ISSN 0120 - 8179

# NUEVO FORO PENAL

## Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia

60

Enero - Abril 1.999

CO/XIV
F/Z
2345

TEMIS

**NUEVO FORO PENAL**
Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia

## Directores honorarios

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

## Director

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

**Coordinador**

ALFONSO CADAVID QUINTERO

**Comité Consultivo**

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

**Auxiliares**

GLORIA MARÍA GALLEGO G.,
GLORIA P. LOPERA M.;
JULIO DARÍO VÉLEZ LÓPEZ;
JUAN CARLOS ÁLVAREZ;
RICARDO POSADA MAYA.

**AÑO XXI Enero – Abril 1999 Nº 60**

Licencia 00577 de 1985

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA CUATRIMESTRAL

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

CENTRO DE ESTUDIOS PENALES
Universidad de Antioquia

A. A. 53006 Medellín

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

**Suscripciones**
Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho
Centro de Estudios Penales
Medellín - Colombia

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

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

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

# ÍNDICE GENERAL

## EDITORIAL

## ESTUDIOS

PÁG.

**El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales.** Juan Oberto Sotomayor Acosta. Gloria María Gallego García ..... 7

**Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos.** Olga Lucía Gaitán García ..... 31

**Género y sistema penal: a propósito de la ley 360 de 1997.** Darío Arcila Arenas ..... 43

**El derecho como sistema de garantías.** Luigi Ferrajoli ..... 59

**El orden del derecho.** Eligio Resta ..... 77

**Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal.** Juan Bustos Ramírez ..... 105

**El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista.** José Luis Díez Ripollés ..... 115

**Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal.** Julio B. J. Maier ..... 135

## JURISPRUDENCIA

**Ahora sí, el poder jurisdiccional.** William Fredy Pérez Toro ..... 147

## BIBLIOGRAFÍA

PÁG.

**Actualidad alemana.** Mariana Sacher de Köster ..... 187

## NOTICIAS

**Declaración de Freiburg acerca de la posición fiscal ante el Tribunal Penal Internacional Permanente** ..... 219



# EDITORIAL

Tras una prolongada ausencia, la revista NUEVO FORO PENAL regresa al mundo del derecho penal luego de superar diversos obstáculos que, en su momento, impidieron su aparición. Se inicia, pues, una segunda época de la misma que no busca romper con el pasado sino continuar con el sentido iniciado hacia finales de 1978, animada con sus cometidos de siempre: forjar nuevas figuras del pensamiento jurídico-penal, dándole oportunidad a jóvenes estudiosos para que expresen sus ideas; agitar el debate intelectual y jalonar la discusión en este ámbito del saber haciendo hincapié en las elaboraciones dogmáticas, político-criminales y criminológicas, de tal manera que —cumpliendo una tarea profundamente crítica— se impulse la actividad jurisprudencial, legislativa —máxime ahora que se debate una nueva reforma penal— y doctrinaria en nuestro medio. Así mismo, la Revista sigue fiel al ideario demoliberal que la ha acompañado desde sus comienzos, propiciando —respetando siempre las ideas ajenas— el debate ideológico tan útil como necesario en una organización social cada día más resquebrajada y caótica, que requiere de profundos análisis, enfoques cuestionadores y propuestas de solución al conflicto actual; en otras palabras, se persigue reafirmar el compromiso institucional con las ideas propias de un derecho penal garantista, ahora que en todos los ámbitos de la vida jurídico-penal nacional soplan vientos autoritarios que, arrasan con centenarias conquistas de la cultura jurídica universal.

Para nadie, pues, es un secreto de que la crisis vivida a lo largo de los últimos años, tanto por parte de la organización social como del derecho penal en Colombia, se ha profundizado llegando a límites insospechados. La escalada de violencia propiciada por agentes estatales y particulares con la participación de grupos de justicia privada (paramilitares), guerrilleros —que pretenden por la vía armada cambiar el estado de cosas—, y de delincuencia organizada en otros ámbitos (económico, transnacionales, etc.) han posibilitado el imperio de la barbarie colectiva, el derramamiento de sangre inocente, la persecución y el exterminio de quienes lideran la defensa de los derechos humanos, la inseguridad jurídica generalizada y una galopante impunidad, etc., entre los síntomas más sobresalientes de la época actual.

Incluso, los mismos cuadros de dirección de la Revista no han permanecido indemnes ante esta arremetida de salvajismo y de irrespeto al ser humano que hoy preside todos los escenarios de la vida colombiana.

Hace un año, justamente por estos días, despedíamos a uno de nuestros hombres más queridos y comprometidos quien —dejando un profundo legado de humanismo, compromiso social y lucha por una sociedad mejor— ofrendó su vida gloriosa en pro de una sociedad más digna. Obvio es decirlo, nos referimos a la persona del Doctor Jesús María Valle Jaramillo quien, en su propia oficina de abogado penalista —por la cual pasaron tantos hombres y mujeres desvalidos en busca de ayuda y consejo profesional— fue brutalmente asesinado, cuando se desempeñaba como presidente del Comité Departamental de Derechos Humanos.

En este contexto y en este momento histórico reaparece, pues, profundamente renovada nuestra publicación, con la dirección del Dr. Juan Oberto Sotomayor Acosta y la coordinación del Dr. Alfonso Cadavid Quintero, dos granados exponentes del pensamiento jurídico penal contemporáneo en nuestro país.

Desde luego, lo más reconfortante es que la publicación ha vuelto al recinto académico donde surgió llena de bríos, de sangre joven y con profundos anhelos renovadores; por ello, a partir de este número —el sesenta, para continuar la línea trazada en la primera época— ella se ha convertido en el órgano oficial del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia que, en unión de la Editorial Temis —como siempre tan preocupada por el presente y el futuro de la misma—, la coeditan.

La nueva dirección cuenta ahora con un Comité Consultivo dentro de su estructura organizativa integrado por algunas de las más destacadas figuras del derecho penal contemporáneo, entre las cuales se destacan los profesores Luigi Ferrajoli, Winfried Hassemer, José Hurtado Pozo, José Luis Díez Ripollés, Perfecto Andrés Ibáñez, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Elena Larrauri Pijoan, José Ramón Serrano-Piedecasas, Juan Bustos Ramírez, Rosa del Olmo y Julio B. J. Maier, a quienes agradecemos que hayan aceptado unir sus nombres a los nuestros en esta lucha por una sociedad y por un derecho penal mejor contribuyendo, por lo demás, a reafirmar los contactos internacionales y a oxigenar la publicación con las nuevas corrientes del pensamiento jurídico.

Igualmente, para continuar con la política institucional de la Revista, dentro del grupo de auxiliares se sigue contando con un conjunto muy bien seleccionado de jóvenes que se inician en las faenas del derecho penal. Gracias a ellos, seguramente, será posible impulsar nuevas ideas y liderar el proceso de transformación del derecho penal colombiano de cara al nuevo milenio.

Finalmente, no está por demás advertirlo, la publicación sigue y seguirá contando con un selecto grupo de colaboradores y amigos que la han acompañado a lo largo de los años, nutriéndola con sus aportes y sus esfuerzos, quienes siempre han confluido en lo que se ha dado en llamar el Grupo de Medellín.

Nódier Agudelo Betancur — Fernando Velásquez V.

Medellín, 15 de marzo de 1999



# ESTUDIOS

# El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales*

*Juan Oberto Sotomayor Acosta***
*Gloria María Gallego García****

## 1. Problemática general del dolo eventual

Según el artículo 36 Código Penal colombiano "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". De igual forma, el artículo 22 del Proyecto de Código Penal (en lo sucesivo P. C. P.) presentado al Congreso por el fiscal general de la nación, establece que "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar".

Tanto en la legislación vigente como en el P. C. P. se acoge, pues, la concepción del dolo dominante en la doctrina penal[1], que entiende el

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

** Profesor de derecho penal de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).

*** Auxiliar de derecho penal de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).

[1] Así, por la doctrina europea, en Alemania, H. H. Jescheck, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981, págs. 397 y ss.; A. Eser y B.

conocimiento y la voluntad como sus elementos constitutivos y que distingue, por un lado, el *dolo directo*, que será de primer grado cuando el sujeto quiere la realización del tipo como meta de su acción, o de segundo grado cuando dicha realización es una consecuencia necesaria de la misma, siendo abarcada por la voluntad del sujeto; y, por otro, el denominado *dolo eventual*, cuando la acción perseguida lleva consigo la probable realización de un hecho típico, pese a lo cual el sujeto continúa actuando, "admitiendo" su eventual producción.

Esta referencia expresa de nuestro Código Penal al dolo eventual ha traído como consecuencia positiva la de no dejar dudas acerca de su reconocimiento legal, asunto que resultaba por lo menos problemático frente a la legislación anterior, que no empleaba el término "dolo" sino el de "intención" y que de asumirse en un sentido estricto hubiera hecho difícil su extensión a las situaciones que se reconocen como de dolo eventual[2]. Pero también ha generado en nuestro medio otra consecuencia menos plausible, cual es la de propiciar que tanto la doctrina como la jurisprudencia asuman de manera acrítica y casi como un axioma la supuesta estructura dolosa de las situaciones —precisamente por ello— catalogadas como de dolo eventual.

La regulación legal actual no puede resolver, sin embargo, como tampoco el P. C. P., el problema de fondo del dolo eventual: ¿se justifica —y si así fuera, cuál sería el fundamento— que situaciones en las cuales el sujeto simplemente "acepta" —o "cuenta", o "se conforma" o "deja librada al azar"— la posible realización del hecho punible (dolo eventual), reciban el mismo tratamiento jurídico-penal de aquellas otras en las cuales el sujeto quiere directamente su realización (dolo directo)?

---

BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Edit. Colex, 1995, págs. 139 a 155; en Italia, G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995, págs. 308 y ss.; en España, J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, Parte general, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, págs. 124 y ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, t. I, Parte general, Madrid, Universitas, 1996, págs. 401 y ss.; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 245 y ss. Por la doctrina latinoamericana, E. BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 103 y ss.; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, págs. 176 y ss.; E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1987, págs. 295 y ss. En la doctrina colombiana, J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1995, págs. 257 y ss.; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, partes general y especial, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 264 y ss.; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 10ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 274; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997, págs. 406 y ss.

[2] Lo cual no fue óbice para que la doctrina penal de la época incluyera el dolo eventual como una de las formas "intencionales" de realizar la infracción penal. Véase, entre otros, a A. M. VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 56; L. E. MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962, pág. 124; B. GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Lerner, 1963, pág. 160; L. E. ROMERO SOTO, *Derecho penal*, vol. II, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1969, págs. 114 a 128; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972, págs. 236 y 237; F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Colección Pequeño Foro, 1972, págs. 207 y 208.





A) *Los intentos de justificación del dolo eventual*

El problema del dolo eventual radica fundamentalmente en el hecho de que en él no puede afirmarse de modo categórico la presencia de una voluntad clara y manifiesta de realizar los elementos objetivos del tipo, lo cual plantea serias dudas acerca de si puede considerarse *doloso* un comportamiento en el que se reconoce algo así como una disminución de la sustancia del dolo[3].

Con todo, resulta muy llamativo que por lo general se trate el dolo eventual con el único propósito de fijar su frontera con la culpa consciente, pero muy pocas veces se cuestione su pretendida naturaleza dolosa. Sin embargo, cuando se analizan las teorías que pretenden dar cuenta del dolo eventual como una forma del comportamiento doloso, el común denominador lo constituyen las dificultades que genera tratar de incluir el dolo eventual dentro de los dominios del dolo. Dificultades que, finalmente, se han intentado superar de dos formas: por la tradicional vía de aceptar el dolo eventual como una especie de excepción a la estructura del dolo (entendido como conocimiento y voluntad de realizar el hecho); o por la vía seguida por las llamadas teorías unitarias, que para poder abarcar sin mayores dificultades el dolo eventual, optan por replantear el concepto tradicional de dolo[4].

a) *El dolo eventual como una clase "especial" de dolo*

Entre las teorías tradicionales del dolo eventual podemos ubicar a las teorías de la probabilidad (en sus diferentes versiones), del consentimiento y de la indiferencia, entre las más conocidas[5]. La *teoría de la probabilidad* en su versión más extrema entiende ya configurado el dolo eventual con la mera representación de la posibilidad de producción del resultado. Se estima, en consecuencia, que la línea de demarcación entre el dolo eventual y la culpa consciente se halla en un momento de carácter estrictamente intelectual, sin que proceda tomar en consideración la posición interna del autor frente a la probabilidad del resultado; se rechaza la exigencia de un elemento de carácter volitivo, reservado estrictamente para el dolo directo (de primer y segundo grado)[6].

[3] M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 22; también, C. ROXIN, *Derecho penal*, t. I, Parte general, Madrid, Civitas, 1997, pág. 416.

[4] También debe considerarse unitaria, aunque de signo diferente a las aludidas en el texto, la conocida teoría de ARMIN KAUFMANN de la "voluntad de evitación" (cfr. "El dolo eventual en la estructura del delito", en *NFP*, núm. 1, Medellín, 1978, págs. 38 y ss.), la cual tampoco parece estar en posibilidad de ofrecer una adecuada fundamentación del carácter doloso del dolo eventual; véase las críticas de J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, Barcelona, 1984, pág. 320 y 321, en especial la nota 38; W. HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", en *ADPCP*, III, Madrid, 1990, págs. 909 y ss.; y M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 262 y ss.

[5] Sobre las teorías del dolo eventual, véase el completo análisis realizado por M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 47 y ss. También, E. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", en, el mismo: *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990, págs. 240 y ss.; y C. ROXIN, *Derecho penal*..., cit., págs. 424 y ss.

[6] Cfr. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 90.

Esta teoría incurre en una contradicción insalvable al reconocer que el dolo requiere voluntad de realización y pese a ello renunciar a dicha exigencia cuando se trata del dolo eventual; luego, no habría justificación para aplicar pena idéntica a los supuestos de dolo directo y de dolo eventual, cuando se admite que entre uno y otro existen diferencias esenciales[7]. Todo ello sin contar con que desaparecería la culpa consciente, ya que también al concurrir en ella el elemento cognoscitivo, quedaría absorbida por el dolo eventual[8].

La *teoría del consentimiento* plantea que el hecho se realiza con dolo eventual cuando el autor no solo se representa la posibilidad de producción del resultado típico, sino que, además, "acepta", "asiente" y, por eso, quiere interiormente su realización, exigencia esta última que sobre todo busca salvar las críticas formuladas a la teoría de la probabilidad y por tanto afirmar que en el dolo eventual se presentan los tradicionales elementos constitutivos del dolo[9].

Puede advertirse a simple vista que cuando la teoría del consentimiento exige "aceptación" del resultado típico, se está refiriendo a algo bien diverso del elemento volitivo que se exige del dolo, por cuanto sustituye un proceso real de volición por uno hipotético, que impide afirmar la existencia de una realización volitiva del hecho, y a lo sumo permitirá hablar de una mera hipótesis aceptada (la probable producción del resultado típico). Pero una voluntad así entendida es, en última instancia, una deformación conceptual o una falacia, dado que en realidad se le está atribuyendo el contenido de voluntad de realización a algo que no lo tiene[10].

Tampoco la *teoría de la indiferencia* (o del sentimiento) logra una fundamentación satisfactoria del dolo eventual, cuando entiende que este concurre cuando el autor se comporta con un determinado grado de desconsideración, siéndole "indiferente" la producción de un resultado antijurídico[11]. En tal caso el dolo eventual es visto como otra categoría de dolo, por cuanto en él la voluntad de realización del hecho se vería supuestamente concretada en la indiferencia del autor respecto de la realización del tipo.

Pero si lo importante fuera la actitud emocional del sujeto frente a la posible producción del resultado lesivo, significaría que esta teoría va más allá del "querer", que parece tener una acepción más neutra respecto de la psique del autor, para preguntarse

[7] Véase a M. Díaz Pita, *El dolo eventual*, pág. 100; y J. Bustos Ramírez, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 324.

[8] Véase a M. Díaz Pita, *El dolo eventual*, cit., págs. 92 a 95. También, C. Roxin, *Derecho penal*, cit., págs. 433 y 434.

[9] Cfr. M. Díaz Pita, *El dolo eventual*, cit., pág. 168; E. Gimbernat, "Acerca del dolo eventual", cit., pág. 248; y C. Roxin, *Derecho penal*..., cit., págs. 430-432.

[10] Véase en este sentido, a J. Bustos Ramírez, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 313; y A. Eser y B. Burkhardt, *Derecho penal*..., cit., págs. 164 y 170; también a M. Corcoy Bidasolo (*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, PPU, 1989, pág. 272), quien sostiene que para la teoría del consentimiento la exigencia del elemento volitivo en el dolo eventual se traduce en un "querer presunto" que debería ser ineficaz en el ámbito penal.

[11] Cfr. Díaz Pita, *El dolo eventual*, cit., págs. 177 a 178; y C. Roxin, *Derecho penal*, cit., págs. 432 y 433.





por los motivos íntimos que tuvo y no por su voluntad en sí misma, por lo que la indiferencia respecto a la producción o no del resultado nada dice sobre el elemento volitivo del dolo[12].

b) *El dolo eventual como arquetipo de dolo*

Recientemente, y dadas las evidentes contradicciones de las teorías tradicionales y su imposibilidad de resolver de manera satisfactoria dentro del marco del concepto dominante de dolo los problemas que supone englobar en él al dolo eventual, vienen ganando terreno posiciones que optan por la revisión del concepto mismo de dolo, y que en mayor o menor grado supone volver a una concepción cognoscitiva del mismo.

Sobre el particular parece posible diferenciar dos direcciones: una radical y otra moderada. La primera de ellas es la llevada a cabo por aquellos autores que entienden que lo fundamental en el dolo es el aspecto cognoscitivo: "Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado"[13]. En consecuencia, se presenta una vuelta a las teorías de la representación, por cuanto las diferencias entre el dolo y la culpa consciente habría que buscarlas en el propio plano del conocimiento: "en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente, en cambio, falta un exacto conocimiento de la situación típica (objetiva), al añadirse por parte del autor, elementos de confianza, de uno u otro signo, que le conducen al error (imprudencia)"[14].

Lo anterior nos parece, sin embargo, una confusión de planos, pues en realidad el momento de decisión o de confianza en la no producción del resultado típico es un momento dependiente de la voluntad del sujeto, no de su conocimiento. Por ello, es dudoso que la culpa consciente consista en una "falta de conocimiento" o en un "error", siendo que supone un conocimiento correcto del riesgo para el bien jurídico, solo que el autor confía en sus capacidades y posibilidades de dominar el peligro y evitar la producción del resultado típico. Mas dicha confianza es, en todo caso, una posición volitiva[15].

[12] Cfr. a Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, cit., pág. 273; A. Eser y B. Burkhardt, *Derecho penal*, cit., pág. 161.

[13] J. M. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1992, pág. 401 (la cursiva es textual), quien se basa en los planteamientos de W. Frisch. La concepción de que el dolo se agota en su aspecto cognoscitivo es mantenida también, entre otros, por G. Jakobs, *Derecho penal*, Parte general (Fundamentos y teoría de la imputación), Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995, págs. 309 y ss.; U. Kindhäuser, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pág. 139. En América Latina, M. Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 64 y ss. Sobre tales teorías, en general, véase a M. Díaz Pita, *El dolo eventual*, cit., págs. 75 y ss.; y C. Roxin, *Derecho penal*, cit., págs. 439 a 446.

[14] J. M. Silva Sánchez, "Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuridicidad", en *ADPCP*, III, Madrid, 1987, pág. 652; véase también a G. Jakobs, *Derecho penal*, cit., pág. 327; M. Sancinetti, *Subjetivismo*..., cit., pág. 66.

[15] Cfr. T. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pág. 89. También a H. Welzel, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 103.

Por último, estas posiciones, al pretender establecer la frontera entre la culpa consciente y el dolo en un momento estrictamente cognitivo, llegan a un resultado opuesto al pretendido, esto es, a la desaparición de dicha frontera, puesto que llevado el planteamiento hasta sus últimas consecuencias todos los casos de imprudencia consciente terminarán considerándose como dolosos[16].

Una revisión más moderada del concepto de dolo se desarrolla en la línea trazada por HASSEMER, quien mantiene la exigencia de voluntad como elemento del dolo, pero matizada o disminuida hasta el punto de configurarse con la sola "decisión en contra de un bien jurídico" o "decisión a favor del injusto"[17]; para este autor, "los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido) pero no suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento)"[18].

Pareciera no obstante que en esta propuesta el elemento volitivo termina siendo reducido a su mínima expresión, pues "decisión" es un término mucho más amplio que voluntad; tanto que, al no exigirse la dirección del querer hacia un determinado resultado típico, la "decisión" se daría con el simple hecho de "seguir adelante" con la acción[19]. La redefinición consistiría entonces, simple y llanamente, en una supresión de requisitos, mediante la reducción del elemento volitivo, que en últimas poco diferencia esta propuesta de aquellas que abiertamente renuncian al elemento volitivo como rasgo característico del dolo.

En resumidas cuentas, entiéndase el dolo desde una perspectiva estrictamente cognoscitiva o como "decisión en contra del bien jurídico", la revisión del concepto parece orientarse en el fondo, en mayor o menor grado, a satisfacer dudosas exigencias represivas, por una parte, y a obviar las innegables dificultades probatorias que entraña el *querer* como requisito del dolo, por otra[20]. De ahí que en ambos casos el dolo eventual termina convirtiéndose en "arquetipo de dolo"[21] o "dolo básico"[22].

[16] Cfr. M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 130.

[17] Cfr. W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., págs. 915 a 917 y 931. En la misma dirección, M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 307 y ss.

[18] W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 927. También C. ROXIN define el dolo eventual como "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" (*Derecho penal*, cit., págs. 416 y 425), pero a diferencia de HASSEMER no entiende que esta definición constituya la estructura básica del dolo. Por el contrario, ROXIN reconoce que en las diversas clases de dolo las relaciones entre el requisito intelectual y el volitivo se presentan de manera diferente, y por ende "no convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo también en la intención (o propósito) y en el *dolus directus* (de segundo grado). El criterio de la realización del plan... al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención (o propósito) y al observar en el *dolus directus* (de segundo grado) y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno" (*ibidem*, pág. 425, nota 25).

[19] Así, C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 429 y 435.

[20] Cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., págs. 308 y 309.

[21] J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 402.

[22] M. SANCINETTI, *Subjetivismo...*, cit., pág. 64.





En efecto, una normativización del dolo hasta el punto de eliminar el requisito volitivo o reducirlo a una simple "decisión", permitirá con mayor facilidad una imputación dolosa, pues la sola previsión de la peligrosidad objetiva de la acción por parte del agente —previsión que, en especial cuando se trata de aquellos hechos que producen alarma social, es derivada de la naturaleza objetiva del hecho—, demostraría implícitamente que el sujeto se decidió en favor de lo ilícito[23].

No parece, sin embargo, que esa sea la forma adecuada de justificar la imposición de una pena a título de dolo, como tampoco las dificultades probatorias en relación con el elemento volitivo, que sin duda existen, pueden justificar "la amputación en el dolo del elemento que más lo caracteriza"[24].

Estas perspectivas siguen dejando sin respuesta el interrogante último, es decir, si deben sancionarse con la misma pena (y en caso afirmativo, por qué razón) supuestos de hecho claramente diferentes, cuales son los cometidos con dolo eventual y con dolo directo. Es más, creemos que de ser consecuentes, estos planteamientos terminarían justificando una agravación de la punibilidad para los supuestos de dolo directo, toda vez que se reconoce[25] que en ellos tiene lugar un incremento del riesgo objetivo de la acción y por tanto del contenido de sentido lesivo del hecho.

### B) *La estructura dogmática del dolo eventual*

Como hemos visto, en las diferentes doctrinas que intentan justificar el carácter doloso del dolo eventual parece prevalecer un cierto y discutible afán represivo, que la mayoría de las veces se pretende encubrir con argumentos puramente dogmáticos[26]. Así lo reconoce de forma implícita MUÑOZ CONDE, por ejemplo, para quien "la teoría del dolo eventual surge para tratar de incluir en el ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptan fácilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sen-

[23] G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 309. Sobre la discusión relacionada con la normativización de los elementos subjetivos del delito, véase a J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito (bases metodológicas)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, págs. 73 y ss. Resulta diciente en este punto la exposición de motivos del P. C. P., que pretende justificar en las dificultades probatorias que entraña, el cambio de la expresión "acepta" del Código Penal actual, por la de dejar "librada al azar": "La regulación del llamado dolo eventual abandona las clásicas consideraciones, toda vez que no adopta las teorías intelectiva y/o volitiva como se han venido entendiendo, habida cuenta que, tal como se presenta la actual regulación, la diferencia entre tal figura y la culpa con representación depende de un ejercicio metafísico imposible de ser constatado por la praxis judicial. En efecto, ningún dato de carácter externo está en posibilidad de suministrar al funcionario, por la vía de la inferencia, herramientas para determinar si el sujeto «aceptó» el resultado previsto como posible, lo cual implica en la gran mayoría de los casos una extrema discrecionalidad judicial sujeta a la pura especulación probatoria, y en los menos, el aceptar, indefectiblemente, que el proceso de imputación subjetiva quede en manos del sindicado".

[24] G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale...*, cit., pág. 309.

[25] Así, de forma expresa, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 402.

[26] M. DÍAZ PITA (*Dolo eventual*, cit., pág. 44) reconoce que las teorías tradicionales del dolo eventual han constituido "un intento por parte de sus defensores de encontrar un revestimiento dogmático a lo que, en definitiva, puede ser un problema normativo y no un problema de descifrar, desde una perspectiva meramente psicológica, lo que hemos de entender por voluntad y conocimiento o cuáles sean sus respectivos contenidos".

timiento de justicia considera que deben ser tratados con la misma severidad que esta forma de imputación subjetiva del delito"[27]. De la misma manera, para QUINTERO OLIVARES, "En los supuestos de dolo eventual se trata siempre de calificar como doloso un comportamiento que no lo es claramente... en el plano de la justicia material puede repugnar el tratar como imprudencia —al margen de que eso exige que esté prevista la forma imprudente en ese concreto delito— conductas que entrañan si no directo deseo de lesionar un bien jurídico, sí un total desprecio por esa eventualidad"[28].

Estos planteamientos son comunes a la mayoría de doctrinas justificadoras del dolo eventual, que en el fondo parecen debatirse entre consideraciones dogmáticas en sentido estricto, como la referida a la determinación de la estructura jurídica del dolo en materia penal, y consideraciones de política criminal, de signos marcadamente represivos por cierto.

