisiones contaminantes ponen en peligro, además de los elementos naturales la salud de las personas, nos hallaríamos ante otro bien jurídico, con lo que se presentaría un concurso de normas penales. Ante este problema, otras legislaciones penales han acudido a una solución técnicamente válida, cual es la consagración de figuras agravadas. El § 330 a. del Código Penal alemán recoge una disposición específica, en la que se castiga con pena de privación de libertad de seis meses a diez años a quien, mediante la emisión de veneno en el aire, el agua o el suelo, ponga a las personas en peligro de muerte o de lesión corporal grave. E igualmente sanciona la comisión culposa de tales conductas<sup>31</sup>.

La confusión que trae el art. 347 bis, según sostiene PRATS, "enturbia el objeto jurídico de protección, y se suscitan múltiples problemas concursales"<sup>32</sup>.

Hemos dicho que estas confusiones pueden explicarse en cuanto que se confunde el bien jurídico complementario (que es el bien jurídico colectivo, en este caso el ambiente) con el bien jurídico complementado (que es el bien jurídico individual, la salud de las personas).

Si el bien jurídico colectivo, brinda una protección anticipada a los bienes jurídicos individuales, ello no implica que los delitos que se configuran para protegerlos —a los colectivos— deban ponerse en relación con los individuales para definir su estructura<sup>33</sup>.

Volviendo al art. 347 bis, cuando se refiere a los bienes específicamente ambientales, lo hace parcialmente y utilizando términos algo arbitrarios. Así, la flora solo se protege cuando se trata de "bosques" o "plantaciones útiles" (expresión esta

<sup>31</sup> Cfr. JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, Madrid, Edersa, 1982.

<sup>32</sup> PRATS CANUTS, ob. cit., pág. 35.

<sup>33</sup> BUSTOS, ob. cit., pág. 199.

doblemente imprecisa); y cuando habla de espacio natural deja por fuera los parques naturales, las reservas y, en fin, distintas figuras de creación legal<sup>34</sup>.

Como reiteradamente lo señala RODRÍGUEZ RAMOS, la norma penal *in comento* podría incurrir en una inconstitucionalidad por omisión al no contemplar la protección de los bienes jurídicos ambientales (agua, aire y suelo) frente a utilizaciones abusivas o irracionales. "Es decir, que el ambiente ha de ser defendido de la explotación irracional de los recursos naturales que lo componen y, al mismo tiempo, de su uso degradante como lugar de inmisión de residuos sólidos, líquidos y gaseosos"<sup>35</sup>.

Pero la labor prioritaria en esta materia en España, es unificar de manera coherente en el Código Penal diversas disposiciones penales referentes a bienes ambientales que aún existen en leyes especiales dispersas, como en el decreto 485 de 1962 (art. 402), sobre montes; el art. 84 de la ley 25 de 1964 sobre energía nuclear; el art. 60 de la ley de pesca fluvial; y el art. 42.1 de la ley de caza, de 4 de abril de 1970, que pueden ocasionar problemas de superposición normativa con lo establecido en el art. 347 bis.

En cuanto al Código colombiano, en el título VII "De los delitos contra el orden socioeconómico", se ubica el capítulo II "De los delitos contra los recursos naturales". Esto nos indica que lo genéricamente protegido es el orden económico imperante en la sociedad colombiana, que es el correspondiente al de la acumulación capitalista de la economía de mercado, según lo establece el art. 32 de la Constitución derogada.

Se consagra en esta norma la protección de los recursos naturales, en cuanto engranajes de ese orden económico. No reconoce, por tanto, el legislador colombiano de 1886, independencia a dichos bienes jurídicos en cuanto sistemas o ciclos naturales en que se fundamenta la vida, cuya conservación es hoy considerada indispensable, frente a los excesos consumistas y de afán de lucro del sistema económico, a cuyo beneficio subordina la utilización de los recursos naturales.

En el fondo, el legislador colombiano desconoce los esfuerzos de las ciencias jurídicas y económicas actuales que buscan un punto de equilibrio en las relaciones entre desarrollo económico y ecología, que posibiliten un ecodesarrollo, entendido este como un enfoque alternativo, que defina un nuevo estilo de desarrollo, que se oriente por el aprovechamiento sostenido o "sostenible" de los ecosistemas naturales<sup>36</sup>.

Por la importancia de la protección de los recursos en aras a la calidad de la vida, la tensión ecología-economía debería resolverse desde el punto de vista de la ponderación de intereses de igual entidad por el Estado.

<sup>34</sup> Esta crítica la hace KLAUS TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona, Edic. Ariel, 1985, pág. 140.

<sup>35</sup> LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, "Delitos contra el ambiente", en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, Madrid, Edersa, 1985, pág. 140.

<sup>36</sup> Sobre el concepto de desarrollo sostenible, véase nota 8, *supra*.

#### 4. LIMITACIONES EN CUANTO A LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL DEL AMBIENTE

Es criterio unánime que frente a la protección del medio ambiente son más eficaces las medidas preventivas que las represivas, como claramente lo señala RODRÍGUEZ RAMOS: "En materia de protección y restauración del medio ambiente, las medidas directamente preventivas, como la investigación y la educación, la actividad de policía administrativa (controles previos, autorizaciones, licencias, aprobaciones, catalogaciones, etc.), las medidas de estímulo (exenciones y bonificaciones fiscales, créditos especiales, subvenciones de algún caso extremo, etc.), y, en general, toda acción previa al atentado contra el medio ambiente útil para evitarlo, cual es el caso de los estudios de impacto ambiental en proyectos públicos y privados, se han consagrado como medios principales y más provechosos es este ámbito"<sup>37</sup>.

Por lo tanto, la política criminal por seguir debe coordinarse con los objetivos y estrategias de una más amplia política económica y social, que planifique una más racional utilización de los ya escasos recursos naturales, asumiendo la norma penal un papel subsidiario. Esto es que, de acuerdo con su naturaleza de *ultima ratio* del control social<sup>38</sup>, se reserve la sanción penal para aquellos atentados más graves contra el bien jurídico.

Cuestión diferente es lo que se ha dado en llamar la "accesoriedad administrativa" de la norma penal, y que hace referencia a la técnica legislativa más usual en el derecho comparado, de recurrir a los llamados "tipos penales en blanco", es decir, aquellos que sancionan la infracción de disposiciones administrativas y reglamentarias<sup>39</sup>.

Se considera, así mismo, que disposiciones penales ambientales autónomas deben introducirse solamente para regular los más graves abusos, que tengan terribles o "catastróficas" consecuencias, y cuando ya no exista duda de que tales conductas puedan ser permitidas por el derecho administrativo. Este puede ser precisamente el sentido del art. 245 del Código Penal colombiano, que sanciona conductas que provoquen la destrucción, inutilización o desaparición de los elementos naturales.

En el caso español la discusión en torno a la configuración del art. 347 bis como norma penal en blanco, se centra en que de acuerdo con las competencias que delega la Constitución (art. 149) a las comunidades autónomas, estas pueden expedir normas adicionales de protección en materia medio ambiental. Luego dichas

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, pág. 135.

<sup>38</sup> El principio de *ultima ratio* del derecho penal en SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, P. P. U., 1987, pág. 72; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 43.

<sup>39</sup> Sobre la accesoriedad administrativa del derecho penal del ambiente, cfr. KLAUS TIEDEMANN, "Relación entre derecho penal y autorización jurídico administrativa: El ejemplo del derecho penal del

entidades territoriales, en virtud de tal atribución podrían expedir normas de carácter administrativo, cuya infracción constituya un elemento del tipo penal en los delitos contra el ambiente.

Dicha remisión es cuestionada<sup>40</sup> desde el punto de vista del principio de reserva de ley en materia penal, que se consagra igualmente en el texto constitucional (art. 24).

En algunos países, como España, por imperativo constitucional rige el principio de reserva de ley absoluta en materia criminal, o sea que solo el legislador en sentido material, esto es, las cámaras legislativas, pueden determinar el ámbito de lo punible y por ello sus códigos penales son discutidos y aprobados en el Parlamento.

A diferencia de lo que sucede en Colombia, donde, es bien sabido, el principio de reserva de ley en materia penal es relativo, en cuanto las cámaras pueden delegar en el ejecutivo sus facultades legislativas, a tenor de lo que establece la Carta en su art. 76, ord. 12. Delegación que, en el permanente estado de sitio en que vive el país, ha servido para la expedición de leyes y estatutos en los que se vulneran los más elementales principios garantistas, empezando precisamente por el de legalidad<sup>41</sup>.

Sin embargo, y ya en relación con el Código español, existe una posición mayoritaria que sostiene que la remisión consagrada en el 347 bis permite involucrar válidamente normas administrativas de inferior jerarquía, en cuanto que, para BUSTOS<sup>42</sup>, dicha remisión no define el ámbito de lo punible sino que permite "precisar sus contornos específicos".

En el mismo sentido RODRÍGUEZ RAMOS afirma: "la posible diversidad de vigencia material de la ley penal en diversas comunidades autónomas no tiene nada de extraño, dada la también diversidad de necesidades de protección de cada uno de los recursos naturales y de sus conjuntos naturales en los distintos espacios geográficos, pues precisamente en las cuestiones ambientales se suele admitir la diferencia locacional"<sup>43</sup>.

En el derecho comparado se discuten igualmente los efectos de la autorización otorgada por la autoridad administrativa, cuando se han producido resultados daño-

ños respecto a bienes jurídicos diferentes de los ambientales. Este problema tiene especial relevancia frente a las contaminaciones denominadas "acumulativas", esto es, aquellas que individualmente consideradas no son nocivas para el ambiente, pero cuya ejecución reiterada, o por consecuencias de determinadas condiciones físicas, ocasionan efectos "sinérgicos" dañosos para los recursos naturales y que igualmente pueden lesionar o poner en peligro la salud de las personas.

Según TIEDEMANN<sup>44</sup>, el Tribunal Supremo alemán considera que hay abuso del derecho cuando la acción autorizada conduce a lesiones corporales de terceros. Las autorizaciones tienen efecto frente a los tipos penales medioambientales y exclusivamente respecto a los bienes jurídicos cubiertos por dichas normas.

#### 5. PROBLEMAS EN CUANTO A LA UTILIZACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO<sup>45</sup>

Mayoritariamente se considera necesaria para la tutela de los bienes jurídicos colectivos la utilización de los delitos de peligro.

El XIII Congreso Internacional de La Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en El Cairo en 1984, sobre "El concepto y principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa", recomienda la utilización de los delitos de peligro abstracto para la tipificación de los delitos socioeconómicos.

A pesar de tales declaraciones la doctrina dirige serios cuestionamientos a los llamados "delitos de peligro abstracto", fundamentalmente por la lejanía de los mismos respecto al bien jurídico.

Los partidarios de la utilización de los delitos de peligro abstracto, en palabras de PRATS, sostienen que "con ellos parece que se facilitaría el control y la represión penal de conductas generalizadas que pueden producir menoscabos indeterminados para el medio ambiente. De este modo no sería preciso probar la peligrosidad concreta e individual de cada acción con la conducta típica considerada de modo abstracto y general como peligrosa por el legislador"<sup>46</sup> y <sup>47</sup>.

<sup>44</sup> TIEDEMANN, ob. cit., pág. 146.

<sup>45</sup> En cuanto a la problemática de los delitos de peligro, véase, entre otros, a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Los delitos de peligro", en ob. cit., pág. 323 y ss.; JOSÉ M. ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976; MARINO BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1973; JUAN TERRADILLOS BASOCO, "Delitos de peligro y criminalidad económica". Ejemplar dactilografiado, 1987; CRISTINA MÉNDEZ RODRIGUEZ, "Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 44, Bogotá, Edit. Temis, 1989.

<sup>46</sup> Sobre los problemas de la causalidad en el derecho penal del medio ambiente, ver HORN, "Los problemas de la causalidad en el campo de la contaminación del aire y la seguridad de los medicamentos", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 58, trad. de E. Fabian Caparros, U. de Salamanca, 1987.

<sup>47</sup> PRATS CANUTS, ob. cit., pág. 132.

ambiente", en *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, V curso de verano. San Sebastián, 1987, pág. 221.

<sup>40</sup> JOSÉ M. PERIS RIERA, ob. cit., pág. 44.

<sup>41</sup> Sobre el principio de legalidad en el Código Penal colombiano, véase a FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "El principio de legalidad jurídico-penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 252 y ss.

<sup>42</sup> BUSTOS, ob. cit., pág. 352.

<sup>43</sup> Cfr. LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, "Delitos contra el medio ambiente", en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, Madrid, 1985, pág. 832.

No obstante sus indudables ventajas probatorias, se han dirigido serias críticas a los delitos de peligro abstracto en cuanto pueden suponer el menoscabo de garantías jurídicopenales, ya que ellos implican presunción de peligro *iuris et de iure*, lo que en algunos casos acarrearía la punición indiscriminada de conductas de "baga-tela", o mínimamente lesivos del bien jurídico. Lo cual vulneraría el principio de lesividad, consagrado en el art. 4º del Código Penal colombiano<sup>48</sup>.

Sin embargo otros<sup>49</sup>, con mayor imaginación, consideran que la solución no es rechazar de plano tal forma de tipificación, sino, por el contrario, buscar redefinir de una manera más precisa sus contornos. Se impone, por tanto, distinguir entre diferentes tipologías de ilícitos que la doctrina tradicional viene englobando bajo la misma denominación inadecuadamente.

De ahí que TORIO plantee la necesidad de excluir de dicha categoría, tanto las valoraciones ético-sociales o religiosas, como los injustos administrativos formales, consistentes en la infracción del deber de obediencia a la administración<sup>50</sup>.

La denominación entonces de "delitos de peligro", estaría reservada solamente para los de peligro concreto e hipotético. Para la configuración de estos últimos, en palabras del mismo TORIO, "es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador"<sup>51</sup>. Y aclara más adelante que al ser delitos de peligro posible, la imposibilidad de su producción excluye en ellos la tipicidad, con lo que preservaríamos el principio de lesividad, al contener el tipo una presunción *juris tantum* de peligro, que en el caso concreto admitiría una prueba en contrario.

La doctrina alemana realiza distinciones semejantes. Es así como, por ejemplo, LACKNER<sup>52</sup> alude a los delitos de peligro "potencial"; y otros como TIEDEMANN<sup>53</sup> o

<sup>48</sup> Sobre el principio de lesividad en el derecho penal colombiano: JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1989; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

<sup>49</sup> Cfr. ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)" en *Anuario de Derecho Penal*, núm. 34, Madrid, 1981; TERRADILLOS BASOCO, ob. cit., pág. 42; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, pág. 108.

<sup>50</sup> La penalización de meras conductas de desobediencia administrativa es un recurso frecuentemente utilizado en la legislación penal ambiental italiana. Un análisis crítico de la misma en FIANDACA-TESSITORE, "Diritto penale e tutela dell'ambiente" en *Materiale per una riforma del sistema penale*, Milano, Franco Angeli, 1984. También PAOLO PATRONO, "Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente", en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 4, Padova, Cedam, 1990.

<sup>51</sup> TORIO LÓPEZ, ob. cit., pág. 838.

<sup>52</sup> KARL LACKNER, *Kommentar*, 18 Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1989, pág. 1333.

<sup>53</sup> TIEDEMANN, "Umweltstrafrecht, Bew?ahrung oder Reform?" en *Nstz*, 1988, Heft, 34.

SCHÖDER<sup>54</sup> hablan de peligro "abstracto-concreto", los que coinciden en sostener la necesidad de determinar la "adecuación" para producir el daño, puesto que si existen dudas sobre la nocividad de una sustancia, no puede haber reacción penal posible.

#### 6. LA PERSONALIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DE LOS FUNCIONARIOS

No vamos a entrar en una discusión que se considera ya "clásica" en derecho penal<sup>55</sup>. Pero sí pretendemos señalar que, precisamente, es esta una de las limitaciones del derecho penal que le impiden enfrentar con mayor eficacia la criminalidad económica. Y dicha limitante se fundamenta en una visión todavía ética e individualizante del instrumento penal, que se preocupa más por identificar particulares "chivos expiatorios", para de esta manera excluir de responsabilidad al sistema.

Diferentes investigaciones criminológicas<sup>56</sup> muestran cómo los más graves atentados contra el medio proceden de la actividad contaminante de empresas, con lo que, desde el punto de vista del sujeto activo, la criminalidad ambiental se encuadra en la categoría de los llamados "delitos de cuello blanco".

A pesar de no reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el Código Penal español se adopta una solución parcial en el art. 15, dirigida a individualizar la responsabilidad del que actúa en nombre de otro, aunque no concurren 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.

Ahora bien, en el derecho penal colombiano, según FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>57</sup>, la vigencia del principio *societas delinquere non potest* no debe impedir que en el transcurso del proceso penal se puedan disponer ciertas sanciones de carácter administrativo contra las personas jurídicas, como las que, por ejemplo, prevé el último párrafo del art. 347 bis del Código Penal español, en virtud de las cuales

<sup>54</sup> SHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23 Auflage, München, 1988.

<sup>55</sup> Sobre la discusión véase a MARINO BARBERO SANTOS, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1986, pág. 397; GUTIERREZ FRANCES, *Fraude informático y estafa*. Tesis doctoral, Salamanca, 1990, pág. 553.

<sup>56</sup> BURGOS FINOL y ARREAZA CAMERO, "Delito ecológico como delito de cuello blanco" en *Revista Capítulo Criminológico*, núm. 7, Maracaibo, 1984. En Alemania, WERNER RUTHER, "Génesis de la norma penal en el derecho penal del ambiente", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25 c, Madrid, Edersa, 1985.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 136.



el juez podrá ordenar la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el tribunal proponer a la administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Lo que no consagra el Código Penal español, ni tampoco el colombiano, es el establecimiento de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que con sus actuaciones u omisiones, o por negligencia en el ejercicio de su función de vigilancia, den ocasión para que se realicen las conductas descritas en los tipos penales que se comentan. Ante los síntomas de agravamiento del problema ecológico, en algunos países se busca plasmar esta específica forma de responsabilidad de los funcionarios.

#### 7. CONSIDERACIONES FINALES

Existe hoy una conciencia generalizada, más en los países industrializados que en los periféricos, de que es prioritario brindar una más eficaz protección jurídica al ambiente. Pero los instrumentos jurídicos implantados con miras a la consecución de tal objetivo, han demostrado escasos resultados prácticos, con lo que la aparente voluntad política de intervenir en la solución del conflicto se nos muestra más simbólica que real.

Tal afirmación se evidencia en las normas penales ambientales, que, como las contenidas en los códigos penales español o colombiano, por sus deficiencias técnicas, permiten sólo una parcial y muy menguada protección al bien jurídico.

A lo anterior, en el caso colombiano, debemos añadir la aún incipiente conciencia ecológica, no ya de la generalidad de la población sino también de los estamentos oficiales, que se ha traducido en una total apatía por aplicar las normas penales ambientales, a pesar de que los medios de comunicación nos señalan a diario los graves atentados que se suceden impunemente.

Respecto al instrumento penal, en su formulación clásica o liberal, sus acusadas insuficiencias en la protección de intereses generales y en el enfrentamiento de la criminalidad de los poderosos, o la criminalidad funcional del sistema como la ambiental, nos permiten sospechar que "la norma penal forma una red bastante apretada cuando se dirige a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a las clases subalternas, mientras la misma red es a menudo demasiado rala cuando las figuras delictivas tienen por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típica de los individuos pertenecientes a las clases que están en el poder"<sup>58</sup>.

La utilización preponderantemente simbólica del derecho penal, en esta y en otras materias, sirve entonces como instrumento de legitimación ideológica, de con-

solidación del *status quo*, evidenciando la crisis del derecho penal preventivo, propiciada por la falta de credibilidad respecto a su efectiva intervención en la protección de bienes jurídicos especialmente conflictivos. "Un derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la administración de justicia"<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> HASSEMER, ob. cit., pág. 19.

<sup>58</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Madrid, Edit. Siglo XXI, 1986, pág. 176.



# La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales

Laura Zúñiga Rodríguez\*

## 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Cuando el 8 de abril de 1945 los aliados firmaban el Estatuto y Acuerdo de constitución del Tribunal Militar Internacional que juzgaría los crímenes de la Segunda Guerra Mundial (más conocido como Tribunal de Nürenberg), se asistía a un cambio fundamental en la institución de la obediencia debida (u obediencia jerárquica). En efecto, al afrontar el juzgamiento de los crímenes de *lesa humanidad* cometidos, el tribunal se encontraba ante la posibilidad de que las responsabilidades se diluyeran entre las órdenes y jerarquías de la organización nazi, con el riesgo de que los hechos quedaran en la impunidad<sup>1</sup>. Con el fin de impedirlo, el art. 8º del Estatuto establecía: "El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo".

Al margen de las consideraciones materiales de justicia de la constitución de dicho tribunal, cabe destacar que la disposición antes mencionada, al mantener la responsabilidad penal de los subordinados

\* Bachiller en Derecho y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. En la actualidad, profesora colaboradora del área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de derecho penal internacional*, t. I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, pág. 180. Algo similar ya había sucedido en el juzgamiento de los hechos de la Primera Guerra Mundial, en el que la obediencia constituyó una válvula de escape de delimitación de responsabilidades.

en casos de obediencia jerárquica, constituye un testimonio del cambio histórico de correlación entre los dos grandes principios reguladores de la convivencia humana: autoridad y legalidad.

Efectivamente, desde el derecho romano, pasando por las *Partidas*, el derecho español —recepionado formalmente por el Perú con el C. P. de 1862—, prescribía el deber de obediencia al superior, consignándose exento de responsabilidad al subordinado que actuaba conforme a dicha obediencia. Ello se explicaba en la fundamentación de las sociedades antiguas bajo el principio de autoridad. Sin embargo, al asistir a la instauración del Estado de Derecho, con su nota primaria y fundamental del “imperio de la ley”, se imponía la sumisión de la autoridad a la legalidad<sup>3</sup> y, con ella, una reformulación del deber absoluto de obediencia.

Es precisamente esta delimitación histórica de la institución la que va a marcar el fundamento del debate político-criminal: la resolución de un conflicto entre legalidad y autoridad, que no está exento de consideraciones éticas —al entrar en juego la vulneración de derechos fundamentales anteriormente sacrificados— y de intereses inmediatamente políticos<sup>4</sup>. La pretensión de solución de este conflicto de acuerdo con los principios constitucionales, como reglas máximas de convivencia, informarán los postulados dogmáticos de esta institución<sup>5</sup>.

Una amplia serie de discusiones dogmáticas se presentan al abordar esta temática. Primero, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida, aspecto tremendamente controvertido, ya que algunos autores consideran que la obediencia debida es una causa de justificación<sup>6</sup>, en tanto que otros la tienen por causa

de inculpabilidad<sup>7</sup>; aunque también hay autores que mantienen posiciones mixtas<sup>8</sup>, sin contar con otras posturas minoritarias. Se puede decir que históricamente se ha pasado de considerarla mayoritariamente causa de justificación, a la actualidad en que generalmente la doctrina estima que es causa de inculpabilidad; cambio que tiene vinculación con la permisibilidad o no del derecho a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios y que, básicamente, viene a ser un desarrollo de los principios de legalidad sobre los de autoridad.

La polémica al respecto no es baladí, porque si la obediencia debida es justificante, no solo no cabe la legítima defensa del ciudadano afectado por la actuación del subordinado, sino que puede cometer el delito de atentado (art. 321 del C. P.)<sup>9</sup>. Además, en estos casos sería impune la acción de los colaboradores, puesto que el carácter accesorio de la participación impide toda reacción penal contra el partícipe de un acto que es conforme a derecho. Por el contrario, si decimos que se trata de una exculpante, sí es posible admitir la legítima defensa y la participación penal de los colaboradores del subordinado.

Otro asunto, fundamental para la delimitación conceptual de la obediencia debida, es su distinción con la exigente de cumplimiento de un deber —en su forma especial de ejercicio legítimo del cargo—, porque en ambos casos se trataría del cumplimiento de un deber jurídico, del derecho público<sup>10</sup>. Para algunos autores

<sup>7</sup> Cfr. con distintas fundamentaciones: J. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Lima, EDDIL, 1987, pág. 390; J. ANTON ONECA, *Derecho penal*, Madrid, Akal, 2ª ed. anotada y puesta al día por J. C. Hernández y L. Benítez, 1986, pág. 305; M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, EDEVAL, 1969, págs. 115 y ss.; T. VIVES ANTON, “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1981, pág. 139; F. DÍAZ PALOS, “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”, en AA. VV., *Estudios Jurídicos*, t. I, en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, pág. 202, entre otros.

<sup>8</sup> Cfr. con diferentes matizaciones: G. QUINTERO OLIVARES, “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980, pág. 76; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 152-153; H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol I, trad. de F. Muñoz Conde y S. Mir, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 538 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Edic. Ariel, 1972, págs. 385-406, entre otros.