Al situar el dolo eventual en una relación de tensión entre dogmática y política criminal no se ignora la relación existente entre ambas, ni mucho menos se desconoce la innegable e importante incidencia de la segunda en la elaboración de los conceptos jurídico-penales[29], pero sí se diferencia entre los diversos planos por los que puede discurrir dicha relación. Como explica SILVA SÁNCHEZ, la aceptación del *sistema* como elemento decisivo de la argumentación dogmática obliga a distinguir entre los diversos niveles, en los cuales dicha argumentación puede configurarse de manera diferente: a) El *primer nivel* consistiría en la selección de las premisas valorativas que sirven de base al sistema y la construcción de sus categorías básicas, así como la atribución de contenido a las mismas a partir de dichas premisas; b) un *segundo nivel* que, aunque referido aun a la construcción del sistema, incluiría la elaboración de conceptos y categorías de abstracción media y sin duda dependientes de los conceptos del primer nivel (v. gr., dolo, error, autoría y participación, etc.); y c) en el *tercer nivel* se trataría ya de fundamentar la adopción de determinadas soluciones, en un sistema ya constituido, en relación con conceptos y estructuras problemáticas[30].

La incidencia de las valoraciones político-criminales en la construcción sistemática variará, por supuesto, de acuerdo con el nivel de que se trate. En este sentido debe reconocerse que el peso y la amplitud de las valoraciones de política criminal disminuirá a medida que se pasa del primero al segundo nivel y del segundo al tercero, al mismo

[27] F. MUÑOZ CONDE, "Prólogo", a M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit.

[28] G. QUINTERO OLIVARES, *Curso de derecho penal*, Parte general, Barcelona, 1996, pág. 293. En la misma línea, E. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", cit., pág. 259; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 44 y 45.

[29] Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971, págs. 15 y ss.

[30] Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 172. Sobre el valor del *sistema* en el campo jurídico véase, con carácter general, a K. ENGISCH, "Sentido y alcance de la sistemática jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, Madrid, 1986, págs. 7 y ss.; C. W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, págs. 19 y ss. Para el caso concreto del derecho penal, B. SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en, el mismo (coord.): *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1991, págs. 31 a 43.





tiempo que aumentará la incidencia de otro tipo de controles de índole lógico-formales, lingüísticos, etc.[31].

La problemática general del dolo eventual parece oscilar entonces entre el tercer y el segundo nivel: pertenecería al tercer nivel si de lo que se trata es de establecer si los supuestos en los cuales el sujeto "acepta" la posible realización del tipo deben considerarse dolosos o no, pues ello reduciría la cuestión a la determinación en tales situaciones de los requisitos del concepto de dolo previamente construido. En este nivel habría que situar, por supuesto, los argumentos propios de las tradicionales doctrinas sobre el dolo eventual, que precisamente terminan fracasando en su pretensión justificadora, al carecer, por lo visto, de "aceptabilidad racional"[32].

Por el contrario, quienes ante el fracaso de las doctrinas tradicionales optan por llevar a cabo una redefinición del concepto de dolo a partir del dolo eventual, sitúan el problema en el segundo nivel, pues en tal caso estamos frente a la construcción del concepto de dolo y no de establecer si dicho concepto alcanza o no a determinados supuestos. Ahora bien, como desde una perspectiva teleológica la elaboración de los conceptos del segundo nivel se encuentra condicionada lógica y axiológicamente por los del primero, significa que el criterio político-criminal que se encuentra en la base del concepto de dolo pertenece al primero y no al segundo nivel de argumentación. En otras palabras, aunque desde un punto de vista teleológico puede aceptarse que "son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso"[33], la determinación de cuándo y por qué un hecho merece la pena del delito doloso y no la del delito imprudente depende, entonces, de las premisas valorativas que sirven de base al sistema (primer nivel), y no de un concepto de dolo previamente dado ni de los particulares "sentimientos de justicia" y demás prejuicios del intérprete.

Si bien puede aceptarse hoy en día que las cadenas argumentales que en el campo del derecho terminan en la aplicación de una disposición legal a un hecho concreto no parten, o si se prefiere, no comienzan en la ley positiva sino en una serie de axiomas o principios en los que se considera que la ley positiva reconoce su propio fundamento[34],

[31] Según señala J. M. SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación...*, cit., pág. 173), la argumentación "en el primer nivel es puramente —o, en todo caso, muy preferentemente— axiológica. En cambio, en el nivel segundo y sobre todo, en el tercero, adquieren una significación cada vez mayor otros argumentos: los referidos a los resultados del análisis del marco lingüístico representado por los preceptos legales (gramatical, semántico, etc.); los argumentos de coherencia interna del sistema dogmático y referidos a las consecuencias intrasistemáticas de un determinado planteamiento; los referidos al análisis lógico de las estructuras problemáticas; el argumento semántico relativo al uso normal del lenguaje; etc.".

[32] Cfr. a A. AARNIO, *Lo racional como razonable* (*un tratado sobre la justificación jurídica*), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 239 a 250). Algunas de tales teorías se muestran de antemano no justificables incluso desde un punto de visto lógico, como sucede, por ejemplo, siempre que se parte de una concepción volitiva del dolo, pero se acepta que en algunos casos hay dolo en supuestos en los cuales no puede hablarse propiamente de la existencia de voluntad respecto de la realización del tipo.

[33] J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., págs. 401 y 402.

[34] Así, E. BACIGALUPO, "Sui dogmi della dogmatica penale", en *Dei Delitti e delle Pene*, núm. 2, Bari, 1983, pág. 255; en igual dirección, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., págs. 111 y ss.

no parece de antemano aceptable que la determinación de dichos principios pueda provenir de una decisión arbitraria del intérprete, como creemos que ha sucedido en buena medida hasta ahora en la construcción del concepto de dolo eventual; tal manera de proceder implica, sin duda, un uso irracional de la dogmática jurídica, puesto que se la estaría utilizando para encubrir los verdaderos motivos de la decisión, o porque estos se estarían usando como presuntos programas autónomos de decisión[35].

En un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, como creemos que corresponde al derecho penal *garantista*[36] propio del modelo de Estado constitucional de derecho[37], el criterio para establecer cuáles son los hechos que "merecen la pena establecida para el delito doloso" podrá derivarse de manera razonable de la *ratio* misma de la protección penal, esto es, del bien jurídico: "la valoración jurídico-penal de la conducta debe presentar... una dependencia muy directa de la lesividad potencial o efectiva de la misma para los bienes jurídicos que constituyen el objeto de protección del derecho penal... por lo tanto, el grado en que la conducta contribuya causalmente a poner en peligro o a menoscabar el bien jurídico penalmente protegido ha de ser uno de los datos fundamentales para dicha valoración"[38].

A un derecho penal protector de bienes jurídicos solo le pueden interesar entonces dos clases de comportamientos[39]: aquellos dirigidos a la afección del bien jurídico, que reciben conceptualmente el nombre de actos *dolosos*, y aquellos otros cuya realización implica la creación de un riesgo no permitido para los bienes jurídicos y por eso exigen un determinado cuidado, que son los denominados como *culposos*.

Estos hechos dolosos y culposos no revisten la misma gravedad, puesto que, como señala HASSEMER, el peligro para los bienes jurídico-penales derivado del que comete un delito doloso debe considerarse mayor que aquel que procede del sujeto que comete un delito imprudente, en razón de la valoración de la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho[40]. Valoración que no parece que pueda provenir de nada diferente al elemento volitivo mismo, pero no entendido como simple "decisión" en

[35] Cfr. a R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica (la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 260 y 261; y C. W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, cit., págs. 121 a 125.

[36] Cfr. a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, págs. 464 a 479.

[37] Sobre el modelo de "Estado constitucional de derecho", véase a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Madrid, Edit. Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, págs. 21 a 41; L. FERRAJOLI, "El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (editor): *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Edit. Trotta, 1996, págs. 15 a 29; también, A. M. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Edit. Trotta, 1997, págs. 41 a 74.

[38] J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pág. 100.

[39] Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*..., cit., pág. 182; el mismo, "Política criminal y dolo eventual", cit. págs. 322 y 323.

[40] W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 917.





contra del bien jurídico —pues despojada de cualquier contenido de carácter psicológico la voluntad no alcanza a constituir siquiera una resolución[41]—, sino como *voluntad de realización* y en tal sentido como expresión de un poder de conformación de la realidad[42]. El hecho de que el sujeto pueda influir sobre la realidad —y no su "mala intención" o "mal ánimo"— convierte a la acción dolosa, considerada *ex ante*, en una acción objetivamente más peligrosa para los bienes jurídicos y por ende más grave que la acción imprudente[43].

Corresponde entonces determinar a cuál de las dos clases de comportamientos relevantes para un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos pertenece el dolo eventual. Aceptado que en el dolo eventual no puede hablarse propiamente de una realización volitiva del hecho —en el sentido indicado atrás— sino a lo sumo de una "hipótesis aceptada"[44], deberá concluirse que el dolo eventual forma parte de los comportamientos culposos y no de los dolosos. Como explica BUSTOS RAMÍREZ[45], cuando se afirma que dolo es *querer*, se alude a un proceso real de volición de un determinado comportamiento en la realidad (una realización de voluntad); en los supuestos de dolo eventual lo que se presenta, por el contrario, es solo la "aceptación" de un suceso posible; afirmar que alguien quiere el hecho cuando solo "acepta" su posible realización, implica la sustitución de un proceso real por uno hipotético, con la consiguiente confusión conceptual que genera aludir con la misma expresión a dos realidades bien diferentes.

La estructura del dolo eventual pertenece, pues, a la de los comportamientos imprudentes, porque en él falta la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo propio del dolo; luego, no existe una dirección del proceso hacia la afectación del bien

[41] Así, C. ROXIN, *Derecho penal*..., cit., pág. 429. Véase la crítica de J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", cit., págs. 320 y 321, en especial la nota 38.

[42] Cfr. a G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*..., cit., pág. 313; así también H. WELZEL (*Derecho penal alemán*, cit., pág. 97), quien entiende que "Como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real. Aquello que, de acuerdo con la propia opinión del autor, queda fuera de su posibilidad de influencia, lo podrá por cierto esperar o desear, como encadenamiento casual con su acción, pero no querer realizar".

[43] Véase a W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 917; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso*..., cit., págs. 406 y 407; S. MIR PUIG, "La perspectiva *ex ante* en derecho penal", en, el mismo: *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, 1994, págs. 102 y 103; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*..., cit., pág. 402. En la doctrina colombiana, A. CADAVID QUINTERO, *Introducción*..., cit., págs. 187 a 194. La mayor gravedad del hecho doloso se traduce no solo en la mayor magnitud de pena asignada, sino también en la adopción, al menos en nuestro país, de un sistema cerrado de incriminación (*numerus clausus*), por considerarse que las conductas imprudentes, por ser precisamente menos graves, solo deben sancionarse en muy limitadas hipótesis y siempre que se trate de bienes jurídicos fundamentales y de los ataques más intensos a dichos bienes; cfr. a F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 258 y 259; en nuestro medio, A. CADAVID QUINTERO, *Introducción*..., cit., págs. 178 y 179.

[44] J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 313.

[45] J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*..., cit., pág. 182; el mismo, "Política criminal y dolo eventual", cit., págs. 312 y 313.

jurídico, sino un alto riesgo de que el bien jurídico se vea afectado, pese a que la dirección de la voluntad del sujeto se encamine en sentido diferente.

Lo dicho no significa que entre los comportamientos culposos no pueda a su vez reconocerse la existencia de diferentes grados de riesgo[46], en razón de lo cual habrá de aceptarse la existencia en el dolo eventual de un *plus* subjetivo respecto de la culpa consciente, que lo coloca en el escalón más alto de gravedad dentro de las conductas imprudentes[47]. En efecto, en las situaciones de dolo eventual el autor, previendo el posible acaecimiento del hecho, *decide* continuar el curso de su acción en una situación de incertidumbre respecto de los factores de riesgo presentes en la situación fáctica, dejando librado "al curso de las cosas" el posible acaecimiento del hecho típico. Ello no solo supone la creación *ex ante* de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido como consecuencia de la violación del deber objetivo de cuidado, sino además la valoración de dicho riesgo como *especialmente* grave, dado que el sujeto no se esfuerza en controlarlo y no toma medida de precaución alguna para evitar la lesión del bien jurídico.

No se pueden confundir los planos y entender de forma arbitraria que el mero hecho de "aceptar" la posible realización del hecho es igual —y no por razones ontológicas sino valorativas— a querer su realización, al menos mientras lo determinante siga siendo la afectación del bien jurídico. No creemos por tanto que le asista razón a DÍAZ PITA cuando entiende el dolo eventual como un concepto cualitativamente diferente a la culpa, con el argumento de que el sujeto que actúa con dolo eventual no lo hace descuidadamente porque "sabe" lo que hace y, "siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante con su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza"[48].

En realidad, mirado desde el bien jurídico la estructura es la misma, pues tanto "sabe lo que hace" (poner en peligro el bien jurídico) quien actúa con dolo eventual como quien lo hace con culpa consciente: en uno y otro caso el autor se plantea la posibilidad de producción del resultado típico y en ninguno de ellos orienta su voluntad en tal dirección[49]. Y, como corresponde al derecho penal del Estado constitucional, de lo que se trata es de valorar un *acto* desde el punto de vista de su repercusión para los bienes jurídicos protegidos, y no de juzgar al *autor* por sus sentimientos o por la carencia de los mismos o por su egoísmo, etc.

[46] Sobre los grados de peligro, en general, J. M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, cit., págs. 188 a 195.

[47] Así, J. BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", cit., pág. 325; el mismo, *El delito culposo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 60.

[48] M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 45.

[49] Cfr. a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996, pág. 244.





Lo anterior significa que el dolo eventual (o también "culpa calificada" o "culpa agravada") constituye en realidad un nivel de valoración intermedio entre el dolo y la culpa, de manera semejante a la *recklessness*[50] angloamericana, que permitiría satisfacer en mayor grado exigencias propias del principio de culpabilidad y de proporcionalidad, al permitir una escala más detallada de las formas de participación interna del sujeto en el hecho y ampliar las posibilidades de imposición de penas de distinta gravedad acorde con tales grados de vinculación subjetiva.

No ha sido esta, sin embargo, la vía seguida por el legislador colombiano en esta materia, quien más bien, acogiendo las demandas represivas de dudosa legitimidad que han orientado tradicionalmente las discusiones sobre esta materia, prefirió, como expondremos a continuación, *equiparar*, desde el punto de vista punitivo, el dolo eventual al dolo.

## 2. EL DOLO EVENTUAL EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

### A) *El dolo eventual en la doctrina penal colombiana*

En relación con el dolo eventual ha predominado en la doctrina penal colombiana, desde sus inicios y sin disidencias sustanciales, la teoría del consentimiento, así algunas veces la adhesión a tales planteamientos no sea explícita, y en otras se haga de manera acrítica, ignorando incluso la ardua problemática que el tema plantea. Ya en el primer tratado de derecho penal escrito en Colombia, decía CONCHA que la intención "es eventual, cuando el individuo ha previsto y querido un mal determinado, y ha previsto sin desearlas, aceptándolas sin embargo como posibles, otras consecuencias que exceden el objeto directo que se propone"[51], posición que se ha mantenido en nuestra doctrina de manera prácticamente inalterada hasta hoy, aunque de forma mucho más matizada en el más reciente estudio de la parte general del derecho penal colombiano, realizado por VELÁSQUEZ[52].

Algunos autores se han mostrado, no obstante, bastante cercanos a la teoría de la indiferencia, aunque no son explícitos en adoptarla. Por ejemplo, para GAITÁN MAHECHA existe dolo eventual "Cuando el resultado previsto es indiferente que se produzca o no para el sujeto, de modo que obra con indiferencia sobre los alcances de su acción"[53]; así mismo, ARENAS sostuvo que el dolo es eventual "cuando el agente se representa un resultado dañoso, lo mira con indiferencia y no renuncia a la ejecución del hecho,

[50] Sobre el particular, M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 249 a 256; G. P. FLETCHER, *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1997, págs. 176 a 179; y, resaltando sus semejanzas con el dolo eventual y admitiendo que entre nosotros tendría una estructura culposa, E. S. HENDLER, *El derecho penal en los Estados Unidos de América*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, págs. 63 y 64.

[51] J. V. CONCHA, *Tratado de derecho penal*, 1ª ed., Bogotá, Imprenta Nacional, 1897, pág. 76.

[52] F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410; la 1ª ed. data de 1994.

[53] B. GAITÁN MAHECHA, *Curso...*, cit., pág. 160.

aceptando sus consecuencias"[54]. También otros autores nacionales[55] aluden a la "indiferencia" o a la falta de "voluntad de evitación" cuando tratan el dolo eventual, mas, al igual que los ya mencionados, no parecen estarse refiriendo a las teorías de la indiferencia y de la voluntad de evitación expuestas por ENGISCH y ARMIN KAUFMANN, respectivamente, pues tales criterios son utilizados más bien para deducir o excluir el consentimiento del autor del hecho en la producción del resultado típico, esto es, entendiendo que se trata de indicadores externos a partir de los cuales puede llegar a constatarse el grado de participación interna del sujeto en el hecho (dolo o culpa); en otras palabras, creemos que la indiferencia o la ausencia de voluntad de evitación las ha entendido nuestra doctrina como criterios coadyuvantes a la exclusión del dolo[56].

Es posible que, por lo menos en lo que tiene que ver con el actual Código Penal, la adhesión a una teoría volitiva por parte de nuestra doctrina pueda explicarse por la regulación que de dicha figura hace el Código en su artículo 36, que al exigir que el sujeto "acepte" la realización del hecho punible, parece optar por la teoría del consentimiento[57], o al menos así lo ha entendido la doctrina[58].

Resulta curioso que en algunas ocasiones dicha interpretación se siga manteniendo, pese a reconocerse la ausencia de una efectiva voluntad de realización en el dolo eventual. Un buen ejemplo de ello lo constituye la postura de ESTRADA VÉLEZ, cuyos argumentos al momento de definir el dolo eventual parecen más cercanos a la teoría de la probabilidad, pues entiende que en este "no hay una presencia activa del querer proyectada hacia la obtención del resultado ilícito, sino que este se presenta en la mente del sujeto (se lo representa) como probable o posible..."[59]. No obstante, afirma al mismo tiempo que "Nuestro Código, al definir el dolo (art. 36) con una fórmula clara y prácticamente útil, adoptó el criterio del consentimiento en relación con el dolo eventual. [...] Habrá dolo eventual, pues, en todos los casos en que el agente, en desarrollo de una actividad lícita, realiza un hecho típico no directamente querido pero previsto y no rechazado por la voluntad"[60].

Aunque no lo señale de manera expresa, creemos que también REYES ECHANDÍA fue un claro partidario de la teoría del consentimiento, pues no de otra manera se puede entender su afirmación en el sentido de que alguien *quiere* un resultado, "Cuando lo acepta anticipadamente, sea que el evento aparezca como cierto, ya que se presente como probable, siempre que tal probabilidad no lo detenga en la realización de su propósito"[61].

Menos decididos en cuanto a la adopción de la perspectiva del consentimiento se muestran autores actuales como FERNÁNDEZ CARRASQUILLA[62] y VELÁSQUEZ[63], aunque de cualquier manera creemos que, en diferente grado, continúan adhiriéndose a ella o, en el caso del segundo de los mencionados, situándose muy cerca de la misma.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, por ejemplo, si bien no desconoce las críticas de que es objeto la noción de dolo eventual, de todas formas entiende que este hace referencia "a la conciencia y *volición* de los efectos concomitantes posibles o probables que el sujeto no ha querido evitar y que por tanto ha incluido en el ámbito de su empresa voluntaria"[64].

En nuestra opinión también VELÁSQUEZ sostiene no solo una teoría volitiva, sino también, en el fondo, una posición muy cercana a la teoría del consentimiento, pese a que de manera expresa dice defender una "teoría mixta", según la cual "el dolo eventual se conforma tanto cuando el autor se *ha representado* la realización posible del tipo, como cuando *se ha conformado* con ella"[65]; según él, ello no solo se compadece con lo estatuido en la segunda parte del artículo 36 del Código Penal, sino que también permite afirmar como característica de esta forma de dolo, "*el equilibrio entre los componentes voluntario y cognoscitivo*"[66].

No creemos que una definición del dolo eventual como la propuesta por este autor, en la que se entiende que existe voluntad en el simple hecho del sujeto "conformarse" con la posible realización del tipo, permita presentar "el equilibrio entre los

[54] A. V. ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1968, pág. 103; igual conforme al Código Penal de 1980, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. I, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 224.

[55] Cfr., entre otros, a F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 317; y F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 437 y 438.

[56] Tal como hoy en día lo señalan, entre otros, W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 929; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 273; y F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 250 a 251.

[57] No creemos que en este sentido el art. 22 del P. C. P. suponga un cambio fundamental, como lo cree el fiscal en su exposición de motivos, pues en el fondo el problema sigue siendo el mismo: ¿cuándo se entiende que el sujeto ha dejado la no producción de la infracción penal librada al azar?. Si la respuesta, como parece obvio, es que ello cabe afirmarlo cuando el sujeto no ha hecho algo por evitarlo, resulta que estamos no solo frente al mismo problema sino también frente a la misma respuesta que nuestra doctrina ofrece frente a la pregunta de ¿cuándo se entiende que el sujeto "acepta" la posible realización del hecho punible?

[58] Cfr. a F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 303; A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, cit., pág. 277; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 263; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, cit., págs. 254 y ss.; E. PÁEZ POLO, *Nuevo derecho penal colombiano*, Parte general, Barranquilla, Ediciones Páez Polo, 1982, pág. 340. La interpretación de la legislación actual desde la teoría del consentimiento parece obedecer más bien a cierta tradición originada en la legislación anterior, que obligaba a la doctrina a vincular el concepto de dolo eventual al de "intención", lo cual, sin duda, resultaba mucho más fácil a partir de los postulados de la teoría del consentimiento. De hecho, la gran mayoría de la doctrina de la época se mostró partidaria de dicha teoría; véase la bibliografía citada en la nota 2.

[59] F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986., pág. 302. Se trata del mismo concepto sostenido por este autor en vigencia del Código anterior; véase a F. ESTRADA VÉLEZ, *Manual...*, cit., pág. 207.

[60] F. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 303.

[61] A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, cit., pág. 277.

[62] J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. II, Teoría general del delito y punibilidad, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 257 a 266.

[63] F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 406 a 412.

[64] J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 263 (la cursiva no es textual).

[65] F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410. Entendida en el sentido de que tanto la "representación de la realización del tipo" como el "conformarse con ella" son condiciones necesarias —pero por sí solas insuficientes— para estructurar el dolo eventual, lo cual no está del todo claro en el planteamiento de VELÁSQUEZ, la posición de este autor se asemeja bastante a la de C. ROXIN, *Derecho penal*, cit., págs. 424 y s.

[66] F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., pág. 410 (cursivas textuales).

componentes volitivo y cognoscitivo" como característica del dolo eventual. Más bien cabría afirmar lo contrario, es decir, que el dolo eventual se caracteriza por el desequilibrio entre ambos componentes, pues en él termina prevaleciendo siempre el elemento cognoscitivo, toda vez que la voluntad, al no poderse explicar como voluntad de realización, termina identificándose con la simple aceptación de una hipótesis.

En realidad, el mencionado "equilibrio" entre los componentes del dolo solo sería posible predicarlo del dolo eventual si previamente se ha afirmado que la voluntad de realización del tipo forma parte del mismo; y ello solo sería posible utilizando argumentos propios de la teoría del consentimiento. El "equilibrio" entre componentes cognoscitivos y volitivos es lo que define, según concepción aún dominante, el dolo (en general), y de lo que se trata de demostrar en este caso es si los supuestos llamados de dolo eventual son en realidad supuestos de dolo o de culpa, por lo que en última instancia se da por demostrado lo que precisamente debe demostrarse, esto es, que en el dolo eventual se presenta también el elemento volitivo.

A lo mejor el desacuerdo es solo terminológico, pues creemos que respecto del dolo solo cabe hablar, en sentido estricto, de teorías cognoscitivas y volitivas, dado que en el fondo toda teoría volitiva del dolo debe considerarse "mixta" (en términos de VELÁSQUEZ), por cuanto parte de una concepción sintética y acentúa la subordinación del elemento intelectual del dolo al elemento de voluntad; por ello se admite que nadie quiere algo sin que ese algo constituya previamente el objeto de su conocimiento, esto es, no puede concebirse una voluntad vacía de contenido[67]. Y es precisamente un pretendido equilibrio entre el aspecto cognoscitivo y el volitivo lo que define a la teoría del consentimiento como una teoría volitiva, esto es, como una teoría según la cual el dolo eventual requiere "consentimiento", "aceptación", "conformidad", en fin, "voluntad" del resultado *previsto*.

Ahora bien, una revisión crítica de la teoría del consentimiento indica exactamente lo contrario a lo señalado por VELÁSQUEZ, esto es, que en el dolo eventual no existe tal equilibrio entre conocimiento y querer, sino una ficción abierta del concepto de voluntad, puesto que, reiteramos, no se trata ya de una realización volitiva del hecho, sino, a lo sumo, de la aceptación de una hipótesis. Por lo tanto, para concluir con ESER/BURKHARDT, "Sería erróneo representarse el dolo eventual como una igualdad del mismo rango entre el conocimiento y la voluntad"[68].

B) *El artículo 36 del Código Penal: ¿unificación o equiparación?*

Con mayor o menor apoyo en las tradicionales doctrinas justificadoras del dolo eventual, y algunas veces hasta sin fundamentación alguna, lo cierto es que la doctrina penal colombiana, a partir del artículo 36 del Código Penal, ha tenido como dato indiscutido el carácter doloso del dolo eventual, para todos los efectos.

[67] Véase a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., pág. 47; W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., pág. 920.

[68] A. ESER y B. BURKHARDT, *Derecho penal*, cit., pág. 170.





A simple vista el asunto no tendría mayor discusión, pues ya vimos que nuestro Código Penal, al referirse al dolo, incluye tanto los supuestos denominados de dolo directo como de dolo eventual. Creemos, por el contrario, que es la propia letra de la ley la que orienta una interpretación en dirección opuesta, al menos si nos preguntamos por el sentido que en el mencionado artículo 36 tiene la expresión "lo mismo cuando..." (o por el "también será dolosa" del art. 22 del P. C. P.), toda vez que la misma bien podría entenderse como una fórmula *unificadora* del concepto de dolo —como se ha entendido hasta ahora—, o bien, por el contrario, como un mecanismo de *diferenciación*.