<sup>9</sup> Sobre el delito de atentado propio, vid. por todos J. CEREZO MIR, *Problemas fundamentales de derecho penal*, Barcelona, Edit. Tecnos, 1982, págs. 207-247. Según este autor, “Consiste en el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia grave a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas” (*op. ult. cit.*, pág. 212). Específicamente sobre los límites entre el delito de atentado y la admisión de la legítima defensa de los funcionarios, cfr. del mismo autor, *op. cit.*, págs. 224-239.

<sup>10</sup> Es prácticamente unánime la doctrina en señalar que solo exime de responsabilidad, la obediencia proveniente del derecho público (administrativo y militar, principalmente), en el que no entran en juego intereses meramente privados (obediencia laboral o familiar). Vid. por todos J. QUERALT, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 65; en contra, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, ed. cit., págs. 530 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ed. cit., pág. 400.

<sup>2</sup> Sobre las condiciones y consecuencias sociales de tal recepción, vid. J. HURTADO POZO, *La ley ‘importada’*, Lima, CEDYS, 1979, págs. 42-53.

<sup>3</sup> Cfr. ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 4ª reimp., Madrid, Edit. Taurus, 1985, págs. 31 y ss.

<sup>4</sup> Un caso que expresa sintomáticamente la correlación de poderes materiales y sus propios intereses dentro de una democracia formal, a propósito de la aplicación de la obediencia debida, es el argentino (ley 23.521), al que se hará referencia más detallada en el apartado 6. Solo resulta conveniente citar unas palabras de R. BERGALLI: “Este es el más reciente, pero quizá no el último, de los avances realizados por el poder militar sobre el sistema y las instituciones democráticas en la Argentina”. Del mismo autor, “El olvido como ideología del discurso jurídico-penal”, en *Doctrina Penal*, núm. 93, 1988, pág. 439.

<sup>5</sup> Sobre la necesidad e importancia de que las valoraciones politicocriminales penetren en la dogmática penal, vid. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1972 (*passim*). Precisamente sobre la antijuridicidad, ROXIN afirma: “se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios” (*op. cit.*, pág. 40).

<sup>6</sup> Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, P. P. U., pág. 437; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, Madrid, Dickinson, 10ª ed. puesta al día por A. Serrano Gómez, 1988, págs. 547-550; J. J. QUERALT, *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación* (C. P., art. 8, 12ª), Barcelona, Librería Bosch, 1986, págs. 395 y ss., entre otros. En la legislación italiana se considera expresamente como causa de justificación, en tanto especificación del cumplimiento de un deber (C. P., art. 51); al respecto Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1989, págs. 209-211; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, Giuffrè, 7ª ed. a cura di Luigi Conti, págs. 217-220. También la tendencia legislativa en Latinoamérica siguiendo al Código Penal Tipo, ha ido en este sentido; cfr. los códigos penales de Colombia, Bolivia, Costa Rica y El Salvador.

tal autonomía conceptual entre ambas instituciones es inexistente<sup>11</sup>; para otros, en cambio, hay que ver en la posible existencia de mandatos antijurídicos obligatorios que permite la eximente de obediencia debida, la base de tal distinción<sup>12</sup>. De todos modos, hay una diferencia: mientras que en el cumplimiento del deber la conducta se relaciona directamente con la ley, en la obediencia debida hay una triple relación: superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero<sup>13</sup>, por lo cual las consecuencias jurídicas son distintas.

En todo caso, el fundamento dogmático de la obediencia debida está alrededor de la permisibilidad o no de mandatos antijurídicos obligatorios, esto es, del carácter vinculante de las órdenes antijurídicas y de las condiciones de su tratamiento dentro del derecho penal.

## 2. ¿PUEDEN EXISTIR MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS?

La cuestión de determinar cuándo la obediencia es *debida*, o cuándo la orden es *obligatoria* (art. 85.5 del C. P.), ha de ser interpretada en relación al art. 322 del Código Penal que tipifica el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, pues en él se sanciona penalmente el incumplimiento del deber de obediencia<sup>14</sup>, por lo cual en estos casos no cabría pensar a quien el inevitable cumplimiento del deber lo llevó a la realización de un tipo penal. Ello es explicable, porque el derecho penal no puede considerar típico el incumplimiento de un deber, y, a la vez, típico su cumplimiento. Hay que estar, pues, al carácter antijurídico del injusto como contrariedad con todo el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>, para poder comprender los alcances de la eximente del art. 85.5 del estatuto punitivo.

El tipo del art. 322 del C. P. protege “la potestad, el poder de imperio o mando, de que gozan los funcionarios públicos”<sup>16</sup>. Efectivamente, se trata de tute-

lar las funciones públicas que desempeñan los funcionarios para asegurar su eficaz ejecución, ya que lo lógico es que si el derecho les impone deberes profesionales, les dote a la vez de garantías para su ejercicio. Pero es preciso detenerse en el concepto de potestad para comprender el bien jurídico protegido. Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, podemos decir que potestad es “un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido”<sup>17</sup>. Entonces, las potestades deben regirse por el principio de legalidad. Por consiguiente, lo que este tipo tutela es *el ejercicio de los deberes de autoridad o función que se realizan dentro del principio de legalidad*. Ello queda claro, además, por la propia interpretación literal del tipo del art. 322 del C. P., que exige ejercicio *legítimo* de las funciones del funcionario sujeto pasivo del delito.

En este sentido, el injusto consiste en la infracción del deber de obediencia hacia la autoridad con carácter general, cuando esta es ejercida dentro de los límites legales (legítimamente); aunque también hay deberes de obediencia específicos, como los propios de la relación de subordinación dentro de la administración o de las organizaciones jerárquicas militares. De allí que sujeto pasivo solo pueden serlo los funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus funciones; mientras que sujeto activo pueden serlo tanto los particulares como los funcionarios<sup>18</sup>.

El Código Penal peruano establece un tratamiento unitario de la desobediencia a la autoridad en general; sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos, como el español, que establecen delitos de desobediencias específicas, correspondientes a las desobediencias de los funcionarios públicos a los mandatos de sus superiores jerárquicos<sup>19</sup>. Salvando estas distancias en cuanto a opciones legislativas, que obviamente suponen una postura político-criminal<sup>20</sup>, se pueden aplicar los comen-

<sup>11</sup> Cfr. J. J. QUERALT, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 445-449. El C. P. italiano (art. 51) sigue expresamente esta postura al contemplar la eximente de cumplimiento de un deber, ya sea emanado de una norma jurídica o de una orden de la autoridad. Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale...*, ed. cit., págs. 215 y ss. y G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., págs. 208 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. en este sentido a L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 66 y S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., págs. 429-430.

<sup>13</sup> Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 527 y J. BUSTOS, *Manual de derecho penal español*, Parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 257.

<sup>14</sup> Comentando el homónimo de este delito en el C. P. español (art. 237), CEREZO MIR señala: “El mandato ha de ser obligatorio, es decir, no ha de ser evidentemente antijurídico, imposible o constituir delito o falta” (*op. cit.*, pág. 250). Es evidente, pues, que debe tratarse del deber jurídico de cumplir el mandato, ya sea por acción o por omisión. Cfr., del mismo autor, *Problemas...*, ed. cit., pág. 249.

<sup>15</sup> La doctrina es prácticamente unánime en este sentido. De acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico y al carácter unitario del injusto, hay que resolver los posibles aparentes conflictos de normas. Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 231; I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, pág. 24; J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Instituto de Criminología de Madrid, EDESA, 1982, pág. 112.

<sup>16</sup> Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, pág. 123, comentando el art. 237 del C. P. español.

<sup>17</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1983, pág. 419.

<sup>18</sup> Cfr. J. CEREZO MIR, *Problemas...*, ed. cit., págs. 247-248.

<sup>19</sup> Sobre el carácter específico de los delitos tipificados en los arts. 369 y 370, respecto del art. 237 del C. P. español, cfr. J. CEREZO MIR, *Problemas...*, ed. cit., pág. 253. También en nuestro ordenamiento jurídico existen delitos específicos de desobediencia, como los militares tipificados en la Sección V del C. J. M.

<sup>20</sup> De *lege ferenda*, no sería necesario establecer dicha distinción, porque llevaría a reforzar el deber de obediencia. La doctrina española critica fuertemente la tipificación especial de las desobediencias de los funcionarios, puesto que, de acuerdo con los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, estos injustos deberían quedar en el ámbito disciplinario del derecho administrativo, postulando la supresión de los arts. 369 y 370 del C. P.; vid. G. QUINTERO OLIVARES, “El delito...”, ed. cit., pág. 81; T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 145 (con rotundidad). Así quedarían, dado el carácter fundamental del deber de obediencia dentro del foro castrense, solo los delitos militares de desobediencia. La mayoría de códigos penales siguen esta alternativa, como Alemania y Suiza.

Lo que sí sería conveniente contemplar en una nueva legislación, es una distinción entre los injustos de resistencia y desobediencia; cfr. J. CEREZO MIR, *Problemas...*, ed. cit., pág. 251. Sobre las diferencias dogmáticas entre ambas figuras, vid. del mismo autor, *op. ult. cit.*, págs. 215-218. En el delito de resistencia se requiere violencia corporal o intimidación, en la desobediencia basta no ejecutar una orden lícita.

tarios de los delitos de desobediencia de funcionarios al art. 322 del C. P. porque, en definitiva, como dice OCTAVIO DE TOLEDO, el objeto de protección es el mismo<sup>21</sup>.

Es preciso ahora centrarse en el deber de obediencia de los funcionarios públicos, porque es solo respecto de ellos que rige la exigencia en estudio, ya que —como se dijo— el deber jurídico de obedecer debe provenir del derecho público. La organización jerárquica y el deber de obediencia están reconocidos dentro de la Administración Pública (art. 28 b. del decreto legislativo 276) y en otras instituciones jerarquizadas, como el ministerio público (art. 5 de la L.O.M.P.). El deber de obediencia será aún mayor en el fuero militar, en el que la disciplina y la obediencia constituyen unos de los pilares de la institución (delitos que afectan la disciplina, Sección V del C. J. M.), por lo cual los delitos de desobediencia tienen especial relevancia.

El interés general en el buen orden de la cosa pública hace imprescindible la existencia de una organización jerárquica dentro de la administración —y otras instituciones— y el deber de obediencia al superior, como necesidades esenciales para su buen funcionamiento. De allí que el injusto del art. 322 del C. P. no sea simplemente un “delito contra un deber”, sino que hay que poner el deber de obediencia en relación con un bien que se considere valioso, por el que se exige la obediencia: el correcto servicio de la Administración a los intereses generales, de acuerdo con los principios de jerarquía y sometimiento pleno a la ley y al derecho<sup>22</sup>. La misma interpretación cabe para los delitos militares de desobediencia, porque estos deben someterse a la Constitución y a las leyes, según el art. 278 de la Carta Fundamental. Lo contrario no solo sería un ataque contra la libertad (la mera obediencia), sino que constituiría una desnaturalización del concepto de bien jurídico como núcleo central del injusto, en tanto base social de lo que debe proteger el ordenamiento penal<sup>23</sup>.

Una interpretación en este último sentido se impone, de acuerdo con los principios constitucionalmente consagrados. Así, el art. 58 de la Constitución establece que “los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación”. Asimismo, cuando se refiere al poder del Estado, el art. 81 prescribe que “quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley”. Esta última norma, conjuntamente con el art. 79 de la Carta Magna, definen el Estado peruano —que se considera “Es-

tado Social de Derecho”<sup>24</sup>, siendo precisamente una de las notas características del Estado de Derecho el que los poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento. Ello se debe a que en un Estado social y democrático de derecho la legalidad no puede ceder complaciente a la autoridad como históricamente ha sucedido en épocas anteriores, en que las relaciones sociales se basaban exclusivamente en las reglas de autoridad. Por el contrario, no hay que olvidar que con la instauración del Estado de Derecho se asiste a la fundamentación y limitación de la autoridad en la legalidad.

De otro lado, hay que reconocer que dentro de la Administración, y aún más en las instituciones militares, por su propia organización jerárquica, resulta imprescindible la relación de subordinación para su real funcionamiento. De lo contrario, sin dicha relación jerárquica no podría cumplir adecuadamente sus funciones. Hay que reconocer también que en las organizaciones militares y similares dicha relación de subordinación es más fuerte. En este sentido, se puede definir, con QUINTERO OLIVARES, la relación de subordinación como aquella “posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto a otros, por imperativo del Derecho administrativo, en cuya virtud nace para unos el deber de dar cumplimiento a lo que les ordenen en los modos propios de ese derecho y para los fines que corresponden a aquel sector de la Administración pública”<sup>25</sup>.

De todo lo anterior se desprenden varias consideraciones importantes. Primero, que no es posible admitir en forma absoluta la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues en ningún caso se protege la obediencia en sí misma, sino en función del interés general en el buen funcionamiento de la Administración y demás organizaciones jerarquizadas. Segundo, que el buen funcionamiento de estas instituciones para los intereses generales que deben cumplir es el bien que se considera preponderante, por lo que constituye el límite dentro del cual se aceptarían los mandatos antijurídicos obligatorios. Y, por último, que el otro límite consiste en que no quepa a todo funcionario inferior el enjuiciamiento de cada orden del superior, porque ello sería absolutamente incompatible con el principio de jerarquía, cuya negación anquilosaría la Administración Pública y demás organizaciones jerarquizadas.

Entonces, de lo que se trata ahora es de establecer qué clase de mandatos antijurídicos deben ser obedecidos en razón del principio de subordinación de la Administración, pues estos tendrán que considerarse *obligatorios*; por lo tanto, es a partir de ellos como se establecerá la exigencia de la obediencia debida.

Primeramente, hay que aclarar que al referirnos a “mandatos antijurídicos obligatorios”, lo hacemos respecto de todo el ordenamiento jurídico, por lo que bien pueden ser ilícitos civil, administrativo, etc. Pero lo que importa para los efectos de esta exigencia son los *mandatos antijurídicos delictivos*, pues solamente

<sup>24</sup> Cfr. M. RUBIO y E. BERNALES, *Constitución y sociedad política*, 2ª ed., Lima, Mesa Redonda Eds., 1983, pág. 244.

<sup>25</sup> *Problemas...*, ed. cit., pág. 66.

<sup>21</sup> Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO, *El bien...*, ed. cit., pág. 134: “el ejercicio *legítimo* de la autoridad”. Vid. también T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 144.

<sup>22</sup> Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Instituto de Criminología de la U. Complutense, Madrid, Edit. Civitas, 1980, págs. 245 y ss. En forma similar, J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación...*, ed. cit., pág. 160; y F. ÁLVAREZ GARCÍA, *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1987, págs. 212 y ss.

<sup>23</sup> Sobre el concepto de bien jurídico como base social del injusto, vid. por todos J. BUSTOS, “Política criminal e injusto”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1, 1978, *passim*.

se presentará la posibilidad de la eximente cuando el subordinado realice una acción típica, por mandato obligatorio.

Dado que como se dijo, colisiona con los principios fundamentales del Estado de Derecho, está prácticamente descartado el deber de obediencia ciega o absoluta dentro de todo el panorama legislativo actual del entorno cultural<sup>26</sup>. Entonces, el deber de obediencia no puede vincular órdenes con contenido delictivo *en ningún caso*, puesto que en estos supuestos es preciso priorizar la ley sobre la autoridad, ya que esta precisamente obtiene su fuerza vinculante y fundamenta su origen en aquella. La evidencia de este principio se sustenta en la propia lógica del derecho, porque "no puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta"<sup>27</sup> o, dicho de otro modo, el derecho no puede permitir su auto-destrucción.

Sin embargo, esta aseveración que con carácter general es plenamente válida, no resuelve el problema de las órdenes que aparezcan para el subordinado (ya sea por una apreciación falsa o desconocimiento) formalmente arregladas a ley y en realidad tengan contenido delictivo, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el principio de jerarquía, no es posible examinar en cada momento la orden del superior, porque constituiría un quebrantamiento de las bases en que se sustenta la relación de subordinación. Estos supuestos, que no son posibles en casos de órdenes evidentemente delictivas, como serían las de cometer un homicidio, infligir torturas, realizar delitos contra el honor sexual, etc., sí pueden presentarse en otros mandatos, como en detenciones ilegales (por falta de competencia del superior, falta de presentación de los supuestos de hecho, etc.).

Según todo lo dicho, se pueden dar los siguientes grupos de casos:

- Que el subordinado conozca el contenido delictivo del mandato, en cuyo caso vulnera manifiestamente el ordenamiento jurídico —y, por tanto, la orden no es obligatoria—; supuesto en el que solo el derecho penal puede eximir de responsabilidad por miedo insuperable o estado de necesidad, encuadrables en la no exigibilidad de otra conducta.

- Que el subordinado actúe en la creencia de que no se encuentra ante un mandato delictivo, por lo que lo considera obligatorio; pero como los mandatos delictivos no son obligatorios, el sujeto actúa con un error (por ignorancia o desconocimiento), sobre el que hay que estudiar su vencibilidad, teniendo en cuenta el limitado deber de examen del inferior ante una orden del superior.

Entonces, en la imposibilidad de considerar legalmente obligatoria una orden de *in dolo* delictiva, cabe reagrupar todos los supuestos que tradicionalmente eran encuadrados en la obediencia debida, en dos instituciones viejamente conocidas

<sup>26</sup> Vid. por todos M. SANCINETTI, "Obediencia debida y Constitución Nacional", en *Doctrina Penal*, núm. 39, 1987, pág. 467 y revisar normas de derecho comparado y derecho internacional citadas en el apartado 5.

<sup>27</sup> Este principio resulta tan evidente que de él dijo Kelsen que era una tautología (Cfr. L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 87).

del derecho penal: el error (cuando el subordinado no pudo apreciar la antijuridicidad de la orden) y la no exigibilidad de otra conducta (cuando a pesar de conocer la ilicitud de la orden, el subordinado la acata por estado de necesidad exculpante)<sup>28</sup>.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Nos parece impropio ingresar en la discusión sobre las teorías acerca de la naturaleza jurídica. No solo porque dicho debate está ya estudiado por eminentes juristas<sup>29</sup>, sino porque creemos que, dadas las características de los supuestos subsumibles —antes expuestos— en la obediencia debida, resulta imposible establecer una naturaleza unívoca para esta institución. Por consiguiente, en todo caso, *de lege lata* —asumiendo la interpretación del art. 85.5 del C. P.— nos inclinamos por una postura ecléctica o mixta de la obediencia debida<sup>30</sup>.

Sin embargo, hay una posición de principio que se desprende del apartado anterior: los mandatos de carácter delictivo no son obligatorios; por tanto, no puede ser justificada la actuación del subordinado que realiza un hecho típico en cumplimiento de esa clase de mandatos; sin embargo, este principio general tiene sus matizaciones, como se verá. Si se trata de un mandato conforme a derecho, el subordinado actúa en cumplimiento de sus deberes de función (art. 85.4 del C. P.), y por lo tanto su conducta se encuentra justificada.

Así, pues, como ya se ha adelantado, los supuestos subsumibles dentro de la eximente de obediencia debida, se reconducen a los supuestos de *error* cuando el subordinado no pudo apreciar la antijuridicidad de la orden y la *inexigibilidad de otra conducta*; o cuando, a pesar de conocer la ilicitud de la orden, la acata por estado de necesidad exculpante o miedo insuperable. Pero es preciso desarrollar ambas ideas para su cabal comprensión.

#### A) Supuestos de error

Es el caso del subordinado que realiza un mandato con contenido delictivo, pero en la creencia de que se trata de un mandato conforme a derecho. Un asunto fundamental late en el fondo de esta problemática: el poder del subordinado de examinar la orden.

Si partimos —como se sustentó— de que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos del superior (porque el principio de la vigencia del ordenamiento jurídico está por encima del deber de obediencia), se desprende, por contra, que

<sup>28</sup> Esta concepción dual de la obediencia debida es reconocida ahora por la doctrina más dominante. Cfr. F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202; G. QUINTERO OLIVARES, *El delito...*, ed. cit., pág. 80; J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 152-153; J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación...*, ed. cit., pág. 161.

<sup>29</sup> Recomendable es el estudio detallado de todas las posiciones sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, seguidas por la doctrina más importante de nuestra esfera cultural, de L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 100-146.

<sup>30</sup> Cfr. autores cit. en nota 28.

el subordinado tiene el poder de examinar si la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Pero, de otro lado, no es posible admitir que el subordinado pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, porque ello quebraría el principio de jerarquía administrativa, que también es un bien necesario para el buen funcionamiento de las instituciones públicas<sup>31</sup>. Ambos extremos son inaceptables: la obediencia ciega y la posibilidad de discutir toda orden del superior; sin embargo, es factible conciliar dichos límites.

Para llegar a una solución compatibilizadora en esta cuestión, la doctrina ha ideado la *teoría de la apariencia*. El derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea lícito (porque ello requeriría revisar la orden), sino que *basta que con su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal*. Se parte del principio de que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad, por lo que las decisiones que son formalmente (manifiestamente) válidas, poseen un estrecho margen de revisibilidad y por tanto la obediencia es obligatoria. Subyace en esta fundamentación el principio de confianza en los actos de la autoridad realizados con las formalidades legales. La *ratio* de esta teorización está en que, en casos en que no constituya abiertamente un mandato delictivo, es de mayor interés para el orden jurídico que al subordinado se le restrinja la posibilidad de examen de la orden en servicio de la fluidez del funcionamiento de las instituciones. De allí que haya que apreciar el carácter manifiesto de la orden *ex ante*, esto es, al momento de la acción conforme a un criterio objetivo (medio abstracto)<sup>32</sup>.

Esta teoría es seguida expresamente en el derecho peruano. Así el art. 19 del C. J. M. establece que está exento de responsabilidad el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de este no sea notoriamente ilícita<sup>33</sup>. En este sentido también son paradigmáticos dentro del derecho comparado, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad española que, en su art. 5.1.d, establece que “en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes” y el Código Penal Militar español, que en similar sentido se pronuncia respecto de la obediencia debida en el área militar (art. 185.12).

La teoría de la apariencia va a acarrear importantes consecuencias en materia de error. Si decimos que al derecho le interesa más que —en situaciones de mandatos

no manifiestamente antijurídicos— el subordinado obedezca, estamos estrechando los márgenes de la vencibilidad del error, lo que de alguna manera significa una presunción de *error invencible* en dichos casos<sup>34</sup>. Además, con esta interpretación también se establecen límites materiales al deber de obediencia, puesto que de alguna manera se da un tratamiento diferenciado, según la gravedad del hecho cometido. Así, el derecho no motiva a cumplir mandatos abiertamente delictivos, pero, de otro lado, compensa al subordinado que tiene estrechos márgenes para revisar la orden por el deber de obediencia. Obsérvese que en el fuero militar la invencibilidad del error será también mayor, porque son menores los márgenes de revisión de la orden, pues la ley les impone a los militares una más estrecha y pronta obediencia<sup>35</sup>. Además, el derecho penal responde así a los principios interpretativos del tipo, de adecuación social e insignificancia, en los casos en que la mínima gravedad del mandato (que no es abiertamente delictivo) o la inmediatez de la orden, impiden al subordinado desobedecer y lo llevan a cometer un ilícito penal. Por el contrario, el deber de examinar la orden será más importante cuando dicho mandato infrinja claramente un precepto constitucional o lesione gravemente la dignidad humana (porque será abiertamente delictivo); es la excepción ya conocida por el derecho romano de la *atrocitatem facinoris*.

Hay que tener en cuenta que, aparte de los grados de error (vencibilidad), son variados los supuestos de ignorancia o falsa apreciación que pueden presentarse: creencia errónea acerca de la antijuridicidad de la orden, sobre el deber de obediencia, sobre la competencia del superior para dictar la orden, sobre la presencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la orden, etc. Sin embargo, todos los supuestos tienen como base un hilo conductor que es el deber de obediencia fundado en la presunción de legalidad de la orden, ya que el hecho típico no lo hubiera cometido el subordinado sin el mandato putativamente obligatorio.

Entonces, todos los supuestos de error en estos casos pueden reconducirse a *error en el deber de obediencia o error en la legalidad de la orden derivado del deber de obediencia*. La problemática que esta clase de error implica, ha merecido bastante discusión por parte de la doctrina. Se trata del denominado error en los “elementos del deber jurídico”, error en los “elementos del tipo con referencias a la antijuridicidad”, o error en los “elementos de valoración conjunta”<sup>36</sup>. Algunos

<sup>31</sup> Cfr. en este sentido S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., pág. 437; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 100.

<sup>32</sup> Así la doctrina mayoritaria. Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., págs. 432-433; J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., págs. 255-256; F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 199; H. H. JESCHECK, *Tratado...*, ed. cit., págs. 538 y ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale...*, ed. cit., pág. 219; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ed. cit., pág. 391. Este autor, comentando el art. 369 del C. P. español, que expresamente sigue la teoría de la apariencia, señala: “...tal infracción tendrá dicha cualidad de evidente, en cuanto un funcionario *medio* situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esta vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario *individual y concreto*”. Los subrayados son del autor.

<sup>33</sup> Cabe destacar que el C. J. M., más moderno que el C. P., acoge esta limitación al deber de obediencia, siendo que, en principio, dicho deber en la esfera militar es más fuerte.