Entender la mencionada expresión como una fórmula de unificación del dolo nos parece contradictorio, por diversos motivos. En primer término, porque a simple vista lo que habría que señalar es precisamente que tanto el Código Penal como el P. C. P. renuncian a un concepto unitario, pues ello significaría que el dolo puede ser dos cosas totalmente diferentes. Sin duda alguna desde los presupuestos de la teoría del consentimiento —teoría adoptada por la mayoría de nuestra doctrina— en realidad sobraría la segunda parte de ambos artículos, pues esta teoría afirma la existencia del elemento volitivo en el dolo eventual, por lo que para tales efectos hubiera bastado con la primera parte, ya que desde tal punto de vista el dolo eventual cabría en una definición según la cual "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible (o "los hechos constitutivos de la infracción penal", para el P. C. P.) y quiere su realización"; aún más, en esta primera parte se entendería incluido el dolo eventual también para aquellas otras teorías que, si bien admiten diferencias con el dolo directo, entienden que de cualquier manera en el dolo eventual existe algún grado de voluntad, así esta se entienda como una simple "decisión" en contra del bien jurídico[69].

Ahora bien, si se analizan el artículo 36 del Código Penal y el artículo 22 del P. C. P. desde el punto de vista de aquellas teorías unitarias que entienden agotado el dolo en el solo aspecto cognoscitivo, entonces lo que sobraría sería la primera parte de dichos artículos, pues en tal caso bastaría lo dicho en la segunda, es decir, que habría dolo cuando el sujeto prevé la realización del hecho punible y por lo menos acepta su posible realización (C. P., art. 36) o "cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar" (P. C. P., art. 22).

En consecuencia, el hecho de que sea la propia ley la que defina por separado el dolo directo y el eventual implica, finalmente, el reconocimiento de que se trata de supuestos sin duda diferentes, situación que excluye la posibilidad de un tratamiento unitario. Ahora, como el dolo no puede ser dos cosas distintas al mismo tiempo, la conclusión obvia es que en el artículo 36 simple y llanamente nuestro legislador hizo una *equiparación* de los supuestos del dolo eventual al dolo. En otras palabras, el legislador, al diferenciar los supuestos en los cuales el sujeto conoce y quiere el hecho punible de aquellos otros en los cuales simplemente acepta como posible el resultado

[69] Cfr. a W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., págs. 915 y ss.; C. ROXIN, *Derecho penal*, cit, págs. 424 y ss.; M. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., págs. 307 y ss.

previsto, está reconociendo, insistimos, que se trata de situaciones no solo diferentes sino irreconducibles a un único concepto; y por ello más bien, quizás por las discutibles razones político-criminales arriba anotadas, optó por tratar como dolosos supuestos que en realidad no lo son en estricto sentido. Luego, no es entonces que según el Código Penal el dolo eventual sea propiamente una clase de dolo, sino más bien que, por considerar estos supuestos como especialmente graves, para determinados efectos legales los *equipara* al dolo, lo que es bien distinto.

Esta equiparación del dolo eventual al dolo no es ni extraña ni nueva, pues como ya se expuso, se trata de una postura observable en la doctrina penal moderna, que entiende que estos casos —por dudosas razones de política criminal— *deben* tratarse como dolosos, pese a reconocer que en ellos no se dan los elementos característicos del dolo. En nuestro país esta ha sido también la opinión de ROMERO SOTO, quien ya en 1969 observaba que en el dolo eventual no existe una voluntad en toda su plenitud como en el dolo directo, pero aún así, concluía que "Si se estrecha el círculo de las acciones dolosas eventuales y se las reduce a las claramente voluntarias, se está negando la existencia de esos fenómenos y permitiendo pagar al costo de las acciones culposas, aquellas que bien pueden considerarse cometidas con dolo"[70].

Por muy de acuerdo que se esté con esta equiparación valorativa, en todo caso resulta inaceptable que un juicio de carácter político-criminal como este se pretenda ocultar tras un concepto en apariencia estrictamente dogmático, como si la consecuencia político-criminal pretendida, es decir, la extensión de la penalización a título de dolo a comportamientos que en estricto sentido no lo son, fuera una necesaria o lógica derivación del concepto de dolo, cuando en verdad se trata de una relación contraria, esto es, el concepto jurídico de dolo eventual se ha construido a partir de la decisión político-criminal de tratar como dolosos comportamientos que en principio no caben dentro del concepto de dolo del que se parte.

### C) *Consecuencias y límites de la equiparación del dolo eventual al dolo en el Código Penal colombiano*

Situados en este plano, el problema del dolo eventual en el Código Penal colombiano no puede entenderse entonces como un problema dogmático, en sentido estricto, sino político-criminal, marco dentro del cual hay que reconocer, por una parte, que la mencionada equiparación que al respecto hace el artículo 36 del Código Penal tiene consecuencias sustanciales de carácter político-criminal que afectan el tratamiento punitivo de los hechos cometidos con dolo eventual; y por otra, que dichas consecuencias se encuentran con limitaciones inherentes a las diferencias estructurales existentes entre los comportamientos dolosos y culposos.

[70] L. E. ROMERO SOTO, *Derecho penal*, cit., págs. 127 y 128. Idea semejante expresa L. C. PÉREZ (*Derecho penal*, cit., pág. 276, cursiva fuera de texto), para quien cuando se acepta la realización como probable "hay en el sujeto un grado psicológicamente menos grave, pero *jurídicamente igual* al de quien la hace suya sabiendo que va a cumplirse".





#### a) *Consecuencias de la equiparación del dolo eventual al dolo*

a') *Efecto sobre el sistema cerrado de regulación de la culpa.* Al equiparar los supuestos del dolo eventual al dolo el artículo 36 tiene como primera consecuencia la de sustraer tales comportamientos —*stricto sensu* imprudentes— del sistema cerrado (*numerus clausus*) adoptado por nuestro Código Penal en la regulación de los delitos culposos (art. 39). En efecto, comportamientos en principio no punibles en su realización culposa (v. gr., aborto, daños, violación, delitos contra el medio ambiente y contra la salud pública, etc.) por no estar previstos expresamente como culposos en la ley, son punibles, en razón del artículo 36, cuando se realizan con la imprudencia grave que constituye el dolo eventual, pues dicho artículo cumple precisamente la función de extender la punibilidad de ciertos hechos imprudentes (los realizados con dolo eventual) a los eventos en los cuales estos hechos son sancionados únicamente en su realización dolosa.

b') *Efecto sobre la pena prevista para el hecho.* La otra consecuencia de tal equiparación se refiere también a la punibilidad, pero ya no a su extensión sino a la cantidad de la misma. Al tratar como dolosos los supuestos de dolo eventual, al momento de fijar la pena el artículo 36 obliga, en nuestra opinión, a partir de la pena prevista para el delito doloso.

#### b) *Límites de la equiparación del dolo eventual al dolo*

Pese a las consecuencias anotadas, la equiparación del dolo eventual al dolo no puede entenderse de manera absoluta, pues al fin y al cabo se trata de una asimilación a los efectos político-criminales atrás mencionados y no de una identificación entre conceptos de estructura dogmática diversa. Precisamente estas diferencias estructurales existentes entre los comportamientos dolosos y culposos obliga a su vez a establecer limitaciones a la equiparación que hace el artículo 36. Tales límites son los siguientes:

a') *No es punible la tentativa con dolo eventual.* La ubicación del dolo eventual dentro de la estructura propia de la culpa, lo torna incompatible con la tentativa[71], al menos mientras —como estimamos que es lo correcto— se niegue la compatibilidad de la culpa con las formas imperfectas de ejecución del delito[72]: de un lado, porque es precisamente la voluntad que va más allá del suceso objetivo (dolo) lo que permite ca-

[71] Esta no es la única vía por la cual se llega a la incompatibilidad de tentativa y dolo eventual; véase, por ejemplo, a E. CURY, *Tentativa y delito frustrado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, págs. 96 a 98; y a J. M. TAMARIT SUMALLA, "La tentativa con dolo eventual", en *ADPCP*, Madrid, 1992, págs. 513 y ss.

[72] Esta constituye la posición mayoritaria de la doctrina penal; así por la doctrina italiana, G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto penale*. cit., pág. 419; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, 1979, pág. 380; en Alemania, G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, Parte general t. I, Madrid, Edersa, 1982, pág. 204; en España, F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., pág. 372. Por la doctrina latinoamericana, E. BACIGALUPO, *Manual...*, cit., pág. 167; J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 94 y 95; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., págs. 416 a 418. En Colombia, M. CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pág. 39; J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 388; L. C. PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, cit., pág. 375; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 519 y 520.

racterizar al hecho como tentativa[73]; y, de otro, porque en el tipo culposo se sanciona al autor de una conducta que ha producido un resultado distinto del propuesto y en la tentativa se sanciona al autor de una conducta que no ha logrado el resultado propuesto, siendo ambas figuras lógicamente incompatibles[74].

En efecto, quien actúa imprudentemente no manifiesta la voluntad de cometer un delito, siendo inconcebible que se intente algo no querido sino tan solo previsto o apenas previsible, dado que solo se puede intentar realizar lo que se quiere realizar, pero no se puede intentar lo no querido[75]. En la imprudencia el autor no sigue un plan individual para realizar el hecho, luego, no procede la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos; además, no se puede llegar a violar "por partes" el cuidado objetivo debido, pues este no se puede descomponer del mismo modo que los pasos de realización de una intención (*iter criminis*)[76].

En todo caso, téngase presente que la discusión en este ámbito no está circunscrita al dolo eventual, sino a si es admisible la tentativa en los delitos imprudentes en general, cosa que por lo demás no parece posible conforme al Código Penal colombiano, que exige en la tentativa la realización de actos "inequívocamente dirigidos" a la consumación del hecho (art. 22), lo cual cabe descartar en todos los comportamientos culposos en sentido amplio (culpa insconsciente, culpa consciente y dolo eventual)[77].

[73] G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, cit., pág. 204.

[74] E. R. ZAFFARONI, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *NFP*, núm. 16, Bogotá, 1982, págs. 993 y 994. Ya desde CARRARA (*Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1996, pág. 254), se ha considerado que "imaginar una *tentativa culposa* es tanto como pensar en un monstruo lógico".

[75] Cfr. a E. CURY, *Tentativa...*, cit., pág. 99; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., pág. 416.

[76] Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, ed. cit., pág. 280. Admiten la tentativa culposa, H. H. JESCHECK, *Tratado...*, II, pág. 787; G. JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 869; R. MAURACH, K. H. GÖSSEL y H. ZIPF, *Derecho penal*, Parte general, II, Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 37. Al parecer a las opiniones de estos autores subyace el afán de impedir la frecuente realización de acciones no dolosas que ponen en peligro determinados bienes jurídicos, apoyándose en la suposición de que para que se configure la tentativa de delito es suficiente que el sujeto haya realizado una acción final (intencional), aunque el objetivo al que se dirige sea jurídico-penalmente irrelevante, con lo cual si se ha iniciado la ejecución de una acción violatoria del deber objetivo de cuidado que es interrumpida por una causa ajena a la voluntad del agente, existiría tentativa: ya habría realizado una tentativa de lesiones culposas el individuo que conduce a alta velocidad, sin respetar las señales de tránsito y es interceptado por un agente de policía antes de lesionar a un transeúnte (véase a E. CURY, *Tentativa...*, pág. 99). Si esta es la preocupación, no parece necesario forzar las categorías dogmáticas hasta admitir una tentativa culposa, pues en tales casos bien podría eventualmente considerarse la posibilidad de tipificar algunas conductas imprudentes de peligro. Tal perspectiva, por supuesto, dejaría de lado el problema de la admisibilidad de una "tentativa culposa", para plantear otra discusión muy significativa en el momento actual, cual es la legitimidad del adelantamiento de las barreras de protección jurídico-penal en virtud de la prohibición de conductas de mero peligro para los bienes jurídicos, lo cual solo creemos posible en tratándose de un peligro concreto. Sobre esta problemática, cfr. a F. HERZOG, "Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales", en *NFP*, núm. 53, Bogotá, 1991, págs. 303 y ss.; B. SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 28 a 36; U. KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, cit., págs. 63 y ss.

[77] Sobre el particular, G. GALLEGO GARCÍA, *Dolo eventual y tentativa en Colombia (la discusión acerca de la naturaleza jurídica del dolo eventual y sus repercusiones en materia de tentativa)*, tesis de grado, Medellín, Universidad de Antioquia, 1998, capítulo III.





b') *No son punibles los hechos realizados con dolo eventual cuando la estructura del tipo no admite su realización imprudente.* Se trata de aquellos supuestos en los cuales no es posible la realización culposa del tipo ni siquiera partiendo de un sistema abierto de regulación de la culpa. Se incluyen dos clases de tipos:

b") *Tipos que exigen de manera expresa dolo directo.* Algunos preceptos de la parte especial al describir el ámbito situacional típico suelen utilizar expresiones tales como "de propósito", "a sabiendas", "intencionalmente", "con malicia"; significa que, por determinación del legislador, tales tipos únicamente pueden realizarse con dolo directo[78]. Así, por ejemplo, el artículo 395 del Código de Comercio conmina con pena a determinados sujetos cualificados que "a sabiendas" publiquen inexactitudes graves en los prospectos de las sociedades anónimas; el artículo 43 de la ley 222 de 1995 incluye dos tipos penales en los cuales se sanciona a quien "a sabiendas" expida constancias contrarias a la realidad, o haga, ordene o tolere falsedades en estados financieros. También en la preterintención el hecho inicial debe haber sido realizado con dolo directo, toda vez que el artículo 38 del Código Penal exige la producción de un resultado típico, atribuible a título de culpa, "que excede la intención del agente", por lo que el homicidio preterintencional (art. 325), única hipótesis delictiva de esta índole en nuestro Código Penal, no admite la combinación lesiones con dolo eventual más homicidio culposo, pues en este supuesto y pese a la asimilación operada por el legislador, el sujeto no busca lesionar a otro como meta de su acción.

b''') *Tipos portadores de elementos subjetivos especiales.* Los delitos que exigen para su realización, además del dolo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, un determinado impulso, motivación o tendencia no pueden realizarse de forma imprudente[79]. Así, por ejemplo, si el homicidio no se comete intencionalmente no puede comprenderse que se tenga el ánimo de aumentar cruel y deliberadamente los padecimientos de la víctima, o de actuar sobre seguro (C. P., art. 324, nums. 6 y 7). De igual forma, delitos que requieren la concurrencia de elementos subjetivos que están más allá del dolo, tales como el fin de derrocar al gobierno en la rebelión (art. 125), el fin de obtener favor en el tráfico de influencias (art. 147), el *animus injuriandi* en el delito de injuria (art. 313), el ánimo de inducir a engaño en la falsificación de documentos y en la estafa (C. P., arts. 218 y ss., 356), etc., no pueden ser realizados con dolo eventual.

c) *No es punible la participación en un hecho cometido con dolo eventual.* Es admitido hoy por hoy que la participación es siempre accesoria de un hecho principal,

[78] Cfr. a H. H. JESCHECK, *Tratado...*, vol. I, cit., pág. 396; y D. M. LUZÓN PEÑA (*Curso...*, cit., págs. 415 a 416), quien cataloga de muy discutible la realización de estos tipos penales con dolo directo de segundo grado, pues "está claro que «propósito» o «intención» en sentido estricto solo lo hay en el dolo directo de primer grado, y que ya hay que manejar un sentido amplio de esos términos para incluir tb. al dolo directo de segundo grado", y termina planteando que no se puede dar una respuesta general, "sino dependiendo del correspondiente sentido y finalidad con que los tipos penales en cuestión utilicen las expresiones «intención», «propósito», «ánimo» o similares". En contra de la exclusión del dolo eventual, con discutibles argumentos, J. CEREZO MIR, *Curso...*, t. II, cit., págs. 145 y 146.

[79] Véase a S. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pág. 269.

lo que quiere decir que la punibilidad del partícipe (inductor o cómplice) depende de la realización de un hecho principal por uno o varios autores, hecho que concretamente debe ser por lo menos típico y antijurídico (accesoriedad limitada). Por otra parte, el hecho principal típico y antijurídico debe ser doloso, toda vez que, en primer término, inducir o "determinar" (C. P., art. 23) es hacer surgir en otro la voluntad de realizar el hecho antijurídico, esto es, crear en el autor el dolo de cometer un determinado delito, razón por la cual no resulta imaginable que pueda haber instigación a un delito culposo, donde precisamente no existe una dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico. En segundo término, la complicidad consiste en prestar dolosamente ayuda a otro para la comisión del delito (C. P., art. 24), por tanto, presupone que otro es autor, siendo este quien debe tener el dominio del hecho, vale decir, el poder de decidir si se llega o no al estadio de la consumación, la dirección y el manejo del hecho; y esto no es posible cuando aquel a quien se le "presta ayuda" actúa sin intención: "la «participación» en hechos principales no dolosos —ya decía WELZEL— es «participación» sin autor y por ello no es participación «real», «verdadera», sino «causatividad»" [80].

d) *No es punible la participación (inducción o complicidad) con dolo eventual.* Tampoco cabe "participación culposa" en el hecho ajeno[81], pues la participación solo es conceptualmente posible cuando se trata del desarrollo de un proceso intencional, por eso mismo es necesario que inductor y cómplice actúen con dolo: deben conocer y *querer* su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.

Significa lo anterior que en el delito culposo se trabaja con un *concepto unitario de autor*, de acuerdo con el cual la persona que infringe el deber objetivo de cuidado responde como autor del ilícito (sin que haya lugar a la distinción entre autores y cómplices que rige en los delitos dolosos) si se cumplen también los demás requisitos; por tanto, respecto de un hecho imprudente se torna necesario determinar la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de cada uno de los intervinientes y su relación con el resultado típico, cosa que evidentemente puede generar múltiples dificultades, particularmente en el ejercicio de actividades conjuntas (piénsese, en la actividad médico-quirúrgica y cómo ha de comprobarse aquí la imprudencia cuando participan médicos de múltiples especialidades y personal auxiliar)[82].

[80] H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, ed. cit., pág. 163. En igual dirección, E. BACIGALUPO, *Manual...*, cit., pág. 202; G. STRATENWERTH, *Derecho penal*, t. I, págs. 264 a 265, 269 y 337; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 349 y ss.

[81] Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 95 a 98; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., págs. 391 y 392; F. VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., págs. 624 a 629; E. R. ZAFFARONI, *Tratado...*, t. IV, cit., págs. 350, 351 y 361, especialmente.

[82] Cfr. a J. BUSTOS RAMÍREZ, *El delito culposo*, cit., págs. 96 a 97. Con todo, resultan de particular interés los cuestionamientos que hace A. CADAVID QUINTERO ("La imprudencia profesional en el Código Penal de 1995", en M. del R. DIEGO y V. SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.): *Nuevas cuestiones penales*, Madrid, Edit. Colex, 1995, págs. 87 y ss.) al concepto unitario de autor en el delito imprudente, de cara fundamentalmente a sus repercusiones en la imprudencia profesional, por parecer excesivas las conclusiones: "No resulta satisfactorio afirmar que si en materia de responsabilidad dolosa existe una diferenciación en la calificación dada a los distintos intervinientes





e) *En todo delito realizado con dolo eventual procede una atenuación obligatoria de la pena.* Pese a la equiparación del artículo 36, es claro que si bien los supuestos de dolo eventual resultan más graves que los de culpa consciente (en razón de la circunstancia subjetiva consistente en "aceptar", "contar con" o "conformarse con" el resultado, etc.), ello, como se indicó atrás, no significa que se esté en situaciones idénticas a las dolosas, las cuales se caracterizan precisamente por el hecho de que en ellas la voluntad se *dirige* a la lesión del bien jurídico.

Por lo anterior, si el artículo 61 del Código Penal manda graduar la pena, entre otros criterios, según la "gravedad y modalidad del hecho punible", es decir, según el grado de injusto, y se reconoce por lo ya explicado que el injusto doloso es más grave que el culposo, en los casos de dolo eventual resulta obligatoria una atenuación de la pena, dado que en tales supuestos se parte de la pena prevista para los hechos *dolosos*, por lo que imponer una misma pena a injustos diferentes daría lugar a una pena no graduada conforme a la gravedad del hecho. Una cosa es que en los supuestos de dolo eventual se deba *partir* de la pena prevista para el delito doloso y otra bien distinta que se deba imponer idéntica pena.

Ahora, dado que el Código Penal colombiano no prevé una atenuante específica para este supuesto, creemos que debe acudirse a la aplicación de una atenuación por analogía, tal como lo permite el artículo 65 del Código Penal. Al respecto creemos que el Código Penal reconoce al menos tres clases de atenuantes (fundadas en la existencia de un mejor injusto o una menor culpabilidad): a) la fundamentada en un menor desvalor de acción (art. 24); b) las basadas en un menor desvalor de resultado, que a su vez puede presentarse en dos supuestos diferentes: cuando se ha producido un daño menor al que se quería ocasionar (art. 22), y cuando el daño típico aparece aminorado por la presencia de una justificación incompleta (art. 30); y c) la atenuante fundada en una menor culpabilidad (art. 60).

Con el fin de satisfacer las exigencias propias del principio de proporcionalidad, creemos que dichas atenuantes deben ser aplicadas por analogía a todos aquellos otros casos análogos de menor injusto o de menor culpabilidad no recogidos de forma expresa por el legislador. En tal caso, para los hechos cometidos con dolo eventual procedería la atenuante del artículo 24, que sería la indicada para recoger todos los supuestos que deben atenuarse en razón de la existencia de un menor desvalor de acción, cosa que ocurre tanto en la complicidad con referencia a la autoría, como en el dolo eventual respecto del injusto doloso propiamente tal.

a partir de la magnitud de la aportación prestada por el sujeto a la realización del hecho, con respecto a un delito menos grave como es el delito imprudente, deba desconocerse la magnitud de las distintas aportaciones al resultado final, y darse a los intervinientes un tratamiento similar: el de autores del hecho". Sin perjuicio de la discusión de *lege ferenda* sobre la conveniencia o inconveniencia de diferenciar entre autoría y complicidad en el hecho imprudente, creemos de todas maneras que en los eventos de trabajo en equipo el asunto podría subsanarse con la aplicación analógica de una atenuación por menor injusto (que bien podría ser la del art. 24 del C. P., que también regula un evento de menor desvalor objetivo de acción), al menos cuando se establezca que la acción creó *ex ante* un menor riesgo para el bien jurídico, o que el riesgo creado se realizó en menor grado.

c) *Aclaración final*

La interpretación que se propone del artículo 36 del Código Penal colombiano no acaba, por supuesto, con la dificultad para delimitar el dolo eventual de la culpa consciente, distinción que seguirá siendo necesaria realizar mientras el Código Penal dispense tratamientos diferentes a ambos supuestos; por tanto, se mantienen vigentes las palabras de WELZEL en el sentido de considerar esta delimitación como "uno de los problemas más difíciles y discutidos del derecho penal"[83]. Solo que desde la perspectiva aquí defendida se considera que el problema tiene unos límites mucho más restringidos, pues no se trata ya de establecer la frontera entre el dolo y la culpa, como se plantea desde la mayoría de teorías tradicionales, sino de diferenciar entre dos clases de comportamientos imprudentes. Como ello tiene lugar a partir del elemento subjetivo especial agravatorio del injusto que caracteriza al dolo eventual, el problema será entonces principalmente de carácter probatorio —no conceptual—, ámbito en el cual tienen plena vigencia los indicadores señalados por HASSEMER[84], tales como, entre otros, las conductas activas de evitación, incapacidad física, peculiaridades profesionales, vínculos afectivos, etc.

[83] H. WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., pág. 101.

[84] W. HASSEMER, "Los elementos...", cit., págs. 929 y 930.



# Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos

*Olga Lucía Gaitán García**

"La venganza es mía, dice el Estado en nombre del pueblo, y el jurista le da a esto el nombre de «monopolio estatal de la acción penal»" (sin autor).

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años para acá, se observa en el ámbito del derecho penal material y formal una serie de cambios que van desdibujando, poco a poco, la naturaleza y los alcances del denominado derecho penal clásico, tanto en el mundo europeo, como en Ibeoramérica y, en concreto, en Colombia. Las novedades que se han ido introduciendo pretenden darle a los instrumentos penales una mayor flexibilidad, a fin de aumentar su capacidad para hacer frente a los innumerables problemas que afronta el mundo "moderno". La tendencia apunta hacia una pérdida de contenido y, en últimas, hacia una renuncia sutil, subrepticia y paulatina de principios y garantías fundamentales consagrados en las Cartas Políticas y en la parte general de los códigos penales.

Es mi intención en estas líneas, describir la naturaleza, ámbitos y alcance de dichos cambios en nuestra legislación penal, para lo cual pre-

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

sentaré, en primer lugar, y como punto de referencia necesario, los lineamientos característicos de lo que la teoría penal llama el *derecho penal clásico.* En segundo lugar, analizaré, a partir de los planteamientos hechos en la primera parte, las características del *derecho penal moderno* en nuestro país y sus implicaciones.

## 2. El derecho penal clásico: instrumento garantista y de última instancia

Cuando se habla de derecho penal clásico, se hace referencia a los instrumentos penales que recogen los planteamientos surgidos de la filosofía de la Ilustración, de manera particular del contrato social y los aportes de la teoría del derecho penal orientado hacia sus consecuencias[1]. No se hace, entonces, relación a las teorías clásicas autorreferenciales y de justificación jusnaturalista[2]. Para los fines de este ensayo, lo clásico es también "un ideal, la noción de meta a partir de la cual es posible medir hacia dónde debe orientarse el viaje, qué pasos se dirigen por el buen camino y cuáles en dirección equivocada y cuánto queda aún por recorrer"[3].

Los elementos característicos de este modelo se describirán a continuación.

### A) *Principio del bien jurídico*

Según el cual, al derecho penal, en tanto instrumento de control social, no se puede recurrir sino para la necesaria protección de los intereses humanos más elementales, siempre y cuando no se pueda disponer de otros instrumentos más inofensivos para lograr esa protección.

Tres consecuencias se desprenden de esta principio: la primera, que los bienes jurídicos deben ser evidentes y concretos, pues solo así se logra mejor su aplicación en el ámbito de la política criminal. Lo anterior significa que los bienes jurídicos por excelencia están constituidos por los intereses primarios de la persona, esto es, la vida, la propiedad, la salud, entre otros, en síntesis por los bienes jurídicos individuales. La segunda, se refiere al carácter de *ultima ratio* del derecho penal y la tercera, a la apertura a la metodología de las ciencias sociales.

El concepto de bien jurídico contiene, como puede observarse, un elemento de organización sistemática, como criterio negativo para una legítima criminalización: "sin una concreta lesión a un bien jurídico, ningún delito"[4].

[1] Al respecto ver a Ulfrid Neumann y Ulrich Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980.

[2] Winfried Hassemer, "Strafziele im sozialwinssenschaftlich orientierten Strafrecht", en Hassemer, Lüderssen, Naucke, *Fortschrifte im Strafrecht durch die Wissenschaften*?, Heidelberg, 1983, págs. 39 a 66.

[3] Winfried Hassemer, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts.", en *ZRP*, 1992, cuademo 10, pág. 379. La traducción es de la autora.

[4] *Ibidem*, pág. 380. La traducción es mía.





### B) *Formalización de los instrumentos penales*

Los límites de la renuncia a las libertades deben ser ciertos, claros y determinados, no pueden quedar en manos de cualquier interpretación, sea de la justicia o del ejecutivo. En ese sentido, "la formalización del control penal es la condición para garantizar los derechos de quienes intervienen en el proceso penal, en especial del delincuente, y para lograr una distancia normativa del proceso, una transparencia y un control"[5]. La sanción penal como forma de sanción formal debe llenar ciertos requisitos, debe respetar los límites del derecho penal y de la proporcionalidad, ella puede imponérsele a alguien, solo como consecuencia de un proceso con múltiples garantías. Con la sanción penal se realizan no solamente la lucha contra la delincuencia, sino también la formalización y juridización del control social del crimen. "A la naturaleza de la pena pertenece no solo la tarea de ser respuesta a la desviación, a ella pertenece también el formalismo jurídico de dicha respuesta"[6].

El principio de legalidad adquiere, así, todo su significado como mandato de certeza en las definiciones legales del crimen; prohibición de la interpretación analógica y de la retroactividad.

La formalización tiene, entonces, una doble dimensión: es, por un lado, límite a la intervención estatal y, por otro, garantía a los asociados. La intervención penal recibe legitimación de su carácter formal, pues este supone que los derechos de los individuos son el punto de referencia a partir del cual es posible concebir y crear derecho penal. En este contexto, se entienden los principios penales consagrados en las normas, tales como el debido proceso, el *in dubio pro reo,* el principio de la proporcionalidad y el ya mencionado de la subsidiariedad.

### C) *La prevención*

El punto central de la intervención penal lo constituye la imputación y la aplicación de una sanción. Por ser esta en materia penal especialmente aflictiva, es necesario que ella cumpla una función o finalidad que, a su vez, constituye su justificación. Al respecto es posible distinguir tres perspectivas: la prevención general negativa, la prevención especial positiva y la prevención general positiva.

a) *La prevención especial negativa: la intimidación.* La conminación penal y la ejecución de la pena tienen efectos favorables en los ciudadanos inclinados al delito, en la medida que logran que estos se comporten fieles al derecho por el temor a recibir ellos mismos tales sanciones. No obstante, se pregunta si efectivamente, en relación con los fines de la pena, el derecho penal cumple realmente esta función intimidatoria. Esta crítica ha relativizado la teoría y ha puesto en el tapete otra de mayor entidad, de acuerdo con la cual, la prevención intimidatoria lesiona la dignidad del hombre en

[5] Winfried Hassemer, "Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht", *cit.*, pág. 63. La traducción es de la autora.

[6] *Ibidem*, pág. 64. La traducción es de la autora.

tanto que utiliza a la persona como medio para la intimidación de otra y además no es creíble en sus efectos reales, puesto que parte de supuestos tan difíciles de llenar, como el conocimiento por parte de todos los ciudadanos de las sanciones penales y las condenas y de la motivación de los ciudadanos honrados por la conminación y la ejecución penal.

b) *La prevención especial positiva: la resocialización.* El derecho penal orientado a las consecuencias es un derecho de reeducación y tratamiento para el infractor penal. Curar en lugar de castigar. Al respecto, también se han formulado críticas en la teoría penal: existe una incertidumbre respecto al fin de la resocialización: ¿es llevar una vida conforme a derecho?, ¿es lograr la conversión interna?, ¿es la aceptación de las normas?, ¿es aceptación de la sociedad? ¿Es posible plantear el tratamiento en la ejecución penal, máxime si se afirma que este debe ser indeterminado, lo que implicaría una pena privativa de la libertad sin duración preestablecida? Estas preguntas críticas han ido mitigando la idea de la resocialización y se ha empezado a hablar más de apoyo que de intervención.

c) *La prevención general positiva.* Puesto que los dos elementos anteriores no son suficientes para fundamentar y legitimar la teoría penal orientada hacia las consecuencias, debido a que sus afirmaciones han sido atacadas empírica y metodológicamente, conminación y ejecución penal comienzan a ser vistos, entonces, por la teoría desde una perspectiva diferente, esto es, en su relación con otras formas de control social.

La sanción penal ocupa en el sistema general del control social una posición sobresaliente, ella constituye la forma de intervención más aguda en los derechos de los infractores, lo que se justifica por el carácter grave del conflicto penal y por cuanto ella se impone solo cuando otros mecanismos de control social no pueden resolverlo. Puesto que en el mediano plazo no se ve cómo sea posible cambiar las formas actuales de control social, es posible afirmar que la sanción penal sobrevivirá con otras formas de control social. En consecuencia, únicamente es posible llegar a entender la tarea de la pena, tema central de la teoría penal, si se plantea la pregunta acerca de lo que distingue al control social penal de las otras formas de control social. La respuesta es su formalización, en los términos descritos en el acápite anterior, esto es como límite al control y garantía a los ciudadanos.

Es tarea de la pena, de esta forma, la prevención general positiva: los instrumentos penales a través de la conminación penal y de la ejecución de la pena, afirman y aseguran las normas que en cada sociedad se consideran indispensables. Tales normas no son exclusivamente penales, pero son aseguradas y afirmadas por el derecho penal de un modo especialmente enérgico. "Estas normas constituyen la base de todos los demás procesos de control social, aunque en ellos se impongan con otros medios y muchas veces se formulen de manera distinta. La meta preventiva general del derecho penal no es la intimidación, sino la afirmación y aseguramiento de las normas básicas"[7].

[7] WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984, pág. 392.





En este contexto, la resocialización y la intervención penal son instrumentos para la realización de objetivos propios de la prevención general positiva. Paralelamente, la teoría penal de la prevención general positiva ofrece los límites al fin de la resocialización y fundamenta la idea de la retribución. Los límites de proporcionalidad y aquellos relativos a la víctima deben contrarrestar la consecución de fines preventivos tanto más cuanto más dudas haya sobre la posibilidad de conseguir tales fines. La prevención especial en lo incierto es incompatible con la sanción formal y pone, igualmente, en peligro el fin de la prevención general positiva. En síntesis, es dable afirmar, según esta teoría, que la sanción estatal únicamente cumple con su cometido en la medida que se basa sobre el principio de la formalización.

El derecho penal es, desde esta perspectiva, el instrumento más gravoso de control social en manos del Estado, pero es, al mismo tiempo, un instrumento de libertad ciudadana. Por consiguiente, "no es un *passe-partout*, sino solo el último recurso (*ultima ratio*) para resolver conflictos sociales"[8].

En nuestra legislación penal se han consagrado tanto en la Carta Política derogada como en la vigente[9], así como en los Códigos Penal (1980) y de Procedimiento[10] (1991) estos elementos a manera de principios y normas rectoras. No obstante, paralelamente se observa en la historia penal del país el desarrollo de reformas a la legislación penal en su parte especial y procedimental, por la vía excepcional de los decretos legislativos, la mayor parte de las veces, aunque no siempre, que apuntan a una funcionalización y modernización del derecho penal y a un debilitamiento, como ya se anotó, de los principios y garantías penales.

Esta inclinación normativa, no es de ninguna manera aislada, ni es un fenómeno propio de nuestro país; por el contrario, coincide con la tendencia internacional del derecho penal continental, en Europa. A su profundización se dedicarán las próximas líneas.

## 3. EL DERECHO PENAL MODERNO: MEDIO EFICIENTISTA, BANALIZADO Y DE ÚNICA INSTANCIA[11]

El derecho penal contemporáneo rompe con la tradición, antes descrita, no porque de manera explícita se renuncie a ella, sino porque los elementos clásicos son descontextualizados y completados por otras urgencias y prioridades, y en ese sentido adquieren nuevas dimensiones y pierden su carácter crítico.

[8] WINFRIED HASSEMER, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *cit.*, pág. 380. La traducción es de la autora.

[9] Const. Pol., arts. 11, 12, 28 a 34.

[10] C. P., arts. 1 a 12 y C. de P. P., arts. 1º a 22.

[11] INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT a. M., (Hrsg.) *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien 50, Peter Lang, Frankfurt, 1995.

A) *El bien jurídico*

Como arriba se anotó, esta noción tiene en el derecho clásico un carácter crítico y es criterio negativo de criminalización. En el moderno derecho penal, este concepto pasa a ser criterio positivo de criminalización, es el llamado a penalizar cada vez más y con mayor intensidad formas de comportamiento. Ya no se trata de limitar las posibilidades de intervención penal, sino de aumentarlas. "El principio del bien jurídico tutelado pasa de ser una condición de prohibición penal, a ser un mandato de intervención penal"[12].

De esta forma, se observa cómo los campos del derecho penal crecen, ya no se limitan a los intereses primarios e individuales sino que se extienden a dominios tales como el orden económico y social (C. P., tít. VII), el medio ambiente (C. P., cap. 2 del tít. VII), la seguridad pública, concretamente, el terrorismo (decr. 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el decr. ext. 2266 de 1991), los delitos de peligro común (C. P., arts. 189 a 202, algunos de ellos modificados por el decr. 3664 de 1986, que a su vez, fue integrado a la legislación ordinaria por el decr. ext. 2266 de 1991), las drogas (ley 30 de 1986) y todas aquellas definiciones penales derivadas del tráfico de sustancias psicotrópicas, por ejemplo, el testaferrato, el enriquecimiento ilícito de particular, el lavado de activos, entre otras. Estos nuevos dominios del derecho penal tienen que ver solo de manera indirecta con el individuo o el ciudadano particularmente considerados; se privilegia ahora lo institucional, lo estatal, lo social.

La característica común de estos nuevos bienes jurídicos es su generalidad, su universalidad y la forma vaga e incierta en la que aparecen formulados, de tal manera que cualquier comportamiento puede caber en ellos. Parece que las condiciones del mundo moderno son tales que se hace necesario penalizar cualquier riesgo, problema, conflicto, o función. En el derecho penal de hoy, apenas sí existen comportamientos que no ameriten sanción penal. Es la protección penal difusa.

En síntesis, "de la necesidad de que la tutela penal se oriente a objetos idóneos, se ha pasado a afirmar la necesidad de que se proporcione tutela penal a todo objeto idóneo"[13]. Con esto se ha puesto punto final al principio de subsidiariedad; de un derecho penal mínimo o de *ultima ratio* se ha pasado a un derecho penal máximo de primera o única instancia. En nuestro país, es dable afirmar que tal transición no ha tenido lugar; la realidad nos muestra el recurso sistemático a los mecanismos penales para resolver conflictos, en ese sentido, el ideal clásico ha sido nada más que eso, ideal. Al respecto, basta con citar la expedición sistemática de decretos legislativos que de alguna manera contemplan cambios en materia penal, expedidos con base en las facultades

[12] WINFRIED HASSEMER, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *cit.*, pág. 380. La traducción es de la autora.

[13] D. PULITANO, "La teoria del bene giuridico fra Codice e Constituziones", en *La Questione Criminale*, 1981 (1), monográfico *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, pág. 114, citado por JUAN TERRADILLOS, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en *Pena y Estado*, núm. 1, septiembre-diciembre 1991, pág. 17.





del estado de conmoción interior, para hacer frente a la protesta popular, al narcotráfico y a los actos de violencia provenientes de los diferentes actores en conflicto[14]. El Estatuto de Seguridad, el Estatuto para la Defensa de la Democracia y el Estatuto para la Defensa de la Justicia, constituyen tan solo algunos ejemplos[15].

Ligado a esta ampliación en la capacidad del derecho penal, se da un predominio de las definiciones penales de peligro abstracto, para las cuales no se requiere la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; tal lesión se presume en la definición, va implícita en ella, sin que sea necesario que se produzca un resultado o una puesta en peligro del bien jurídico. Es, en este sentido, una anticipación de la esfera de la punibilidad a actos anteriores a la efectiva puesta en peligro del bien jurídico. Este tipo de delitos aligera de manera considerable la aplicación del derecho penal, en la medida que facilita la prueba y la imputación de responsabilidad; paralelamente, reduce también las posibilidades de defensa y las pautas legales de interpretación de la ley penal[16]. En nuestra legislación y solo a manera de ejemplos-tipo, hacen parte de los delitos de peligro abstracto los tipos penales del terrorismo, el concierto para delinquir y los delitos de peligro común, entre otros.

Ahora bien, se advierte también en nuestro país una propensión a la criminalización de conductas que difícilmente cabrían en alguno de los bienes jurídicos definidos en el Código Penal, a pesar de su generalidad y vaguedad. De la tutela penal de bienes jurídicos difusos, se desliza el legislador hacia la protección de conductas sin bien jurídico. El delito de enriquecimiento ilícito de particular, creado por medio del decreto legislativo 1895 de 1989 y adoptado como legislación permanente por el decreto extraordinario 2266 de 1991 y el de testaferrato, definido en el decreto legislativo 1856 de 1989 e igualmente adoptado por el mismo decreto extraordinario como legislación permanente, constituyen un ejemplo de lo anterior. Seguramente, algún lector avezado en estos temas logrará, luego de procedimientos lógico-dogmáticos, adecuar estas conductas en algún bien jurídico. No obstante, el solo hecho que se deba recurrir a tales argucias del intelecto es testimonio de la extensión con criterios eminentemente políticos de la tutela penal.

Por último, se destaca, como arriba se señaló, el endurecimiento de las sanciones penales. Sobre este aspecto, no solamente el Código Penal de 1980 introdujo, de manera general, una agravación de las sanciones penales con respecto al Código derogado, sino que reformas posteriores también lo han hecho, así por ejemplo, el Estatuto Antiterrorista, la Ley Antisecuestro y el Estatuto Anticorrupción. Recientemente, con la expedición de la ley 365 de 1997 se hizo más onerosa la duración máxima del arresto de cinco a ocho años, se agravaron las penas previstas para el concierto para delinquir

[14] Sobre este tema, M. GARCÍA, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993; y C. ARRIETA y otros, *Narcotráfico en Colombia. Dimensiones política, económica, jurídica e internacional*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Ediciones Uniandes, 1990.

[15] Sobre este punto en particular, OLGA LUCÍA GAITÁN, *Derecho penal, política criminal y corrupción en Colombia: 1974-1992*, primer esbozo de tesis, Hamburgo, 1994.

[16] Al respecto BARATTA, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, núm. 1, septiembre-diciembre 1991, págs. 45 y ss.

cuando este sea para cometer actos de terrorismo, narcotráfico, extorsión, secuestro extorsivo, o para conformar grupos de defensa privada o bandas de sicarios y para el favorecimiento por los hechos punibles de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo y tráfico de estupefacientes.

B) *Informalización del derecho penal*

Los límites a la intervención estatal y penal en un derecho penal moderno ya no deben ser claros, precisos y ciertos. La certeza en las reglas de juego del derecho pasa a un segundo plano; el Estado de hoy está más interesado en garantizar la seguridad de los bienes jurídicos, administrando los riesgos conexos con su producción y los conflictos inherentes a estos. Por ello, el núcleo del derecho penal se diluye en el entramado de las relaciones cotidianas riesgosas y problemáticas. En ese contexto, los instrumentos penales deben ir desprendiéndose de las viejas ataduras que impidan su adaptación a las necesidades coyunturales y políticas, dificulten su maleabilidad y hagan demasiado onerosa su utilización funcional.

La expansión del sistema penal hacia la protección de bienes jurídicos de carácter difuso, acompañada de la anticipación del campo de la tutela requiere, pues, de cambios en las formas de tipificación de las conductas y en los procedimientos penales. La formalización del control penal ya no es garantía de su legitimidad; por el contrario, es su verdugo. La sociedad "moderna" requiere eficiencia y rapidez; en términos de los instrumentos penales, se necesita dotarlos de celeridad y aligerarlos.

Para el moderno derecho penal, entonces, las definiciones claras, ciertas y nítidas pueden llegar a ser un impedimento de una criminalización ampliada. "El derecho penal moderno debe ser flexible y amplio, para poder ser una respuesta adecuada a los conflictos y molestias cambiantes de hoy. El mandato de certeza es el enemigo de un derecho penal flexible y abierto al futuro y a las situaciones problemáticas cambiantes"[17]. Consecuencia de ello, son los tipos penales abiertos a la interpretación del juez, en blanco o francamente difusos. Prácticamente todas las normas contempladas en el título VII de nuestro Código Penal son normas de este tipo, o bien abiertas, como en el caso del delito de pánico económico o las infracciones contra los recursos naturales; en blanco como la usura, el acaparamiento o los delitos del sistema financiero y abiertamente vagas como el caso de la contaminación ambiental del artículo 247, entre otras.

En lo que concierne al derecho penal formal, las novedades son de dos tipos. Por un lado, se observa una agudización en los procedimientos de investigación y juzgamiento de aquellos delitos propios de la llamada criminalidad organizada, y, por otro, un aligeramiento en los mecanismos de controversia penal e imputación de responsabilidad. Tanto lo uno como lo otro, conducen al mismo efecto: "un procedimiento que

[17] WINFRIED HASSEMER, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *cit.*, pág. 382. La traducción es de la autora.





sea cómodo al espíritu que actualmente informa la política interior"[18]. Y los costos traducidos en renuncia o pérdida de contenido de los principios y garantías del debido proceso son incalculables.

En cuanto al primer aspecto, es suficiente con señalar el establecimiento de la justicia regional, con procedimientos especiales para la investigación y el juzgamiento de ciertas conductas, catalogadas como especialmente nocivas para el orden público, como el terrorismo y conexos, los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, el narcotráfico, el testaferrato, el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito de particular, el secuestro extorsivo y la extorsión, entre las más importantes. Cabe anotar, que esta jurisdicción recoge las reformas que desde 1984 se habían ido introduciendo en el país, sea a través de legislación ordinaria (ley 2ª de 1984) o excepcional (decr. leg. 1631 de 1987 y el 474 de 1988) y por medio de las cuales, se pretendía darle a la justicia las herramientas necesarias para la eficaz persecución de estas conductas, estableciendo mecanismos excepcionales. También se ha procurado con ellas descongestionar la administración de justicia, recargada de trabajo especialmente por la hipertrofia en el derecho penal material.

En líneas generales los presupuestos del procedimiento ante esta jurisdicción especial se pueden resumir así:

— Jueces, testigos, pruebas y policía judicial secretos.

— Controversia probatoria con restricciones.

— Detención preventiva como medida de aseguramiento por excelencia.

— Derecho de *habeas corpus* restringido.

Según el estudio sobre justicia regional llevado a cabo por la Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, este sistema de carácter excepcional contiene flagrantes restricciones a los principios fundamentales del debido proceso, la dignidad humana y la libertad personal. Según los investigadores, la justicia regional viola los principios de legalidad, juez natural, el derecho de defensa y contradicción, la libertad personal, la igualdad, imparcialidad, publicidad y celeridad del juicio, amén de que no ha cumplido con sus propósitos, pues muestra una limitada capacidad para investigar y juzgar a los autores de actos delictivos[19].

En lo que respecta al segundo punto, cabe señalar la introducción definitiva en la legislación ordinaria de mecanismos de negociación de penas, a través de la terminación anticipada del proceso por sentencia anticipada o audiencia especial[20] y el otorgamiento de beneficios por colaboración eficaz[21]. Estos instrumentos fueron inicialmente

[18] WINFRIED HASSEMER, "La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fascículo I, enero-septiembre MCMXCIII, pág. 69.

[19] GABRIEL NÉMOGA (director), *Justicia sin rostro. Estudios sobre justicia regional*, UNIJUS, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, 1996, págs. 151 y ss.

[20] Arts. 37, 37B del C. de P. P., modificado por las leyes 81 de 1993 y 365 de 1997 y art. 37A adicionado por la ley 81 de 1993.

[21] Arts. 369A a 369I del C. de P. P., adicionados y modificados por las leyes 81 de 1993 y 365 de 1997.

previstos en la legislación de excepción y como parte de la política de sometimiento a la justicia de aquellas personas sindicadas de narcotráfico y delitos conexos.

Las negociaciones en el proceso penal le dan, ciertamente, celeridad al proceso, pero en contra de su formalidad y con ello de las garantías del debido proceso. Las decisiones judiciales no se basan ya en la búsqueda de la verdad, en la actividad investigativa de los entes encargados de administrar justicia, sino en criterios oportunistas sobre el estado del proceso y la disponibilidad de los sindicados en llegar a un acuerdo. Ya no se investiga, ni se acusa, se negocia la terminación de la causa, por encima de los principios de legalidad y aquellos que deben orientar la investigación y el juicio.

"No son las formalidades de la justicia en el derecho procesal las que tienen actualidad, sino su idoneidad para la lucha efectiva en contra del delito y las expectativas de continuar elaborando garantías jurídicas en el procedimiento, pertenecen al ayer"[22].

C) *La prevención: funcionalismo y derecho penal simbólico*

Para el derecho penal contemporáneo los fines de la pena se replantean, en tanto han sido puestos en tela de juicio los límites de la conminación penal. Puesto que ya no es posible pensar en una tutela a bienes jurídicos claros, sino en protección de riesgos, el derecho penal ha pasado a ser entendido como un instrumento efectivo de la política interna. En ese contexto, el referente es su adaptabilidad a los fines del sistema, a las funciones del mismo como parte integrante de él.

El carácter crítico del derecho penal orientado hacia sus consecuencias se perdió, en la medida que la vinculación de este con la realidad se estrechó tanto que se volvió funcional. La teoría de la prevención general positiva cambia, entonces, sus contornos. Todo el sistema se convierte en blanco penal, pues a este le compete afianzar las normas, los valores, los consensos. No se interviene porque se lesionó un bien jurídico, "lo relevante es la oposición funcional al funcionamiento de la sociedad entera. El castigo del culpable disfuncional sirve para demostrar la validez de la norma como modelo de interacción social"[23].

Los fines intimidatorios y rehabilitadores de la pena pierden todo sentido, pues como han sido puestos en tela de juicio, empírica y teóricamente, más le vale al derecho penal ampliar sus horizontes a todos, durante toda nuestra existencia, "así, la aplicación del derecho penal se presenta más como empresarial que como violenta y las expectativas de eficacia positiva son tan vagas y fundamentales, que apenas se pueden contradecir. Y la adaptación funcionalista del derecho penal en los demás mecanismos de control social está, por sobre los fines de la pena, teóricamente conseguida"[24]. El derecho penal se banaliza, pierde su perfil en el espectro de los demás mecanismos de control social, acercándose más al derecho administrativo o al derecho civil. El carácter aflictivo de la pena y la idoneidad de las herramientas penales para la resolución de

[22] WINFRIED HASSEMER, "La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana", *cit.*, pág. 72.

[23] JUAN TERRADILLOS, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", *cit.*, pág. 15.

[24] WINFRIED HASSEMER, "La ciencia jurídico-penal en la República Federal Alemana", *cit.*, pág. 76.





los conflictos sociales no son elementos que lo deban diferenciar de otros tipos de intervención menos severas, ni que deban limitar su uso.

La pregunta que queda por formular es sí realmente el derecho penal puede cumplir con estas nuevas misiones que se le asignan, esto es, el interrogante acerca de su eficacia instrumental. A juzgar por los déficits que se observan no solo en el ámbito de los delitos económicos, sino en los de medio ambiente, drogas y terrorismo[25], la respuesta menos radical sería que lo puede hacer pero precariamente, o que no es cuestión de eficacia real sino meramente simbólica.

El derecho penal moderno tiende a refugiarse en cometidos meramente simbólicos, como instrumento para la sensibilización social[26], para satisfacer demandas de actuar, para mostrar un Estado fuerte, etc. Pero lo simbólico no es neutro, en el sentido crítico que el tratadista alemán HASSEMER[27] le asigna al término, pues debe ser asociado con engaño, en la medida que existe una oposición entre lo que realmente se quiere y lo que de hecho se aplica. Engaño porque se parte de una apariencia falsa de efectividad e instrumentalidad y con ello se legitima el endurecimiento de las sanciones, la extensión del control penal y la necesidad de recurrir a este instrumento en primera y única instancia. Derecho penal simbólico significa que las funciones latentes de las normas predominan sobre sus funciones manifiestas; es entonces de esperar que con ellas y su aplicación se realice algo diferente a lo dispuesto en la misma ley.

El simbolismo predominante del derecho penal moderno[28] no debe ser analizado como producto de una mente diabólica de quien hizo las veces de legislador, o de los órganos encargados de la interpretación o aplicación de las normas. Con esta noción no se pretende señalar una intención implícita o explícita, sino, por el contrario, una función que solo puede explicarse en el contexto que dio origen a las normas y en el que ellas se alimentan y que a su vez ellas retroalimentan[29], "se debe fundamentar objetivamente el concepto: en vez de basarlo en «expectativas» fundamentarlo en la «previsibilidad», en lugar de intenciones en condiciones objetivas y en la probabilidad de un efecto. En resumen, no se deben estudiar fines sino funciones"[30]. En el contexto de una sociedad del riesgo y de la seguridad, es posible entender lo funcional de lo

[25] Al respecto, GABRIEL NÉMOGA (director). *op. cit.*, en lo concerniente a la eficacia instrumental de la justicia regional y del derecho penal material de su competencia. M. GARCÍA, *op. cit.*, para un análisis de la eficacia de los decretos legislativos expedidos para combatir el narcotráfico.

[26] Frente al medio ambiente, por ejemplo, o a la discriminación en el caso de las demandas de las mujeres por una criminalización de la violencia intrafamiliar o de la violación en el hogar.

[27] WINFRIED HASSEMER, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 9, 1989, págs. 553 a 559.

[28] En mi tesis de doctorado analizo de manera detallada el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público (C. P., art. 148) desde esta perspectiva.

[29] OLGA LUCÍA GAITÁN, "Als Staatsanwältin in Kolumbien: Persona non grata", en H. SCHMIDT-SEMISCH, und MICHAEL LINDENBERG (Hrsg.), *Gewaltwelten*, Packeispresse, Verlag Hans Schickert, München, 1995, págs. 52 a 61.

[30] WINFRIED HASSEMER, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *op. cit.*, pág. 556. La traducción es nuestra.

simbólico, en ese marco es también posible denunciar su engaño, dado el carácter deficitario de la respuesta instrumental.