<sup>34</sup> Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 256; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ed. cit., pág. 404.

<sup>35</sup> Cfr. M. SANCINETTI, *Obediencia...*, ed. cit., págs. 469-471; F. ANTOLISEI, *Manuale...*, ed. cit., pág. 219; G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., pág. 211.

<sup>36</sup> Sobre el error en los elementos de valoración conjunta, vid. especialmente: C. ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. castellana de E. Bacigalupo de la versión alemana (1970), Buenos Aires, Edic. Depalma, 1979, págs. 217 y ss.; A. KAUFMANN, *Teoría de las normas Fundamentales de la dogmática penal moderna*, trad. castellana de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdez, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977, págs. 177-197; E. BACIGALUPO, “El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. I, monográfico dedicado a la reforma de 1983, Madrid, Edersa, 1985, págs. 66-69; F. MUÑOZ CONDE, *El error en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, págs. 57-66 y 129-131; H. H. JESCHECK, *Tratado...*, ed. cit., vol. I, pág. 337.

autores consideran que es un caso de error de tipo, porque excluye el dolo del subordinado, ya que el deber de obediencia es un elemento que integra el tipo penal<sup>37</sup>. La opinión mayoritaria de la doctrina, sin embargo, considera estos supuestos como error de prohibición, dándosele un tratamiento de creencia errónea de estar obrando lícitamente, por lo cual hay que resolverlos en la culpabilidad<sup>38</sup>.

La discusión sobre el error en estos elementos no está aún acabada, dado que, como dice BACIGALUPO, "ambas soluciones son posibles" (la del error de tipo y la del error de prohibición), porque es "siempre, a la vez, un error sobre el deber o la autorización que se deriva de esas circunstancias"<sup>39</sup>. De lo que se trata es de establecer cuál hay que elegir y por qué, teniendo en cuenta que la problemática del error es una cuestión de atribución de responsabilidades y, en última instancia, de determinar los límites hasta donde se pueden aceptar las excusas de aquellos que cometen una infracción penal. Así, una postura del error orientada a las consecuencias, debe plantear las soluciones a partir de la posibilidad de que el error excluya o no el dolo, situándolas en el ámbito de los presupuestos de la punibilidad, en el primer caso, o en el ámbito de la determinación de la pena, en el segundo<sup>40</sup>. La solución, además, no puede ser tan sencilla como la de cualquier error en el deber jurídico, siendo que en esta problemática convergen una serie de componentes, como el deber de obediencia, el poder del subordinado de examinar la orden del superior, la vigencia del ordenamiento jurídico, así como la cuestión del error en los delitos de funcionarios que adquiere particular relevancia<sup>41</sup>.

Debemos señalar, por otra parte, que aquí se está siguiendo, respecto al tratamiento del error, la teoría de la culpabilidad con carácter general, de acuerdo con consideraciones dogmáticas asumidas acerca del injusto y a sus consecuencias político-criminales; teoría a la que, si bien se le pueden hacer importantes críticas (como, precisamente, la dificultad de proceder a una nítida separación entre error de tipo y error de prohibición, en los casos en que el error es dudosamente reconducible al tipo o a la antijuridicidad), posee el mérito de propiciar un tratamiento diferenciado cuando el error versa sobre un elemento integrante de la infracción penal o cuando se trata de la creencia errónea de estar obrando lícitamente. Cfr. al respecto, F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., págs. 32 y ss.

<sup>37</sup> Consideran que debe tratarse como error de tipo: F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 65 (con carácter general); y J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 256 (en estos casos).

<sup>38</sup> Estiman que merece un tratamiento de error de prohibición: E. BACIGALUPO, *El error...*, ed. cit., pág. 69; A. KAUFMANN, *Teoría...*, ed. cit., págs. 177 y ss. Además, todos aquellos autores que consideran como naturaleza jurídica de la obediencia debida el error, en tanto creencia errónea de estar obrando lícitamente (y, por lo tanto, causa de inculpabilidad); cfr. A. FERRER SAMA, *El error en derecho penal*, Murcia, 1941, pág. 81; J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304; F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202, entre otros.

<sup>39</sup> MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 68.

<sup>40</sup> Cfr. en este sentido a F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., págs. 127 y ss., siguiendo a C. ROXIN, *Política...*, ed. cit., pág. 75.

<sup>41</sup> Sobre el error en los delitos de funcionarios, cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en derecho penal)*, Madrid, Universidad Complutense,

Obsérvese que el error en estos casos es generalmente invencible, por lo que en cualquier circunstancia la consecuencia es la impunidad; pero igualmente los resultados en uno u otro error son distintos: si decimos que es un error de tipo, el hecho no será antijurídico y, por tanto, no será posible la legítima defensa del sujeto pasivo de ese error ni punible la participación de aquellos que colaboraron en la realización del hecho; en cambio, si decimos que es un error de prohibición, el hecho sí será antijurídico y, por consiguiente, factible de considerar la legítima defensa, así como punible la participación.

Consideramos que dogmáticamente la solución correcta tiene que ser la de estimar el error acerca de la legalidad de la orden, cuando esta no sea abiertamente delictiva, como *error de tipo*, que excluye el dolo típico; porque si se toma en cuenta la existencia de un deber de obediencia para los funcionarios respecto de mandatos no manifiestamente antijurídicos, aquel que obra dentro de este deber actúa legítimamente (art. 85.4 del C. P.)<sup>42</sup>. Nuevamente hay que recordar que el derecho penal no puede considerar típico desobedecer (cuando la orden no sea notoriamente ilícita) y, a la vez típico obedecer (en el mismo caso).

Esta solución parece también satisfactoria político-criminalmente, puesto que no contradice el principio general de que no son vinculantes los mandatos abiertamente delictivos (que son los más graves). Además, desde esta postura se trataría el hecho como un error sobre las circunstancias determinantes de lo ilícito (tipicidad) que excluye el dolo, reconociendo a esta categoría su carácter "cerrado", en el sentido de que debe contener los elementos que sirven para constatar positivamente el comportamiento, que luego va a ser enjuiciado por el prisma de la antijuridicidad<sup>43</sup>. De otro lado, si bien no podrá argüirse legítima defensa de quien sufre el mal resultante del error, siempre se podrá invocar estado de necesidad si concurren los requisitos de esta eximente (art. 85.3 del C. P.). Por último, en todo caso sería

1980, *passim*, y L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *El delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público (art. 184 C. P.): estudio del tipo de injusto*, Salamanca, tesis doctoral, págs. 374-381.

<sup>42</sup> Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 256; M. SANCINETTI, "Obediencia...", ed. cit., pág. 469. Obsérvese que esto no significa sostener que la naturaleza jurídica de la obediencia debida es causa de justificación, por la fundamentación antes hecha (en este sentido cfr. S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., págs. 437-438), sino que, solo en los casos de error del subordinado en mandatos no manifiestamente ilícitos, cuando por la naturaleza de las relaciones de subordinación se requiere una más estrecha y pronta obediencia (esfera militar y similares), el derecho penal no puede considerar típico, si es que a la vez lo obliga a obedecer (cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., pág. 211; F. ANTOLISEI, *Manuale...*, ed. cit., pág. 219). Esto tampoco significa que al subordinado que desobedezca la orden no manifiestamente ilícita, por conocer la ilicitud del mandato, haya de condenársele necesariamente por el delito de desobediencia (art. 19 C. J. M.), toda vez que se encontraría ante un conflicto de deberes (el obedecer la orden aparentemente legítima y el de obedecer a las leyes), solucionable siempre a favor de la legalidad por su carácter preponderante. Cfr. T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 145; sobre la naturaleza juridicopenal de la colisión de deberes, cfr. A. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984.

<sup>43</sup> Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 61; H. H. JESCHECK, *Tratado...*, ed. cit., vol. I, pág. 336, y C. ROXIN, *Teoría...*, ed. cit., págs. 87 y ss.



muy difícil punir la participación de aquellos que colaboraron en la realización de un mandato que no es abiertamente delictivo, porque les faltaría el elemento subjetivo de la participación; más bien, si los partícipes se sirven del comportamiento del subordinado, que por error no lo considera antijurídico, puede castigárseles como autores mediatos, esto es, si aquellos conocían el carácter ilícito de la orden. No hay que olvidar que no es posible invocar error en supuestos que constituyan órdenes de cometer homicidios, torturas, violaciones, etc., dado que se trata de mandatos manifiestamente antijurídicos.

#### B) Supuestos de no exigibilidad de otra conducta

Es muy diferente del anterior el caso del subordinado que sabía de la ilicitud de la orden y a pesar de su no obligatoriedad, por unas determinadas circunstancias de estado de necesidad (como pueden ser temor a sanciones disciplinarias, a la pérdida del empleo, etc.), realiza la orden delictiva. La única posibilidad de que el derecho penal excuse tal actuación sería encuadrándola en las causas de no exigibilidad de otra conducta, cuando la mayoría de los ciudadanos hubieran obrado de la misma manera en situaciones análogas, pues el ordenamiento jurídico no podía exigir otro comportamiento, como sería el de conductas heroicas<sup>44</sup>.

Los alcances de la eximente de no exigibilidad de otra conducta son bastante discutidos en la doctrina. Si bien se debate desde su aceptación<sup>45</sup>, hasta su propia naturaleza<sup>46</sup>, hay que reconocer que se presentan situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un injusto típico que se abstenga de cometerlo, porque entrañaría un excesivo sacrificio para él. El derecho penal tiene que asumir que cualquier persona en tal situación excepcional habría actuado de la misma

<sup>44</sup> Cfr. L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit.; F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304.

<sup>45</sup> V. gr. JESCHECK sostiene que debe rechazarse como causa suprallegal de culpabilidad. Cfr. el mismo autor, *Tratado...*, ed. cit., vol. I., pág. 687.

<sup>46</sup> "En la actualidad la idea de no exigibilidad se limita a explicar el fundamento de las causas de exculpación (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante), aparte de servir de 'principio regulativo' general, especialmente en la fijación de límites a ciertos tipos (imprudencia, omisión) y eximentes" (S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., pág. 525). Sin embargo, respecto a la naturaleza del estado de necesidad exculpante que mayoritariamente se le considera que consiste en el conflicto de bienes jurídicos de igual magnitud (vid. por todos J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 246), no hay unanimidad en la doctrina, pues hay autores que estiman que aquí también se trataría de una causa de justificación (cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Edit. Civitas, 1981, págs. 155 y ss.). También la colisión de deberes que suele reputarse como una clase de estado de necesidad exculpante o causa de no exigibilidad (cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., pág. 300), no hay unanimidad en la doctrina, porque hay autores que sostienen que el conflicto de deberes iguales es justificante y no exculpante (cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 252). En general, pues, la naturaleza de los casos de no exigibilidad son bastante discutibles.

manera, pues lo contrario sería exigir comportamientos heroicos a los ciudadanos. Estos serían los casos subsumibles dentro de las causas de exculpación de miedo insuperable o estado de necesidad exculpante<sup>47</sup>, que pretenden responder a situaciones anómalas, como el famoso caso de la "tabla de Carneades", o reacciones frente al fuego en un cine, o disturbios en un partido de fútbol, etc.

Para que esta eximente funcione en la obediencia debida, tienen que concurrir las circunstancias del estado de necesidad exculpante, o, al menos, ha de tratarse de bienes jurídicos iguales; o los del miedo insuperable, es decir, que la orden le haya producido un estado emocional al subordinado que no le deje otra posibilidad que obedecer. Ejemplos: el temor ante una sanción grave, como destitución si no cumple la orden, la amenaza de ser fusilado si no mata en la guerra, etc. Obsérvese que en todos estos supuestos se ha afirmado el injusto, pero se excluye la culpabilidad, porque el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio<sup>48</sup>. Entonces habrá que enjuiciar la conducta del subordinado con un criterio objetivo medio abstracto *ex ante* (que el subordinado se halle sometido a la amenaza de un mal que el funcionario medio no superaría).

En el caso del estado de necesidad exculpante el criterio determinante es eminentemente objetivo, es decir que los males sean de igual magnitud, mientras que en el miedo insuperable el criterio subjetivo prima, esto es, que la amenaza del mal lleve al sujeto a un estado emocional insuperable; en ambos casos no debe existir otra alternativa posible<sup>49</sup>. Como se trata de elementos que afectan a la culpabilidad, pueden presentarse estados incompletos, en que solo procede atenuar la responsabilidad.

En los casos de órdenes delictivas sumamente graves —cuyo bien protegido es elevado—, no se podrá eximir de responsabilidad al subordinado, porque difícilmente se puede presentar una situación en que los males sean por lo menos de igual magnitud. Así, cuando se trate de órdenes de cometer homicidio, torturas, desapariciones, etc., con mucha dificultad se podrá invocar no exigibilidad de otra conducta. Inclusive, las normas internacionales ya establecen en estos casos la imposibilidad de invocar obediencia debida exculpante: la Declaración sobre la tortura de la ONU, de 9 de diciembre de 1975 (art. 5), y el Código Internacional de Conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU, de 17 de diciembre de 1979 (art. 5).

En todo caso, la doctrina es unánime en considerar punible, como autor mediato, la actuación del superior que da la orden delictiva, y el C. P. peruano así lo establece expresamente (art. 86).

<sup>47</sup> Así la doctrina mayoritaria. Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., págs. 521-534; J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 406; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 163-167.

<sup>48</sup> Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., pág. 522.

<sup>49</sup> Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., págs. 405-407; S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., pág. 529.



## 4. REQUISITOS DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Si bien hemos señalado que no es posible establecer unívocamente cuál es la naturaleza jurídica de la obediencia debida, es importante realizar una interpretación de *lege lata* del art. 85.5 del C. P., determinando los requisitos para su admisibilidad:

- a) Existencia de una relación de subordinación, establecida por una norma jurídica, del que obedece al que manda, y emisión de una orden de este para aquél.
- b) Que el mandato se refiera a relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a sus respectivas competencias.
- c) Que la orden cumpla con las formalidades legales correspondientes.
- d) Que la orden tenga contenido delictivo y, por tanto, no vinculante. La que es conforme a derecho se configura como una modalidad de cumplimiento de un deber (art. 85.4 del C. P.).
- e) Que el subordinado desconozca la antijuridicidad de la orden por su ilicitud no manifiesta y crea actuar de acuerdo a derecho. O que, conociendo la antijuridicidad de la orden no quepa exigirle otra conducta que ejecutarla, según las reglas del estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.
- f) Que la conducta del subordinado responda a la finalidad de dar cumplimiento a la orden debida (elemento subjetivo).

## 5. CONSIDERACIONES POLITICOCRIMINALES

Es un principio del derecho penal actual, reconocer que toda institución juridicopenal posee una función politicocriminal. Observar esta función en el caso de la obediencia debida, significa desentrañar qué tipo de conflictos sociales resuelve, y si esta es la mejor categoría para resolverlos.

Ya se ha señalado cómo surgió esta institución cuando el principio de autoridad constituía el fundamento de las relaciones de convivencia en sociedad. Hoy, ante la instauración del Estado de Derecho, la obediencia debida ha tenido que tomar nuevos derroteros, y por tanto se ha restringido el deber de obediencia ante las reglas del imperio de la ley. Las interpretaciones en este último sentido no están exentas de dificultades, como se ha podido observar, porque el conflicto entre legalidad y autoridad no ha sido aún resuelto sistemáticamente.

El derecho comparado y el derecho internacional se hacen eco de estas nuevas tendencias. Respecto del primero cabe destacar los códigos penales comunes de Alemania y Suiza, que no consideran como eximente la obediencia debida; y los de Austria, Checoslovaquia, Noruega, Dinamarca y Rusia, que solo la consideran una circunstancia atenuante. En cuanto al segundo, aparte de las normas anteriormente citadas, hay que considerar el Proyecto de Código Internacional elaborado por la O.N.U., que en su número 4 establece que "el hecho de haber obrado por orden de su Gobierno, de un superior jerárquico, no excusa la responsabilidad del autor en Derecho Penal internacional, si es que tuvo moralmente la libertad

de escoger"; la interdicción de exclusión de responsabilidad con base en el deber de obediencia, es contundente para los delitos de *lesa humanidad*, como en el Tratado sobre la tortura.

Ante el conflicto entre legalidad y autoridad, no cabe duda que ha de salvaguardarse la legalidad, de acuerdo con los principios constitucionalmente adoptados (art. 81). La tarea ahora es desarrollar una configuración sistemática acorde con este objetivo politicocriminal. Para ello hemos de preguntarnos si la institución de la obediencia debida es idónea para cumplir dicho objetivo, y de qué manera.

Responder a dicho interrogante en estos momentos de proceso de reforma penal tiene una real importancia, pues significa establecer las ventajas y las desventajas de dicha institución, acorde con las demandas modernas del desarrollo de las formas de Estado que se consideran ideales para la convivencia política de las sociedades<sup>50</sup>.

En la ponderación del conflicto subyacente, no se puede olvidar el significado de las experiencias históricas de otros pueblos en relación con esta institución, que —con ayudas legislativas— ha servido para dejar en la impunidad hechos tan horrendos que han socavado la convivencia pacífica de la nación, dejando postergada una necesaria reconciliación nacional. Desde el punto de vista juridicopenal, ha significado renunciar a la función inhibitoria de la pena, con la consiguiente desconianza en el derecho y el trastocamiento del sistema de valores de bienes jurídicamente protegidos; siendo que, más bien, en sociedades en proceso de democratización deben afirmarse los derechos fundamentales y la certeza de la ley<sup>51</sup>.

Tampoco se debe dejar de considerar el inconveniente que la obediencia debida plantea en el juzgamiento de acciones con carácter delictivo realizadas dentro de organizaciones jerarquizadas, en las que, al centrar la responsabilidad en las cabezas del poder, se va eximiendo de responsabilidad a los cuadros intermedios, con el consiguiente riesgo de dejar los hechos en la impunidad, porque normalmente las

<sup>50</sup> Sobre el Estado democrático de Derecho como ideal, vid. ELÍAS DÍAZ, *Estado...*, ed. cit., págs. 111 y ss.

<sup>51</sup> Se trata de la ley argentina 23.521 de obediencia debida, que estableció la presunción *juris et de jure* de que los hechos cometidos por el personal de las fuerzas armadas y policiales durante la dictadura militar de 1976-1983 (en la que se desató una represión con motivo de la "guerra antisubversiva", que condujo a la desaparición de más de nueve mil personas, cfr. Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, *Nunca Más*, Informe, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 8ª ed., 1985, pág. 10), fueran considerados no punibles en virtud de obediencia debida. Al respecto vid. comentarios de R. BERGALLI, "El olvido...", ed. cit., *passim*; J. MAIER, "Desobediencia debida" (A propósito de la llamada ley de "obediencia debida"), en *Doctrina Penal*, núm. 38, 1987, págs. 239-243; M. SANCINETTI, *Obediencia...*, ed. cit., *passim*; M. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, "Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida", en *Doctrina Penal*, 1987, núm. 39, págs. 525-537; E. R. ZAFFARONI, "La ley de obediencia debida", en *Lecciones y ensayos*, núm. 50, 1988, págs. 23-32. Comentando esta ley, este autor dice: "la ley de 'obediencia debida' es el punto culminante de la degradación del derecho" (op. ult. cit., pág. 29).

altas autoridades están premunidas de prerrogativas que dificultan su juzgamiento<sup>52</sup>. Aquí cabe nuevamente resaltar las negativas consecuencias juridicoponales a que esto llevaría, al igual que en el caso anterior.

En cuanto a sus ventajas, una podría ser la de constituir un tratamiento especial para casos de error en la licitud de la orden, los cuales, dado el deber de obediencia que dificulta el examen del mandato, pueden ser abordados mediante la teoría del error sin dificultades. Lo que sí sería conveniente es sistematizar una interpretación que establezca los límites del deber de obediencia y los límites del deber de examen de la orden. Está claro que ha de salvaguardarse la legalidad por encima de la autoridad, y ello supone la posibilidad de examen de todas las órdenes (por lo cual queda justificada la desobediencia en estos casos); pero también el derecho debe proteger a quien actúa de buena fe obedeciendo la orden que considera y se manifiesta como lícita, no siéndolo.

Los demás casos pueden resolverse simplemente con las categorías ya establecidas del derecho penal: cuando se trate de una orden legal, los hechos son subsumibles en el cumplimiento del deber; en los casos de realización del hecho típico con conocimiento del carácter ilícito de la orden, pero en que se actúa por la presión de la subordinación o el deber de obediencia, la responsabilidad puede ser excluida o atenuada por medio de la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante.

Entonces, como dice QUINTERO OLIVARES, "la obediencia debida sirve para resolver todos aquellos casos que no son ni ejercicio lícito de un derecho, oficio o cargo, ni el ordenado se encuentra en estado de necesidad, ni siente miedo a sustraerse al cumplimiento, ni sufre error sobre la legalidad de la orden recibida. Y si es así, no veo por qué merece ser exculpado su comportamiento"<sup>53</sup>. En conclusión, siguiendo a VIVES ANTÓN, "la obediencia debida sirve para prestar en todo evento una coartada al funcionario que cumplimenta la orden ilegal y, en definitiva, para promover que las órdenes (todas las órdenes, ilegales o no) sean cumplidas"<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> En este sentido cfr. E. R. ZAFFARONI, (Coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Informe final, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, pág. 44. Algo similar ha sucedido en Perú con el juzgamiento de las muertes de centenares de reclusos con motivo del debelamiento de los motines de los penales de 1986, en el que los funcionarios de las fuerzas armadas y policiales adujeron actuar en cumplimiento de un mandato superior. Cfr. al respecto: R. AMES (editor), *Informe al Congreso sobre los sucesos de los penales*, Lima, OCISA, 1988; C. CHIPOCO, F. EGUIGUREN y M. TALAVERA, *Los sucesos de los penales: Nueva abdicación de la autoridad democrática. Un enfoque jurídico*, Lima, IDL, 1986. El asunto podría llegar al absurdo si se va eximiendo de responsabilidad a todas las autoridades militares por haber actuado por mandato del presidente de la República (como jefe supremo de las fuerzas armadas -art. 273 de la Constitución— y al estar este exento de responsabilidad durante su mandato (art. 210 de la Constitución), quedarán los hechos en total impunidad).

<sup>53</sup> QUINTERO, *El delito...*, ed. cit., pág. 80.

<sup>54</sup> VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 146.

#### 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Los proyectos de Código Penal peruano han seguido las tres diferentes posibilidades de regulación: la continuidad, tal y como se encuentra en el C. P. de 1924 (proyecto de 1989); la supresión, no se sabe si como alternativa politicocriminal o si solo se trata de una omisión (proyectos de octubre de 1984 y agosto de 1985); y la regulación con limitaciones siguiendo la teoría de la apariencia (proyecto de septiembre de 1984), al igual que el art. 19 del C. J. M., "siempre que la orden no sea notoriamente ilícita".

Estando a que mayores son los riesgos que las ventajas de la institución de la obediencia debida, y siendo además que todos los casos se pueden resolver por otras categorías del derecho penal, consideramos que la mejor alternativa es la *supresión de la obediencia debida como eximente*<sup>55</sup>. Ello supone una adecuada regulación del error y de las reglas de no exigibilidad de otra conducta (miedo insuperable y estado de necesidad exculpante), que escapan a estos comentarios y que, en todo caso, resulta impostergable.

Lo que sí es necesario apuntar es que, politicocriminalmente, el tratamiento que debe darse a quien por error, creyendo que la orden es lícita y teniendo esta la apariencia de serlo, cumple con la orden delictiva, ha de ser bien diferente del que se da a aquel que, sabiendo del carácter delictivo de la orden, la realiza bajo presión de la subordinación. El reproche juridicopenal es mucho mayor en este último caso, por lo que tendrán que concurrir todos los requisitos de la no exigibilidad para que quepa eximir de pena al infractor, puesto que, de no, sería renunciar a la función preventiva de la pena cuando se han vulnerado bienes jurídicos fundamentales. La más de las veces solo procederá una atenuación.

Más bien si resulta oportuno destacar que los límites del deber de obediencia están en la teoría de la apariencia (art. 19 del C. J. M.). La teoría del error y la justificación encontrarán allí unos linderos afines a la supremacía del principio de legalidad, sin descuidar una posición garantista del derecho penal.

Queda así, pues, saldado todo compromiso con el Estado de Derecho, concepto en el que aparecen como centrales "las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, (...) en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales"<sup>56</sup>, como vía juridicosocial para la democratización de nuestra sociedad.

<sup>55</sup> En este sentido claramente: T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 146; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 218; G. QUINTERO OLIVARES, *El delito...*, ed. cit., pág. 81.

<sup>56</sup> ELÍAS DÍAZ, *Estado...*, ed. cit., págs. 17-18.