4. CONCLUSIONES

El panorama no es prometedor y aumenta, por tanto, la tentación de optar definitivamente por una posición abolicionista. No obstante y a pesar de compartir los fundamentos teóricos de esta perspectiva[31], no parece viable, dadas las condiciones de nuestro país, plantear seriamente la posibilidad de renunciar al derecho penal, además porque tampoco es claro qué lo sustituiría; quizás algo mucho peor, no lo sabemos.

Es cierto, igualmente, que de alguna manera el derecho debe dar respuesta a los cambios que se producen en la realidad; la pregunta es sobre la manera cómo y con qué se deben afrontar. Al respecto, creo que la teoría penal, en la medida que se ha ocupado de reflexionar sobre el derecho penal, sus características, alcances y fines ha contribuido a constituirlo, en el sentido foucaultiano de las relaciones entre poder y saber, pues estas se han plasmado en reformas a la legislación penal y en orientaciones de política criminal. No es posible entender el derecho penal, sin la teoría penal, como tampoco será posible, gracias al papel atento de la teoría justificar cualquier forma de control penal.

En ese sentido y frente a las nuevas tendencias del derecho que van en contravía de lo que la teoría ha denominado la formalización del control penal, como garantía y límite al mismo, la reflexión vigilante y crítica de la teoría se plantea como prioritaria. Por ello, considero que el modelo de derecho penal clásico, aquí presentado, debe servirnos de guía, en tanto ideal, para denunciar, señalar y por qué no, diseñar estrategias que aboguen por una descriminalización seria, un retorno a la formalización y alternativas viables a la pena privativa de la libertad y al uso del derecho penal. Se puede pensar, incluso, en sistemas ágiles, expeditos y flexibles (de carácter administrativo) para afrontar los problemas de hoy, sin las cortapisas de lo penal, pero también sin penas[32].

[31] Sobre el particular, entre otros, NILS CHRISTIE, "Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus", en *KrimJ*, 1983, págs. 1 a 10.

[32] "Un rasgo importante que no es mencionado por KELSEN y que parece distinguir las penas de las sanciones civiles y de las demás medidas coactivas estatales, es que es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún *sufrimiento* a su destinatario". CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Edit. Ariel, S. A., 1983, pág. 173.



# Género y sistema penal: a propósito de la ley 360 de 1997

*Darío Arcila Arenas*[*]

"La sociedad igualitaria es aquella que deja el máximo de libertad a la expresión de la diversidad..."[1].

1. INTRODUCCIÓN

Parecería que en relación con la igualdad entre hombres y mujeres las leyes en Colombia lo han dicho todo o casi todo, pues en ellas la discriminación sexual formal de épocas anteriores ha sido esencialmente erradicada en el curso de los últimos 20 ó 25 años. Pero con su moderna pretensión de neutralidad las leyes, al disponer un trato igual a desiguales, esconden precisamente la real discriminación, porque las normas de igualdad de trato, en sí mismas, no se materializan en resultados de igualdad y justicia, de equidad, en casos individuales y menos en casos colectivos[2].

Para lograr esos resultados, la ley debe ser correctamente interpretada y aplicada, lo cual solo es posible si, además de entender su texto y su propósito, el intérprete tiene la capacidad para comprender las diversas consecuencias de la ley en los distintos individuos, conse-

[*] Profesor titular de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Asesor de Cerfami, Centro de Recursos Integrales para la Familia.

[1] EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág.122.

[2] ALDA FACIO MONTEJO, "El principio de igualdad ante la ley", en *Memorias del II Encuentro Internacional de Mujer y Derechos Humanos*, Lima, Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1996.

cuencias que, en el caso de mujeres y hombres, tienen que ver con su diferente condición y sus diferentes necesidades y oportunidades. Lo justo exige, frecuentemente, un tratamiento desigual, un tratamiento que considere la diferencia. Eso, precisamente, preceptúa la ley 51 de 1981, aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de manera muy comprensiva. Y es ese el mandato constitucional en relación con la igualdad.

El análisis de una ley desde una perspectiva de género y, en particular, de la ley 360 de 1997, debe hacerse considerando las realidades concretas y diversas de mujeres y hombres en nuestra sociedad y dentro del contexto del ordenamiento jurídico nacional, de las cuales el núcleo la Constitución Política, y, específicamente, del sistema penal.

Un sistema penal que no penaliza la desaparición forzada de personas y sanciona con penas insignificantes las privaciones arbitrarias de la libertad por parte de servidores públicos, pero penaliza el secuestro extorsivo con pena igual a la del homicidio. Un sistema que establece penas leves para graves conductas cometidas por los económicamente poderosos contra los pobres, algunas de las cuales define en forma confusa y con exigencias que hacen imposible su sanción, como sucede con el delito de usura, pero define muy precisamente los delitos contra el patrimonio económico y los sanciona con penas graves. Un sistema que juzga a los pequeños ladrones mediante un procedimiento sumario, limitativo del derecho de defensa, pero que ampara con fuero militar a los miembros de las fuerzas armadas que cometen gravísimos delitos por fuera del servicio y con violación de sus funciones como protectores de la vida, honra y demás bienes de los ciudadanos, de los cuales generalmente son víctimas los marginados sociales y los disidentes políticos. Un sistema que se ha preocupado más por proteger la llamada honra sexual de los hombres y de la familia, que la libertad, la dignidad y la intimidad de las mujeres; que impone una concepción patriarcal y religiosa en relación con la sexualidad y el aborto y desconoce el derecho fundamental de la mujer a la libre opción de la maternidad, pero desampara a las madres adolescentes, solteras y trabajadoras; que desprotege a las víctimas de los delitos y hacina a la gran mayoría de los sindicados y condenados en cárceles infrahumanas y corruptoras, pero que a una minoría de ellos los aloja en condiciones privilegiadas. En fin, un sistema penal que tolera una impunidad del 90% o más.

Todo ello en contravía de la nueva Constitución Política, que redefine nuestro Estado como social y democrático de derecho, que entroniza a la persona digna, igual y libre en el centro del sistema jurídico; que establece una generosa Carta de derechos y libertades; que impone al poder estatal la tutela jurídica de los derechos y las libertades; y que persigue una nueva organización social pluralista para la convivencia, la tolerancia, la justicia y la paz.

Dentro del referido contexto socio-jurídico y político y con un enfoque de género, nos ocuparemos brevemente, en términos generales y en una inicial aproximación, de los ahora denominados "Delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana", por la ley 360 de 1997, previas las siguientes consideraciones.





## 2. Sexualidad, género y sistema jurídico

Cada uno de estos temas ameritaría un tratamiento profundo, que en este ensayo no nos es posible realizar. Por lo tanto, nos limitaremos a esbozar algunos conceptos indispensables para el análisis del tema central propuesto.

En relación con la sexualidad, acogemos los planteamientos humanistas que la entienden como una dimensión inherente a la persona y una expresión del ser humano como integralidad durante todo su ciclo vital y en cuya estructuración confluyen factores biológicos, psicológicos, socioculturales y ambientales. Como el ser humano, la sexualidad tiene carácter histórico y, por lo tanto, está influida por ideologías y valoraciones morales y normativas cambiantes[3].

Es en el campo de la sexualidad donde de manera más sensible se viven las consecuencias de una socialización que ha contrapuesto lo femenino y lo masculino y donde es mucho más evidente la condición subordinada de las mujeres en razón del género.

Al mencionar el género, debemos precisar brevemente este concepto, como apoyo a nuestras reflexiones posteriores[4].

Como se sabe, el término "sexo" se reserva para las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, diferencias que no determinan por sí mismas las cualidades o los comportamientos o el quehacer de unos y otras.

El término "género" designa lo que en cada sociedad o cultura se asigna a cada uno de los sexos, es decir, lo que como construcción social se considera femenino o masculino, así como la diferente valoración de aquello que se asigna a uno u otro sexo.

Factores claves en la construcción de lo femenino y lo masculino, es decir en la construcción social del género, son las funciones y estereotipos sexuales. Estos niegan a las personas y a la sociedad la riqueza de la diversidad, crean una falsa contraposi-

[3] Sobre esta concepción de la sexualidad puede verse a Cerfami, *Memorias del II Seminario Nacional sobre Ética, Sexualidad y Derechos Reproductivos*, Medellín, Edit. Cerfami, 1996; María Ladi Londoño, *Prácticas de libertad*, Cali, Editorial Talleres Gráficos de Imprenta, Feriva Ltda, 1991; *El problema es la norma. Enfoques liberadores sobre sexualidad y humanismo*, Cali, Ediciones Prensa Colombiana, 1989; Corsaps (Corporación de Salud y Políticas Sociales), *Sexualidad y reproducción. Hacia la construcción de derechos*, Santiago de Chile, Editorial Salesianos, 1994; Ministerio de Salud, *Salud para las mujeres, mujeres para la salud*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Minsalud, 1991; Grupo, Mujer y Sociedad, *Mujer, amor y violencia*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Universidad Nacional de Colombia-Tercer Mundo Editores, 1991; Celia Amoroso y otras, *Violencia y sociedad patriarcal*, Madrid, Edit. Pablo Iglesias, 1990.

[4] Sobre el concepto y la perspectiva de género puede verse a Alda Facio Monteio, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, Edit. Ilanud, Talleres Gráficos, San José, 1992; Gabriela Castellanos y otras, *Discurso, género y mujer*, Cali, Edit. Facultad de Humanidades, Universidad del Valle, Centro de Estudios de Género, 1994; Marta Lamas, *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Edit. Porrúa, 1997; María Isabel Santa Cruz y otras, *Teoría filosófica de género*, Buenos Aires, Edit. Centro Editor de América Latina, 1994; Movimiento Manuela Ramos, *Memorias del II Encuentro Internacional de Mujer y Derechos Humanos*, Lima, Edit. Movimiento Manuela Ramos, 1996; Juan Antonio García Amado, "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", en *Escritos sobre filosofía del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997.

ción entre lo femenino y lo masculino y, en la medida que se valora más lo masculino, impide la comunicación entre hombres y mujeres en un pie de igualdad. Las relaciones de poder desigual entre los sexos han tenido allí su asiento, relaciones que en el campo de la sexualidad se han constituido en una estrategia efectiva para la producción y reproducción de la inferioridad femenina.

La categoría de género, como nueva categoría de análisis social permite visibilizar las connotaciones culturales de la pertenencia a cada sexo y cuestionar el determinismo biológico que asegura que la inferioridad de la mujer es connatural a su ser de mujer. Permite, además, enriquecer el conocimiento científico con nuevos elementos para entender tanto las relaciones entre hombres y mujeres como la forma en que las significaciones que se tengan de lo femenino y lo masculino influyen todo el quehacer humano.

Pero para lograr un análisis de género se requiere de un enfoque particular que, a manera de una nueva mirada devele las diferentes formas y campos en que opera el ordenamiento social de los sexos y la circulación de poder que ese ordenamiento acarrea. Esa nueva mirada es la "perspectiva de género".

Ubicaremos el tema propuesto partiendo de la afirmación de que el sistema jurídico no ha sido ni es neutral frente al género, sino que, por el contrario, está atravesado por el género de diversas maneras. El primer argumento en respaldo de esta afirmación es muy simple: todas las personas —y acá caben legisladores, gobernantes, jueces y todos los miembros del cuerpo social— hemos sido socializadas en una visión polarizada de lo humano: lo masculino y lo femenino, lo cultural y lo natural, lo superior y lo inferior, dominación y subordinación. Esa concepción ha determinado también una concepción escindida de los derechos humanos, de la libertad, de la dignidad, de la igualdad, concepción que se refleja en las leyes, en las instituciones, en la práctica jurídica y en las costumbres. De allí que el discurso y la actividad jurídica hayan tenido a lo largo de la historia —y aún en el presente— connotaciones sexistas y una visión predominantemente masculina, no solo porque la legislación y la doctrina y la jurisprudencia de las altas Cortes han sido producidas especialmente por hombres, sino, en especial, porque han tomado, como objetivos universales, valores y pensamientos masculinos[5].

## 3. Breve análisis crítico de nuestra legislación penal sobre los "delitos sexuales", durante los últimos cien años y antes de la ley 360 de 1997

Es un hecho que la protección de bienes y derechos en el derecho penal guarda estrecha relación con la forma como la sociedad está estructurada y con los procesos y dinámicas sociales de cada época. Es así como, desde una perspectiva de género, podemos criticar una historia legislativa y de la jurisprudencia que legitimó y ahondó las brechas de género existentes en nuestra sociedad, en detrimento de los derechos de las mujeres. La visión sesgada de la mujer y del hombre y, en especial, de la sexualidad humana ha estado presente tanto en las leyes sustantivas como en las instituciones y estructuras encargadas de su aplicación y, obviamente, en las costumbres que llevan a que la gente interiorice como naturales y legítimas muchas prácticas violatorias de los derechos sexuales de las personas, en particular de las mujeres, las niñas y los niños.

Tradicionalmente en nuestro país la libertad sexual, al igual que las demás expresiones o formas de la libertad personal —con la única excepción de la libertad de traslación o de abandono de un lugar y en relación con el delito de secuestro extorsivo—, ha sido subvalorada, subprotegida y casi desconocida.

Si la importancia que el legislador penal otorga a un bien jurídico se manifiesta fundamentalmente en la gravedad de la pena señalada a sus violadores, para las víctimas y sus familias y para las comunidades afectadas con esas violaciones, dichas subvaloración y subprotección se evidenciaban en que la mayoría de los delitos contra la libertad sexual, hasta la expedición de la ley 360 de 1997, tenían señalada una pena mínima inferior a dos años de prisión, por lo cual contra sus autores no procedía orden de captura y la medida de aseguramiento era la caución; y, además, en que en relación con los delitos que tenían pena mínima de dos o más años de prisión, los sindicados podían obtener fácilmente el beneficio de la excarcelación y en los que, por excepción, llegaban a ser condenados, casi siempre el juez les concedía el subrogado de la condena de ejecución condicional. Ello con gran desconcierto y grave peligro para las víctimas que se habían atrevido a presentar denuncia, generalmente mujeres, niñas y niños, y sus familias, que se veían tentadas a recurrir a vías de hecho contra los violadores, por no conocer, entender o compartir el principio de que, en un sistema penal democrático, la detención preventiva de un sindicado no tiene justificación.

Al hecho de que la libertad sexual haya sido tradicionalmente considerada como un derecho de segunda categoría por nuestro legislador, especialmente en relación con las mujeres, se suman mitos hondamente arraigados en nuestra sociedad que pretenden justificar los atentados contra aquel bien. Uno de estos mitos, que ha influenciado frecuentemente la práctica judicial, es el de que las mujeres mienten sobre la conducta violatoria que denuncian o que las niñas y niños inventan historias de abuso sexual. Las mujeres que denuncian una violación generalmente son veraces al respecto, así lo traumático de la situación que han vivido les impida recordar detalles o incurrir en algunas contradicciones con el paso del tiempo. Denunciar la violación no es fácil para la mayoría de las víctimas. De hecho, la mayoría de ellas se abstiene de denunciar por la carga psicológica que representa para ellas el relatar lo acontecido y someterse a un trámite judicial largo, dispendioso e incluso doloroso y, finalmente, inefectivo desde el punto de vista de la reparación del daño sufrido. Los niños y niñas, de otro lado, no "inventan" los actos abusivos a los cuales se les somete, así estos no dejen huellas físicas.

Otro mito común alrededor de la violación es el de que las mujeres provocan la violación. Con apoyo en esta errónea creencia se justifica la violación acusando a la mujer de que vestía "inapropiadamente" o que andaba sola o en lugares y a horas no adecuadas o, en todo caso, que fue su comportamiento el que —a juicio del funcionario de turno— provocó la violación. No es la conducta femenina la que provoca la violación sino la conducta machista masculina que lleva a algunos hombres a demostrar su poder

[5] Carmen Posada González, "Derechos humanos y género", *Ponencia presentada en el VII Congreso Colombiano de Sexología*, Medellín, 1996.

mediante el abuso o la violación de las mujeres. Si bien por el riesgo que —en una sociedad como la nuestra— supone el hecho de ser mujer, esta debe tomar medidas de protección, no se puede exigir a las mujeres la renuncia a las libertades que esforzadamente han alcanzado, como la libertad de locomoción o la autonomía, para que puedan ser creídas cuando otra de sus libertades, la sexual, es vulnerada. Además, ese mito desconoce la realidad que enseña que la mayoría de las violaciones y los abusos sexuales son cometidos por personas conocidas o cercanas a la víctima.

Esas y otras falsas creencias afectan de manera especial a los niños, a las niñas y a las mujeres, quienes son las víctimas mayoritarias de los delitos contra la libertad sexual, como lo demuestran estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y de algunas unidades de fiscalía[6].

Pero no se pueden desconocer los avances, al menos formales, que en el sistema jurídico nacional, y específicamente en nuestro sistema penal, se han logrado en los últimos años en relación con el ejercicio de la sexualidad, la protección de la libertad sexual y con el tratamiento de los llamados "delitos sexuales", avances en los cuales ha tenido gran influencia el trabajo de organizaciones del movimiento social de mujeres en las dos últimas décadas. Así:

A) Hasta hace sesenta y un años, cuando fue derogado el Código Penal de 1890 y entró en vigencia el de 1936, existieron disposiciones que no solo constituían claras y graves violaciones al derecho a la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, sino que también legitimaban la superioridad masculina y los tratos de privilegio a los varones. Entre esas disposiciones estaban la sanción del adulterio como delito exclusivamente femenino y la autorización al marido para señalar la pena privativa de la libertad que debía imponerle el juez a la mujer que cometía ese delito; y la consagración del amancebamiento como delito, con penas diferentes para la mujer y el hombre (arts. 712 y 451).

Ambas conductas constituían un libre ejercicio de la sexualidad y, si bien pudieran haberse considerado inmorales, no atentaban contra la libertad sexual ni la intimidad, ni la dignidad de nadie.

B) Hasta 1981, es decir, hasta hace solo diecisiete años, cuando empezó a regir el actual Código Penal — que introdujo como bien penalmente protegido el "pudor sexual" a la par del de la libertad y en sustitución del "honor"— estuvieron vigentes en el país normas penales del Código de 1890 y que reprodujo el Código de 1936, claramente discriminatorias tales como:

— La norma que atenuaba la pena del homicidio o las lesiones cometidas por el cónyuge, los padres o los hermanos, contra la mujer sorprendida en actos sexuales extramatrimoniales, los cuales se consideraban "ilegítimos". Esta atenuación, podía convertirse en perdón judicial y aun en exención de responsabilidad, lo cual equivalía a la legalización de la pena de muerte extrajudicial ejecutada por un particular, cuando al Estado le estaba prohibido aplicarla desde 1910, permitiéndosele así legalmente al hombre

[6] Centro de Referencia Nacional sobre la Violencia, *Boletín*, núm.14, Santa Fe de Bogotá, septiembre de 1996.





lavar su "honra" con la muerte de la mujer. En la doctrina se decía que este homicidio o lesión personal era cometido en "legítima defensa del honor" (art. 382).

— La norma que aumentaba hasta en una cuarta parte la pena de la violencia carnal o violación y del estupro cuando la víctima era "mujer virgen o de irreprochable honestidad" (art. 317).

— Las normas que penalizaban como delito el libre acceso carnal homosexual entre hombres de cualquier edad y el destinar inmueble para que otros ejecutasen actos homosexuales (arts. 323 y 329).

— Las normas que disminuían hasta en la mitad la pena de la violencia carnal y el estupro y del rapto, cuando la víctima fuera mujer dedicada a la prostitución (arts. 321 y 353).

En las citadas y cuestionadas disposiciones legales subyacía, consciente o inconscientemente, la concepción judeo-cristiana de que la virginidad de la mujer es un valor que debe defenderse a toda costa; que el ejercicio de la sexualidad, por fuera del matrimonio y sin fines reproductivos, es pecaminoso e inmoral —muy especialmente en mujeres y jóvenes—, y que las relaciones homosexuales siempre lo son. Subyacía, así mismo, la concepción de que el cuerpo y la sexualidad de la mujer casada son propiedad de su marido, propiedad que este puede defender aun quitando la vida a aquella. Y denotan también la confusión —todavía vigente en algunas disposiciones penales— entre pecado y delito.

Las mencionadas normas son reflejo de tradicionales enseñanzas religiosas, en particular de los padres de la Iglesia católica. Basta recordar la condena de Tertuliano a la mujer, como responsable de la pérdida del paraíso: "Mujer, deberías estar siempre de luto, ofreciendo a todos tus ojos anegados de lágrimas de arrepentimiento, para hacer olvidar que perdiste al género humano. Mujer, eres la puerta del infierno"[7].

Dentro de la misma concepción se enmarcan, de igual modo, recomendaciones como las siguientes, que hacían parte de un texto utilizado hasta mediados de los años setenta en la España franquista para la formación de las jóvenes como "perfectas casadas", y que no son extrañas, aún en la actualidad, en algunos sectores de nuestra sociedad:

"Cuando estés casada, jamás te enfrentarás con él, ni opondrás a su genio tu genio ni a su intransigencia la tuya. Cuando se enfade, callarás; cuando grite, bajarás tu cabeza sin replicar; y cuando exija, cederás, a no ser que tu conciencia cristiana te lo impida. En este caso no cederás, pero tampoco te opondrás directamente: esquivarás el golpe, te harás a un lado y dejarás que pase el tiempo. A sus modales ásperos responderás con tu delicadeza y a su cara hosca con tu sonrisa..."[8].

[7] Citado por Luis Carlos Pérez, *Derecho penal*, t. V, partes general y especial, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 7.

[8] Virgilio Latorre L. y otros, *Mujer y derecho penal*, Valencia (España), Edit. Tirant lo Blanch, 1995, pág. 9.

C) Pero, es más, hasta la promulgación de la ley 360 de 1997 subsistían en nuestro Código Penal normas como las siguientes:

— El artículo 307, que consagraba la extinción de la acción penal por la violación, el estupro o los actos sexuales abusivos, si el autor o cualquiera de los coautores o cómplices contraía matrimonio con la víctima. Esto constituía un grave atentado contra la dignidad de la mujer víctima del delito y sacrificaba su autonomía y su libertad sexual en aras del honor y la honra sexual de su familia, que solo con el matrimonio de ella con el agresor se consideraban restablecidos.

— Los artículos 308 y 309 que solo consideraban como víctima de la inducción y el constreñimiento a la prostitución a la persona "honesta" —entiéndase "mujer honesta"—, dejando al arbitrio del juez el criterio de honestidad o deshonestidad y negando el derecho a la tutela penal a quienes, por un calificativo muchas veces prejuiciado, fuesen catalogadas como personas deshonestas. Estas normas eran contrarias al principio de tipicidad y claramente discriminatorias y violatorias del derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

D) Dentro de los avances que se han dado en nuestro sistema penal en relación con el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual, es oportuno recordar el decreto 1410 de 1995 expedido por el gobierno en uso de facultades del estado de conmoción y que solo estuvo vigente por cincuenta y cuatro días. En él, por primera vez en la historia jurídico-penal de Colombia, el legislador dispuso diversas medidas para la protección y garantía de los derechos de las víctimas de los "delitos sexuales" y definió el concepto de "acceso carnal" como "la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal u oral".

Esta definición acogía la posición del movimiento internacional de mujeres, acogida también en el proyecto de reforma penal italiano de 1984, en la reforma del Código Penal español (ley orgánica 3ª de 1989, de junio 21) y en el más reciente Código Penal iberoamericano, el español (ley orgánica 10ª de 1995, de noviembre 23), y superaba la posición predominante en la doctrina y la jurisprudencia nacionales, que excluía la penetración del pene por vía oral como "acceso carnal" y la consideraba como simple "acto sexual abusivo", no obstante que para las mujeres, principales víctimas de esa conducta, esta era tan ofensiva de la libertad sexual como la penetración vaginal o anal y aún más indignante que esta[9].

El concepto de "acceso carnal" restringido a la penetración vaginal y, a lo sumo, a la anal, mayoritario en nuestras doctrina y jurisprudencia y en las extranjeras, muestra en ellas, por una parte, una concepción de sexualidad y de relaciones sexuales limitadas a la genitalidad; y, por otra, refleja una subvaloración de la autonomía sexual y

[9] El Código Penal español de 1995, en el artículo 179, dispone: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de seis a doce años". En este sentido ver a Enrique Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995, págs. 62-63.

En relación con la posición predominante en la doctrina, puede verse: Lisandro Martínez Zúñiga, *Derecho penal sexual*, Bogotá, Edit. Temis, 1977; Humberto Barrera Domínguez, *Delitos sexuales*, Bogotá, Edit. Visión, 1984; Chrysolito de Gusmão, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958.





del cuerpo de la mujer, poniendo el énfasis solo en su vagina para efectos de la protección legal[10].

## 4. Breve análisis crítico y de género de la ley 360 de 1997

La ley 360 de 1997 introduce importantes modificaciones al título XI del Código Penal, en la línea de valorar en forma más adecuada la libertad sexual y de superar tratamientos discriminatorios con fundamento en la diferencia de sexo, de las cuales estimamos oportuno destacar las siguientes:

A) El cambio de uno de los bienes protegidos. La dogmática penal considera que el bien o los bienes jurídicos protegidos en cada título del Código, no solo cumplen una función sistematizadora, sino, fundamentalmente, una función delimitadora del alcance y el contenido del injusto típico, y que también constituyen un criterio de interpretación de las normas que integran el título. Además, la doctrina reconoce que el bien o los bienes seleccionados por el legislador como objeto de protección en cada título y que utiliza en su denominación no son el único o los únicos que en este se pretenden proteger, sino los que el legislador quiere destacar como determinantes.

Por ello, el cambio del bien "pudor sexual" por el de "dignidad humana" en el título XI del Código Penal, dispuesto en el artículo 1° de la ley 360, no debe considerarse como meramente formal, sino que es necesario darle todo el alcance político y jurídico que implica.

Al realizar esa sustitución el legislador consideró que en todos los atentados contra la libertad sexual también se vulnera la dignidad de la persona víctima del mismo, cuyo núcleo esencial es la posibilidad de ejercer la libertad y el derecho a no ser cosificada. Pero, además, con esos atentados se vulneran la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y, si la víctima es mujer, la libre opción a la maternidad[11].

Dicha sustitución, así mismo, implica superar una concepción moralista de la sexualidad, que subyacía en el Código, la cual considera el "pudor sexual" —el cual culturalmente se ha reputado femenino— como uno de los bienes jurídicos que se deben proteger penalmente, al lado de la libertad sexual; olvida que el pudor es en esencia un bien moral y personalísimo y, como tal, de difícil determinación y protección penal; y desconoce que el cuerpo, lo más propio y personal de todo individuo humano, a nadie debe avergonzar.

Es claro que no solo los delitos contra la libertad sexual atentan también contra la dignidad humana, sino muchas otras graves conductas, algunas de las cuales no están penalizadas en nuestro sistema, como, por ejemplo, la desaparición forzada de personas.

[10] "En todo caso, parece que no puede equipararse en trascendencia y gravedad el "acceso carnal por vía bucal" con el acceso carnal "por vía vaginal o anal", pues estos últimos suponen, en especial el anal, un cierto daño físico y, en el vaginal, la posibilidad de la desfloración, sobre todo en el caso de menores, que, desde luego, no se dan en el coito bucal". Francisco Muñoz Conde y otros, *La reforma penal de 1989*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, pág. 33.

[11] Enrique Orts Berenguer, *Delitos contra la libertad sexual*, ob. cit., págs. 21 a 28 y 33 a 43.

B) La supresión de exigencia típica de la calidad de "honesta" en la persona sujeto pasivo de los delitos de inducción y constreñimiento a la prostitución, que traían los originales artículos 308 y 309 del Código Penal, introduce claridad en el sentido de que estas conductas se penalizan porque atentan contra la libertad sexual y la dignidad de las personas, independientemente de que estas sean honestas social o sexualmente o no, conceptos que, por demás, son variables según el tiempo y la cultura. Se excluyen así razones religiosas o morales que consideran pecaminosa la prostitución.

C) La derogatoria del ya citado artículo 307 del Código Penal corresponde a la armonización de todas las normas del título XI con los bienes jurídicos que en él pretende proteger el legislador: La libertad sexual y la dignidad humana.

D) Al sustituir la denominación "Trata de mujeres y de menores", del delito definido en el artículo 311, por "Trata de personas", se amplía la calidad de sujeto pasivo del mismo a toda persona y no solamente a la mujer y al menor de edad, como lo hacía el artículo original. Además, es importante introducir como medio comisivo el "constreñimiento" es importante por cuanto este, realizado mediante violencia, intimidación o abuso de necesidad o superioridad, y el engaño, deberían ser los únicos medios comisivos punibles del delito de trata de personas en relación con mayores de edad y mentalmente capaces.

E) El consagrar el delito de pornografía con menores en el artículo 13, aunque no debe olvidarse lo difícil que resulta determinar el alcance del concepto "pornografía" y el peligro de confundirla con diversas y artísticas representaciones de la desnudez y del ejercicio de la sexualidad. En este punto vale la pena señalar que juristas feministas abogan porque la penalización de la pornografía no debe reducirse a la utilización de menores para la misma, sino que debe sancionarse también como una actividad que degrada a la mujer, legitima la violencia como medio de accederla sexualmente y erotiza la dominación masculina y la diferencia de poder entre los sexos.

F) La preocupación por las víctimas de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana es evidente en la ley 360. Al efecto dispone, en el artículo 14, la intervención del defensor de familia competente cuando la víctima sea menor de edad; consagra derechos para todas las víctimas en el artículo 15; y establece, en el artículo 16, la creación de unidades especializadas de fiscalía para la investigación de aquellos delitos.

Pero no bastan los cambios referidos y el incremento notorio de las penas señaladas para los llamados "delitos sexuales", para la garantía real de los bienes y derechos que estos pretenden proteger. Además de los útiles cambios formales y sustantivos, se requieren estrategias de intervención que garanticen la efectiva protección de las víctimas, estrategias que deben incluir una formación más integral de los funcionarios judiciales y la remoción de mitos y prejuicios sexistas, que han impedido una efectiva administración de justicia en relación con estos delitos y han llevado frecuentemente al maltrato de las víctimas y a la tolerancia con los victimarios.

Por supuesto, es indispensable realizar acciones sensibilizadoras y preventivas con la comunidad y con todas las instituciones sociales, muy especialmente con los





medios de comunicación, que transmiten mensajes discriminatorios, expresos y velados, en torno a la sexualidad y a las relaciones entre los sexos.

Reconocer la necesidad de esas intervenciones es tener claridad sobre las limitaciones de la ley como instrumento para el logro de la equidad, para no estimular el fetichismo de la norma, tan propio de nuestro "país de leyes", donde con frecuencia se cree encontrar en la ley la panacea para todo mal social.

G) Es necesario señalar que subsisten en nuestro sistema jurídico —no obstante la vigencia de la ley 360 de 1997— disposiciones cuestionables por su elementos discriminatorios en razón del sexo y la edad, que si bien son sutiles, no por ello son menos graves. Veamos algunas de tales normas:

a) El inciso 2° del artículo 1° de la ley 40 de 1993 que atenúa notoriamente la pena del secuestro simple "cuando el propósito del agente es contraer matrimonio u obtener una finalidad erótico sexual" y que exige querella para su investigación y juzgamiento, pues ello implica una subvaloración de la libertad de optar por estado civil y de la libertad sexual.

b) El artículo 25 de la ley 294 de 1996, sobre violencia y maltrato intrafamiliar, expresamente definió y sancionó como delito la llamada "violación conyugal", buscando dejar sin fundamento la tesis doctrinal mayoritaria según la cual el cónyuge o el compañero permanente no delinquía cuando, mediante violencia física o psicológica o colocándola en situación de inferioridad o de indefensión o aprovechándose de esta, accedía carnalmente a su esposa o compañera, porque su conducta era atípica o no antijurídica, pues al hacerlo estaba ejerciendo dizque el derecho al "débito conyugal", "derecho" legalmente inexistente[12].

Pero, infortunadamente, la forma como en el citado artículo se hizo esa penalización, por nuestro desapercibido y, a veces, ligero legislador, resulta abiertamente contraria a los intereses de las víctimas, mujeres casadas o en unión de hecho, y violatoria del derecho fundamental de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de nuestra Constitución Política, y del principio jurídico-penal de la racionalidad, justeza y proporcionalidad de la pena.

En efecto, la pena de 6 meses a 2 años de prisión prevista en el cuestionado artículo 25 es notoriamente inferior a la que señalaban los artículos 298 y 300 del Código Penal, que era de 2 a 8 años de prisión, y muy inferior a las que ahora se establecen para el acceso carnal violento o con persona puesta en incapacidad de resistir en los artículos

[12] La tesis mayoritaria es acogida, entre otros, por los doctrinantes: ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal colombiano*, t. II, vol. II, Parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1984; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, ob. cit.; LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, ob. cit.; CHRYSOLITO DE GUSMÃO, ob. cit.; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, t. III, Medellín, Edit. U.P.B., 1951; ENRIQUE GIMBERNAT, "Algunos aspectos del delito de violación", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1981.

La tesis minoritaria, según la cual el cónyuge sí es sujeto activo del delito de violación, es defendida, entre otros, por los doctrinantes: LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. V, partes general y especial, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 44 a 47; EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Edit. Compañía Argentina de Editores, 1940; FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VIGA, *Derecho penal mexicano*, t. III, México, D. F., Edit. Porrúa, 1945; ENRIQUE ORTS BERENGUER, ob. cit., págs. 66 a 69.

2° y 4° de la ley 360 de 1997, que es de 8 a 20 y de 4 a 10 años de prisión, en su orden, independientemente de que estas resulten exageradas.

Esta notoria diferencia de penalización de una misma conducta ilícita implica una absurda discriminación de la mujer que tenga la calidad de cónyuge o de compañera o, lo que resulta más absurdo, de "ex compañera" y aun de "mujer con quien el violador haya procreado un hijo", en relación con las demás mujeres u hombres, y una injustificada subvaloración de la libertad sexual, la dignidad y la intimidad de aquellas.

Claro que si el análisis de la cuestionada diferencia de penalización de esas dos conductas iguales, basada en la calidad del sujeto pasivo, se hace en relación con el sujeto activo, quien debe sufrir la pena, con algún fundamento dogmático podría llegarse a la conclusión de que sería al no cónyuge o no compañero a quien se estaría violando el derecho a la igualdad ante la ley, al imponérsele una pena notoriamente mayor a la del cónyuge o compañero de la víctima, pues como no es más grave violar a una mujer soltera, la violación de esta no podría merecer una pena mayor que la violación de la casada o en unión libre[13].

c) El mantener la edad de 14 años como el límite mínimo para el reconocimiento de la libertad sexual y de la validez del consentimiento en un acto sexual, cuando la mayoría de los Códigos Penales iberoamericanos y europeos la señalan en 12 años, implica desconocer que en nuestra realidad sociocultural y ambiental, antes de aquella edad mujeres y hombres han adquirido capacidad de comprender el significado y la trascendencia de los actos sexuales y de autodeterminarse, y, en consecuencia, penalizar una conducta que, por ser aceptada por quien tiene capacidad para consentir, no vulnera ninguno de los bienes protegidos en los llamados "delitos sexuales". Además, el mantener esa edad límite constituye una no deseable contradicción entre nuestro derecho penal y el civil, pues este último reconoce a la mujer de 12 años capacidad para consentir en el contrato de matrimonio, asumir el estado civil de casada y con este la permanente posibilidad de ejercer su sexualidad y el primero le niega esa capacidad en relación con un solo acto sexual hasta que cumpla los 14 años.

d) El haber sustituido en el artículo 305 la denominación "corrupción" por la de "actos sexuales con menor de catorce años". Aunque el término "corrupción" no es el más adecuado por su contenido moralista, su sustitución no aporta a la precisión de la conducta que en ese artículo se penaliza, pues implica eliminar un importante criterio de interpretación en la aplicación de la norma y limitativo de su alcance, en el sentido de que solo constituían delito los actos allí descritos cuando fueran "corruptores", es decir, cuando estuvieran dirigidos a influir negativamente en el normal desarrollo psicosexual del menor. El cuestionado cambio genera el peligro de que conductas socialmente aceptadas, como las caricias eróticas del novio a su novia, como expresión del amor que mutuamemte sienten, resulten penalizadas si ella es menor de 14 años.

[13] Con posterioridad a la fecha en que terminamos de escribir este ensayo, la Honorable Corte Constitucional declaró inexequible el cuestionado art. 25 de la ley 294 de 1996, en sent., C-285 de 1997 (M. P.: Carlos Gaviria D.).





e) El mantenerse el "ánimo de lucro" como elemento subjetivo de los delitos tipificados en los artículos 308 y 309, implica una injustificada limitación en la protección de la libertad sexual y la dignidad humana, bienes contra los que atenta el constreñir a la prostitución a cualquier persona o el inducir a la misma a una persona menor o incapaz, independientemente del ánimo o la finalidad que mueva al sujeto activo. El "ánimo de lucrarse" mejor podría consagrarse como circunstancia de agravación de esos delitos.

f) La gran diferencia entre la pena del acceso carnal violento (art. 2°) y la del acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir (art. 3°) no es justificable, porque lo que busca el ejercicio de la violencia es, precisamente, colocar a la víctima en "incapacidad de resistir". El medio no violento para lograr la incapacidad de resistir puede ser tan dañino o peligroso como la violencia y aún más, para la salud o la vida de la víctima, como puede ser, por ejemplo, el frecuentemente utilizado suministro de escopolamina.

Por ello, la mayoría de los Código Penales que conocemos, como bien lo hacía el nuestro en el modificado título XI, equiparan a la violencia todo medio utilizado para colocar a la víctima en incapacidad de resistir y, en consecuencia, señalan la misma pena al acceso o al acto carnal ejecutado por ambos medios. Más aún, el moderno Código Penal español, que empezó a regir en mayo de 1996, dispone agravar el delito de "agresión sexual consistente en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal", cuando la violencia o la intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones graves.

g) El no limitar el sujeto pasivo del delito de trata de personas a los menores de edad y a los incapaces mentales, cuando la conducta consista en promover, inducir o facilitar su entrada o salida del país para ejercer la prostitución, pues, consideramos que en relación con personas mayores solo se atenta contra su libertad sexual y su dignidad cuando se les "constriñe", mediante violencia, engaño, intimidación o abuso de la necesidad o de la superioridad.

Al igual que en el delito de inducción a la prostitución de persona mayor de edad y mentalmente capaz, en la modalidad cuestionada del delito de trata de personas se percibe motivación y finalidad moralistas y no las de proteger la libertad sexual y la dignidad de las personas.

h) La penalización general del aborto voluntario o consentido en los artículos 343 y 345 del Código Penal, delito del cual es autora o partícipe necesaria la mujer. Esa penalización impone la práctica clandestina del aborto y para las mujeres sin recursos económicos y/o sin acceso a información sobre servicios adecuados, impone, además, su práctica en condiciones indignantes y de grave riesgo para su salud y su vida.

El derecho penal en un Estado social y democrático de derecho no está llamado a librar grandes batallas por la moralización de una sociedad; su papel es el de tutelar los

bienes e intereses fundamentales que posibiliten a los asociados una vida pacífica y feliz, mediante el menor sacrificio posible de la libertad como derecho y valor supremo del ser humano. El legislador de ese Estado debe huir de la tentación de utilizar las leyes penales como mecanismo de promoción de moralidad. Es legítimo e incluso necesario, que el Estado intervenga decidida y eficazmente en la sociedad para proteger y promover los valores e intereses que la mayoría de los ciudadanos hemos escogido y colocado en la cima del ordenamiento jurídico, pero las normas que a ese objetivo se encaminen no deberán ser de naturaleza penal. Estas deben limitarse a proteger los más significativos bienes jurídicos frente a los más graves ataques[14].

### 5. En relación con las altas penas señaladas para algunos delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana

En un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal debe ser la *ultima ratio* para la protección de los principles bienes de las personas y de la sociedad, contra las agresiones más graves e intolerables; y las penas, especialmente las privativas de la libertad, deben ser racionales y proporcionales a la importancia del bien dañado o puesto en peligro, a la gravedad del daño causado y a las consecuencias personales y sociales de este. Además, se deben privilegiar medidas y penas alternativas, como estrictas presentaciones periódicas de los sindicados o condenados a los despachos judiciales, trabajo en obras de interés social, reclusión los fines de semana, multas y —en el caso de la comisión de "delitos sexuales"— asistencia a programas de educación sexual, formación en valores de convivencia, terapias de rehabilitación, etc.

De acuerdo con estos postulados, y sin desconocer la gravedad de algunos de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana y la mayor gravedad que revisten cuando la víctima es una niña o un niño, es, al menos, cuestionable la racionalidad, proporcionalidad y justeza de las penas privativas de la libertad señaladas en la nueva ley, especialmente la del artículo 2°, inciso 2°, que es de 20 a 40 años de prisión, si las comparamos con las del homicidio doloso (25 a 40 años de prisión) y del homicidio preterintencional (12,5 a 20 años), con mayor razón si no olvidamos que el artículo 306 del Código Penal, en el numeral 5, dispone aumentar la pena de la violación y los actos sexuales abusivos "de una tercera parte a la mitad... Si el delito se realizare sobre persona menor de diez años".

Es, además, absurdo que nuestro legislador insista en la equivocada "política criminal" de incrementar las penas, como panacea contra la delincuencia, pues esta política desconoce que es la certeza de la pena, cualquiera que sea la índole de esta, y no su gravedad, la que puede influir positivamente en la reducción de los índices de delincuencia, amén de reformas socioeconómicas y medidas educativas y preventivas.

[14] José Manuel Valle Muñiz, "Prólogo", en *Código Penal español* (Ley Orgánica 10/1995, de noviembre 23), Pamplona (España), Edit. Aranzadi, 1996, pág.4.





Si procurando la protección y la tranquilidad de las víctimas y sus familias, lo que se buscaba era limitar la posibilidad de excarcelación para los sindicados de los delitos más graves contra la libertad sexual y la dignidad humana y excluir a los condenados como autores de ellos del subrogado de la condena de ejecución condicional, de acuerdo con nuestro sistema penal bastaba con elevar su pena mínima a tres (3) años de prisión.

En medio de una casi total impunidad, el recurrir a grandes penas privativas de la libertad no es más que un recurso ideológico para encubrir dicha impunidad y la ineficiencia judicial, hacer olvidar la realidad y, contra esta, hacer creer que los bienes fundamentales de las personas sí están adecuadamente protegidos por el Estado y su sistema penal.

# El derecho como sistema de garantías*

*Luigi Ferrajoli***

## 1. Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica. El modelo garantista

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiremos esquemáticamente, tres aspectos de esta crisis.

Al primero de ellos lo llamaremos *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia —pero nos parece que, aunque en menor medida, también en Francia y España— numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz, en estos meses, un gigantesco sistema de corrupción, que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extralegales y extrainstitucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de los límites y los vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos

* Publicado en *Jueces para la Democracia*, 16-17, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, 1992.

** Catedrático de filosofía del derecho, Universidad de Camerino, Italia.

de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la república italiana por atentado contra la Constitución, la pérdida de contenido de la función parlamentaria, los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servidores secretos.

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es el de la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual, que deriva de la *crisis del Estado social*. Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Claramente se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representa, en efecto, no solo un factor de ineficacia de los derechos, sino también el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.

Hay un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la *crisis del Estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales, fuera de los confines de los Estados nacionales. Y aunque este proceso se mueve en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatalistas de los derechos de ciudadanía, está por ahora poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario —directivas, reglamentos y, después del Tratado de Maastricht, decisiones en materia económica e incluso militar— sustraídas a controles





parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supranacionales.

Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada complejidad de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al Estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistemáticos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos generarían —según autores como LUHMANN, TEUBNER y ZOLO— una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales[1].

Nos parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizás mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser —importa poco si en clave determinista o apologética— es el peligro que nos parece que está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o la desregulación. No cabe duda de que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. Y, sin embargo, el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto. Y

[1] N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, trad. it. de A. Febbrajo (1972), *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977, págs. 245 a 254; *idem*, "Il Welfare State come problema politico e teorico", en *Trasformazione e crisi del Welfare State*, E. FANO, S. RODOTA y G. MARRAMAO (eds.), Milán, Angeli, 1983, pág. 352; *idem*, "The Unity of the Legal System", en *The Self-Reproduction of the Law*, Actas del Congreso sobre *Auropoiesis in Law and Society*, Florencia, Istituto Universitario Europeo, 1984; *idem*, *Some problems with "Reflexive Law"*, *ivi*; G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-Nueva York, De Greuyter, 1984; *After Legal Instrumentalism?*, *ivi*; H. WILKE, G. TEUBNER, "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbstseuerung durch reflexive Recht", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, 6, núm. 1; D. ZOLO, "Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo", en LETIZIA GIANFORMAGGIO (ed.), *Le regioni del garantismo*, Turín, Giappichelli, 1993; *idem*, "Citadinanza democratica e giurisdizione", en curso de publicación en *Questione giustizia*.

nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos, con las que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del Estado de derecho.

Creemos que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no solo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no solo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho. La situación del derecho propia del *ancien régime* era bastante más "compleja", irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del iusnaturalismo y de la ilustración, de HOBBES, MONTESQUIEU y BECCARIA, formaban un cuadro seguramente bastante más dramático y desesperante que el que aparece hoy ante nuestros ojos. Y también entonces, en los orígenes de la modernidad jurídica, fueron muchas y autorizadas las voces que se levantaron contra la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y de la garantía de los derechos: basta pensar en la oposición de SAVIGNY y de la Escuela Histórica a los proyectos de codificación y, desde una perspectiva bien diferente, en la incomprensión y la infravaloración por JEREMY BENTHAM de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

El problema representado por las múltiples formas en que ahora se expresa la crisis del derecho pone a la razón jurídica ante un reto que no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por los juristas ilustrados, al emprender la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición positivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un sistema *artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no solo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el ser "existencia" del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, "puesto" o "hecho" por los hombres





y es como los hombres lo quieren y, antes aun lo piensan; en virtud de la segunda característica también el "deber ser" del derecho positivo, o sea, sus condiciones de "validez", resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos —igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquellas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no solo sus contenidos contingentes —su "deber ser", y no solo su "ser"— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizás la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad —de su "ser" y de su "deber ser"— la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es solo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no solo formales, sino también sustanciales. Podemos llamar "sistema garantista", por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción mediante normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones, programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus Constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: *a*) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia, y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; *b*) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; *c*) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; *d*) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino también crítica y proyectiva en relación con su objeto[2].

[2] Estas cuatro implicaciones del modelo garantista serán desarrolladas de manera más analítica y rigurosa en un trabajo de teoría del derecho de próxima publicación. Ahora puede consultarse: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1990, págs. 348 a 362; 551 a 556 y 898 a 992 (edición castellana por Edit. Trotta, Madrid); y "Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su «Diritto e ragione»", en LETIZIA GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, apartados 1 y 3.

## 2. Racionalidad formal y racionalidad sustancial en el paradigma garantista de la validez

Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho —de Kelsen a Hart y Bobbio— la "validez" de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a nuestro juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyéndole o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.

Como es sabido, Hans Kelsen trató de resolver esta aporía afirmando la validez también de las normas, comprendidas por ejemplo en leyes ordinarias, cuyos contenidos se encuentren en contradicción con normas superiores, como las constitucionales; estas normas, escribe, "permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine"[3]. De este modo, confunde la anulación con la abrogación y, lo que es más grave, calca el deber ser sobre el ser del derecho, valorando, con una suerte de presunción general de legitimidad, todas las normas vigentes como válidas. Herbert Hart, de modo más consecuente, ha negado la validez de tales normas, situando las normas sustanciales sobre su producción en el mismo plano que las formales en materia de competencia; con el resultado, todavía más insostenible, de negar la existencia de las normas formal pero no sustancialmente conformes con las relativas a su producción y, en consecuencia, de calcar el ser sobre el deber ser del derecho y de desconocer como no vigentes las normas inválidas y sin embargo aplicadas hasta que se produzca su anulación[4].

[3] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. de E. García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pág. 137.

[4] H. Hart, *The Concept of Law*, cap. IV, apartado 3, trad. de G. R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 82 y ss. También Bobbio, como Kelsen, identifica la validez con la "existencia" y se priva así de la posibilidad de dar cuenta de la existencia de normas inválidas. Es cierto que distingue entre "validez formal" y "validez material", identificando esta última con la coherencia lógica de la norma "con otras normas válidas del ordenamiento" ("Sul ragionamento dei giuristi", en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1955, ahora en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisis del ragionamento giuridico*, vol. II, Turín, Giappichelli, 1989, pág. 167 a 169). Sin embargo, su identificación de la validez con la existencia y por tanto de la invalidez con la inexistencia, le constriñe, a propósito de la norma formal pero no sustancialmente válida por ser "incompatible con una norma jerárquicamente superior", a hablar de "abrogración implícita" de la primera por parte de la segunda en el mismo sentido en el que se afirma que una norma es implícitamente abrogada por otra sucesiva de significado incompatible (*Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958, págs. 37 y 38; hay trad. castellana de E. Rozo Acuña en *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991). De este modo, no queda claro si para Bobbio una norma semejante, cuya incompatibilidad se produce con una norma superior a ella por lo general precedente, existe (como para Kelsen) hasta su implícita abrogación por el intérprete, o no existe (como para Hart) al resultar implícitamente abrogada *ab origine*. En ambos casos queda sin explicitar el fenómeno de la norma inválida y no obstante vigente (o existente) hasta el pronunciamiento que determina su invalidez: que no consiste, en efecto, en una abrogación implícita por la vía de interpretación asimilable a la de la norma en contradicción con otra norma sucesiva de nivel equivalente, sino de un acto de jurisdicción con el que (la existencia de) la norma inválida queda formalmente anulada.





Estas aporías desaparecen cuando se abandona la concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no solo formal, sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de Constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con solo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar "vigencia" o "existencia", que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la "validez" propiamente dicha o, si se trata de leyes, la "constitucionalidad", que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e independientes entre sí: la *vigencia*, guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado* es, por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. En términos kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas sobre la producción es en el primer caso de tipo *nomodinámico* y en el segundo de tipo *nomostático*; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). Carecería de sentido decir que una ley no promulgada o un testamento sin forma escrita son incoherentes o contradicen las normas formales que imponen la promulgación de las leyes o la forma escrita de los testamentos; así como no tendría sentido decir que una ley lesiva para el *habeas corpus* o para el principio de igualdad no es subsumible en (o no aplica) las normas constitucionales sustanciales que contradice.

El paradigma del Estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y

los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la "racionalidad formal" y la "racionalidad material" weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción a dos tipos de reglas diferentes de ambas dimensiones, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía KELSEN, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía WEBER, solo una "racionalidad formal"; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una "racionalidad material" orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales —no solo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fines* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho.

### 3. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

Se comprende —y con ello entramos en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista— que una dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, empezando por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excluedendi alios* de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasivamente, que los sustrae del mercado y de la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial, no solo en el derecho, sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que ayer NEIL MACCORMICK hizo una apasionada defensa, es no tanto, como él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su complemento sustancial. En efecto, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido —las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez*— garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la "democracia política", que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse "democracia sustancial", puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizada por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquella.





Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no solo de legitimación, sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Es claro que semejante estructura del Estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Estos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinadas respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos para los poderes públicos.

Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total eliminación. Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas solo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: es lo que sucede en el Estado absoluto —poco importa si políticamente democrático— donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, por eso solo es válida.

De este modo, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción así mismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la

mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del "derecho inválido" o "lagunoso" —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.

Por otra parte, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreductibles más allá de ciertos límites, dentro de estos son reducibles mediante las adecuadas *garantías*. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

## 4. La función del juez y la legitimación democrática de su independencia

Esta concepción de la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho, y al mismo tiempo de la relación entre las que hemos llamado "democracia política" (o "formal") y "democracia sustancial", se refleja, además, en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida





a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa —dicho sea incidentemente—, entendíamos hace veinte años con la expresión "jurisprudencia alternativa", recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez es cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionada, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas mediante su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su función de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o justamente porque son— poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen. Este es el sentido de la frase "¡existen tribunales en Berlín!": debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución.

Esta legitimación nada tiene que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No deriva de la voluntad de la mayoría. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que hemos llamado "democracia sustancial". En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan —como la otra faz de la misma medalla— con el segundo fundamento de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso.

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no solo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del

poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso nos parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso, y sobre todo del proceso penal, las doctrinas "consensualistas" y "discursivas" de la verdad que —nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (KUHN), o la filosofía moral o política (HABERMAS)— algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizás para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de la pena. En efecto, ningún consenso —ni el de la mayoría, ni el del imputado— puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.

## 5. LA CIENCIA JURÍDICA Y EL RETO DE LA COMPLEJIDAD

La cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista afecta al papel de la cultura jurídica, que permite, a nuestro juicio, reaccionar frente al excesivo pesimismo alimentado, como hemos recordado al comienzo, por muchos análisis de la actual crisis del derecho.