**CRIMINOLOGÍA Y  
POLÍTICA CRIMINAL**

# Hércules en el jardín criminológico

Luis de la Barreda Solórzano

## I. LAS SEÑAS DE IDENTIDAD

Tomaré como punto de partida la definición elemental de *criminología crítica* ofrecida —no sin apuntar los problemas que entraña— por ALESSANDRO BARATTA: “Cuando hablamos de criminología crítica, y dentro de este movimiento nada homogéneo del pensamiento criminológico contemporáneo situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política, de la desviación, de los *comportamientos socialmente negativos* y de la criminalización, un trabajo que tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaborados en el ámbito del marxismo, no solo estamos conscientes de la relación problemática que subsiste entre criminología y marxismo, sino que consideramos también que semejante elaboración teórica no pueda hacerse derivar únicamente, por cierto, de una interpretación de los textos marxianos (por otra parte, bastante fragmentarios sobre el argumento), sino que requiere de una vasta obra de observación empírica en la cual ya pueden considerarse válidos datos bastante importantes, muchos de los cuales han sido recogidos y elaborados en contextos teóricos diversos del marxismo”<sup>1</sup>. Respecto de los estudios marxistas sobre el argumento, el propio BARATTA anota que se insertan en un terreno de investigaciones y de doctrinas desarrolladas en las últimas décadas en el ámbito de la sociología *liberal* contemporánea, que han preparado el terreno para la criminología crítica.

<sup>1</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, pág. 165.

Dicho en términos más precisos, la criminología crítica presenta algunas dificultades de identidad, lo que no es privativo de esta disciplina, sino que ha sido una constante histórica a través de las diferentes construcciones teóricas que conforman la cultura criminológica. Por lo demás, aunque en la definición elemental de BARATTA se lee que el objetivo del trabajo de la criminología crítica es “la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política”, y que este trabajo “tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaborados en el ámbito del marxismo”, no puede dejar de advertirse que la corriente crítica ha sido ampliada, prolongada y enriquecida por muchos autores que tienen una obra teórica de peso, no fundada exactamente en el marxismo. Tal es el caso, por ejemplo, de MICHEL FOUCAULT cuando incursiona en el tema de la prisión<sup>2</sup>.

Lo que me interesa resaltar con esta forma de presentar el tema es que si ya resulta problemático considerar como parte de la misma tendencia criminológica a un conjunto de pensamientos “nada homogéneos”, en los términos de la definición de BARATTA, se vuelve sumamente difícil mantener incluso el más débil sentido de pertenencia al conjunto cuando la etiqueta *criminología crítica* es susceptible de englobar a varios pensadores no marxistas y sumamente importantes en sus ejercicios críticos. “En América Latina —observa EDUARDO NOVOA MONREAL—, tan fuertemente golpeada por la miseria, el hambre, la ignorancia y la desocupación, debida a la condición dependiente en lo económico y en lo cultural y al saqueo de sus riquezas consumado por los poderes centrales, esas ideas remecieron muchas conciencias sensibles, aun de bisoños sostenedores de ideas meramente reformistas”<sup>3</sup>.

El término *criminología crítica* se acuñó por motivos ideológico-políticos, pero empleado en un sentido analítico ha dejado de tener, si alguna vez lo tuvo, un referente preciso. Prácticamente todas las ideas, conceptos, tesis, teorías que pudieran formularse como candidatas a figurar en el cuerpo de creencias y proposiciones propias de la criminología crítica han sido y son objeto de discusión por parte de quienes en un sentido más o menos claro se asumen como criminólogos críticos, lo que muestra una disciplina no anquilosada, *vivita y coleando*. Por ejemplo, se ha suscitado un caldeado e inteligente debate —recogido en las páginas de la revista argentina *Doctrina Penal* y de la revista mexicana *Criminalia*— entre LOLITA ANIYAR, EDUARDO NOVOA MONREAL, ROBERTO BERGALLI y ROSA DEL OLMO, en el que encontramos un signo de lo que va resultando evidente: son tantas y tan variadas las interpretaciones que de la criminología crítica ofrecen sus propios protagonistas, que hace ya tiempo debiera hablarse más bien de *criminologías críticas*, en plural, lo que indica hasta dónde la designación es ambigua y confusa. De la elaboración del *Manifiesto*<sup>4</sup>, en junio de 1981, en la Universidad Autónoma Metropolitana

<sup>2</sup> MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1987.

<sup>3</sup> NOVOA MONREAL, “¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?”, en *Doctrina Penal*, año 8, núm. 30, Buenos Aires, 1985.

<sup>4</sup> Véase *Revista A*, número 5, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1982, págs. 120 a 122.

de México, a nuestros días, mucha agua ha corrido por el río de la crítica criminológica, y una parte de ese caudal ha ido configurando *la crítica de la criminología crítica*.

Antes de la irrupción de los criminólogos críticos en la cultura criminológica contemporánea, ya se habían generado planteamientos que refutaban diversas posturas ideológicas —señaladamente las posturas positivistas— observables en las legislaciones penales. Por decisiva que haya sido la contribución de los criminólogos críticos al esclarecimiento de las raíces de las normas punitivas, y por vigoroso que sea su aporte para el despliegue y fortalecimiento del movimiento crítico del derecho penal, estas razones no bastan para identificar criminología crítica y crítica al derecho penal. Así como resulta necio desconocer hasta dónde el ejercicio intelectual de crítica al derecho penal no puede prescindir de herramientas analítico-conceptuales producidas por los criminólogos críticos, es igualmente necio pretender —tanto desde el punto de vista del conocimiento profundo de las normas penales como desde el de la lucha por superar el carácter injusto del derecho penal— que la llamada *criminología crítica* ofrece todo lo que se requiere.

Escribió CARLOS PEREYRA que “debe tomarse en serio la afirmación de MARX según la cual él no era marxista”<sup>5</sup>. A una aseveración similar habrían de adscribirse los criminólogos críticos, por rigor científico, en cuanto a su ubicación teórica. En primer lugar, porque la expresión *criminología crítica* o la proclamación de *soy criminólogo crítico* confiere tanto al trabajo teórico como a la lucha política un aire de gesta religiosa poco recomendable. En segundo lugar, porque no hace falta ninguna profesión de fe para desarrollar una actividad intelectual en un sentido concurrente con el trazado por el nuevo enfoque criminológico ni para participar en el combate contra las formas del derecho penal que reproducen o agudizan las desigualdades sociales o violan los derechos humanos. Además, una vez asumido el membrete *criminología crítica*, es muy difícil dejar de ver *criminología burguesa* en todo lo que está fuera de posturas de inspiración marxista. Bienvenido el desmascaramiento de esa *demonología positivista* de los siglos XIX y XX —la ingeniosa expresión se debe al talento y a la gracia de LOLITA ANIYAR— que es la criminología clínica de origen lombrosiano, pero sin que ello produzca la incómoda situación de ignorar los elementos valiosos provenientes de ámbitos de la cultura criminológica contemporánea que, sin autodefinirse con etiqueta alguna, han contribuido a la confrontación crítica y al debate actual sobre el derecho penal. Un solo ejemplo: la obra de MANUEL LÓPEZ-REY, que exige la mayor y la mejor atención.

## 2. LA HIPERTROFIA DEL OBJETO

El pensamiento criminológico contemporáneo, elaborado en un periodo de varias décadas, no está conformado, ni podía estarlo, por *un cuerpo homogéneo de proposiciones*. Ese pensamiento es —para emplear la hermosa imagen de LOLITA ANIYAR— “un jardín muy atractivo, pues hay allí especies nuevas, producto de

<sup>5</sup> CARLOS PEREYRA, “Señas de identidad”, en *Nexos*, México, febrero de 1988, pág. 6.

espléndidos injertos” y su “aparente desorden es el de los jardines ingleses” y en él “se está produciendo la unidad misma que encontramos en la naturaleza”<sup>6</sup>.

En ese jardín, al lado de numerosos elementos teóricos sin los cuales no es posible pensar modernamente la cuestión criminal y la reacción social contra la criminalidad, hay muchos otros elementos insostenibles. Como iuspenalista inconforme con el *status quo* de la legislación penal y su aplicación, me he servido de las tesis de quienes, cultivando amorosamente ese atractivo jardín, han advertido en el derecho penal subconjuntos de tipos y punibilidades destinados principalmente a favorecer al grupo hegemónico y sus intereses, a mantener la sumisión de los oprimidos y a ocultar todo eso mediante hipócritas invocaciones al bien común, a la justicia y a la paz social. Sin embargo, y sin que se pretenda aquí examinar tesis puntuales en esa dirección, es insoslayable que en la formulación de algunas de esas tesis se observa subordinación a tentaciones economicistas o a enfoques propios del reduccionismo sociológico, y, sobre todo, una cuestión que afecta el núcleo mismo de su consistencia teórica: la extensión infinita del objeto de estudio. Se trata de una pretensión que, al ampliar sin medida la tarea de cultivar un jardín, porque este es inacabable —tarea similar a la de ejecutar las doce hazañas de Hércules—, paradójicamente reduce las posibilidades de terminar de desentrañar problemas inicialmente abordados. En efecto, no parece factible construir una versión unívoca del control social que explicara dentro de una misma disciplina la totalidad de los fenómenos que tienen que ver con esa designación: familia, religión, educación, partidos políticos, amor, sindicatos, relación laboral, deuda externa, relaciones de producción y distribución, amistad, diferencias de clase y un larguísimo etcétera. La situación no es distinta si lo que se busca es una teoría científica novedosa sobre el control social con una amplitud mayor que la criminología y aun si se elimina el término *criminología* en aras de un discurso crítico radical y omníbarcante. Además, la idea de que el concepto *control social* remite a un discurso crítico radical anticapitalista, carece de fuerza como para delimitar con mínima precisión el ámbito del objeto de estudio. La necesidad de someter a crítica las formas que adopta la dominación en los sistemas capitalistas —que, por cierto, no exculpa de la indispensable postura crítica ante los regímenes postcapitalistas— sigue tan viva como a mediados del siglo pasado y sigue conservando actualidad la necesidad de asociar esa teoría crítica a una práctica política que busque las vías de la transformación social; pero ni una cosa ni la otra se ven favorecidas por el ensanchamiento *ad infinitum* del objeto de una disciplina. El campo de conocimiento de la criminología debe rebasar el área de lo estrictamente juridicopenal para que los criminólogos avanzados eludan la trampa que conduce a considerar que la criminalidad es solo aquello que el legislador penal prohíbe a través de las figuras delictivas y que las conductas tipificadas constituyen el total universo de la criminalidad. Sin embargo, no acotar ese campo, habida cuenta de que todas las relaciones sociales tienen que ver con el control social, puede llevar a un inabarcable cielo abierto que solo puede contemplarse a distancia. Las ideas más progresistas sobre el bien jurídico podrían servir para ese acotamiento.

<sup>6</sup> LOLA ANIYAR, “El jardín de al lado”, en *Doctrina Penal*, 9-33/34, Buenos Aires, enero-junio, 1986.

Como reflexiona EDUARDO NOVOA MONREAL, ya que la inteligencia humana tiene sus límites, no puede pretenderse que “una misma mente pueda captar en plenitud y en profundidad muy variados y disímiles aspectos de la realidad”, de donde se desprende “la necesidad y la conveniencia de fijar el objeto de cualquier ciencia”<sup>7</sup>. Si ese objeto no se delimita, se corre el riesgo de que quede bloqueado el entendimiento suficiente de la realidad. Los inconvenientes que como penalista veo de pensar el control social en su totalidad se concretan, por lo menos, en tres cuestiones: a) una expansión desmesurada del objeto de conocimiento dificulta, por sus implicaciones de distracción y laxitud, la precisión y la profundidad de la crítica al derecho penal; b) importa a una nueva criminología, antes que nada, el análisis de los excesos y las insuficiencias del derecho penal, por tratarse del instrumento más drástico de control social; c) la concepción amplísima del objeto de conocimiento aplaza, quierase o no, la formulación acabada o el desarrollo exhaustivo de los postulados de un derecho penal democrático, el deseable “en sociedades humanas a las cuales no puedan atribuirse todas las lacras que hemos contabilizado...”<sup>8</sup>.

Habría que considerar con la mayor seriedad, con LOLITA ANIYAR<sup>9</sup>, que penalistas y criminólogos críticos, progresistas o democráticos —no hay que pelear por el adjetivo si se hace referencia a la misma corriente— debemos derribar el muro que ha separado nuestros afanes científicos para emprender la continuación de una tarea que si bien ha tenido un arranque promisorio, está —reconozcámoslo— inconclusa y que resulta de vital importancia en el proceso de imaginar —que es una manera de ir creando— un orden social menos injusto y más respetuoso de los derechos humanos: pensar críticamente el derecho penal de hoy —así en las sociedades capitalistas como en los regímenes postcapitalistas— e impulsar el tránsito a otro derecho penal que respete íntegramente sus valores fundamentales, pero nada que no lo sea y no constituya un factor reproductor o multiplicador de las desigualdades sociales. Este, sin duda, es un objeto prioritario.

### 3. LOS TRABAJOS DE UNA ALIANZA

Una fructífera alianza entre penalistas y criminólogos no subordinados a los valores que inspiran las legislaciones penales clasistas y las posiciones positivistas, requiere de un esfuerzo concertado para desechar dos actitudes nefastas, de significado equivalente, que describe ZAFFARONI: “hay tanto irracionalismo en la actitud de los penalistas que rechazan indiscriminadamente toda la criminología llamada crítica e incluso toda la criminología actual, como en la de los criminólogos radicales que niegan en bloque toda legitimidad del derecho penal. En el fondo parecen

<sup>7</sup> NOVOA MONREAL, “Lo que hay al lado no es un jardín”, en *Criminalia*, México, enero-diciembre de 1987, pág. 32.

<sup>8</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, “¿Desorientación...?”, ed. cit., pág. 16.

<sup>9</sup> Véanse sus palabras de despedida al Tercer Congreso Mexicano de Derecho Penal, ENEP-Acatlán UNAM, México, agosto de 1987.

coincidir y de hecho coinciden en una incomunicación absoluta"<sup>10</sup>. No es posible vencer esta incomunicación. Lo observa ROSA DEL OLMO: "Están surgiendo una serie de penalistas que han iniciado una interesante reflexión crítica no solo sobre el derecho penal y el derecho en general sino también sobre la criminología crítica que puede resultar muy útil para la concreción de esta criminología. Le toca ahora al criminólogo su reflexión crítica de la criminología crítica y del derecho penal pero desde otra dimensión a la que ha venido realizando"<sup>11</sup>.

Dos prejuicios muy arraigados sobre el derecho penal habría que revisar como punto de partida: a) la creencia de un sector del actual pensamiento criminológico de que el derecho penal es, en bloque, un instrumento de opresión al servicio de la clase dominante, y b) el convencimiento, característico de una postura radical reduccionista, de que los principios liberales del derecho penal son principios *burgueses* que enmascaran privilegios de clase. Más allá de que esas posiciones parten de esquemas hoy superados en el pensamiento político contemporáneo, su formulación sin matices lleva a consecuencias inaceptables.

Cierto izquierdismo esquemático se inclina a pensar, siguiendo a ENGELS, que el derecho penal cumple una función de mantenimiento de la violencia económica, pues la clase dominante se vale de los aparatos del Estado, incluyendo las instituciones represivas, para defender sus intereses. La policía, las fiscalías, los tribunales y las cárceles son considerados como los elementos de una fuerza militar interior —en cada país— que responde a los intereses de la clase dominante. Sin embargo, es imprescindible advertir que en las sociedades capitalistas operan numerosas instituciones a las cuales no se puede caracterizar globalmente como *burguesas*, aun cuando sea innegable que su funcionamiento ha sido largamente destinado a favorecer los intereses del bloque dominante. La idea de que todo el derecho penal y las instituciones que giran alrededor del mismo son, sin más, *aparatos burgueses*, es deudora de la falsa imagen de la burguesía como clase-sujeto de la historia. En el derecho penal, como en otras manifestaciones de la superestructura social, cristaliza no en exclusiva la voluntad e iniciativa de una clase-sujeto, sino la correlación de fuerzas sociales, y al lado de normas que protegen privilegios injustos existen otras que protegen bienes en cuya tutela se interesa la mayoría de la población. El marxismo vulgar, ante una realidad histórica, por ejemplo, como la de la permanencia del derecho romano, "no tiene otra respuesta que la del *derecho burgués* (el derecho romano devenido en derecho burgués), con lo que no solo renuncia a explicarse la racionalidad universal del derecho sino que justifica la ideologización de la racionalidad, ya que él mismo (el marxismo vulgar) opondrá a la existencia de aquel la aparición de un derecho proletario (Vishinski en los procesos de Moscú).

<sup>10</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1982, pág. 46.

<sup>11</sup> ROSA DEL OLMO, "Criminología y derecho penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual", ponencia presentada en el Seminario sobre el derecho penal y la realidad latinoamericana, Bogotá, 1987.

Opone, pues, la racionalidad a la ideología (en el caso de los *procesos de Moscú* y otros, como mistificación racional pura, como crímenes judiciales ideologizados)"<sup>12</sup>. La tesis de que el derecho penal es tan solo un instrumento de la burguesía, al formularse sin los matices que un análisis profundo impone, es, en rigor, teóricamente falsa, y no lleva a la crítica de las normas juridicopenales que cumplen en exclusiva una función de dominación, sino a la oposición indiscriminada contra el derecho penal en su conjunto, lo que imposibilita la tarea de examinar cuáles normas resultan arbitrarias. ¿Quién puede sostener en serio que figuras delictivas como el homicidio y la violación, por ejemplo, responden a intereses de clase? Otra cosa muy distinta, contra la que desde luego hay que luchar, es su aplicación selectiva. El derecho penal también puede tener el uso alternativo que propone EDUARDO NOVOA MONREAL, y convertirse en un instrumento para luchar contra los crímenes de los poderosos que provocan enorme daño social o violan derechos humanos. Esta batalla, ¿puede concebirse racionalmente prescindiendo del derecho penal? Con base en el supuesto religioso de que el derecho penal está dado de una vez y para siempre como un instrumento de dominación ilegítima, invocado en forma monótona, se olvidan los otros objetivos del derecho penal, no ajenos a los intereses de las clases dominadas y de diversos sectores de la sociedad civil. No se olvide que, para citar un caso, es a través del derecho penal como pueden sancionarse los crímenes cometidos por los militares argentinos sin caer en el linchamiento o en otras formas de venganza irracional. Que ello se logre o no es —de nuevo— un problema de correlación de fuerzas, no de inidoneidad del derecho penal.

La tendencia a subestimar las *libertades burguesas*, observable en ciertos círculos de izquierda aún ignorantes de los vientos de la *perestroika* que soplan desde Moscú, no es ajena al economicismo, del que no se ha liberado del todo el pensamiento socialista<sup>13</sup>. Como otros muchos avances democráticos, en tanto los principios liberales del derecho penal se conquistaron o se consolidaron en movimientos sociales de los que emergió como clase dominante la burguesía, se concluye que esos principios son la traducción directa e inmediata de los requerimientos del capitalismo.

El principio de legalidad ha tenido una importante función de garantía de los gobernados frente al Estado. Aun cuando no hay duda de que numerosas conductas de los poderosos no son susceptibles de persecución penal, a pesar de su grave antisocialidad, por no estar tipificadas, de allí no se sigue, sino que debe propugnarse, que tales conductas se contemplen en la legislación penal. Adviértase que nada garantizaría que, derogado el principio de legalidad, el aparato judicial actuara contra los delincuentes poderosos y sí, en cambio, los gobernados serían perseguidos sin que siquiera hiciera falta imputarles la comisión de un delito.

El principio de culpabilidad —que impide que se imponga pena alguna a un individuo si su conducta no le es reprochable, y en caso de que le sea, que la

<sup>12</sup> JOSÉ REVUELTAS, "Notas para una dialéctica de la conciencia", en *Nueva Política*, núm. 7, México, 1979.

<sup>13</sup> Véase a NICOS POULANTZAS, "El examen marxista del Estado y del derecho actuales y la cuestión de la 'alternativa' en Marx", en *Marx, el derecho y el Estado*, Barcelona, Libros Tau, 1969, pág. 81.

pena no exceda proporcionalmente al grado de reproche— puede manejarse hipócritamente para soslayar la corresponsabilidad de la sociedad en el fenómeno criminal, pero manejado adecuadamente permite identificar esa corresponsabilidad. Además, es mejor para la dignidad humana considerar al hombre como ser capaz de culpabilidad que caracterizarlo como un peligroso animal de presa, una máquina complicada o un títere de la circunstancia social, pues de aceptarse alguna de estas caracterizaciones ello no significaría que se absolviera a todo mundo, y si, en cambio, justificaría la imposición sin límites de penas estatales terroristas: privación de libertad indefinida, internamiento en hospitales psiquiátricos, penas crueles o degradantes, etcétera<sup>14</sup>.

El principio de legitimidad no debe rechazarse al observar la ilegitimidad de ciertas normas juridicopenales o de ciertos sistemas penales en su conjunto, por numerosos que sean aquellas y estos. Si los procesos de criminalización están signados por la selectividad, si el derecho penal no tutela todos los bienes que deben tutelarse, si existen normas penales que no protegen bien alguno, es justamente acudiendo al principio de legitimidad que pueden objetarse esos sistemas normativos, y que puede propugnarse un derecho penal democrático. Puede y debe cuestionarse la legitimidad burguesa, no prescindirse del principio de legitimidad.

El concepto *libertades burguesas* es justo si se refiere a las actividades económicas que solo pueden disfrutar pequeños núcleos privilegiados, pero que, referido a las libertades políticas y en general a las conquistas democráticas, esconde el hecho de que esas libertades frecuentemente han tenido que ser defendidas *contra* la burguesía y oculta la evidencia de que la acumulación de derechos de la sociedad civil ha sido un largo y penoso proceso que las clases dominantes en múltiples ocasiones han tolerado a su pesar y en otras —cuando la correlación de fuerzas se los ha permitido— ha cortado violentamente al peligrar sus privilegios.

<sup>14</sup> Sobre la importancia del principio de culpabilidad, resulta de imprescindible lectura el ensayo "Sentido y límites de la pena estatal", de CLAUS ROXIN, en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1976, págs. 11 a 36.

## Derechos humanos y persecución penal en América Latina

Kai Ambos\*

### INTRODUCCIÓN

El siguiente artículo describe un proyecto sobre impunidad ("Derechos humanos y persecución penal en América Latina"), que cubre los países de Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina. El proyecto fue aprobado en marzo de este año por el "grupo de investigación de derecho penal" del Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional y Criminología de Friburgo de Brisgovia, y se realizará bajo auspicios de este Instituto entre junio 1991 y fines de 1993. La versión original ha sido actualizada últimamente el 2 de noviembre de 1991. Sugerencias y críticas son bienvenidas y deben ser enviadas al Instituto, a la atención del autor<sup>1</sup>.

### 1. PROBLEMA Y OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN<sup>2</sup>

La persecución penal insuficiente o ausente constituye un problema central de la sanción de las violaciones de los derechos huma-

\* Abogado e investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional y Criminología.

<sup>1</sup> Dirección actual: MPI, Günterstalstr, 73, 78 Freiburg/Br., RFA, FAX: 0049/761-7081294.

<sup>2</sup> Agradezco a las siguientes personas: Dr. T. Thun und Dr. S. Baedeker (Comisión DDHH de la asociación de Jueces y Fiscales de la Asociación de Abogados en Freiburg/Br.); Prof. Dr. B. Haffke (Universidad de Passau); Dr. H. Krummwiede (Fundación Ciencia y Política, Ebenhausen); Dr. R. Huhle (Centro de Documentación e Información sobre DDHH en LA, Nürnberg); G. Sierck (Comisión Alemana "Justitia et Pax"); E. Müller (Amnesty International-sección alemana); Elena Carranza, Tino Toribio, Abdi Schebany (Universidad de München); además a los profesores J. O. Sotomayor, J. C. Anaya C., A. Calle Calderón, L. M. Henao, D. G. Vasquez, J. G. Zapata de la Facultad de Derecho (sección derecho penal) de la Universidad de Antioquia (Medellín), donde presenté el proyecto el 3 de octubre de 1991.



nos<sup>3</sup>. Esto se refleja en la discusión latinoamericana que, ya desde los años 70, se mueve en torno del llamado fenómeno de la *impunidad*.

Sin embargo, no existe una definición única y clara de la *impunidad*: para algunos es "dejar sin castigo a los culpables de un crimen o delito"<sup>4</sup>; para otros "no significa tan solo la creación de instrumentos legales que perdonen los crímenes de lesa humanidad ... o ... mecanismos dilatorios en los procesos judiciales...", sino que tiene "una dimensión mucho más amplia", que "abarca a todo el orden estructural y afecta a la sociedad en su globalidad"<sup>5</sup>. Para HUHLE se trata sobre todo de "la responsabilidad de funcionarios políticos-militares después de un cambio de régimen"<sup>6</sup>.

Existen también posiciones diferentes en la clasificación de la *impunidad* como problema de índole más bien jurídica o politicosocial: algunos opinan que no se trata de "un problema de leyes"<sup>7</sup>, otros hablan de la "impunidad legalizada"<sup>8</sup>, para enfatizar justamente la impunidad legalmente garantizada.

Dada esta indeterminación conceptual, parece razonable enumerar algunos casos o dimensiones de la *impunidad* en forma ejemplificativa, sin pretensiones de completud<sup>9</sup>:

- normas de amnistía, indulto y extinción (temporal);
- expansión de la justicia militar;
- declaración de estados de excepción o emergencia;
- restricciones en la administración de la justicia;
- aspectos del derecho penal procesal.

El jurista, especialmente el penalista, se cuestiona si el derecho y/o la justicia [cf. 4)] favorecen a la *impunidad*, y si es así, en qué medida contribuyen a la

<sup>3</sup> El concepto de ddhh usado refiere a los derechos civiles y liberales clásicos de la "primera generación" que son reconocidos en los siguientes instrumentos internacionales, aplicados aquí: *Declaración Universal de Derechos Humanos* de la Asamblea General de la ONU del 10.12.1948; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19.12.1966*; *Convención Americana de Derechos Humanos CADDHH* (Pacto de San José, Costa Rica) de 1969 (todos en: Comisión Andina de Juristas (CAJ): *Normas Internacionales sobre Derechos Humanos*, Lima, 1988). A nivel europeo se aplica la *Convención para la Protección de los DDHH y Libertades Fundamentales* del 4.11.1950 (= Convención Europea de DDHH, en Sartorius II, Loseblatt, München, enero 1988, núm. 130).

<sup>4</sup> TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS; *Proceso a la impunidad de crímenes de lesa humanidad*, Bogotá, nov. 1989, en: Dokumentations und Informationszentrum Menschenrechte in Lateinamerika (DIML): *Memoria* Nr. 1/2/1990 (Nürnberg), pág. 28.

<sup>5</sup> GLORIA ESTRAGÓ, *Tanto dinero robado... proceso a la impunidad*, en *Acción*, núm. 105, Asunción (Paraguay), en: DIML, *op. cit.*, págs. 57 y ss.

<sup>6</sup> REINER HUHLE, *Demokratisierung mit Menschenrechtsverbrechen? Die Debatte um die Sanktion von Menschenrechtsverletzungen in den lateinamerikanischen Demokratien*, inédito, Nürnberg, 1990, pág. 10.

<sup>7</sup> DIEGO GARCÍA SAYÁN, *Impunidad, ley y derechos humanos*, en: Asociación pro Derechos Humanos: *Derechos Humanos*, núms. 23/24, Madrid 1989, en: DIML, *op. cit.*, pág. 45 (46).

<sup>8</sup> *Informativo Andino*, Lima (CAJ), N° 45 (agosto 1990), pág. 1 (citado por: IA N°/fecha/p.).

<sup>9</sup> Para más detalles véase B II.

violación de los derechos humanos o la facilitan. Se trata, como señala con más generalidad el proyecto de derechos humanos de la Universidad de Leiden (Holanda), de "the role of the legal apparatus... in gross human rights violations"<sup>10</sup>. A este respecto hubo hasta ese momento "little self reflection"<sup>11</sup>, es decir, existe ahora un vacío de investigación, que el proyecto presentado pretende llenar. El punto de partida consiste en la tesis de que la *impunidad* posibilita y favorece violaciones de los derechos humanos, porque los órganos estatales de seguridad que los cometen no tienen que responder por ellas. Como concluyó Amnistía Internacional (AI) respecto a la matanza de Cayara (Ayacucho, Perú):

"Ai believes that the effective impunity enjoyed by members of the armed forces despite grave violations of human rights ... may contribute to further violations..."<sup>12</sup>.

Persiguiendo un acercamiento normativo, se analizan las normas de *impunidad* en el derecho positivo (Constitución, C. P., C. P. P., Código Militar); eso constituye un complemento a las investigaciones de las ciencias sociales, que solamente la ciencia jurídica puede lograr<sup>13</sup>. El ámbito geográfico se limita a los países de Colombia, Perú, Bolivia, Chile y Argentina.

## 2. DESCRIPCIÓN

La indeterminación del concepto de *impunidad* implica primero su clarificación en un "Proyecto de Base" (I) y después la implementación de "Proyectos de Continuación" más concretos (II).

### A) Proyecto de base

El objetivo es la clarificación científico-legal del fenómeno de la *impunidad*, tomando en cuenta su desarrollo histórico-legal y sus dimensiones actuales en el derecho positivo, la jurisdicción y las declaraciones oficiales.

En el aspecto histórico-legal, debe cuestionarse si la *impunidad* tuvo un significado en la época colonial y cómo se desarrolló hasta la independencia.

En el plano de la actualidad se trata de estudiar y analizar el derecho positivo de los países elegidos (A) por la existencia de normas, aspectos o dimensiones de la *impunidad*. Una vez recogidas las normas se pueden comparar y sistematizar bajo aspectos dogmático-penales y jurídico-estatales. Igualmente se estudia y analiza la jurisprudencia y las declaraciones oficiales, enfrentando así el punto de vista dogmático con el práctico del gobierno y de la justicia.

<sup>10</sup> ALEX P. SCHMIDT, *Research on gross human rights violations*, Leiden (Center for the study of social conflicts, University of Leiden), 1989, pág. 169, (proyecto 7).

<sup>11</sup> *ibid.*

<sup>12</sup> AI: Peru. *The Cayara massacre*, London (AMR 46/59/89) set. 1989, pág. 25.

<sup>13</sup> Cfr. el citado proyecto de la Universidad de Leiden (SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 169): *This proposal will have to be worked out in more detail by someone with a background in legal studies.*

Resumiendo, se puede decir que se trata de una forma de "inventario" de las dimensiones actuales de la *impunidad* para crear una base para los proyectos de continuación.

#### B) *Proyectos de continuación*

1) *Normas de amnistía, indulto y extinción temporal.* Una *amnistía* es la anulación legal de penas válidas, pero no ejecutadas, de un número incierto de personas; el *indulto* es una remisión individual de la pena<sup>14</sup>. Una *extinción temporal* puede ser lograda por términos que excluyen la acción penal o la denuncia después de un cierto tiempo. En sentido dogmático estos mecanismos son considerados como obstáculos procesales<sup>15</sup>. La amnistía implica la comisión de un delito y solamente impide la ejecución de la pena en el sentido de un mero obstáculo de la pena (*Bestrafungshindernis*). Sin embargo, el término es también usado en un sentido más amplio para leyes que excluyen la persecución penal<sup>16</sup>. En la discusión latinoamericana se habla a veces de "*leyes de impunidad*", sin diferenciar exactamente entre estos diferentes mecanismos legales<sup>17</sup>.

Como leyes de *amnistía* se pueden considerar por ejemplo la "Ley de obediencia debida" (Argentina) de junio de 1987<sup>18</sup>, o el decreto-ley chileno 2191, de abril de 1978<sup>19</sup>. En Colombia, la ley 23 de 1991 ("Ley de descongestión judicial") impide la persecución penal —de solo en Bogotá 80.000 delitos y 50.000 contravenciones hasta el 15 de octubre de 1991— a través de plazos preclusivos para la identificación de personas imputadas (2 años después de iniciación) y la calificación (3 años)<sup>20</sup>.

*Indultos* fueron declarados por el presidente argentino Menem en octubre de 1989<sup>21</sup>; el presidente chileno Aylwin indultó a 46 de los 411 presos políticos en marzo de 1990 y obtuvo el derecho —por reforma constitucional del Congreso el 23 de marzo de 1991— de indultar a presos condenados por "terrorismo"<sup>22</sup>. En Colombia el Con-

greso autorizó al Presidente para indultar ex-guerrilleros del M-19 mediante la ley 77 de 1989<sup>23</sup> y el decreto 213 de 1991 confirmó la posibilidad de "la extinción de la pena y de la acción penal" para delitos políticos<sup>24</sup>.

Una *extinción* de la acción penal se fijó en la "Ley de Punto Final" (Argentina), de diciembre de 1986<sup>25</sup>, y en la "Ley de Caducidad" (Uruguay), de diciembre de 1986<sup>26</sup>.

Estas y otras leyes tienen que ser detalladamente analizadas y dogmáticamente clasificadas, según los criterios mencionados. Parece importante plantearse si una obligación penal, en caso de crímenes de lesa humanidad, surge del derecho público internacional<sup>27</sup> y si impone una obligación legal a los Estados respectivos. De ser así, es posible proponer los pasos procesales adecuados para presionar a los Estados respectivos a derogar las leyes en contra del derecho internacional<sup>28</sup>. Además, cabe preguntar si amnistía e indulto solamente se refieren a delitos políticos (así art. 150 num. 17 de la nueva Constitución colombiana de junio 1991).

2) *La expansión de la justicia militar.* La posición dominante de las fuerzas armadas en los sistemas legales latinoamericanos se muestra especialmente en la competencia de la justicia militar. Los tribunales militares en Latinoamérica obtienen competencias que en Europa se reservan a la justicia ordinaria.

El art. 170 de la (vieja) y el 221 de la (nueva) Constitución colombiana, por ejemplo, prevé la competencia de los tribunales militares si los delitos fueron cometidos "en servicio activo y en relación con el mismo servicio"; el Código Militar (decreto 250 de 1958) extiende, por un lado, la competencia a la policía y, por

Cumplido"), que la Cámara de Diputados aprobó en agosto de 1990 y el Senado en noviembre de 1990 (IA 46/set. 1990/2 y 49/dic. 1990/4 y ss.).

<sup>23</sup> Régimen penal colombiano, marzo-mayo 1990, 5165; véase también ley 49 de 1985, *ibid.*, §5164; sobre historia y desarrollo de amnistía e indulto en Colombia, IVAN OROZCO, *Derecho de gentes en Colombia: El estado de sitio, la amnistía y el indulto, y el juicio de los rebeldes*, en: GUSTAVO GALLÓN/CAJ-SC (Hrsg.): *Guerra y Constituyente*, Bogotá, 1991, pág. 135.

<sup>24</sup> Este decreto se refirió sobre todo a los ex-guerrilleros del EPL (en: Régimen Penal Colombiano, enero-abril 1991, 5171).

<sup>25</sup> La ley prevé una limitación temporal para denunciar delitos (Cfr. KOKOTT, *op. cit.*, págs. 508-534).

<sup>26</sup> La ley prevé un "punto final" temporal para la acción penal (Cfr., LUIS PÉREZ AGUIRRE, *Efectos del no cumplimiento de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, en: SERPJ: *Derechos Humanos en Uruguay*, Montevideo, diciembre 1989, en: DIML, *ob. cit.*, págs. 61 y ss.; FERNANDO URIOSTE BRAGA, *La ley de Caducidad ante los compromisos internacionales de Uruguay*, en: *ibid.*, págs. 63 y ss.).

<sup>27</sup> Cfr., HERMANN WEBER, *St. Helena oder Nürnberg? Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortung im Völkerrecht*, en: *Vereinte Nationen* 6/1990, págs. 205 y ss., donde se discute la posibilidad de una persecución penal del dictador irakí Hussein según derecho internacional, y lo afirma refiriendo al *Protocolo de Londres* del 8.8.1945, la Resolución 95 (I) de la Asamblea General de la ONU y la *Convención sobre la Prevención y Penalización del Genocidio* del 9.12.1948 (*ibid.*, págs. 208 y ss.).

<sup>28</sup> KOKOTT (*op. cit.*) afirma que una obligación penal existe según derecho internacional, y que Argentina tiene el deber de levantar la "Ley de Obediencia Debida".

<sup>14</sup> Cfr. Creifelds *Rechtswörterbuch*, München 1988 (9. edición), págs. 41, 509.

<sup>15</sup> Cfr. *ibid.*, pág. 892; en cuanto a los requisitos procesales (*ProzeBvoraussetzungen*), CLAUS ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München (20 ed.), 1987, págs. 122 y ss.

<sup>16</sup> Cf. Klaus Marxen: *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, Heidelberg, 1984, pág. 8f con varios ejemplos.

<sup>17</sup> Cfr. FEDEFAM: *Encuentro regional contra la impunidad*, Santiago, 1987, págs. 13, 21, 42.

<sup>18</sup> Cfr. JULIANE KOKOTT: *Völkerrechtliche Beurteilung des argentinischen Gesetzes Nr. 23.521 über die Gehorsamspflicht*, en: *ZaöRV* (Heidelberg) 47/3, pág. 506.

<sup>19</sup> JORGE MERA F., *El decreto-ley 2.191, de amnistía y los derechos humanos*, en: "Revista Chilena de Derechos Humanos" 11/1989, en DIML, *op. cit.*, págs. 73 y ss. La abolición de esta "autoamnistía" fue uno de los temas centrales de la campaña electoral de Aylwin; sin embargo, la Corte Suprema declaró aplicable la ley en juicio del 24.8.1990 respecto a una investigación sobre la desaparición de 70 miembros de la oposición durante la dictadura (IA 46/set.90/2).

<sup>20</sup> Cfr. arts. 118 y ss. de la ley 23 de 1991 y *El Tiempo* (Bogotá) del 30 de octubre de 1991.

<sup>21</sup> HUHLE, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>22</sup> IA 41/april 1990/2; IA 53/april 1991/2. En ese contexto parece contradictorio que una amnistía para todos los presos políticos haya sido rechazada por el gobierno, porque se diferencia entre prisioneros de conciencia y los que han participado en "hechos de sangre", y por lo tanto no pueden ser indultados. (IA. 41, pág. 3). Hasta nov. de 1990, 198 presos políticos fueron indultados (IA 48 Nov. 1990/5). Una aceleración de los procesos políticos prevé una iniciativa del ministro de Justicia, Francisco Cumplido ("Leyes

otro lado, asigna delitos comunes (p. e. lesión, extorsión, robo) cometidos durante el servicio a los tribunales militares<sup>29</sup>.

Según la ley peruana 24150 de 1985, "las infracciones... que cometan [las FFAA] en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio"<sup>30</sup>. La jurisdicción militar implica la exclusión de responsabilidad penal si los autores actúan en ejecución de una orden que no fuera evidentemente contra la ley (19.7 Código Militar). En diciembre de 1990 el DS 171-90 PCM estableció que "las acciones ... en las zonas ... de excepción ... en acto de servicio (¡24 horas!) o con ocasión de él ... se encuentren comprendidas dentro de la jurisdicción del Fuero Militar ..."; además, las identidades del personal militar o policial son reservadas<sup>31</sup>.

En Chile, la jurisdicción militar debe ser restringida por una iniciativa del ministro de Justicia, Francisco Cumplido ("leyes Cumplido")<sup>32</sup>.

Según informes de organizaciones de derechos humanos, la imparcialidad y los procedimientos jurídico-estatales en los tribunales militares tienen que ser puestos en duda: los procesos se realizan a puerta cerrada y llegan, muchas veces, a la absolución de los acusados. Además, se observa una pérdida de competencias de la justicia ordinaria<sup>33</sup>.

Dada esta situación parece razonable analizar las competencias en los países mencionados en casos de delitos contra los derechos humanos y si, como señala GARCÍA SAYÁN<sup>34</sup>, los códigos militares contienen los mismos tipos penales que los códigos penales. Además habría que aclarar si la asignación de ciertos delitos a la justicia militar implica *impunidad*, y si el procedimiento cumple con los principios de un Estado de derecho. A este respecto el proyecto de la Universidad de Leiden constata:

"are they (los tribunales militares, K. A.) mere executioners of the collective will of those controlling the armed forces or do elements of military ethics, due process and humanitarian law determine their deliberations"<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> CAJ: Colombia: *El derecho a la justicia*, Lima, 1988, págs. 65 y ss.; Tribunal Permanente de los Pueblos: *El fuero militar en Colombia*, Bogotá, nov. 1989 en DIML, *op. cit.*, págs. 31 y ss. (33). En Colombia la jurisdicción militar sobre civiles existió hasta el juicio de la CSJ de marzo 1987 (CAJ, *op. cit.*, pág. 27).

<sup>30</sup> Citado en: AI: Perú. *Entre dos fuegos*, Madrid (EDA), 1989, pág. 15.

<sup>31</sup> IA 50/enero 1991/5; *Caretas* (Lima), 7.1991, págs. 30 y ss.; el Parlamento elaboró dos meses más tarde una ley derogando el DS (IA 52/März 91/6).

<sup>32</sup> Sog. *Leyes Cumplido* (cfr. N. 19 y IA 49/dic. 1990/4 y ss.).

<sup>33</sup> Según AI, *op. cit.* (N. 27), pág. 15, "no se sabe de ningún caso que afecte a personal militar ocurrido durante el mandato del actual gobierno (García) en que la CSJ, que puede conceder la jurisdicción a los tribunales civiles haya actuado en tal sentido" y además: los tribunales militares "no han condenado a ningún miembro del ejército por delitos derivados de torturas, violaciones o ejecuciones sumarias..."; cfr. también Americas Watch/CAJ: *Derechos humanos en el Perú. Cierta pasividad frente a los abusos*, Lima, 1987, pág. 68; SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 18; CAJ, *ob. cit.*, págs. 97 y ss.

<sup>34</sup> GARCÍA SAYÁN, *op. cit.*, pág. 46.

<sup>35</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 187.

3) *Estados de excepción, persecución penal y derechos humanos*. Todas las constituciones latinoamericanas contienen normas con respecto a la declaración del estado de emergencia, más o menos orientadas al art. 27 de la "Convención Americana sobre DDHH" (CADDHH), según la cual ciertas garantías<sup>36</sup> pueden ser levantadas "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte"<sup>37</sup>.

Además, el estado de emergencia tiene como consecuencia un control político-militar por las fuerzas armadas en las regiones afectadas. Eso dificulta o impide el trabajo de los órganos estatales de persecución penal y de abogados defensores, así como un control por organizaciones de derechos humanos o por la prensa<sup>38</sup>. En la mayoría de las ocasiones no se respeta el orden jurídico mínimo previsto en las constituciones y se puede concluir, por ejemplo en el caso del Perú, con el relator especial de la ONU:

"El problema principal ... es que el mecanismo previsto por la ley funciona con grandes dificultades ... Estas disposiciones jurídicas son consideradas demasiado onerosas por las personas encargadas directamente de restablecer la ley ... Sin embargo, este argumento nunca podrá ser utilizado para permitir que continúen prácticas que están prohibidas inequívocamente por la ley"<sup>39</sup>.

Por lo tanto y en primer lugar, la situación legal y su cumplimiento con normas internacionales (art. 27 CADDHH) deben ser investigados. Además, cabe la pregunta de si la declaración del estado de emergencia cumple los requisitos constitucionales y del derecho internacional, de cuáles son los derechos restringidos y de si la *impunidad* es facilitada o favorecida por el estado de excepción. Como caso especial se debe analizar la relación entre el derecho del *habeas corpus* y el estado de emergencia<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> La suspensión de los siguientes derechos está prohibida: el reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y religión; protección a la familia; derecho al nombre, a la nacionalidad; derechos políticos y garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (27 inc. 2 CADDHH = Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en: CAJ, *op. cit.*, (N 3), págs. 57 y ss.

<sup>37</sup> *Ibid.*; *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos* (PIDCP) de 1966 permite la suspensión de ciertas garantías "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente"; es prohibido la suspensión de los derechos de los arts. 6-8, 11, 15, 16, 18 (art. 4 inc. 1, 2 cfr. en: CAJ, *op. cit.*, [N 3], págs. 19 y ss.).

<sup>38</sup> Cfr. International Commission of Jurists: *States of Emergency. Their impact on human rights*, Ginebra, 1983; para Perú: Americas Watch: *Tolerating abuses. Violations of human rights in Peru*, New York/Washington D. C., 1988, págs. 23 y ss.; AI: *Peru. Human Rights in a state of emergency*, London (AMR 46/49/89), August 1989.

<sup>39</sup> En: AI *op. cit.*, (N 27), pág. 16 y págs. 3, 14.

<sup>40</sup> El derecho de *habeas corpus* se originó en la misma acta inglesa (*H.C. Act*) de 1679, y sirve como "recurso sencillo y rápido" (art. 25 inc. 1 CADDHH) en caso de detención arbitraria, sobre todo en las zonas de emergencia (cfr. art. 104 *Grundgesetz* alemán y art. 295 *Constit.* peruana; también: DIEGO GARCÍA SAYÁN, *Habeas corpus y estados de emergencia*, Lima, 1988).

4) *Restricciones de la administración de la justicia.* Según SCHMIDT, la justicia es —por un lado— eludida [*bypassed*] en casos de violaciones de derechos humanos dejándola *out of the process of punishment* o decidiendo *not to get involved* y —por otro lado— *becomes an accessory to state crimes by acts of commission rather than omission*<sup>41</sup>. El último caso —la participación de la justicia por comisión u omisión— requiere un análisis más detallado, partiendo de la cuestión de si la justicia es dirigida por consideraciones exclusivamente legales y de si su imprescindible independencia es garantizada. En ese contexto parece de suma importancia el papel de la justicia durante las dictaduras, v. gr., en el caso chileno, donde se afirma, con base en el *Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación* [*"Informe Rettig"*], que "la Corte Suprema tiene una responsabilidad enorme" y "se podrían haber salvado vidas si la actuación hubiese sido otra"<sup>42</sup>.

Metodológicamente, se debe empezar con un análisis de la distribución de competencias y de la estructura orgánica (instancias) del poder judicial. Además parece importante el proceso de selección de los jueces, su calificación y la descripción de medidas especiales para su protección<sup>43</sup>. Finalmente, se tiene que delimitar la justicia ordinaria frente a la militar.

5) *Aspectos procesales.* La cesación del procedimiento o la suspensión definitiva son elementos de los que se abusa en muchas ocasiones para terminar procesos sobre violaciones de los derechos humanos que involucran miembros de los órganos de seguridad<sup>44</sup>.

Según el art. 473 del C. de P. P. colombiano (decreto 50 de 1987), el juez "decretará cesación de procedimiento" si —transcurrido un año de reapertura de investigación— no hay mérito para dictar resolución de acusación<sup>45</sup>. Esta norma, que facilita la cesación, "se constituye", según la "Comisión de Estudios sobre la Violencia" del gobierno colombiano, "en poderoso factor de impunidad"<sup>46</sup>.

Por lo tanto es necesario comparar y analizar tales normas y examinar su cumplimiento con los principios de un Estado de Derecho.

Un problema más surge de la práctica de torturas en la fase de diligencias policiales con el objetivo de forzar confesiones y otras declaraciones comprometido-

<sup>41</sup> SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 168.

<sup>42</sup> N. CAUCOTO, abogado de la Vicaría de Solidaridad; cfr. IA 52/marzo 91/4.

<sup>43</sup> La necesidad de tales medidas, sobre todo en el Perú y Colombia, deriva de los ataques contra órganos de la justicia (cfr. International Commission of Jurists —Centre for the Independence of Judges and Lawyers: *Attacks on Justice. The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers* [July 1989 June 1990], Ginebra 1990); cfr. e.g. el "Estatuto de Defensa de la Justicia" colombiano de 20.11.1990 (decreto de estado de sitio 2790, cfr. IA, 49/dic. 1990/3).

<sup>44</sup> HUHLE, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>45</sup> El art. 473 fue modificado por art. 24 del decreto de estado de sitio 1861 de 1989 (cfr. JORGE ORTEGA TORRES, *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, 1990, pág. 247).

<sup>46</sup> Comisión de Estudios sobre la Violencia, *Colombia: Violencia y Democracia*, Bogotá, 1988, pág. 217; cfr. CAJ, *op. cit.*, págs. 167 y ss.

ras. En este contexto el punto central parece ser el *status* procesal del detenido inculcado; sigue la pregunta sobre prohibiciones en la práctica de pruebas y la valoración de pruebas practicadas para otorgar al inculcado torturado derechos de defenderse, sobre todo retractando sus declaraciones hechas en circunstancias de tortura. En cuanto a la *impunidad*<sup>47</sup>, cabría aclarar si los órganos de seguridad que usan estas medidas criminales son perseguidos penalmente.

<sup>47</sup> El problema señalado constituye en primer lugar una forma directa de violación de los derechos humanos y por lo tanto no cae sistemáticamente en el marco de un proyecto sobre *impunidad*; sin embargo, por su relevancia práctica parece importante tratarlo.

JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

### No es absoluta la prohibición de excarcelar del art. 441 del C. de P. P.

La prohibición de libertad provisional del art. 441 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en los que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario.

Bogotá, julio 31 de 1991

M. P.: Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Comentario: ALFONSO CADAVID Q.\*

#### I. HECHOS:

“El día miércoles 24 del mes de enero del año en curso, a eso de las nueve de la noche, en la población de Río Oro, se dirigió a la heladería Madona, de propiedad de Ciro Alfonso O. R., la joven Rubiela N. S., quien iba acompañada del menor Gustavo O., hijo del propietario del establecimiento. La mencionada mujer le solicitó como tía del menor al señor Ciro Alfonso que le diera una paleta a este, a lo cual Ciro Alfonso reaccionó diciéndole que no había que acostumbrar al niño a comer paletas todas las noches, y como la resentida tía le dijera al niño que se fuera llorando, el propietario reaccionó dándole una bofetada a ella, tal como claramente lo expresa la agredida en su denuncia. La presunta lesionada formula su denun-

cia ante el juzgado promiscuo municipal de Río de Oro, por el delito de lesiones personales adjuntando a la misma una certificación médica en la cual se hacía alusión a «un ligero eritema a nivel de la mejilla». El juez sindicado, sin adelantar ninguna indagación previa resuelve abrir investigación penal por el hecho denunciado; ordena remitir a la presunta lesionada al mismo médico para que este dictamine sobre las lesiones, y, no obstante que el referido galeno manifiesta que el eritema hallado a la reconocida no ameritaba «incapacidad alguna», y que no existía en el expediente ninguna otra prueba que pudiera evidenciar una lesión personal, resuelve proferir contra el imputado Ciro Alfonso medida de aseguramiento por el delito premeditado, en la modali-

\* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor Auxiliar de Derecho Penal en la misma universidad.