Se ha dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de resolverse en una crisis de la democracia. Pero ella no depende de su supuesta incompatibilidad con las formas —en efecto, bastante más complejas que las paleopositivistas y clásicamente liberales— del Estado constitucional de derecho, como lamentan cuantos ven en ellos los síntomas de la crisis de la función normativa del derecho. Por el contrario, como hemos tratado de hacer ver, la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del Estado democrático de derecho, que, por su naturaleza, excluye formas de legitimación absoluta y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimiento de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales.

Lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la *crítica del derecho* la primera función de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a que pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de este conflicto —virtualmente generado por límites negativos, como los *derechos de libertad*, impuestos por las Constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor— hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción, como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identificaban el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del "quién" y del "cómo". Una vez caída semejante presunción, es precisamente el *derecho inválido* o *ilegítimo* producido por la contradicción con normas superiores a él, y por tanto por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido, dirigida a propiciar su anulación, lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.

Por el contrario, la falta de plenitud atribuye a la ciencia jurídica un cometido, sobre todo, de innovación y de proyecto. El reconocimiento de las *lagunas* generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador, indica, generalmente, no solo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los *derechos sociales* —a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes— cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos. En algunos casos —piénsese en el salario mínimo garantizado, las pensiones, la educación o la asistencia sanitaria gratuitas— la técnica garantista es relativamente simple, al fundarse en obligaciones *ex lege* de los poderes públicos. En otros casos, como todos aquellos en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o bien se da en forma bastante rudimentarias. En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos, nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto de-

pende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrolle de hecho por medio de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como "crisis de la capacidad regulativa del derecho".

Además de la incoherencia y la falta de plenitud generadas por las violaciones, positivas o negativas, de la legalidad constitucional, hay un tercer vicio que hemos recordado al comienzo como el tercer aspecto de la actual crisis del derecho: la crisis del constitucionalismo, subsiguiente a la alteración del sistema de fuentes producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento. Es claro que la formación de un sujeto político nuevo como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen —o al menos lo pretenden— sobre las leyes y a veces sobre las Constituciones de los Estados miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, en la estipulación de una Constitución europea. Creemos que está dentro de la misma lógica del actual proceso de integración europea, llegar, en más o menos tiempo, a la unificación jurídica de Europa y, quizás, a la emanación de una Constitución europea. Pero depende de la cultura jurídica de nuestros países que esto se produzca mediante un proceso constituyente no confiado exclusivamente a la clase política, sino abierto a la aportación de los juristas —y no solo de los juristas, sino también en general de las fuerzas de la cultura y los movimientos sociales— y, sobre todo, rígidamente orientado a la salvaguardia y la garantía de los valores democráticos de nuestro tiempo: igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derecho al medio ambiente y similares. En particular, depende esencialmente de la cultura jurídica y politológica, que llegue a superarse la antinomia entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, que atormenta desde siempre la historia de los derechos fundamentales, y que estos, sean finalmente garantizados, fuera del viejo esquema estatalista, también frente a sus Estados.

En esta perspectiva, el compromiso por un constitucionalismo europeo se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Creemos que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos, si no tomamos finalmente "en serio" —según la feliz fórmula de DWORKIN— la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizás a los de la "fortaleza Europa"; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos solo de estos y no de aquellos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma.





Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras Constituciones y en las declaraciones internacionales, quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. En primer lugar, reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, disponer, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y darle satisfacción incluso en contra o sin sus Estados: un Código Penal Internacional que castigue los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos[5].

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, más que —como sucedió en el origen de los Estados modernos— de inclusión e igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales. Es claro que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación crearía problemas enormes para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración del resto del mundo. Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, FRANCISCO DE VITORIA, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communication*, el *ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*, así como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*[6]. Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido, y son los pueblos del Tercer Mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos, solo pue-

[5] Cfr. sobre el particular a LUIGI FERRAJOLI, S. SENESSE, "Quattro proposte per la pace", en *Democrazia e Diritto*, 1992, 1, págs. 243 a 257.

[6] FRANCISCO DE VITORIA, "Relectiones de Indis recenter inventis" (1539), en *De indis et de iure belli relectiones*, ed. de Ernest Nys, Nueva York, Oceana, 1964, III, 3-5, págs. 256 a 260. Para un análisis más profundo de las tesis de FRANCISCO DE VITORIA y del paradigma de legitimación por él inaugurado, cfr. mi trabajo: "La conquista dell'America e la nascita del diritto internazionale, en *Meridiana. Rivista di Storia e Scienze Sociali*, núm. 15, 1992.

den ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales, representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual —de por sí saludable y en todo caso imparable— del Estado nacional puede ser afrontada, en esta dirección, solo repensando los *topoi* del constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, y al mismo tiempo aquellos a los que se debe confiar la rigidez normativa de los derechos fundamentales y sus garantías. Es cierto que no cabe pensar en una reforma del sistema de fuentes que reproduzca la vieja jerarquía vertical basada en la primacía de las fuentes centrales sobre las locales y periféricas. Esta jerarquía, podría muy bien invertirse, para tutela de las autonomías en todos los niveles, aunque fuera reservando una rígida preferencia de las normas que garantizan derechos fundamentales, sobre cualquiera otra fuente.

Naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero, si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente LETIZIA GIANFORMAGGIO, puede concebirse hoy como una "garantía"[7]; precisamente, como una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática —crítica y proyectiva— de la ciencia jurídica contradice el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es solo mediante el cumplimiento de un papel semejante como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica solo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social, si, como escribía FILANGIERI hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es, sino en el que debe ser, "el objeto común de los que piensan"[8], vuelve a ser "crítica del derecho" existente y al mismo tiempo "ciencia de la legislación" y "ciencia de las Constituciones".

Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por NORBERTO BOBBIO hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950[9]: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud —en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho— de hecho *no existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, así mismo excluida por la posible no producción de las normas o actos impuestos por los derechos sociales, también estos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supraestatales o extraestatales cuya colocación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizás no puedan existir nunca íntegramente, no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible mediante la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional.

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una excesiva confianza en la función garantista del derecho. Pero creemos que, con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

[7] LETIZIA GIANFORMAGGIO, "Diritto e ragione tra essere e dover essere", en *idem, op. cit.*, págs. 24 a 27.

[8] G. FILANGIERI, "La scienza della legislazione" (1783), en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Introducción, Bruselas, Tipografia della Società Belgica, 1841, pág. 57.

[9] NORBERTO BOBBIO, "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 1950, págs. 342 a 367, ahora en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de Uberto Scarpelli, Milano, Edizioni di Comunità, 1976, págs. 287 a 324; en *Contribución a la teoría del derecho*, 2ª ed., trad. y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Edit. Debate, 1990.

# El orden del derecho*

*Eligio Resta*

## 1. Orden contra desorden

Polemizando con los analistas del lenguaje y acusándoles de reducir los problemas científicos a puros *enigmas lingüísticos*, K. Popper, en el Prefacio a la traducción inglesa de 1959 de la *Logik der Forschung*, escribía que el problema común de los "hombres dedicados al pensamiento" es exclusivamente el de la cosmología: "estoy convencido —decía (1970, pág. XXI)— de que toda la ciencia es cosmología", es decir, "comprensión del mundo, de nosotros mismos y de nuestro conocimiento, en cuanto parte del mundo".

Partiendo precisamente de la idea cosmológica de la ciencia formulada por Popper, Prigogine y Stengers (1980, pág. 88) consideran que el problema fundamental, en el que "se reúnen las cuestiones de lo real y de lo que de lo real es cognoscible", implica siempre la antigua *querelle* sobre *orden y desorden*, que "acompañará siempre la exploración científica y sus diálogos con los demás interrogantes de la cultura".

Pero, si más tarde se ojea solo parte de los escritos "cosmológicos" —en sentido popperiano—, en ellos se advierte cómo también la palabra *orden* es uno de los enigmas inescrutables sobre el cual la obra de depuración de los analistas del lenguaje resultaría seguramente providencial. Ello depende, precisamente, de la naturaleza cosmológica del problema y del hecho de que, ocultándose detrás de nombres y argumentos diversos y encubriendo significados y dimensiones múltiples, el orden ha constituido siempre un punto focal en la reflexión del pensa-

* Traducción de Ignacio Muñagorri. El texto original italiano está publicado en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XIV, núm. 1, 1984.

miento occidental; así, puede decirse que toda formación histórico-social ha producido una imagen específica del orden, desarrollando en ella una autorreflexión sobre los fundamentos de la propia existencia social. Acaso nunca como en este caso las gramáticas del sentido común y los lenguajes científicos entretejen significados varios y proyecciones teóricas complejas.

Sobrecargado de tradición, en las ciencias sociales el concepto de orden —como sucede por ejemplo con "poder", "clase", "desprivatización", "marginalidad", etc.— no tiene significados unívocos y, presentándose como concepto relacional, esto es, definible solo en relación con otros elementos, se encuentra vinculado unas veces al concepto de desorden, otras al de cambio, irregularidad, y otras incluso con el de anarquía, libertad, ilegalidad, y ciertamente la relación no acaba aquí. En su forma más usual el grupo opositivo "orden-desorden" recuerda algunas grandes contraposiciones lingüísticas como paz-guerra, quieto-móvil, dolor-placer, cuyos significados, guiados precisamente por uno de los dos términos al que se dota de un sentido más fuerte, están determinados exclusivamente de modo relacional. N. Bobbio explica, por ejemplo (1979, pág. 162), que en la contraposición clásica entre paz y guerra, mientras que la guerra puede ser definida —más o menos hobbesianamente— como contraste violento para la afirmación de un predominio, la paz puede ser definida exclusivamente *a contrario* como suspensión de la modalidad de la guerra; y hay aquí, además, condiciones muy particulares en las que los conceptos confunden su identidad para asumir contornos más frágiles, como sucede en el caso de la *guerra fría*, o como sucede en la regla *si vis pacem para bellum*.Y no es casualidad que la polemología, a la manera de G. Bouthoul, ofrezca elementos para una teoría de la sociedad. Lo mismo sucede —continúa Bobbio— en la estrucura opositiva constituida por los dos conceptos de orden y desorden donde, sin embargo, el término fuerte "orden" —esta vez análogo al de paz— define el "desorden" —análogo al de guerra—, pero tanto el uno como el otro son impensables sin su condición contraria.

A esto, además, cabe añadir que a la estructura polisémica del concepto de orden en el lenguaje contemporáneo contribuye la fragmentación de los contextos discursivos en los que esta palabra es usada; se habla así indistintamente de orden social, de orden público, de fuerzas del orden, de escala ordenada de conceptos, de órdenes religiosas, de orden militar, de emanación de órdenes, y no siempre es posible obtener de estos usos modelos ordenados y unívocos.

Por otra parte, aunque se varíen históricamente los significados, el problema del orden permanece como una constante en el pensamiento occidental porque constituye —en esto tiene razón Popper— la *episteme*. Escribe E. Severino (1980, pág. 16) que es en el pensamiento griego, a cuya sombra crece toda la cultura occidental, en donde se hace explícito "el sentido de lo que se indica con las palabras *sucesión*, *devenir*, *retorno*, *suceso*, *orden inmutable*, *eterno*", esto es, el sentido del problema epistemológico. Y es allí donde, "con un rigor y una precisión hasta entonces desconocidos, la previsión comienza a dominar el devenir mediante la evocación de los inmutables y de los





eternos, esto es, las estructuras que no son arrebatadas por el devenir del mundo sino que frenan su amenaza y se afirman a lo que cada vez más, para los habitantes de Occidente, vale como irrenunciable". Y prever "significa querer que el devenir se adecue al orden previsto; pero este orden debe ser inmutable para que la amenaza del devenir no torne a ser una posibilidad real". El orden, entonces, es el orden epistémico que domina sobre todos los sucesos, "es una mirada que lo anticipa todo".

Los indiscutibles cambios de perspectiva histórica en torno al problema del orden se desarrollan pues dentro del marco de este dominio epistémico. Así, mientras que en el sentido griego de la *taxis* el orden es dado y el problema consiste en cómo describirlo y descifrarlo, desde Hobbes en adelante y en toda la filosofía política moderna, el orden no está dado y el problema consiste en cómo producirlo. En el pensamiento contemporáneo, donde está generalmente difundido el *Systemdenken*, la dimensión del orden se ve sobre todo en el sentido de la *entropía*, o en el de la producción de transformaciones en el interior de sistemas cerrados (I. Prigogine e I. Stengers, 1980, pág. 87).

Precisamente a causa del campo epistémico en el que está encerrado, el sistema del orden ha sido objeto de muchas lecturas: una de ellas, quizá la más incisiva, termina coincidiendo con una verdadera y propia filosofía de la historia.

Por otra parte, es indudable que cuando orden y desorden son usados, por un lado en el sentido de imposición, por otro como reglas políticas y por otro en el sentido de la incesante lucha civil y política —y de su inevitabilidad—, se propone una lectura de la historia en clave del "Teorema de Tucídides". Y la certeza de este fundamento constituye un filón importante del pensamiento occidental y encuentra su formulación más sistemática en la filosofía del siglo XVII. La noción hobbesiana de orden es sin duda también una filosofía de la historia en la que la sociedad, no solo en la configuración de su estado de naturaleza, aparece gobernada por relaciones de desorden y de guerra que solo el soberano puede interrumpir. Y es, además, a partir de la noción de orden, de la que nace la justificación de las instituciones políticas en clave de búsqueda del bien colectivo "seguridad" que, desde la filosofía de Spinoza en adelante, vuelve a surgir en muchos aspectos en el pensamiento político, como ha sucedido primero en la sociología de E. Ehrlich y recientemente en la teorización del *Estado mínimo* de R. Nozick.

En otro terreno distinto, como muestra de su carácter totalizante, el problema del orden se presenta en términos de filosofía del lenguaje. En la teoría de la comunicación las estructuras lingüísticas serían formas de simplificación ordenada de la complejidad de los lenguajes. También aquí reina la única estructura opositiva correspondiente a orden y desorden, que en los inicios de siglo F. Saussure, en el *Corso de linguistica generale* (1967) indica como *langue* y *parole*, y que en la filosofía antigua se expresaba por los términos *logos* y *phoné*.

Todo esto indica, de manera simplemente impresionista, la extensión del campo semántico de la palabra *orden*, la complejidad que encierra detrás y cómo sería de arbitrario, además de difícil, simplificar tal complejidad.

## 2. Las relaciones reguladas

Queriendo elegir la estructura definidora del diccionario que, como es notorio, se opone al estilo definidor en clave de enciclopedia (U. Eco, 1975), se puede asumir una formulación del concepto de orden como "cualquier relación entre dos o más objetos que puede ser expresada como una regla" (N. Abbagnano, 1964, pág. 623). Todo depende, naturalmente, de lo que se entienda sobre reglas y sobre regularidad.

En el universo de las relaciones reguladas se pueden, sin embargo, individualizar diversos modelos de orden —de regulación—; el primero se refiere a esquemas de relaciones temporales y causales, en el sentido de que individualiza secuencias determinadas en el tiempo y según una relación de causa a efecto entre hechos, comportamientos, acciones; el segundo corresponde a un esquema de relaciones ordenadas según nexos finalistas y funcionales, como en la lógica del razonamiento construido sobre el modelo parte-todo; el tercero individualiza un orden en escala, en el que las relaciones están establecidas con base en niveles de gradualidad. Cada sistema filosófico, naturalmente con sensibles diferenciaciones, ha presentado —o simplemente descrito— un modelo de orden que corresponde a relaciones orientadas conforme al nexo causal, finalista o serial, capaz de poder recabar la certeza de que el problema del orden ha ocupado siempre un puesto importante en la investigación sobre los fundamentos de las relaciones humanas.

Sin embargo, si se quisiera aplicar, sin ninguna mediación, estos modelos conceptuales de orden al campo más específico de las relaciones sociales, y si se quisiese transferir estos modelos al lenguaje de las ciencias sociales, los resultados producirían, muy probablemente, una notable desilusión. Ello no depende solo de la mayor fragilidad de la frontera entre plano descriptivo y plano prescriptivo de la investigación social, ni depende de la más o menos irreducible distancia entre "comprensión" y "explicación"; depende, por el contrario, de la estructura compuesta de las mismas relaciones sociales y de la naturaleza, como ya hemos dicho, "relacional" de las categorías conceptuales utilizadas. Basta recordar, por otra parte, la no sosegada *querelle* entre fenomenológicos y estructuralistas, entre interaccionistas simbólicos y marxistas, o la polémica entre quien está atento al "retorno del actor social" y quien cree por el contrario en la centralidad del concepto de sistema.

Para mí, allí hay toda otra serie de razones, más internas a la lógica y al método de la investigación, que hacen difícilmente registrables los modelos individualizados en el lenguaje filosófico.

Si, a modo de ejemplo, se estableciese una versión causalista del orden, se deberían hipotizar universos de relaciones sociales resultantes mecánicamente del nexo "primero-después" o del nexo "causa-efecto"; este estilo cognoscitivo precisaría consecuentemente el método de la deducción causal. Se trata de un problema complejo, presente ya en el trabajo de algunos clásicos de la investigación sociológica; pienso en *El suicidio* (1969) y en *Las reglas del método sociológico* (1969) de E. Durkheim y en *El método en las ciencias histórico-sociales* (1958) de M. Weber. En estos clásicos, por





quedarnos con los ejemplos más significativos, el método de la deducción causal es conscientemente superado y se dirige hacia la multifactorialidad, la covariedad, es decir, hacia otra dirección completamente distinta. Así, en algunas notas metodológicas presentes en el primer capítulo de *Economía y sociedad* (1974), Weber explica la diferencia entre historia y sociología, distinguiendo el método causalista y temporal propio de lo histórico, de los métodos usados por el sociólogo, quien se ocupa de los contenidos de sentido de la acción social; algo distinto, dice Weber, de la investigación de las causas. En otras palabras, es más probable encontrar entre los fenómenos sociales elementos de covariedad que no de determinación causal específica, y cuando se hace referencia a las acciones sociales, la explicación causal, aunque sea de tipo monofactorial, se mueve necesariamente hacia la orientación de los contenidos de sentido de la acción misma. Tómese como ejemplo un típico concepto relacional como el de *status*: una cosa es decir que el *status* es dado por la combinación de variables como la renta, la ocupación, la educación y el "prestigio", que es una variable combinada y de apoyo, y otra decir que el *status* es el efecto de una de estas causas específicas. Será preciso además comprender si el indicador "renta" no es ya, por sí mismo, covariación respecto de la ocupación y de la educación y que, por ello, el *status* tenga una causa determinada. Se puede decir, al contrario, que el *status* varía al variar otras estructuras adquisitivas. Esto es, por otra parte, lo que explicaba Durkheim a propósito de la ética religiosa, de la pertenencia a grupos socialmente mayoritarios, de los niveles de educación, etc., como factores causales de los suicidios. El problema de Durkheim era comprender cómo variarían las tasas de suicidios al variar todos los demás factores. Esto sirve también con referencia a otras nociones como la de desigualdad, la de desprivatización relativa, marginalidad, donde todo depende del término comparativo conexo, es decir, igualdad, gratificación, centralidad.

Consideraciones distintas son hechas, por el contrario, respecto al segundo modelo de orden presente en el lenguaje filosófico: el conectado con el esquema parte-todo y con el modelo de los fines.

En las ciencias sociales ha habido por lo menos dos grandes intentos teóricos de interpretación de la sociedad con base en el esquema parte-todo: el primero es de origen positivo-organicista, el segundo, profundamente diferente del precedente, de inspiración funcionalista. El primero, fechado históricamente en el gran período del evolucionismo (P. Rossi, 1973), como es bien conocido, proponía una idea de progreso centrada sobre la diferenciación y explicación de las partes singulares de la sociedad que, como elementos de una homogénea totalidad, contribuían a la armonía del organismo social.

Esto es, se explicaba la *complejidad* —el sistema orgánico completo de la sociedad— a partir de *lo singular*; y es significativo cómo solo en este período y en esta perspectiva se situaron las grandes transformaciones (también "transformaciones de paradigmas" cognoscitivos) por las que la política, la economía y el derecho, anteriormente confundidos e incorporados a otras instancias sociales, por utilizar la terminología de K. Polanyi (1974, pág. 297), se separan en esferas autónomas, especializando

su competencia. El modelo de aquel paradigma de "orden total" pudo ser ofrecido por la antropología social de L. H. MORGAN (1970, pág. 44) y, aún más, por H. SUMNER MAINE que en su *Ancient Law* (1954, pág. 138) describía el progreso verificándose *everywhere* desde una sociedad construida sobre las características de la adscripción por la pertenencia estática al grupo familiar, hacia una sociedad de base individualista y contractualista, en la que cuentan estructuras adquisitivas determinadas por la lógica de la división del trabajo. Este movimiento universal, para MAINE, se explicaba a través de un elemento social específico, el derecho, que podía asumir una función de diagnóstico de la totalidad social y que era en cierto modo, en cuanto parte, representativo de una totalidad. Más tarde E. DURKHEIM (1971), aceptando el esquema genéricamente evolutivo, veía sin embargo romperse la compactabilidad del sistema social, y con ello resquebrajarse la justificación mecánica de la relación parte-todo; por esto DURKHEIM teorizaba la existencia de un *surplus* de conciencia moral que garantizara la compactibilidad perdida. El esquema durkheimiano describe así el paso de las sociedades fundadas sobre una baja división del trabajo y un alto grado de integración solidaria a sociedades con alta tasa de división, en las que la solidaridad orgánica produce un apoyo ulterior de conciencia y de consenso.

Este esquema parte-todo debía dejar rápidamente el puesto a otro esquema interpretativo, en el que los términos de referencia se convierten en los sistemas y en el ambiente; la política, la economía, el derecho, son sistemas autónomos, insertados en y circundantes con otros sistemas. No están confundidos e incorporados, pero, finalizado el proceso de diferenciación funcional, ven aumentar los cambios comunicativos y codificarse su estructura; al contrario del método evolucionista, la teoría funcionalista no explica ya la complejidad a partir de lo singular, sino que explica lo *singular* a partir de lo *complejo*. Esto deriva del convencimiento de que la sociedad no puede ser interpretada como la suma de sus partes singulares —los subsistemas—, sino como algo distinto, en donde se produce autorreflexividad y cambio del sentido comunicativo. Todo ello llevará a decir que la teoría general del sistema social deberá ser objeto de un saber a su vez especializado; un saber que, dirigido al sentido de la comunicación sistémica, está atento al equilibrio, a la homeóstasis del sistema social.

El problema del orden se resuelve entonces en el problema del equilibrio funcional y, desde el momento en que la diferenciación es dirigida por la lógica de los "imperativos funcionales" (T. PARSONS, 1965), su dimensión se convierte en la del orden finalista: la clave interpretativa se encuentra en el sistema de los fines.

Ya se ha dicho que son notables las diferencias en la literatura sociológica acerca de la determinación del problema de los fines: por una parte está la vertiente de los *collective goals*, que en la diferenciación de los sistemas compete al político definir y a los otros sistemas adaptar, conservar, reforzar; por otra parte está el problema de las diversas concepciones del mundo, en las que se conectan fines individuales y fines colectivos. No es casualidad que hoy la vieja polémica entre utilitaristas y contractualistas sea retomada alrededor del concepto de justicia social. Desde otra vertiente la discusión sobre "fines" en la literatura sociológica ha coincidido con el debate sobre el problema del *sentido* del actuar social, tanto en la perspectiva del sentido comunicativo típico del método de la etnometodología, como en la perspectiva más típicamente weberiana, donde el sentido es dado por la estructura motivacional de la cadena medios-fines-efectos del autor; algo que, como es notorio, resulta muy discutible. De la crisis del paradigma del *homo sociologicus* han emergido modelos cada vez más complejos, no reducibles al esquema del orden de una racionalidad de fines; el actuar está cada vez más dotado de efectos latentes, contraintuitivos, perversos, no intencionales, y depende cada vez más de la complejidad social.





### 3. LA SOCIEDAD DE LOS GRANDES NÚMEROS

La imposibilidad de que las ciencias sociales se refieran a los significados obtenidos del lenguaje de la tradición filosófica, ya se ha dicho anteriormente, no es imputable a un defecto de formalización de las categorías conceptuales, en particular sociológicas, que sin embargo existe y no debe ser infravalorado. Depende, por el contrario, del objeto de reflexión de las ciencias sociológicas que muy rápidamente han debido identificarse con los problemas que van unidos a la dimensión de la *sociedad de los grandes números*, en la que la complejidad social ha asumido una característica antropológica —esto es, ha sido interiorizada como elección entre posibilidad y contingencia— y en la que se ha producido entropía de los sistemas sociales, un aspecto de los cuales es la capacidad de los mismos sistemas para sufrir transformaciones espontáneas.

Naturalmente, advierte I. PRIGOGINE (1979), el que se trate de los grandes números, de la complejidad, de la entropía, no quiere decir por sí mismo que nos encontremos desde el inicio frente a sistemas "ordenados" o a sistemas "desordenados". Se puede como máximo sostener, como dicen los funcionalistas, la tendencia de un sistema hacia el equilibrio, cuestión esta, como se sabe, de no fácil solución.

La problemática del orden y el desorden en las ciencias sociales hereda, sin embargo, del debate filosófico una alternativa fundamental entre un modo de considerar el orden como dato natural, como característica adscrita y espontánea a las relaciones sociales, y otro modo que considera el orden como producto artificial, querido, impuesto, necesario respecto al desorden natural; contraposición clásica, en suma, entre el pensamiento de HERÁCLITO y el de ARISTÓTELES. Y es evidente que esto implica ideas diversas sobre la existencia del *fundamento* auténtico y constituye inevitablemente poderosas discriminaciones entre las aproximaciones teóricas. Por ello en el debate socio-antropológico la temáticas del orden ha sufrido una curvatura particular, asumiendo el lenguaje propio de temáticas diversas de la de orden y desorden aunque, sin embargo, estas temáticas comprometan hasta el fondo.

Tiene razón L. GALLINO (1978, pág. 487) cuando sostiene que, reproponiendo usos diversos del concepto de orden, la filosofía presenta dos filones de reflexión bastante distantes en torno a la teoría del orden social. Mientras que en un primer sentido la teoría sociológica conecta el problema del orden a un resultado y a un fundamento

normalmente consensuado del conflicto, en el segundo sentido la teoría sociológica sitúa en la base un fundamento conflictivo siempre, aunque en él se apoyen manifestaciones de consenso. Ya otros —y yo mismo otras veces (E. RESTA, 1982)— han releído la historia de las teorías sociológicas que proponen una fundamental división entre aquellos sistemas teóricos que piensan la sociedad como un juego de cooperación pura y aquellos que conciben la sociedad como un juego de conflicto puro. Y, naturalmente, a menudo prevalece una imagen mixta de combinación de cooperación y conflicto, aunque no pueda decirse que los consensualistas desplacen el conflicto o que los defensores del conflicto desplacen el consenso; se puede decir, al contrario, que se pone el acento prevalentemente sobre el consenso como factor de equilibrio o, al contrario, sobre el conflicto que pone continuamente en discusión los equilibrios alcanzados. Que se trate de equilibrios estables o inestables, espontáneos o impuestos, es otro aspecto del problema de no menor complejidad; también aquí consenso y conflicto como desorden y orden son conceptos relacionales.