NO ES ABSOLUTA LA PROHIBICIÓN DE EXCARCELAR

dad de conminación, e imponerle una serie de obligaciones colaterales.

"El asegurado creyéndose lesionado en sus derechos formula denuncia penal contra el juez P. S., por modo que son esos los hechos generadores del presente proceso".

2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO\*:

B. Medida de aseguramiento y libertad provisional.

Habida consideración de que en este asunto se cumplen los presupuestos sustanciales para adoptar una medida de aseguramiento contra el funcionario procesado y que, conforme al artículo 421 de nuestro estatuto de procedimiento penal, la pertinente al delito de prevaricato por acción es la de detención preventiva, ningún reparo puede formularse a ese aspecto de la decisión impugnada.

Sin embargo, y en punto de la libertad provisional, considera oportuno la delegada fijar su criterio respecto al debatido tema de las excepciones que el artículo 441.4 del C. P. P. ha establecido para la causal de libertad provisional consagrada en el artículo 439.1 ibídem, con el ánimo de solicitar que en este caso se confirme la concesión del beneficio y que sea la oportunidad para que la Corte replantee su criterio interpretativo sobre tan polémica norma.

De ninguna manera pretende la delegada presentar una novedad interpretativa frente a la hermenéutica adoptada por la H. Corte; se trata únicamente de recoger planteamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales que contribuyen a la dinámica propia de una ciencia en permanente evolución, como ocurre con el derecho penal, los cuales a decir verdad venían sosteniéndose y aplicándose hasta que esa corporación fijó criterio el que ahora postula.

En efecto, bien conocida es la tesis plasmada en pronunciamiento de 31 de enero de

1989, mediante la cual, la sala de casación penal del máximo tribunal de justicia, con ponencia del doctor Rodolfo Mantilla Jácome, confirmó una decisión que denegó el beneficio de la libertad provisional a un sindicado del delito de privación ilegal de libertad; sustentada, entre otros argumentos, en el principio de interpretación de las leyes contenido en el artículo 27 del Código Civil, que condujo a la alta corporación judicial a considerar inadmisibles "pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental..."

No obstante, una tal argumentación merece ser reconsiderada y así muy respetuosamente lo impetra esta representación del ministerio público, pues, el alcance de la norma que sirve de apoyo a la tesis jurisprudencial llega más lejos, ya que al establecer que "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu..." en ningún momento está autorizando la aplicación literal de la ley por su claridad gramatical, sino que está sometiendo la aplicación literal a la previa claridad del sentido de la ley. Son entonces, dos los conceptos que involucra esta regla normativa de hermenéutica: "el sentido" y el "tenor literal" de la ley, o sea que la claridad no está referida al "tenor literal" sino al "sentido"; por tanto, *contrario sensu*, cuando el "sentido" de la ley no es claro, es admisible desatender su tenor literal.

Este a no dudarlo es el contenido y alcance que se le ha dado a tal regla interpretativa, y no de ahora sino prácticamente desde antiguo; de ahí que se haya puesto en duda la afirmación de quienes creen que en el referido artículo 27 del Código Civil se reconoce la llamada interpretación exegética, pues como ya lo recordara, entre otros, FUEYO LANERI al comentar la disposición del Código Civil Chileno que corresponde al 27 de

nuestra legislación privada —citado por FERNANDO GÓMEZ MEJÍA en *La interpretación del derecho*, pág. 175— no es lo mismo "tenor literal" que "sentido" y, por lo tanto, el solo tenor literal claro, no hace claro el sentido de una ley; la claridad solo resulta después de la aplicación de los elementos: gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico.

Indudablemente el "tenor literal" del artículo 441.4 del C. de P. P. es absolutamente inteligible; lo que no es claro es su sentido como parte integrante de la ley procesal penal, que debe "seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones..." (ley 52 de 1984, art. 1); y cuya finalidad, además, es "la efectividad del derecho material y de las garantías debidas" a las personas que intervienen en el procedimiento (art. 11 C. de P. P.).

Y se afirma que dentro del contexto legal al cual pertenece, el artículo 441.4 del C. de P. P. no es claro en su sentido, porque contaría la garantía del artículo 68 del Código Penal, en virtud de la cual un condenado a pena de arresto o a prisión inferior a tres años, que no requiere tratamiento penitenciario, tiene derecho a no ser privado de la libertad. Luego resulta incongruente que en el curso del proceso y mediante la detención preventiva, se desconozca aquel beneficio y se haga efectivo al concluir la actuación, cuando los efectos perjudiciales que la ley quería ahorrarle al procesado, ya son irreversibles. En otras palabras, no tiene sentido aplicar anticipadamente una pena que el condenado no está obligado a descontar efectivamente.

Dado el contrasentido lógico, jurídico, político-criminal y criminológico que se observa entre los artículos 68 del C. P. y 441.4 del C. de P. P., le es imposible al juzgador aplicar textualmente el último, sin contrariar el primero, por lo que se hace indispensable recurrir a una interpretación sistemática y finalística que permita la aplicación compatible de las dos normas.

Es sabido que el subrogado de la condena de ejecución condicional se sustenta en un factor objetivo, la pena, y en otro subjetivo, la necesidad de someter al condenado a tratamiento penitenciario. No obstante, la causal de excarcelación consagrada con fundamento en la existencia de los requisitos que permiten suspender la condena, excluye el factor subjetivo, de manera tal que se concede tomando en consideración únicamente la pena que sería imponible en caso de sentencia condenatoria.

Ahora bien, como el artículo 441.4 del estatuto procesal establece la prohibición de excarcelación conforme lo reglamenta el 439.1 ibídem, en los casos en que aquella expresamente señala, ha de entenderse que se trata de una excepción para el otorgamiento de la libertad provisional sin consideración al factor subjetivo; vale decir, que para otorgar este beneficio, en los casos expresamente consagrados en la disposición primeramente citada, si es necesario determinar si el procesado, en caso de condena, requeriría de tratamiento penitenciario. De este modo, puede aplicarse la excepción legal, sin contrariar lo dispuesto por el artículo 68 del C. P. y en consecuencia, sin desconocer la garantía procesal que allí se contempla en favor del procesado.

Acogiendo la interpretación sistemática y teleológica enunciada, por consiguiente, y aun cuando el juez de primera instancia no hizo alusión alguna a la necesidad o improcedencia de someter al procesado a tratamiento penitenciario, se llega a la conclusión de que en este caso, es procedente el otorgamiento de la libertad provisional. Porque, es que además, no puede perderse de vista, que los subrogados penales son realmente sustitutos penales, nominación con la cual fueron estructurados por la llamada Escuela Positiva italiana, y la caprichosa traducción no puede hacerle variar su contenido, filosofía y alcances político-criminales, pues, como su nombre original lo indica se trata de mecanismos sustitutivos de las penas privativas de la liber-

\* A cargo del Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, procurador segundo delegado en lo penal.

tad y si la detención preventiva forma parte de la pena a cumplir, no resulta razonablemente comprensible que se reconozca el sustitutivo previo cumplimiento de la pena a suspender.

### 3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1°. Se acreditó debidamente, que el doctor P. S. actuó en el proceso que originó esta investigación en calidad de juez penal municipal de Río de Oro (Cesar).

2°. De acuerdo con las copias auténticas del expediente que obran en autos, está plenamente acreditado que el 29 de enero de 1990, el juez acusado recibió una denuncia formulada por la señorita Rubiela N. S., en la cual sindicaba a Ciro O., padre de su sobrino de haberle dado a ella "una bofetada en la mejilla derecha", en las horas de la noche del día miércoles 24 inmediatamente anterior. Aunque en la diligencia no se dijo nada, a continuación se anexó una constancia médica del Centro Materno Infantil, en la cual dice que luego de ser examinada el día de los hechos, "se encontró que presenta ligero eritema a nivel de la mejilla del lado derecho" (subraya la sala).

Ni la denunciante manifestó haber sido lesionada (únicamente dijo que recibió una bofetada), ni el juez hizo observación alguna al respecto, ni la constancia del médico particular permitía inferir lesiones que justificaran la acción penal, sin embargo, el juez resolvió abrir investigación el mismo día que recibió la denuncia, disponiendo entre otras diligencias, la indagatoria del sindicado y el reconocimiento médico de la presunta ofendida. De este hecho ya se puede inferir el interés del funcionario en procesar a Ciro O., porque es evidente que no ha debido dictar auto cabeza de proceso hasta adelantar las diligencias preliminares, que le permitiría tener mejores elementos de juicio sobre la verdad de los hechos y su adecuación típica, aspectos que en ese momento eran inciertos.

3°. Las personas citadas en la denuncia como testigos de la agresión, F. S. R. (fl. 113), R. J. Q. (fl. 22) y M. P. (fl. 25), fueron unánimes en afirmar en sus respectivas declaraciones, que no vieron absolutamente nada. La nueva certificación médica expedida en enero 29, día de la denuncia, por el mismo doctor que hizo el reconocimiento inicial, es clara en señalar que "En la fecha se practicó primer reconocimiento médico legal a la señorita Rubiela N. S. *Al examen físico no se encontró lesión*. Le adjunto certificación expedida por mi persona el día 29 de los corrientes". Pasados algunos días el doctor amplía el dictamen a solicitud del señor juez, en cuya certificación dice que el eritema "fue producto posiblemente por objeto contundente, *no amerita incapacidad alguna*".

El indagado manifestó no tener ningún trato con la denunciante y *negó haber sido autor del hecho imputado*, el que calificó como un invento y una mentira. A su vez, acusó a su antigua compañera de nombre Carmenza, hermana de la denunciante, de ir hasta su negocio a insultarlo y a crearle problemas.

No obstante la precaria situación probatoria y la claridad del dictamen médico, el juez P. S. encontró mérito para imponerle al indagado medida de aseguramiento de conminación, por el delito de lesiones personales.

El defensor, para tratar de demostrar que sí existía la prueba requerida para imponer la conminación, construye con el certificado médico que acredita el eritema y la afirmación de la denunciante, un indicio que califica como "grave", conclusión francamente inaceptable, de una parte, porque el dictamen no ofrece ningún elemento para deducir la identidad del autor, y de otra, porque el dicho de la denunciante no encontró respaldo ni siquiera en los testigos citados por ella.

4°. Pero lo que resulta manifiestamente contrario a la ley, es que aún en el hipotético evento de que hubiera existido la prueba necesaria para endilgarle la autoría de la bofetada a Ciro O., no había ninguna razón para considerar típico ese comportamiento.

La doctrina universal mantiene la discusión sobre el ámbito que comprende los conceptos de salud e integridad corporal, como bienes jurídicos protegidos con las normas penales que sancionan las lesiones personales.

Mientras para algunos solo se afecta el bien jurídico con atentados que alteren en forma temporal o permanente el funcionamiento, la actividad del sujeto, para otros basta un menoscabo en la salud personal, así no impida el desarrollo de la actividad habitual del ofendido ni exige asistencia médica. Esta es una controversia doctrinal, pero como es obvio, la tipicidad depende es de lo previsto en la ley.

Los ataques leves que dejan en el cuerpo una huella, sin que constituya enfermedad, por ejemplo una contusión sin solución de continuidad o una escoriación, el Código Penal italiano los tipifica como delito de "Golpes" (art. 581) (*Manual de derecho penal*, SILVIO RANIERI, tomo V, pág. 353 - *Derecho penal*, GIUSEPPE MAGGIORE, tomo IV, pág. 329); el Código Penal español consagra en un tipo especial (art. 582), los golpes y maltratos de obra a otro sin causarle lesión; el Código Penal cubano (art. 328.1) describe expresamente el comportamiento del que "maltrate de obra a otro cuando las lesiones que cause no dejen secuela ni necesiten asistencia médica", y lo sanciona con multa. En la legislación colombiana, máximo daría lugar a injurias de hecho, si injuriar fue la intención del autor, o de no tipificarse penalmente, podría caer en el campo del derecho policivo.

El Código Penal describe como delito de lesiones "El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud", y es punible cuando el daño consistiere —por lo menos— "en incapacidad para trabajar o enfermedad". La adecuación típica debe realizarse tomando el precepto previsto en el artículo 331, y completándolo con las normas sancionatorias de los artículos siguientes, de tal forma, que si no existe lo descrito en el precepto, o existiendo este la consecuencia no está consagrada en ninguna disposición, la conducta es atípica.

El punto fundamental no radica en aceptar si el "ligero eritema" certificado inicialmente

por el médico en consulta particular, inexistente para el momento del primer dictamen médico legal, puede llamarse o no lesión personal, pues lo evidente es que ese maltrato no generó ninguna incapacidad, y con la simple lectura del Código se ve que es un resultado atípico.

No es que el artículo 331 del Código Penal a nada obligue o nada preceptúe, como lo afirma el defensor malinterpretando el concepto fiscal; todo lo contrario, contiene el precepto, la descripción de la conducta, pero la consecuencia punible se encuentra en las demás normas, que sirven para completar su estructura. Tampoco es una "personalísima interpretación" del procurador delegado, llamar al artículo 331 tipo "incompleto" de carácter "preceptivo", pues ese es el nombre común utilizado por doctrinantes nacionales y extranjeros, el cual, ciertamente se ajusta al contenido del tipo.

No se le puede aceptar al señor defensor la afirmación apoyada en la obra *Juristas y medicina*, de que "toda lesión por pequeña o leve que sea implica una incapacidad", pues si su opinión es que por lesión personal "se entiende cualquier cambio de la integridad física, cualquier modificación en el organismo o cualquier alteración en el cuerpo producido por la acción de un agente externo", resulta lógico y evidente, que hay alteraciones que no producen incapacidad para trabajar ni enfermedad, que son los efectos que prevé la ley. Pero la incorrección de la tesis no deja duda, si además pretende señalar que el mismo la incapacidad, con la excusa de que el médico estaba obligado a hacerlo, pues eso significa cambiar el dictamen, en donde el perito claramente dijo que el "ligero eritema" no produjo incapacidad alguna.

El procesado sabía que para que una lesión personal sea típica, debe producir —por lo menos— incapacidad para trabajar o enfermedad, prueba de ello es que al remitir a la denunciante al reconocimiento médico legal, solicitó en el oficio que se precisara la "incapacidad y posibles secuelas" (fl 4). Posteriormente, de manera oficiosa le pidió nuevamente



al médico que certifique "...qué incapacidad pudo causarle a la señora Rubiela N. S., el eritema, que según certificación suya de fecha 24 de enero presentaba dicha señora...".

Aún con la respuesta negativa del médico legista, clara, sin posibilidad alguna de que pudiera interpretarse de manera diferente, el juez en forma torcicera dice en el auto: "El delito porque (sic) se procede, está tipificado dentro del Título XIII, Capítulo segundo del Código Penal, con la denominación de lesiones personales, con incapacidad para trabajar o enfermedad, sancionado con una pena de arresto que oscila entre dos meses a dos años y multa de cien pesos a mil pesos...". ¿Cuál incapacidad, si el dictamen del perito descartó esa conclusión? No existe la más mínima posibilidad de que se tratara de un error del fallador, en cambio sí encuentra respaldo procesal, la afirmación de la existencia del dolo hecha por el tribunal.

Para imponerle al indagado medida de aseguramiento, necesitaba imputarle un delito, y siendo evidente que la conducta endilgada era atípica, no tuvo ningún reparo en someterlo a conminación, eludiendo en el auto toda referencia al punto concreto de la incapacidad, y a la parte del dictamen médico en el cual le informan que esta no existió.

La calificación provisional realizada por el tribunal, en cuanto el llamamiento a juicio es por el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del libro segundo, título tercero, capítulo séptimo del Código Penal, es correcta, y no existió la informalidad que insinúa el defensor que interpuso el recurso de apelación, para ello: basta mirar el folio 14 de la providencia. La circunstancia de llamar al prevaricato "comisivo", no genera ninguna confusión ni afecta la ritualidad del proceso, pues del término utilizado y del contexto, resulta perfectamente claro que se refiere al de "acción", precisamente así lo entendió el propio impugnante.

5°. El juez se precipitó a abrir investigación sin existir fundamento suficiente para ello; la bofetada no produjo ninguna consecuencia pu-

nible, de la cual estaba perfectamente conciente, y sin embargo impuso una medida de aseguramiento de conminación; sus descargos, antes que ofrecer una explicación atendible, se limitan a decir que para eso son los recursos, argumento absurdo, porque si fuera así, el prevaricato solo existiría en las decisiones inimpugnables. Con los elementos anteriores acierta el *a quo* al estimar que obró con dolo.

6°. Las circunstancias genéricas de agravación, no modificadoras del límite mínimo y máximo de la punibilidad, se deducen en el momento de dictar sentencia, por lo tanto no es todavía oportuno discutir sobre si procede o no su aplicación. Se debe, eso sí, responder al procurador delegado, que la Corte ha admitido la procedencia de la agravante del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, aún en casos en que la condición de empleado oficial es exigida por el tipo, luego esa no es razón para excluirla automáticamente. Al respecto se pueden consultar fallos de noviembre 21 de 1990, con ponencia del doctor GUILLERMO DUQUE RUIZ, y de marzo 20 de 1991, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido.

7°. La libertad provisional. El tribunal superior otorga al procesado el beneficio de la libertad caucionada, prevista en la causal 1ª del art. 439 del Código de Procedimiento Penal sin mencionar la prohibición del numeral 4° del artículo 441 *ibidem*, motivo por el cual se desconoce su criterio al respecto.

En pronunciamientos anteriores la Corte ha negado la concesión de la libertad provisional, cuando el delito por el que se procede está incluido en la lista del numeral 4° del citado artículo 441, con el argumento de que la prohibición es perfectamente clara, y no se puede desconocer su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

La regla de interpretación del artículo 27 del Código Civil, a lo cual se refiere el ministro público, dice:

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su inten-

ción o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

En el caso de la prohibición en comento, el sentido no es claro, pues precisamente resulta un contrasentido, que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, descontará en prisión toda la pena o una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo.

El tenor literal del artículo 441 es: "No tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1 del artículo 439 de este Código", y el numeral primero dice: "Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita de tratamiento penitenciario".

Esto permite inferir, que la prohibición de libertad provisional se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario. Dicho en

sentido contrario, en los casos previstos en el artículo 441, se puede negar la libertad cuando el procesado requiere de tratamiento penitenciario.

Esta interpretación sugerida por doctrinantes y expositores nacionales y propuesta por el ministerio público, considera la sala que se ajusta a una debida apreciación sistemática de la ley, y evita situaciones contradictorias e injustas, que constituyen motivo suficiente para variar la jurisprudencia en aras de una mejor administración de justicia. Además, este entendimiento coincide con el propósito del legislador de que la excarcelación constituya la norma general.

Con esta motivación, el auto recurrido será confirmado también en cuanto a la libertad provisional concedida al imputado, pero afirmando la necesidad de que durante la etapa probatoria del juicio se indague más sobre la imputación del denunciante y su defensor, en cuanto a la deuda a cargo del juez por consumo en la discoteca, y su actitud arbitraria para exigir atención en horas no permitidas, pues en el hipotético evento de una sentencia condenatoria, es un factor importante para definir si requiere o no de tratamiento penitenciario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —sala de casación penal—,

*Resuelve:*

Confirmar la resolución de acusación recurrida, con las observaciones consignadas en la parte motiva.

## COMENTARIO

El proceso iniciado con la expedición del C. de P. P. de 1971, que en su art. 453.5 posibilitaba conceder la libertad provisional al calificar el mérito del sumario, si el juez estimaba encontrar cumplidos los requisitos exigidos por la ley para conceder la condena de ejecución condicional y que de alguna forma parecía hacerse progresivamente más liberal, resultó ser detenido por una postura quizá no orientada conscientemente a ello, pero por completo funcional a las necesidades de un control social violento, de parte de la judicatura, con mecanismos como la aplicación literal y acrítica del artículo 441.4 del C. de P. P.

Quisiéramos efectuar algunas consideraciones sobre la condena de ejecución condicional, antes de aludir en concreto al fallo en comento.

El proceso de lenta superación de la primacía de la pena privativa de la libertad como mecanismo de control social formal, que se ha venido dando en por lo menos algunos países europeos, ha posibilitado paralelamente y como consecuencia de ello que se desarrollen formas alternativas de ejecución penal, entre ellas la condena de ejecución condicional o condena condicional, según cada ordenamiento jurídico la denomine, o instituciones que como la *probation* propia de los sistemas anglosajones, obedecen a la misma esencia de aquella y que fue primera en el tiempo.

El nivel de desarrollo de estos países y la disponibilidad de medios de distinto tipo permite hacer efectivo el control social, a través de los mecanismos que como obligaciones inherentes a la concesión del subrogado se imponen al sujeto al cual este es otorgado; así por ejemplo, en el sistema de *probation* un tutor encargado de la asistencia y vigilancia de la vida del condenado en prácticamente todas las esferas, cual si fuera un incapaz.

En países de "nuestro margen" una posibilidad tal, se mantiene aún al nivel de lo utópico. La intensidad del conflicto social y la imposibilidad más que coyuntural, estructural, de solucionarlo exige mantener en primer plano entre los mecanismos de control social a la prisión, bien por sus aspectos intimidativos o por los reproductores de un ilegalismo controlable y encubridor de otros ilegalismos como pretendía FOUCAULT, etc.

Obligaciones como las previstas para ser impuestas en forma paulatina con la concesión del subrogado en mención claramente pretenden extender el control social por fuera de los muros de la cárcel; sin embargo, comportan un control mucho menos violento y destructor de la personalidad que el que sobreviene como consecuencia de la reclusión en prisión del condenado.

El problema resulta más agudo cuando la prisión se ejecuta sobre procesados no condenados, llevándose en calle principios como el de la presunción de inocencia y el llamado *favor libertatis* que simplemente se mantienen a nivel de eficacia simbólica, no de eficacia instrumental.

Contradicciones, aparentes o no, como la presentada entre los artículos 439.1 y 441.4 del Código de Procedimiento Penal actual, no resultan por completo un absurdo y por el contrario adquieren carácter funcional, al permitir disímiles soluciones frente al mismo problema y por una u otra de las cuales se optará según el momento y las necesidades del control social lo requieran o aconsejen.

En el trasfondo de tal situación subyace el conflicto por la apropiación del sentido de las palabras de la ley, entre los representantes de los distintos intereses en juego.

Entre nosotros no deja de reforzarse un discurso según el cual el no internamiento en prisión del condenado o del simplemente procesado denotan cosa no distinta al allanamiento del camino a la impunidad, a la cesión que del espacio propio del orden se confiere a la delincuencia, etc.

Es a partir de los anteriores planteamientos que pensamos debe analizarse la providencia de la Corte de julio 31 de 1991.

El presunto tenor evidente de la disposición consagrada en el art. 441, ord. 4 del C. de P. P. ha venido siendo la justificación necesaria para mantener inútilmente privados de su libertad a quienes después serán liberados si bien no siempre por vía de absolución, por lo menos, en la mayoría de ocasiones, por vía del otorgamiento del subrogado. Y ello con la aquiescencia de la Corte Suprema de Justicia (auto de enero 31 de 1989. NFP, núm. 46, págs. 503 y ss.).

La tentación de ceder a una interpretación asistemática, ciñéndose al mero tenor literal del texto permitió manifestar a la corporación en tal oportunidad: "Y pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental es inadmisibles".

La nueva postura, a partir de la cual esperamos se asuma una nueva actitud frente al problema recoge los argumentos más frecuentemente expuestos en pro de la concesión de la libertad provisional: La indicación del absurdo que comporta mantener recluido en prisión a quien después será dejado en libertad, infligiendo un mal innecesario al procesado; y la necesidad de armonizar las dos disposiciones aparentemente en conflicto, poniendo de presente cómo el art. 439 prohíbe acudir a la necesidad de tratamiento penitenciario para negar el beneficio de la libertad provisional e indicando cómo el art. 441 para no incurrir en contradicción con aquel, debe entenderse no como una prohibición ilimitada, sino concretada por las necesidades del tratamiento penitenciario (concepto por demás bastante etéreo y discutible). Postura la última defendida por los miembros de la comisión redactora del Código BERNAL y MONTEALEGRE, en las ya sucesivas ediciones de su obra *El proceso penal* (1987, U. Externado de Colombia, 1990 Centro de Estudios Penales), resaltando el carácter meramente retributivo de la privación de la libertad en tales condiciones y añadimos, más aún frente a un sujeto todavía no declarado responsable\*.

La tradicional renuencia de la Corte a conceder la libertad a los procesados por la vía comentada, o a los condenados por la vía del subrogado de la condena de ejecución condicional encontró un punto de máxima importancia en providencia de la Corte de mayo 10 de 1988 cuando manifestó la insuficiencia de argumentos *nihilistas* en contra de la prisión para sustentar la petición de libertad, insinuando al tiempo la existencia de elementos positivos en la ejecución de la pena de prisión concretados en solicitudes frecuentes de rebaja de pena por "estudio y educación"

\* Las veleidades de la Corte o de sus miembros conducen a que sean suscritas pasivamente posturas tan disímiles como las asumidas en las dos providencias citadas, sin que los magistrados que las refrendan aclaren o justifiquen las razones de su cambio de actitud.

Igual con fallos de mayo 6/87 (M. P. Guillermo Dávila M.) y agosto 19/87 (M. P. Guillermo Duque R.), ambos en "G. J.", 2428 (págs. 430 y 431; 148 y 149) cuando en menos de tres meses, providencias acogidas unánimemente manifestaron la relativa imposibilidad (debida a la amplitud concedida al fallador) y la posibilidad respectivamente, de invocar la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial, para impugnar en sede de tal recurso la negativa a conceder el subrogado consagrado en el artículo 68 del Código Penal. Tampoco se manifestó el motivo para tal cambio de actitud (lo que obviamente no debe entenderse como que fueran fallos inmotivados).

(*Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVII, núm. 199, jul/88, pág. 556) plantea en el fondo una paradoja deplorable: pareciera que para cumplir el cometido de alfabetizar e instruir a los ciudadanos, se deba acudir a mecanismos tan violentos como la reclusión en un establecimiento carcelario, para subsanar allí a través de una paralela destrucción de la personalidad del individuo los incumplidos deberes, bien del Estado o bien de la sociedad con cada uno de sus miembros.

La decisión de mantener o no privado de la libertad a un ciudadano, no puede hacer abstracción de lo que es la realidad de la ejecución penal, si se desea hacer una práctica judicial que supere los esquemas ideales, que en aras de mantener la coherencia de su discurso, desatienden las gravosas consecuencias que acarrearán en la praxis.

A toda decisión judicial, y más evidentemente si hace relación a lo penal, subyace un trasfondo político. La decisión adoptada por la Corte, esperamos sirva de precedente para que los apáticos despachos judiciales, en lo que a la concesión de la libertad respecta, consideren la necesidad de hacer efectivos los postulados tantas veces enunciados, y a los cuales la ley procesal ha conferido el carácter de rectores. Es una decisión política propia de una judicatura democrática.

Finalmente, no resistimos la tentación de enunciar brevemente un aspecto que la providencia pone de presente y que la práctica del consultorio jurídico puso en evidencia al menos en algunos juzgados penales municipales de la ciudad de Medellín. El tipo vertido en el artículo 332 del Código Penal exige un resultado, sin el cual la conducta obviamente, deviene atípica. Tal resultado consiste en "incapacidad para trabajar o enfermedad". La simple existencia de equimosis, escoriaciones y otros resultados ínfimos producto de la acción del agresor no producen por sí incapacidad para trabajar.

Los dictámenes de peritos que fijan incapacidad, señalan el tiempo necesario para que la huella dejada por la agresión desaparezca, pero ello no comporta que durante tal período el sujeto pasivo quede necesariamente en imposibilidad para laborar que repetimos es uno de los dos resultados que exige la figura.

La decisión de la Corte pone de presente la inexistencia entre nosotros del delito de golpes u otros similares consagrados en distintos ordenamientos jurídicos, dejando en evidencia cómo la cantidad de fallos inexplicablemente confirmados por juzgados superiores, que han acogido la tesis acá criticada, han resultado atentar contra el principio de legalidad.

## Tribunal Superior de Antioquia Tribunal Superior de Medellín

### Hurto: delito y contravención

Sentencia de junio 18 de 1991

M. P.: Dr. JAIME NANCLARES VELEZ (conformaron la sala, además, los Drs. Sigifredo Espinosa Pérez y Sonia Gil Molina).

Comentario: JUAN CARLOS AMAYA CASTRILLÓN\*

#### Consideraciones del Tribunal:

La sala asume el conocimiento del proceso, y no obstante que el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Diego Juan G. R. le otorga competencia "para decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada", conforme lo preceptúa el art. 538 del C. de P. Penal, circunscribirá su estudio a la situación procesal del precitado acusado, al no considerar indispensable, necesario o conveniente la revisión con respecto al procesado Orlando de Jesús O. L., que como se sabe, tanto él como su defensor estuvieron conformes con la sentencia condenatoria al omitir su impugnación: "...el *ad-quem* solo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que, si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o no sustentados, ya que según el artículo 538 del Código de Procedimiento Penal (197 bis del anterior estatuto), "el recurso de apelación otorga competen-

cia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada", enseña la Corte Suprema de Justicia (Auto noviembre 11 de 1986. Magistrado ponente: Guillermo Duque Ruiz).

Sin embargo, prescindirá del análisis de fondo del proceso que le permita decidir sobre el acierto o no del fallo impugnado, en lo que se relaciona con el procesado G. R., se repite, porque advierte la presencia de la causal 1ª de nulidad legal consagrada en el art. 305 del C. de P. Penal que lo afecta *parcialmente*, y concretamente, en lo concerniente al mencionado procesado y al cosindicado Luis Fernando H. P.

En efecto, la conducta contra el patrimonio económico atribuida a estos dos procesados, con el advenimiento de la ley 23 de 1991, a partir del 21 de marzo postrero, se desplazó del delito de hurto calificado y agravado a la contravención especial de hurto simple, de competencia de los funcionarios de policía.

La mencionada ley "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones", cuya

\* Profesor de la Universidad de Antioquia.

vigencia comenzó el 21 de marzo de 1991, consagró en su artículo 1º *nuevos hechos punibles*, bajo la denominación de *contravenciones especiales* y adscribió la competencia para su conocimiento a los funcionarios de policía.

Entre esas novísimas figuras punibles se encuentra la del hurto simple, tipificada en el numeral 11 del aludido artículo 1º, con las siguientes condiciones normativas: "Hurto simple. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con propósito de obtener provecho para sí o para otro, cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses".

Además, el artículo 17 de la ley 23 modificó, entre otras disposiciones, el artículo 349 del C. Penal, que consagra el tipo básico *delictivo* de hurto. Como dicha norma *modificativa*, pero no sustituye o deroga el artículo 349 del C. Penal, debe interpretarse que actualmente se encuentran en vigencia dos hechos punibles de hurto simple: El uno, con carácter de *contravención especial*, tipificado por el artículo 1º numeral 11, de la mencionada ley 23. Y, el otro, con categoría de *delito*, previsto en el artículo 349 del estatuto punitivo.

Ahora bien. Es oportuno puntualizar, de una parte, que la contravención especial de hurto simple fue estructurada en consideración a la *cuantía* del objeto material del apoderamiento, la cual no debe exceder de diez salarios mínimos mensuales legales. Dicha cuantía, en tratándose de contravención especial, constituye elemento estructurante de hecho punible. Y, de la otra, que la ley 23 de 1991 por parte alguna establece *tipos subordinados* (agravados o privilegiados) respecto del hurto simple contravencional. Por ello, la contravención especial de hurto *no admite circunstancias de agravación o atenuación punitiva de carácter específico*. No podrían extenderse las circunstancias de agravación o atenuación punitiva específicas

de que tratan los artículos 350, 351, 372, 373 y 374 del C. P., por cuanto estos tipos subordinados operan exclusivamente para los delitos, mas no fueron consagrados para las contravenciones. Tampoco sería posible tal aplicación, con base en los dictados del artículo 16 de la ley 23, porque esta disposición se refiere inequívocamente a las normas *generales* del C. Penal, o sea, a la *Parte general* de la codificación penal, y las ya citadas circunstancias específicas de agravación o atenuación de la punibilidad se encuentran establecidas en la Parte especial.

Como la contravención especial de hurto se edificó en torno a la cuantía del objeto material del apoderamiento, la cual no puede superar los diez salarios mínimos mensuales legales, sin considerar para nada circunstancias especiales de agravación o atenuación, debe entenderse que únicamente constituye delito de hurto la acción de apoderamiento de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, cuya cuantía sea superior a diez salarios mínimos mensuales legales. Por debajo de esa cuantía, el citado apoderamiento no constituye delito, sino contravención especial. Por ende, tipifica contravención especial el apoderamiento de mueble ajeno, con ánimo de aprovechamiento económico, en cuantía de doscientos mil pesos, por ejemplo, aunque para la realización del hecho se hubiere interpuesto violencia contra las personas o las cosas; o colocado en condiciones de indefensión o inferioridad a la víctima, o abusado de ella; o aprovechado calamidad, infortunio o peligro común; o por persona disfrazada; o de noche; o por dos o más personas reunidas; o cuando hubiere ocasionado grave daño a la víctima; o sobre bienes del Estado, porque estas circunstancias fueron establecidas por la ley penal como motivos de agravación especial de delitos contra el patrimonio económico, pero no fueron extendidas, para los mismos efectos, a las contravenciones especiales y, por consiguiente, la contravención especial se realiza sin importar que, de hecho,

concurran o no tales circunstancias. Resulta inoperante, para los efectos de la contravención especial de hurto, que concurran o no a su realización, situaciones fácticas como las ejemplificadas, que solo vendrían a producir consecuencias jurídicas cuando se anexen a sustracciones o apoderamientos que *excedan* los diez salarios mínimos mensuales legales, vale decir, en relación con el *delito* de hurto. Constituye, pues, contravención especial de hurto simple, tanto el apoderamiento de cosa mueble ajena cuya cuantía no exceda de diez salarios mínimos mensuales legales, con *animus lucrandi*, cuando concurran circunstancias como las ya aludidas, como cuando el hecho se realice sin el concurso de ninguna de esas situaciones.

Por ello, como en el caso *sub examine*, la cuantía de lo hurtado ascendió a la suma de \$150.000.00 (fs. 138 fte), el hecho punible realizado tipifica la contravención especial de hurto simple de que trata el artículo 1º, numeral 11, de la ley 23 de 1991, y no el delito de hurto consagrado en el C. Penal. Y siendo ello así, la competencia para el conocimiento del hecho punible contravencional citado, a partir del 21 de marzo del año en curso, corresponde a los funcionarios de policía, porque, de otra parte, el artículo 18 del decreto 800 de 1991, reglamentario de la ley en cita, ordena la *ruptura de la unidad procesal*, "cuando la contravención se realice en concurso con el delito".

## 2. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sentencia de julio 3 de 1991  
M. P.: Dr. LEONEL CALDERÓN CADAVID  
(integraron la sala, además, los Drs. Édgar Escobar López y Lucena Echeverri de Henao).

### Consideraciones del Tribunal:

#### Cuestiones procesales previas:

Afirma el señor fiscal que el falló no está sujeto al grado jurisdiccional de la consulta conclusión que la sala no comparte.

Ciertamente que cuando el hecho tuvo ocurrencia, la materia era regulada por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, el cual trazaba unos parámetros de acuerdo con los cuales ninguno de los punibles objeto de examen tenían ese control. Sin embargo, al momento de proferir el fallo regía el artículo 14 del decreto 1861 de 1989, precepto que comporta la revisión de las conductas definidas por el decreto 3664 de 1986. Entonces cobra validez el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal en cuanto el artículo 14 atañe a la competencia y a la ritualidad del proceso y debe por ende de aplicarse inmediatamente.

Y no es válido invocar, como la fiscalía lo ha sostenido, la vigencia ultra-activa del artículo 210, acudiendo al postulado de la favorabilidad. Mal puede afirmarse que la revisión por el *ad quem* de una sentencia condenatoria resulta *per se* desfavorable al inculinado.

En otro orden de ideas, tiénese que aunque solo la infracción que afecta la seguridad pública está sometida al grado jurisdiccional, por causa de la estrecha conexión que muestra con el otro ilícito (la pena unificada implica un examen omni-compreensivo), es necesario tocar los distintos extremos de la imputación.

Ahora bien, de manera correcta el *a quo* decretó la nulidad de lo actuado con relación a John Jáiro. Cuando el hecho sucedió, aún no había cumplido los 18 años, por tanto, con el advenimiento del Código del Menor, ha debido remitirse lo pertinente a los jueces de la jurisdicción especial. Las normas sobre competencia son de aplicación preferente, amén de que la situación planteada no encaja dentro de las excepciones que contempla el artículo 354 *in fine* del citado estatuto. Por consecuencia, opera la premisa de invalidación que el Código de Procedimiento Penal define en su artículo 305-1.

Igual solución procede en cuanto atañe a la conducta que afecta el patrimonio. Veamos por qué:

De acuerdo con la ley 23 de 1991, los hurtos simples que no sobrepasen los diez salarios mínimos adquieren el carácter de simples con-

travenciones y su juzgamiento está adscrito a las autoridades de policía.

Ahora bien, aunque los denunciantes elevan la cuantía de lo sustraído a \$480.000.00, sus referencias son imprecisas y se basan en los simples promedios de ingreso en la estación de servicio. La transcripción que a continuación se hace resulta en extremo ilustrativa de la ausencia de concreción:

“Preguntado: Diga bajo juramento ¿cómo se puede establecer qué dineros por ventas entraron diariamente durante el sábado y el domingo? Contesto: No hay forma de establecerlo. Es tan difícil porque las ventas son tan irregulares establecer un monto diario, porque las ventas son muy inestables, hay días en que las ventas son muy buenas y otros días que bajan” (fls. 13 vto.).

Es que el faltante no corresponde en su totalidad a dinero en efectivo. Debían incluirse también los vales y los créditos, y estos últimos no pueden determinarse.

Luego, deben aceptarse las manifestaciones de los justiciables, quienes de manera clara y precisa confiesan que el apoderamiento ascendió aproximadamente a \$206.000.00, \$100.000.00 de los cuales se invirtieron en la adquisición del revólver y el remanente fue entregado a los miembros de la policía.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las apropiaciones se efectuaron en dos acciones y que el salario básico en 1988 era de \$25.637,40, conclúyese que al hecho debe dársele el carácter de simple contravención. Dada la favorabilidad que comporta la ley 23, se impone su aplicación retroactiva.

Es que la circunstancia de agravación no le quita al hurto la condición de simple. Como bien ha sostenido la Corte, el artículo 351 no describe un tipo especial o subordinado; apenas sí reseña premisas de agravación punitivas.

”a) El art. 351 del C. P., contempla tan solo circunstancias de agravación punitiva comunes a los delitos de hurto simple y hurto calificado y no da lugar por tanto a formación de especies dentro del género del delito,

no modifica su estructura; encierra como la norma lo expresa, unas circunstancias que afectan la punibilidad de los dos primeros tipos de hurto del Capítulo I del Título XIV y no es por tanto un precepto que describa una conducta punible” (sentencia de casación, septiembre 15 de 1987, M. Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas).

Por modo que, es preciso decretar la nulidad de lo actuado pues el artículo 18-I del decreto 800 de 1991, dispone que la unidad procesal se desvertebra cuando se presenta el concurso entre un ilícito y una contravención. Esa invalidez se decretará a partir del auto mediante el cual se avocó el conocimiento (fls. 83 - fte.) y se circunscribe al hurto; por tanto se expedirán copias con destino a la inspección de policía que corresponda.

### 3. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sentencia de julio 31 de 1991  
M. P.: Dr. RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO (conformaron la sala, además, los Drs. Humberto Rendón Arango y Javier Zapata Ortiz).

#### *Consideraciones del Tribunal:*

1° Las breves razones expuestas en proce-  
dencia permiten concluir la estructuración del  
hecho punible de hurto calificado y agravado  
(arts. 349, 350 nal. 1° y 351 nal. 10° del Código  
Penal), de una parte, y el de receptación  
(art. 177 del mismo Código), de la otra.

2° La circunstancia de que la cuantía sea  
inferior a diez (10) salarios mínimos lega-  
les mensuales, pero superior a cien mil pesos  
(art. 372 nal. 1° del Código Penal), tratán-  
dose precisamente de un hurto calificado y  
agravado, obliga a hacer algunas reflexiones  
sobre la naturaleza de las contravenciones con-  
sagradas en la ley 23 de 1991 y sus efectos  
respecto de los delitos contra el patrimonio  
económico.

De conformidad con el art. 18 del Código  
Penal, tanto los delitos como las contraven-

ciones son hechos punibles y respecto de estas  
últimas deben aplicarse los principios de dere-  
cho sustancial en materia penal, según pres-  
cribe el art. 16 de la ley 23 de 1991.

Ahora bien, la aplicación de esos principios  
permite entender que el art. 1° nal. 11 de  
la ley atrás citada, que consagró como contra-  
vención especial contra el patrimonio econó-  
mico el hurto simple, no hizo más que describir  
un tipo especial en relación con el básico de  
hurto previsto en el art. 349 del Código Penal  
y autónomo respecto de él, por lo que se apli-  
ca de manera independiente.

Por eso, cuando el art. 17 de la ley en cues-  
tión, con un notorio error de técnica legislati-  
va, expresa que sus disposiciones modifican,  
entre otros, el art. 349 del estatuto penal, sin  
mencionar por parte alguna las normas con-  
tenidas en los arts. 350 y 351 de la misma codifi-  
cación, se limita a reiterar la creación de ese  
tipo especial que excluye, en su caso, la apli-  
cación del tipo básico de hurto y en ese senti-  
do debe entenderse que modifica su vigencia  
respecto de casos que antes cobijaba, pero  
ello no significa que la descripción o redac-  
ción del tipo penal de hurto (art. 349) sufra  
o deba sufrir variaciones en su tenor literal,  
que sigue siendo el mismo, pues no es ese  
ciertamente el camino para introducir refor-  
mas a las normas penales que consagran los  
delitos y para eso está la clasificación de los ti-  
pos en básicos, especiales, subsidiarios, etc.  
y los principios que regulan su conflicto o  
concurso aparente.

De ese modo, la ley 23 de 1991 dejó subsis-  
tente el delito de hurto con los mismos ele-  
mentos que lo definen como tipo básico y  
la contravención es simplemente un tipo espe-  
cial que se aplica según los principios que ri-  
gen el concurso aparente.

Ahora, habiendo quedado vigente en esos  
términos el art. 349 del Código Penal, sin  
variaciones en su tenor literal, tanto el hecho  
punible de hurto calificado, como el simple-  
mente agravado continúan siendo aplicables;  
estos no son más que un tipo autónomo o  
bien un tipo cualificado o agravado, según

el caso y la opinión que se asuma, pero que,  
cualquiera sea el evento, a los elementos pro-  
pios del hurto le agrega algunas variantes o  
características adicionales que constituyen es-  
peciales modalidades del hecho punible y ha-  
cen más intenso el daño al bien jurídico  
tutelado o tienen un mayor contenido de  
injusto.

No se trata, ni en uno ni en otro caso, de  
meras reglas de determinación judicial de la  
pena, porque no se aplican con independencia  
del delito, sino que por el contrario se inte-  
gran a él y constituyen un tipo penal distinto  
del hurto básico.

Por manera que, siendo igualmente espe-  
ciales en relación al tipo básico, con mayor  
riqueza descriptiva y que entraña un injusto  
mayor, deben aplicarse con preferencia a este  
y aún con prelación al especial de hurto sim-  
ple consagrado como contravención en la ley  
23 de 1991, cualquiera sea la cuantía, precisa-  
mente en atención a esos criterios que infor-  
man los principios de la especialidad y la  
consunción.

Dicho de una forma más sencilla, cuando  
la conducta imputada se adecua típicamente  
al hecho punible de hurto calificado y agrava-  
do o al de hurto simplemente agravado y es  
por ese específico delito que se adelanta la  
investigación o se profiere la condena, como  
en este caso, el hecho continúa constituyendo  
un delito, cualquiera sea su cuantía y no es  
posible aplicar la norma que consagra la con-  
travención, ni pretender derivar de esta efec-  
tos jurídicos así el bien objeto material del  
delito tenga un valor inferior a diez (10) sala-  
rios mínimos legales mensuales, porque el ti-  
po del delito contiene una valoración del  
injusto o del daño al bien jurídico tan franca-  
mente superior a la contravención y elemen-  
tos que lo diferencian claramente de esta que  
excluye su aplicación.

Sin embargo, la consagración del hurto sim-  
ple como contravención con fundamento en  
una determinada cuantía tiene evidentes efec-  
tos sobre el mismo factor como circunstancia  
genérica de agravación de los delitos contra

el patrimonio económico (art. 372 num. 1 del Código Penal).

Ciertamente, es obvio que los diez (10) salarios mínimos legales mensuales superan en mucho los cien mil pesos (\$100.000.00) que como agravante prevé la última norma citada y si la contravención constituye, entonces, un tipo especial es igualmente ostensible que encierra o contiene en sí misma esta última cuantía y, de esa manera, la norma del art. 372 num. 1 del Código Penal viene a quedar derogada o subsumida por la ley 23 de 1991, por ser contraria a sus provisiones.

Pero, por otras razones debe también entenderse inaplicable ese artículo.

Diversas teorías han intentado explicar la diferencia que existe entre delito y contravención, algunas de naturaleza objetiva y otras que hacen hincapié en los ingredientes subjetivos de la conducta objeto de sanción; pero, independientemente de cuál interpreta mejor el fenómeno, todo indica que el legislador tomó en cuenta por lo menos dos de esos criterios para establecer la diferencia y darle carácter de contravención a los hechos punibles previstos en el art. 1º de la ley 23 de 1991.

El primero de ellos tiene que ver con la importancia o relevancia que se le concede al bien jurídico tutelado, criterio que parece haberse aplicado para convertir en contravención aquellos delitos que atentaban contra el sentimiento religioso y contra la inviolabilidad del domicilio y los sitios de trabajo que, por extraño y exorbitante que parezca particularmente respecto de estos últimos, parecen haber perdido importancia, y el segundo tiene relación directa con la gravedad del daño o la lesión a los bienes jurídicos que protege la ley penal o, en otras palabras, con la mayor o menor intensidad con que se afectan esos bienes o la cantidad y medida del injusto, criterio que parece haber primado respecto de las lesiones personales y los hechos contra el patrimonio económico.

Ahora bien, si la menor intensidad del daño al patrimonio económico depende de que

el hecho punible no supere determinada cuantía, como la de diez salarios mínimos que fue el patrón utilizado por el legislador, y ello constituye razón suficiente para consagrar un tipo privilegiado respecto de los delitos previstos en el Código Penal, como es el caso de las contravenciones contempladas en la ley 23 de 1991 que tienen una pena menor, carece de sentido que similar o idéntica cuantía sirva a la vez para agravar los tipos penales que constituyen delito, pues una contradicción de esa naturaleza es filosófica y ontológicamente irreductible y hace incompatible la ley 23 de este año con el artículo 372 num. 1 que, de esa manera, debe entenderse derogada tácitamente por efectos de la ley posterior en vigencia.

Para comprender lo anterior bastaría reparar que un hurto cuya cuantía oscile actualmente entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales constituiría una contravención, a pesar de estar por encima de los cien mil pesos que consagra como agravación el art. 372 num. 1 del Código Penal, de donde si se mirara desde otra perspectiva podría entenderse que esa misma conducta sería un delito agravado y la ley, más aún la penal, no puede hacer de un mismo elemento una circunstancia para privilegiar o atenuar un tipo y agravarlo al mismo tiempo sin atentar contra el principio lógico de no contradicción, más aún cuando la filosofía que inspira la contravención es abiertamente opuesta a la que subyace en la circunstancia de agravación del art. 372 del num. 1 del estatuto penal en términos prácticos.

Pero, más aún, la misma cuantía menor a diez salarios mínimos se prevé para distintas conductas contravencionales como la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheques, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito y el daño en bien ajeno, para todas las cuales, a la vez, se consagra como circunstancia de agravación en los delitos la cuantía mayor a cien mil pesos (\$100.000.00), cuando a partir de dos salarios mínimos legales mensuales ya se

ha sobrepasado esta generándose así una pugna incompatible entre el principio que inspira a la ley 23 de 1991 para tener por menos grave aquel tipo de conducta y lo dispuesto en el Código Penal para tenerlas, contrariamente, por más dañinas y peligrosas, oposición que debe resolverse entendiendo derogada tácitamente la norma del art. 372 num. 1.

No podría decirse que la circunstancia de agravación de los delitos comienza, por ejemplo, a partir de los diez (10) salarios mínimos, porque todos resultarían agravados y se estaría señalando, además, un tope arbitrario, aparte de que ello implicaría crear una norma penal nueva.

Por tales razones, toca prescindir en este caso de esa circunstancia, cuyo tratamiento queda cobijado por los criterios del art. 61 del Código Penal.

## COMENTARIO

Desde el inicio de la vigencia de la ley 23 de 1991, e incluso antes que ello ocurriera, en razón de que, por lo menos en Antioquia (seguramente en el resto del país) se conoció con anterioridad a la sanción presidencial el texto final de lo que hoy es la citada ley, se ha venido discutiendo sobre lo relativo a la competencia de los jueces penales municipales y/o las inspecciones municipales de policía en lo que se refiere específicamente a la conducta descrita en el artículo 1º de la referida ley en su numeral 11, particularmente cuando es cometida con alguna de las circunstancias calificantes o agravantes de los artículos 350 y 351 del Código Penal, respectivamente.

En la ciudad de Medellín son frecuentes los conflictos de competencia que deben desatar los señores jueces penales del circuito, suscitados entre los jueces penales municipales y los inspectores de policía. Seguramente esto mismo ocurre en los municipios del área metropolitana y en otros donde el inspector local sea abogado y por lo tanto tenga la formación jurídica suficiente para discutir estos aspectos y a su vez adherir razonadamente a alguna de las posiciones enunciadas en cada una de las decisiones transcritas anteriormente. En los municipios donde no se presente esta circunstancia, casi podríamos afirmar que no ocurrirán los aludidos conflictos de competencia (discusión de competencia, en los términos del art. 101 del C. de P. P.), sino que allí primará el criterio del juez municipal que, según he tenido oportunidad de constatar en algunas localidades de este departamento, es acorde con lo expresado por el Tribunal Superior de Antioquia, no tanto por estar en pleno acuerdo con ello, sino más bien por asignarle cierto sentido de obligatoriedad a la referida tesis para los jueces que pertenecen a dicho distrito judicial y además, por cuanto su aplicación irrestricta descongestiona en gran medida los juzgados correspondientes.

El criterio del Tribunal Superior de Antioquia, es decir, el de que cualquier hurto en cuantía inferior a diez salarios mínimos, sin importar que haya sido cometido en circunstancias calificantes o agravantes de la conducta, será de competencia de las autoridades policivas, adolece, en mi concepto, del mayor desacierto.

En primer lugar, desconoce que las contravenciones, que para ser consagradas como tales en últimas obedecen al capricho del legislador, pues los demás criterios para distinguirlas de los delitos no han sido suficientes, de todas maneras causan

menor impacto y alarma social. Son, prácticamente, hechos punibles de menor categoría, señalada esta por ese menor impacto en la ciudadanía. No ocurre lo mismo en la comunidad cuando, por ejemplo, dos o tres sujetos, con la utilización de armas de fuego se apoderan, en asalto a una entidad bancaria, de la suma de \$ 500.000.00. Aplicando la tesis que se viene comentando, se trataría, "simplemente" de una contravención y por lo tanto la punibilidad estaría entre seis y doce meses de arresto. La sociedad se sentiría, con toda razón, absolutamente desprotegida.

Por el contrario, sería un *delito* el hecho de que alguien se apoderara, sin que mediara ninguna circunstancia calificante o agravante, de cualquier bien que valiera, por ejemplo, \$ 520.000.00. Este delito estaría sancionado con prisión de uno a seis años, aumentada de conformidad con el art. 372 num. 1 del Código Penal.

El tratamiento punitivo es absolutamente inequitativo y es ilógico pretender que esa sea la voluntad del legislador.

Se ha pasado por alto, tal vez por la totalidad de las decisiones o tesis expuestas sobre el punto, un hecho que es elemental. El de que la ley 23 de 1991 llama *hurto simple* a la conducta descrita en el art. 1º num. 11, denominación que no existía en el Código Penal, pues el artículo 349 se refiere a la conducta de *hurto*, sin calificativo alguno. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el citado delito es el de *hurto simple* y lo es así, *simple*, cuando en su acaecimiento no concurre ninguna circunstancia calificante (art. 350) o agravante (art. 351). A no dudarlo, a ello se refiere la ley 23 cuando en el artículo varias veces citado habla de *hurto simple* como contravención especial de policía.

El mismo criterio de la menor alarma social que ha servido al legislador para consagrar como contravenciones (ordinarias o especiales) algunas conductas, debe tenerse aquí en cuenta nuevamente. Lo que el legislador quiso fue que algunos delitos, de poca ocurrencia y de menor alarma y daño social y privado, pasaran a ser contravenciones de policía y por ello resolvió que el *hurto simple* pasara a ser esto, cuando la cuantía de la ilicitud no sobrepasara el límite de los diez salarios mínimos mensuales.

Entiendo entonces que el legislador lo que pretendía con la norma que se comenta era solo que los hurtos simples (art. 349 C. P.) en cuantía de hasta diez salarios mínimos mensuales pasaran a competencia de las inspecciones de policía y los alcaldes municipales.

Por lo anteriormente expresado, considero que la tesis expuesta o promulgada por el Tribunal Superior de Medellín en la providencia de julio 31 del año en curso que se deja transcrita y a la cual también me referiré brevemente, es de mayor acierto.

Entiendo así que para cumplir el fin propuesto, el legislador utilizó la vía de crear un tipo especial (un tipo contravencional) sin ninguna subordinación al tipo básico de hurto "simple" del art. 349 del C. P. De ahí que ambos tengan vida independiente y sea un error hablar que el art. 1º de la ley 23 modifica el 349 ya citado. Así lo expone el Tribunal Superior de Medellín, con buena dosis de acierto, en mi concepto.

Es más, si el legislador de 1991 hubiese querido que las circunstancias calificantes y agravantes del hurto simple consagrado en el Código Penal se aplicaran también en el caso de las contravenciones especiales, pues así lo debió haber dicho y si no lo hizo fue porque no era su finalidad. Además, tampoco se referiría a "hurto simple" en el art. 1º numeral 11.

Continúa el Tribunal Superior de Medellín diciendo que considera derogada la disposición del art. 372 num. 1 del Código Penal toda vez que la ley 23 que se comenta estableció una circunstancia atenuante de penalidad en cuanto a la cuantía inferior a diez salarios mínimos, chocando esta atenuante con la agravante del Código Penal que se acaba de citar, viniendo a quedar "derogada o subsumida por la ley 23 de 1991 por ser contraria a sus previsiones".

En concepto del tribunal, la citada agravante punitiva ya no tiene existencia, ni siquiera para los delitos propiamente dichos. Es decir, que la corporación no acepta su vigencia ya para los delitos consagrados en el Código Penal que antes podrían ser sancionados con mayor pena cuando la cuantía del objeto sobre el cual recayó la conducta fuera de valor superior a cien mil pesos.

No obstante, tal planteamiento de la citada corporación entiendo que representa en cierta forma una contradicción con lo que venía exponiendo. Había dicho, ya lo reseñamos, que el tipo de hurto simple de la ley 23 era uno especial, diferente al del Código Penal. Más aún, considero que la norma de 1991 tiene plena vigencia por fuera de la reglamentación del mismo estatuto punitivo, salvo en los puntos de expresa remisión. Así las cosas, no entiendo cómo puede decirse derogada una norma por otra que se aplica a casos diferentes, en los que no se aprecia la contradicción resaltada por la corporación, es decir, que una cuantía superior se utilice para atenuar y otra inferior para agravar la pena imponible a un caso concreto. Entiendo mejor que la circunstancia agravante del Código Penal sigue rigiendo para los delitos, para los casos en que se aplique la legislación "ordinaria penal" cuando se presente por ejemplo un hurto agravado o calificado, o calificado y agravado en cuantía superior a cien mil pesos. La agravante en comento sigue entonces subsistiendo solo para estos delitos.

En cuanto al hurto simple, no se aplicaría la agravante del art. 372 del C. P., ya que para que se trate de delito de esta naturaleza se requiere que sea cometido en cuantía superior a diez salarios mínimos. Es decir, si para que exista este delito de hurto simple se requiere que la cuantía sea superior a diez salarios mínimos, pues no podría aplicarse la agravante punitiva en ningún momento, ya que aquí no tendría razón de ser ella. Igual ocurrirá cuando se trate de conductas contra el patrimonio económico en cuantía inferior a diez salarios mínimos mensuales que por disposición de esta ley pasaron a ser contravenciones especiales de policía. Para estos perdió toda vigencia.

Otra sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Medellín considera que sigue siendo delito solo el hurto calificado, independientemente de su cuantía, no así el hurto agravado o hurto simple agravado. Para ello sostiene, con apoyo en tesis de la Corte Suprema de Justicia, que este último no es propiamente un tipo subordinado, sino un hurto básico con circunstancias de agravación punitiva.



Esta tesis tiene los mismos inconvenientes de la sostenida por el Tribunal Superior de Antioquia y a los cuales me referí anteriormente, es decir, que el artículo 1º, numeral 11 de la ley en comento se refiere a "hurto simple" y este es tal solo cuando no concurren agravantes o calificantes. Por otro lado, la ley 23 por parte alguna menciona los artículos 350 ó 351 del Código Penal como incluidos o incluíbles en su reglamentación y de ahí que no puede admitirse su aplicación en las contravenciones especiales.

Quedan así esbozadas y brevemente comentadas las diferentes soluciones que sobre este importante tema se han planteado judicialmente en el departamento de Antioquia.

Seguramente la polémica no queda aquí cancelada. Sería positivo que la Corte Suprema de Justicia o el mismo legislador se pronunciaran al respecto, lo cual no solo vendría a facilitar la labor de jueces, inspectores y abogados, sino que además evitaría injusticias por el trato diferencial a que pueden ser sometidos hechos exactamente iguales por varios jueces de la misma localidad o región.

Por último, no podemos dejar pasar esta oportunidad para manifestar nuestro desacuerdo con esta nueva expresión de lo que se ha llamado la "administrativización de la justicia", es decir, el hecho de que funcionarios administrativos (de policía) vengán teniendo tanta participación en una función netamente jurisdiccional como lo es la de investigar y juzgar hechos punibles. No es la primera vez que ello ocurre, pero esperamos que sea la última y que el Congreso Nacional haga efectivo el artículo 28 de la Constitución Nacional sobre la necesidad de que solo por "orden de autoridad judicial competente" se reduzca a prisión o arresto a una persona. Así mismo que se haga un manejo restringido de la facultad establecida en el artículo 116 sobre la posibilidad de atribuir "función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas" y que cuanto antes expida la ley a que se refiere el artículo transitorio número 28 ibídem. Lo que pretendemos es que solo los jueces y los miembros de la rama jurisdiccional sean los que se dediquen a esta función, sin influencias o "ayudas" de otros entes estatales.

Medellín, septiembre de 1991.

BIBLIOTECA



BAYLOS, ANTONIO y TERRADILLOS, JUAN: *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1990, 218 págs.

Remontándonos a través de la historia encontramos cómo las diferentes ramas del derecho han venido sufriendo un paulatino proceso de interrelación. Ya en 1902 GOLDSCHMIDT advertía sobre la presencia de lo que denominó "derecho penal administrativo". Dicho proceso se ha acrecentado en la segunda mitad del siglo XX, debido a que el Estado moderno se ha enmarcado dentro de lo que se ha llamado "doctrina del criterio funcional". Este obra es, pues, un análisis que versa sobre la confluencia del derecho penal con el derecho laboral en España, desde 1873 hasta nuestros días; lo anterior no impide que su lectura sea instructiva para nuestros juristas.

El estudio diseñado nos permite colegir que el derecho penal del trabajo es en la actualidad una parcela del ordenamiento jurídico, en la cual el derecho penal asume su función como *ultima ratio* frente a una serie de bienes jurídicos que en relación con el valor trabajo protege la Constitución española de 1978 y, en general, la legislación penal de ese país. Afirmamos que la normatividad penal se convierte en *ultima ratio* en la medida en que a su ejercicio se antepone las protecciones disciplinarias y administrativas previstas en las convenciones obrero-patronales y en las leyes españolas, respectivamente. Se torna de esta manera la obra de BAYLOS y TERRADILLOS en un estudio integral de la relación derecho penal-derecho laboral, en la cual ninguno de los elementos constitutivos aparece en detrimento del otro.

Este trabajo está compuesto por nueve capítulos que, metodológicamente, permiten su

división en tres secciones. La primera, conformada por un análisis del significado y función del derecho penal del trabajo, y en la cual se hace un recuento histórico de su desenvolvimiento, estudia tres hitos que muestran cómo se ha pasado por la inexistencia, la arbitrariedad, hasta llegar a una época de transición democrática (todo lo anterior tiene lugar entre 1873 y 1990).

También examinan los autores todo lo atinente a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, esto es, los ejes que rigen el ejercicio del derecho penal del trabajo y que son desarrollo de la característica de *ultima ratio* atribuida a este; se analizan las características comunes a los bienes jurídicos protegidos dentro de esta esfera, muy especialmente en relación con la poca civilizada subordinación en que está el trabajador frente al empresario. Finalmente se aborda la problemática del sujeto activo, en la cual se analiza la responsabilidad del empresario conforme a la delegación de funciones, recomendándose que se levante el velo de la persona jurídica para sancionar a los directos responsables y así evitar la impunidad de los delitos de cuello blanco.

La segunda parte es un estudio a fondo de los diferentes tipos penales de la legislación española especialmente consagrada en el Código Penal, en la que para cada tipo en particular se examinan sus elementos propios, su razón de ser y su eficacia. En primer lugar, se analizan los delitos que atentan contra la libertad y la seguridad en el trabajo, cuyo bien jurídico protegido es la existencia de unas condiciones mínimas para laborar, y se abordan figuras delictivas como la imposición de condiciones laborales ilegales, el tráfico ilegal de mano de obra, las migraciones fraudulentas, la crisis fraudulentas, entre otras. Poste-

riormente se estudian los delitos contra la salud en integridad de los trabajadores, precisando que la protección de estos bienes jurídicos es desarrollo directo de la Constitución española en su art. 40-1, según el cual los poderes públicos velarán por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo.

A renglón seguido se hace una exposición de los delitos que atentan contra las reglas de actuación colectiva, el cual nos enseña que se protegen bienes jurídicos como la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho a convenciones colectivas, etc. En cuanto al uso abusivo del derecho de huelga, se hace un recuento en el cual se considera que este es un derecho público subjetivo, por lo que solo puede ser restringido por obra de la ley (desarrollo del principio de legalidad), y se resalta que en España se prohíbe su ejercicio a los miembros de las Fuerzas Armadas, los organismos de seguridad del Estado, los jueces, magistrados y fiscales. Por último, se abordan los delitos que se configuran con la relación laboral, como acontece con la discriminación, los delitos contra la libertad sexual cometidos en relación con el ejercicio laboral y la divulgación de secretos, entre otros.

La sección final está dedicada al análisis de las diferentes sanciones imponibles a los transgresores, sean reales o personales. Las primeras constituidas por la multa y la clausura del establecimiento de comercio; las segundas, por las personales, la interdicción profesional y la privación de la libertad. Con el objeto de impedir la impunidad, muy especialmente de los delitos de cuello blanco, los autores consideran que son más eficaces las sanciones personales, dado que afectan directamente a los empresarios infractores de la ley penal.

En esta obra, en conclusión, un estudio serio y profundo sobre la problemática del derecho penal del trabajo de especial valor para la doctrina de nuestro país, teniendo en cuenta que la legislación y la justicia colombianas parecieran hechos para condenar a los menos favorecidos y mantener en la impunidad los verdaderos delinquentes, quienes se ocultan

tras un velo de poder económico, político y social, que les permite salir favorecidos en las relaciones que surgen del fenómeno productivo.

DIEGO ALBERTO PARRA OCHOA  
Medellín, junio de 1991.

AUTORES VARIOS: *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Marino Barbero Santos (ed.), Madrid, 1989.

1. Ciencia, progreso, investigación, ideología y ley. Son las variables de este *trabajo colectivo* centrado en la ingeniería genética y reproducción asistida, y en el los autores que tratan de abordar este nuevo conflicto que se cierne sobre el hombre de hoy y su necesitada solución en tanto *commodis humanis inservire*.

Este conflicto no es otro que *el reto de ordenar una nueva relación* propiciada por la ingeniería genética y al reproducción asistida, conflicto que traspasa la esfera de la intimidad para implicarse en consideraciones institucionales, médicas, éticas y legales.

Porque si el darwinismo ha influido indiscutiblemente en la concepción antropológica del ser humano y de los seres vivos, es probable que haya de decirse que la nueva genética propone una forma distinta de entender el hombre o la vida.

Igualmente novedosa, por desconocida, es tal relación, ya que se ignoran en realidad las consecuencias a corto, mediano o largo plazo de lo que la ingeniería genética y la reproducción asistida puedan aportar. Evidentemente, se sabe que el hijo deseado se consigue mediante estas nuevas técnicas, pero no más allá del acontecer de las manipulaciones del científico, lo que aconseja prudencia y cautela en la ordenación a todos los niveles de la discusión.

Relación original, también, puesto que el hombre no actúa únicamente como sujeto activo, manipulando o investigando, sino que es precisamente el objeto de relación misma.

2. El libro que presentamos, necesariamente se inscribe en la *línea interdisciplinaria temática* que aborda, porque la discusión ha de tratarse en un reconocimiento pluridisciplinar, tratando desde diversos puntos de vista los campos del derecho, la medicina y la ética.

3. Este es el marco de intenciones en el que se constituyó el *Seminario Germano-Español sobre Ingeniería Genética y Medicina de la reproducción*, celebrado en abril de 1988, auspiciado por el Instituto Alemán y codirigido por los profesores BARBERO SANTOS Y ESER, a cuyo intercambio y análisis colabora la presente edición.

Tal concepción reclama, sin duda alguna, la yuxtaposición de campos especiales. Y en este propósito, una representación de los especialistas allí reunidos (pertenecientes a las áreas de bioquímica, biología molecular, genética, ginecología y obstetricia, bioética, teología moral, derecho civil y derecho penal), ponen en contacto sus reflexiones otrora aisladas, afianzando una visión global edificada sobre la base de sus respectivas dudas y sólidas estimaciones.

4. De la mano de estos especialistas, el atento lector se sentirá menos protagonista de una historia-ficción, cuando se analizan las repercusiones sociales, médicas o éticas de la reproducción clónica, fecundación extracorporal e intracorporal (homólogas o heterólogas), maternidad subrogada, intervención del genotipo, transferencia genética de células, análisis genómico, diagnóstico prenatal, terapias génicas, embarazo abdominal en el varón, creación de quimeras, hibridación, etc.

Los autores, en un lenguaje claro y en la recurrencia a estos temas médicos, nos aclaran no solo estos conceptos y otros muchos, sino también nos dimensionan su propia importancia y realidad actual, por cuanto descubren el *maremágnum de implicaciones relevantes socialmente*, lo cual justifica la importancia del tema y la virtualidad del trabajo que se presenta.

5. Se denuncia, con carácter general, la *insuficiencia del derecho vigente*. Un derecho

que prácticamente se ve afectado desde sus diferentes ramas, porque las vinculaciones de la ingeniería genética o de la fecundación asistida no discurren tan solo en el ámbito civil (sucesiones, contrato de gestación, filiación, impugnación de maternidad y paternidad, etc.), sino también en el administrativo (centros hospitalarios, donantes, información de usuarios, etc.) y en el penal (centros no autorizados, ruptura del anonimato, falta del consentimiento de la mujer, comercialización de gametos o embriones, etc.).

A este respecto son consideradas tanto la normativa alemana y española (no olvidemos que el libro responde a un seminario germano-español) como la propia de otros textos que reflejan los documentos de derecho comparado. Porque hay una tendencia a someter a normas de validez general los avances de la biología que afectan a los métodos alternativos de reproducción humana, a la creación de nuevas especies y al empleo de la moderna biotecnología sobre todo tipo de células. Ello es así, como confiesan algunos autores, para evitar huecos o refugios genéticos, por lo que se debe procurar la *armonización internacional*.

6. En esta pretendida armonización legislativa también se indaga el *cuerpo o cuerpos normativos donde ubicar* los mandatos o prohibiciones legales relativos a estas técnicas. Hay un acuerdo expreso acerca de cómo la norma penal, dado su carácter de *ultima ratio*, debe ceder paso no solo a las posibilidades de otras normas jurídicas de carácter no penal, sino también al autocontrol de la propia ciencia. Porque, más allá de consideraciones normativas, lo que importa es integrar las modernas técnicas en un amplio marco, no rechazarlas o restringirlas por normas jurídicas inicialmente. Debemos crear las premisas necesarias para una conciencia integral; lo que no podemos es forzarla mediante leyes.

Frente a este *desideratum*, sin embargo, subsiste el reto real de tener que legislar una materia que nuestra sociedad pluralista, según un criterio ideológico o religioso, valora de

distintas maneras la incumbencia de tomar decisiones, sin apoyarse en criterios ideológicos o religiosos controvertidos, esforzándose en una respuesta lo más consensuada posible. Y, por último, subsiste el compromiso de no olvidar que estamos siempre ante consideraciones relativas a la vida humana.

7. A este respecto, sobre la base de planificar la ordenación de una respuesta a las técnicas de ingeniería genética y fecundación asistida, se mantiene el *acuerdo* de considerar determinados procedimientos como admisibles y que giran en torno a la aprobación de la manipulación genética con fines terapéuticos y la condena de la manipulación con otros fines (lectura del genoma frente a la transparencia del mercado de trabajo o concertación de seguros, experimentación de embriones interespecíficos primate-humano, clonación, creación de quimeras, etc.).

8. No obstante, surgen reservas con respecto a establecer los límites y *matizar los propios conceptos* de la técnica y sus fines. En el respeto a las diferentes concepciones sociales y éticas, surge el desacuerdo, derivado de las propuestas ideológicas que mantienen los autores, sobre qué es terapia y qué no lo es, qué es intimidad biológica, cuál es el papel de la ética, dónde reducir la libertad del investigador, el alcance del enfoque mecanicista, etc.

El problema de los límites es recurrente (límites a la finalidad terapéutica, a la investigación, a la concepción de la norma, a la incriminación de las conductas o a los procesos de investigación). En el diseño de tales límites se necesita la coordinación de los aportes científicos, técnicos, éticos y jurídicos, lo que hace de la obra que presentamos un valioso instrumento por compendiar un diálogo vivo asistido por tales planteamientos.

Especial atención se pone en la reflexión de la ponderación de los factores *riesgo-beneficio*, y si esta es afectuada de modo realista: la Caja de Pandora abierta a las aventuras eugénicas, pasando de la terapia a la

arrogancia creadora. Sin embargo, no hay que olvidar que el beneficio no abarca solo la terapia lograda o la maternidad conseguida, que para algunos autores es un símbolo de narcisismo, sino el potencial del futuro más próspero, la esperanza de una investigación que solucione algo más, erradicando aquellas enfermedades, como las genéticas, que constituyen una auténtica lacra para la humanidad.

9. Quizás, la solución no sea otra que la de *imponer un raciocinio*, en el que la ética y el derecho vengán reclamados como introducción de la racionalidad en las opciones humanas.

“La tensión entre libertad de investigación e invasión de la mismidad del ser, nos dice BARBERO SANTOS, no puede romperse por la vía de la prohibición de investigar sino por su razonable limitación”. O, en palabras del premio Nobel MARSHALL W. NIRENBERG, “Cuando el hombre sea capaz de dar instrucciones a sus propias células, deberá contenerse hasta tanto no tenga la suficiente clarividencia para hacer uso de este conocimiento para beneficio y provecho de la humanidad”. Ese campo de actuación, ha de compatibilizar, por su puesto, la actual investigación con la realidad normativa.

Inequívocamente se proyecta la tensión, fruto de la ambivalencia del progreso científico, que en ocasiones demuestra cómo un enfoque bien intencionado puede convertirse, precisamente, en todo lo contrario. Lo que ocurre es que en este caso el riesgo tiene tintes apocalípticos, relajados en el envoltorio, nada utópico, del hombre nuevo, hermoso y planificado.

Sin embargo el investigador necesita y merece confianza si ha de cumplir su cometido en beneficio de la comunidad. Por ello el debate debe ser lo más abierto posible, a fin de reconocer las verdaderas necesidades y evitar reacciones extremas, fruto de la falta de información.

10. Todo esta rica polémica se remonta brillantemente con el excelente rigor científico de los participantes, en la calidad y claridad de sus aportaciones y la excelente documentación, también bibliográfica, que manejan.

Es este un libro destinado al hombre actual, profesional, atento a la realidad de su tiempo y a las soluciones que se auspician desde distintos campos del saber. Porque la edición que presentamos se desarrolla en un tono magistral y sencillo, lejos de la inercia endogámica o de servilismos científicos. El acercamiento y la preocupación por trabajos de discusión, nos sugiere el doble esfuerzo de comprender las diversas aportaciones y de someter-

las al contraste de los, también diversos, puntos de vista que discurren en la exposición.

La propia cubierta, desde el dintel de la obra, también sumerge al lector en un ámbito temático inusual, pero temporalmente actual, que nos hace recordar el distanciamiento del hombre de hoy de aquel *homo habilis* rudimentario, que ahora se está enfrentando a misteriosos recónditos sobre la vida, lo que necesariamente improvisará un diferente discurso ético y legal.

FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ,  
Salamanca

Febrero 22 de 1990.

Esta revista se terminó de imprimir en los  
talleres de Nomos Impresores, el día  
30 de abril de 1992.

LABORE ET CONSTANTIA