Imaginando la estructura de las relaciones sociales como juego de cooperación, se supone un orden social fundado en la integración y el consenso; imaginando, al contrario, un juego de incesante conflicto, el orden social se convierte en el producto de una acción coercitiva fundada sobre la existencia de organizaciones dominantes.

En definitiva, dos perspectivas distantes en las que orden y desorden tienen una función discriminatoria y que parecen reunificadas solo en el hecho de establecer relaciones graduales, pero con oscilaciones diversas, entre los mismos opuestos. Todo el pensamiento sociológico podrá ser reconstruido siguiendo este recorrido divergente que, por una parte, contempla autores, por ejemplo, como E. DURKHEIM y T. PARSONS y por otra, M. WEBER y C. SCHMITT. El concepto de solidaridad orgánica en DURKHEIM y la *productive cooperation* en PARSONS pueden ser asumidos como explícitos modelos de orden integrador. En el fondo, la actitud común de estos autores puede ser sintetizada en estos términos: frente al crecimiento de las diferencias sociales y el aumento de la competencia conflictiva, las sociedades han producido integraciones a través de un reforzamiento de la conciencia colectiva que interioriza en los individuos avances solidarios; si no fuese así el sistema social no sobreviviría, lo que no sucede. Venido a menos el proceso de integración mecánica debida a la identidad, solo un soporte moral puede garantizar la estabilidad del orden. Parecería que en el método integrador de este tipo, la descripción de la situación de hecho, una especie de "consenso implícito y latente", es también una sutil indicación preceptiva, porque así debe ser. Como han hecho C. COLLINS y M. MAKOWSKY (1980, pág. 98), utilizando los esquemas típicos del teorema conocido como "la duda del prisionero", se podría representar la teoría de la solidaridad precontractual de E. DURKHEIM, con los resultados del juego en que las reglas están dadas por el actuar estratégico. Para dos individuos (A y B) que tienen, en igualdad de informaciones, dos *chances* opuestas de comportamiento, la única condición conveniente es la "social" y ordenada, en el sentido de útil y previsible, de la fe en el acuerdo, y no la inútil e imprevisible del engaño.





| | | B | |
|---|---|---|---|
| | | fe en el acuerdo | engaño |
| A | fe en el acuerdo | equilibrio<br>+ y + | desequilibrio<br>+ y — |
| | engaño | desequilibrio<br>— y + | equilibrio<br>— y — |

Solo de las prestaciones solidarias nacen equilibrio y conocimiento de la ventaja de las relaciones sociales, según el esquema durkheimiano; solo la conciencia solidaria puede llegar a explicar hasta el final la coerción y la justificación de un soberano; o, mejor, el uso colectivo de la fuerza contra la transgresión solo puede ser garantizada por un poderoso sentido de pertenencia a la comunidad. Argumento este recientemente cuestionado en el ámbito del debate sobre el neocontractualismo (J. RAWLS, 1982, pág. 61; R. BOUDON, 1981, pág. 149; S. VECA, 1982, pág. 65), pero siempre presente en las teorías sociológicas, la mayoría de las veces de signo integrador, que han destacado la dinámica individuo-colectividad desde el punto de vista de las lógicas de conservación del equilibrio. C. COOLEY (1963, pág. 254) hablaba de "armonía" entre la naturaleza humana y sus instrumentos, lo que parece oportuno cuando precisamente prevalece la *desintegración* o la *desorganización* —los dos términos deben ser considerados como perfectamente equivalentes—; "en este estado de cosas —escribe COOLEY— faltan el orden general y la disciplina. Aunque existan personas y actividades loables, la sociedad como conjunto carece de unidad y de racionalidad... Los individuos y los grupos particulares se dedican a la consecución de fines opuestos; es una *lucha recíproca de poderes discordantes* pero no emerge la *armonía* del universo. Así como los buenos actores no siempre constituyen una buena compañía, ni los buenos soldados un buen ejército, así una nación o una época histórica —por ejemplo Italia en el Renacimiento— puede ser fecunda en personalidades notables y en sucesos aislados, pero, sin embargo, superficial y caótica como sistema".

Una comunidad armónicamente organizada (*ordenada*) es, por el contrario, sostiene COOLEY, rica en comunicación y en conciencia social; en ella tiene mucha importancia la interiorización del conjunto que se funda principalmente en el *contacto simpatético*.

En el juego del particularismo y del universalismo, y de manera decisivamente más articulado que en COOLEY, se sitúa toda la importante reflexión de T. PARSONS (1965, pág. 36) sobre el problema motivacional del orden. Desde el momento en que el marco de referencia de la acción es siempre el sistema social, "la persecución de *intereses privados*" —así como un conflicto de relevante intensidad— puede desarrollar una acción de ruptura cuyo control se convierte en un problema funcional de la sociedad, aun cuando —destaca PARSONS—, intereses y conflictos "estén generalmente aceptados por su valor ético". Más explícitamente escribe PARSONS (ob. cit., pág. 37): "en términos generales el problema funcional que el sistema social encuentra que debe

afrontar, esto es, el de minimizar un comportamiento de potencial ruptura y su motivación, puede ser llamado el *problema motivacional del orden*. El orden no es correlativo solo a los aspectos de eficacia del sistema, a la elevación de los umbrales de utilidad de las prestaciones, sino también y sobre todo a los que se refieren a la estabilidad del sistema mismo".

Particularismo, sobrecarga egoísta en la orientación de las acciones, conflicto que se hace *strains* a todo el sistema cuando, de manera significativa, actúan sobre puntos estratégicos que afectan a estructuras de oportunidad, prestigio y poder. Los mecanismos de control social son entonces solo una parte de toda la máquina del sistema de equilibrio que está ligado tanto al respeto de la diferenciación funcional cuanto a la orientación normativa del actuar. O, según lo que se entienda por control social, todo el sistema social es un sistema de control del equilibrio.

El *abrumador problema del orden*, explica PARSONS, está generado por la estructura de las expectativas y por la doble contingencia del proceso de interacción; se concretiza tanto en la necesidad de comunicación típica de los sistemas simbólicos como en el esquema de reciprocidad de las motivaciones del actuar orientadas en vista de estructuras normativas. Esto define el *problema hobbesiano del orden* en la compatibilidad entre motivación de los actores y modelos de orientación de valor. La conclusión de PARSONS (ob. cit., pág. 43), que por otra parte recorre toda su obra, es que la estabilidad de la interacción, a pesar de la incertidumbre de las expectativas (el problema hobbesiano del orden, podemos decir), depende "de las condiciones en que los actos particulares de valoración estén orientados hacia criterios comunes, desde el momento en que solo en los términos de estos criterios es posible un *orden*, ya sea en la comunicación como en el contexto motivacional".

En la perspectiva integradora, el campo epistémico del orden se define por tanto en la alternativa entre certeza e incertidumbre, así como también en la alternativa entre estabilidad e inestabilidad de los sistemas. N. LUHMANN recientemente ha retomado los temas de PARSONS, en particular pasando por alto las motivaciones a las orientaciones de valor y acentuando decisivamente el problema de la contingencia. Define (1982, pág. 8) explícitamente el conflicto como un subsistema específico que tiene la función de hacer posible para el sistema social la institución de una relación social estable con la propia inestabilidad. "Los conflictos —dice LUHMANN— reestabilizan las estructuras demasiado inestables, sustituyen expectativas inciertas con expectativas problemáticas pero seguras". La angustia de la incertidumbre de las expectativas se desarrolla en la continua situación de frontera que se crea entre sistema y ambiente, de tal modo que exige frecuentes decisiones selectivas tanto más capaces de restablecer estabilidad cuanto más generalizadoras sean; el cambio social es así un producto del salto de la complejidad entre el ambiente y el sistema encargado de reducirlo. Pero mientras que el binomio estabilidad-inestabilidad se refiere más directamente a la lógica de la reflexividad del sistema, el binomio certeza-incertidumbre tiene como referencia, sobre todo, el actuar comunicativo de sentido; ambos, sin embargo, se conectan por el requisito de un orden no *querido* por *ego e alter*, sino dado como prestación natural del sistema respecto al ambiente.





Que todo, como ya había sostenido A. GEHLEN, pueda ser diverso y pensado como tal, mientras el resultado contingente de las alternativas es uno, es lo que se realiza, es precisamente el mecanismo que estabiliza la inestabilidad del ambiente haciéndola sistema. Todo ello se produce a través de la interiorización del sentido del actuar comunicativo: el orden entonces es el requisito del sentido de las prestaciones comunicativas. La cadena conceptual se desanuda entonces en la referencialidad entre integración, sistema, estabilidad, capaces de producir orden contra ruptura, conflicto, incertidumbre, particularismo. Orden es así sinónimo de lo que DURKHEIM había llamado *solidaridad*, COOLEY *conciencia social* y *contacto simpatético*, PARSONS *cooperación productiva*, y LUHMANN *actuar del sentido comunicativo*.

Así, pues, tenía razón POPPER al considerar el problema cosmológico del orden como el problema fundamental de la reflexión científica; una cuestión fundamental como la del orden social hay que diferenciarla con una cierta nitidez en el interior de la tradición y también en la teoría sociológica contemporánea. Cuando PARSONS hablaba del problema hobbesiano del orden se refería a la concepción, presente siempre en el pensamiento político y teorizada en la filosofía del siglo XVII por HOBBES, según la cual la razón de la sociedad reposa sobre la coerción de un poder que nace de la lucha incesante y está justificada por la necesidad de superación de la violencia de todos contra todos, típica del estado de naturaleza. La "versión" sociológica de la teoría hobbesiana, muy sólida pero no por ello mayoritaria, es de ordinario definida como conflictiva aunque, como todas las fórmulas, es ciertamente reductiva.

Se discute mucho, naturalmente, sobre la categoría del conflicto en sociología, y no siempre es posible encontrar un acuerdo no solo sobre sus diversos significados (L. COSER, 1967) sino también, en general, sobre el papel que se atribuye en la teoría social al conflicto mismo (a sus dimensiones, a sus autores y a sus resultados).

Mientras que en las teorías integradoras, el orden está dado por procesos de solidaridad espontánea, en las teorías de la conflictividad el orden es producido coercitivamente por el soberano; cada sistema político, con las redes institucionales con que se ha abastecido, responde a la lógica de un "dominio" siempre legitimado, pero originariamente impuesto con la fuerza o con una desigual contratación.

La irrupción rupturista del conflicto en la teoría social del siglo XIX llega a través del marxismo que ve en el dominio de la clase, en su crisis y en las luchas consiguientes, el mecanismo propulsor de toda formación económico-social. Emerge con el marxismo la naturaleza ideológica del orden social, en el sentido de que toda clase dominante tenderá a hacer aparecer los propios ordenamientos particulares como dotados de universalismo: el orden se convierte en equivalente a ordenamiento, y con ello a dominio. Es a partir del marxismo cuando el debate sobre el orden se desliza sobre el plano de las instituciones políticas: el Estado se convierte, por ejemplo, en el observatorio principal de los procesos de ordenación y organizativos. Más allá de las características singulares evidenciadas en él, como la aparente conciliación de los intereses antagónicos o como, en la interpretación que va de E. EHRLICH (1976, pág. 88) a R. NOZICK (1981, pág. 25), la "competencia protectora", estos procesos de ordenación encuentran su unificación en el elemento de la coerción y del uso legítimo de la fuerza.

En M. WEBER (1974) es posible descubrir la profundización mas lúcida —y más desencantada— de estas teorías del orden.

En varios lugares de su obra , desde *Economía y sociedad*, hasta *La ética protestante*, WEBER recurre a la definición del Estado como empresa —o grupo político o grupo político de empresa— racional que ha conquistado el uso legítimo de la fuerza física. La política, por otra parte, ha perdido ya en el pensamiento político moderno su dimensión aristotélica; se ha convertido en pura relación de poder de unos hombres sobre otros hombres o, mejor, en el lugar de la sociedad donde tienen vida estas relaciones.

El carácter de empresa del Estado procede de su específica capacidad de monopolización de la fuerza a través de la expropiación de la violencia de los privados, exactamente como en el mercado capitalista, donde los empresarios luchan por la conquista de posiciones de control monopolista. La legitimidad del uso de la fuerza coincide no solo con la forma de poder racional, sino también con la legitimidad de los fundamentos mismos del poder; la capacidad de un poder, como de un ordenamiento, de ser reconocido como válido y por consiguiente de ser creído legítimo, es para WEBER un problema que debe verificarse empíricamente. El "consenso" es determinado empíricamente y es conocido, como sostiene N. BOBBIO (1981, pág. 147), y precisamente sobre esto se desarrollará la crítica de H. KELSEN (1966, pág. 179), que opone la teoría normativa del consenso, volviendo a proponer, en los niveles más altos de la jerarquía del ordenamiento (la *Grundnorm*), los teoremas de legitimidad.

Siguendo el lenguaje de WEBER, el orden puede ser definido como orientación uniforme del actuar fundado en reglas; la teoría del ordenamiento legítimo es la que aquí puede hacer de guía. Su validez puede ser asegurada exclusivamente por un sistema de garantías preparadas desde el exterior, es decir, mediante mecanismos de control social informal (desaprobación social), o mediante "coerción de un aparato de hombres expresamente dispuesto para tal fin" (WEBER, 1974, pág. 31). Con esto, la razón de la explicación del orden se sitúa decisivamente sobre la coerción y sobre el poder; no es un dato espontáneo que se realiza independientemente de los procesos sociales, sino un sistema de reglas impuestas cuya validez consiste principalmente en la representación de su subsistencia. Derivada de la filosofía política racionalista, y anticipada ya en parte por la teoría del derecho del siglo XIX (sobre todo por IHERING y JELLINECK), la tesis weberiana está centrada en una concepción del ordenamiento como coerción garantizada desde el exterior del uso legítimo de la fuerza, de la que es detentador el Estado.

De la idea del soberano en HOBBES y en AUSTIN a la teoría del dominio de la forma estatal, típica de la tradición del siglo XIX europeo, se desata un hilo común a lo largo del cual se propone un modelo de sociedad ordenada políticamente, casi "unificada", y hecha uniforme desde la dimensión de la política y del derecho que encontraba en la soberanía estatal una sublimada centralidad.

El horizonte del orden había sido ya indicado por lo que SPINOZA, en torno al año 1670, definía como el problema del *fundamento del Estado y del derecho natural de cada uno*; "es hora de buscar —escribía SPINOZA (1972, pág. 377)— hasta dónde se extiende esta libertad de pensar y de decir lo que se piensa en un Estado bien ordenado. Para examinar el argumento... debemos tratar de los fundamentos del Estado y en primer lugar del derecho natural de cada uno". El mismo horizonte que, desde puntos de vista diversos, era el de VICO y el de HEGEL, continuará dirigiendo vigorosamente la investigación del fundamento de la razón política occidental hacia lo que F. MEINECKE, en su famoso estudio de 1924, indicaba como "el anillo de unión entre *éthos* y *kratos*" (1970, pág. 11).

La formulación más avanzada de esta perspectiva teórica es sin duda la de C. SCHMITT que afirma, con una paradoja, que el concepto de autoridad estatal demuestra precisamente no tener necesidad de reglas para crear reglas (1972, pág. 40). Es el monopolio de la decisión, más que del poder y de la sanción, el que establece los presupuestos del *orden*: "no existe ninguna norma que sea aplicable al caos —escribe SCHMITT—. Primero debe ser establecido el orden: solo entonces tiene un sentido el ordenamiento jurídico. Es necesario crear una situación normal, y soberano es quien decide de manera definitiva si este estado normativo rige verdaderamente" (ob. cit., pág. 39).

Como se ve por esta breve reconstrucción, las respuestas al problema del orden cubren una serie de problemas y ofrecen soluciones completamente opuestas. La alternativa de MEINECKE puede, quizá, ser una indicación útil para delimitar el largo trayecto dentro del cual se desatan las diferentes respuestas. Desde la teorización de la conciencia moral hasta la decisión sobre la conservación del estado de normalidad —desde DURKHEIM a SCHMITT— se encuentran no solo los puntos de vista opuestos sobre el orden, sino también "cosmologías" más complicadas, esto es, respuestas, quizá complementarias, a los destinos de la razón occidental.

## 4. TIEMPO DEL ORDEN Y TIEMPO DE LA MARAVILLA

Es en las páginas más lúcidas y penetrantes de la sociología política moderna, atenta al poder y a la coerción, donde va avanzando, casi silenciosamente, otra idea de orden en la que cambian las referencias semánticas, trasladando la reflexión sobre variables de la política hasta ahora menos atendidas. En la sociología weberiana del poder carismático, casi como en un paréntesis abierto en el interior de la problemática del poder, vuelve la palabra "orden" en la dimensión de una lisa regularidad típica de la repetición automática del actuar de la vida cotidiana. También este aspecto es relevante para definir el campo del orden; a él, más que el desorden, se contrapone el *extra ordinem*, lo extraordinario.

En la sociología del poder (1974, pág. 238), WEBER explica que por *carisma* se debe entender una cualidad extraordinaria atribuida a una persona, y en virtud de la cual los "seguidores" reconocen en ella a su jefe. En la relación entre carisma y reconocimiento, dice WEBER, juega una entrega de fe completamente personal y determinada por el *entusiasmo*, por la *necesidad* y por la *esperanza*, capaces de fundar una comunidad de carácter emocional y sobre bases espontáneas.

¿Pero, por qué es "extraordinario" el carisma y qué concepción del orden emerge en la teoría weberiana?

"Tanto la estructura burocrática como la patriarcal, en tantos aspectos antagónicas, constituyen formaciones que tienen entre sus características más importantes la de la *estabilidad* —y en este sentido son *formaciones de carácter cotidiano*" (M. WEBER, 1974, pág. 420). Y aún más explícitamente, en el grupo carismático las relaciones son construidas sobre *pistis* en vez de sobre jerarquías y competencias; no solo faltan el aparato administrativo y las relaciones asalariadas, sino que en él hay una actitud de total ajenidad a las reglas de adecuación económica: el carisma es la típica potencia antieconómica. Mientras que el poder racional está vinculado a reglas y procedimientos estatuidos universalmente y el poder tradicional está orientado con base en la observación de reglas "válidas desde siempre", legitimadas por la autoridad del pasado, el poder carismático es precisamente lo opuesto (P. ROSSI, 1982). Mientras que racionalidad y tradición constituyen fundamentos para formas específicas de *poder ordinario*, el carisma carece absolutamente de reglas, rechaza toda introducción en la vida cotidiana; su carácter extraordinario da la vuelta al pasado y por ello, dentro de su propio ámbito, es específicamente "revolucionario".

El reconocimiento del carisma, se decía, es un proceso espontáneo en el que decide la revelación de cualidades excepcionales no referidas a la regularidad de la vida cotidiana; su percepción es entusiasta. Lo extraordinario es así la capacidad de vivir el *entusiasmus* en su condición de fractura de la vida cotidiana; condición típica de la "maravilla" es, en este sentido, el mecanismo de una revelación que pone en crisis la repetición automática del hacer cotidiano. El *tiempo del carisma* no es el tiempo de la vida cotidiana, es *Kairós*, no *Kronos*, y en él opera una *metanoia* central en la mentalidad de los que se adhieren a la comunidad carismática.

Tanto por parte del detentador del poder carismático como por parte de los dominantes (L. CAVALLI, 1981), la característica decisiva es la excepcionalidad acompañada de su perfección. WEBER habla, en efecto, del carisma de la virtud determinada en sentido clásico. Este es un concepto que hunde sus raíces en la ética clásica, y que después ha sido retomado por el pensamiento racionalista. De la crítica de la indiferencia que ARISTÓTELES traza en la *Ética a Nicómaco* (1965, pág. 1119) nace la teoría de las pasiones primitivas —o virtudes clásicas—, que CARTESIO, en el año 1649, en su tratado dedicado a las *Pasiones del alma* (1949, pág. 589), situaba en el amor y en el odio, en el deseo, en la alegría, en la tristeza y en la maravilla. Pero sobre todas las pasiones, *la primera es la admiración*. Esta —escribe CARTESIO— "*est un subite surprise de l'âme, qui fait qu'elle se porte à considérer avec attention les objects qui lui semblent rares et extraordinaires*" (ob. cit., pág. 589); sin la *admiration*, no es posible percibir y vivir ninguna otra pasión.

Si la indiferencia, convertida en argumento de discusión en el psicoanálisis, además de objeto literario del que PROUST y CAMUS han dado descripciones inimitables, es para ARISTÓTELES "cosa no humana", esto es, comportamiento negativo y patológico, la *maravilla* es la pasión que, ella sola, permite alcanzar lo extraordinario; para WEBER, el carisma "es la felicidad de un don de gracia espontáneo y transitorio".





Pero el tiempo de la maravilla, como el tiempo de lo extraordinario del carisma, es el tiempo del *Kairós*, de lo excepcional; su destino, precisamente porque está fundado sobre la percepción del entusiamo por lo no regulado, es el de ser *statu nascendi*. Para el carisma es ineludible lo que WEBER llama "una lenta muerte por asfixia" (WEBER, ob. cit., pág. 431; F. ALBERONI, 1977, pág. 45), debida al impacto inevitable con el orden de la vida cotidiana. Usando una expresión de DELEUZE y GUATTARI (1975), el orden de la racionalidad cotidiana es una "máquina de deseos".

En la sociología weberiana, por tanto, las comunidades carismáticas revisten formas de relaciones específicamente extraordinarias, guiadas por el narcisismo (C. LASCH, 1981, pág. 194) de vivir el entusiamo por lo excepcional, que es lo no ordenado de las reglas de la vida cotidiana. Pero, por ser comunidades —y sobre todo poder, es decir, relaciones entre el "investido del don" y "seguidores"— debe plantearse el problema del tiempo, el de una continuidad al menos provisional, y deben establecerse relaciones adecuadas, al menos ocasionales. Es conocido que una de las causas de la crisis de todos los movimientos es precisamente debida al tiempo, a la continuidad; pero el sentido de la maravilla, de lo extraordinario, es posible solo fuera del tiempo de la vida cotidiana. La transformación del carisma en práctica cotidiana tiene el mismo recorrido que el de un orden que vence sobre lo extraordinario de la ausencia de reglas.

En la antropología weberiana, la "pasión primitiva" del entusiasmo y la percepción de la felicidad del don de gracia son posibles solo en el momento que nacen, pero por el hecho de colocarse fuera del orden regulado son ya puestas fuera de las estrategias de supervivencia. Si el carisma es la "auténtica potencia revolucionaria" dentro del orden tradicional, su resultado es nihilista; los espacios de la transformación son entonces atribuidos exclusivamente a otra potencia revolucionaria que opera desde el exterior, la *ratio*. El recorrido de la transformación es el indicado por WEBER en el paso del orden tradicional al orden racional, y es precisamente sobre la racionalidad del orden donde se vuelven a abrir los juegos teóricos: en otras palabras, cuál es el fundamento de la racionalidad de las reglas y de las institucionalizaciones positivas que, ha escrito WEBER en las *Observaciones preliminares a la ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1965, pág. 63), solo Occidente ha conocido en su forma más elevada y, añade, más trágica.

## 5. "NE CIVES AD ARMA RUANT"

Que el derecho, en la historia de la razón occidental, tenga un puesto relevante, es una conclusión avanzada no solo por WEBER sino repetida por muchos y justificada por los argumentos más diversos. Que además el derecho tenga una estrecha relación con el orden social, resulta fácilmente percibible si se piensa que la más extendida definición de orden es la de "cualquier relación que puede ser expresada por una regla", y que anteriormente hemos indicado con el término "relación regulada"; el derecho, por otra parte, en su significado más amplio, aparece precisamente como un conjunto de reglas que preside las relaciones de una comunidad. Además, uno de los conceptos

"transmitidos" en la cultura jurídica, y sin duda presente en la manualística —casi como una fórmula "innecesaria"—, es que la función del derecho consiste en la conservación de la paz y del orden social; precisamente *ne cives ad arma ruant*. Muchos teóricos generales del derecho se han referido a este concepto cuando han querido dar un contenido a las normas primarias o a las normas fundamentales que están en la base de la estructura del ordenamiento. El hecho de que además esta norma sea aporética, y por cuanto no haya necesidad de ella, o sea a su vez justificada mientras es por sí misma norma de justificación de otras reglas, es ciertamente importante para los fines de valoración de las teorías generales del derecho, pero no resuelve nuestro problema.

El principio *ne cives ad arma ruant* ha descrito siempre, o prescrito, una cualidad del derecho, pero no ha explicado razones y fundamentos. Si se dice que el orden es regla, que la función del derecho es reguladora y ordenadora, la pregunta debe necesariamente dirigirse a la naturaleza, a las características, al problema de la regla sobre la que ciertamente puede decirse todo, excepto que se trate de algo sin calidad. Y si además se piensa que las reglas son mecanismos espontáneos y "naturales", se construye una imagen iusnaturalista del orden jurídico (N. Bobbio, 1965); si, al contrario, se piensa que detrás de cada regla hay un mandato impuesto por un soberano, austinianamente entendido, entonces se hace referencia a una imagen diferente del derecho y del orden (U. Scarpelli, 1965, 1982).

Naturalmente, todo esto no es irrelevante, porque si por una parte hunde sus propias raíces en los antiguos problemas de la teoría general del derecho y, como se sabe, las teorías generales están condicionadas por el campo semántico que se delimita con la palabra "derecho", por otra supone valoraciones acerca de los fundamentos del sistema social y produce imágenes del conjunto de la sociedad. El situar el derecho como teorema del orden no lo sustrae a la polisemia del término, de la que hemos hablado antes; siendo necesario recorrer la teorías del derecho desde el punto de vista del consenso y del conflicto, releyendo el sistema jurídico dentro de un juego de relaciones sociales que van desde la cooperación pura al conflicto puro, no se recorre a la vez con ello la dimensión que el tema del orden ha asumido en las sociedades contemporáneas; volviendo a Prigogine, el orden jurídico se encuentra hoy frente a sistemas de grandes números, lo que quiere decir que el conjunto de lo social se ha convertido en la referencia principal también del derecho.

Tiene así razón V. Frosini (1981, pág. 12) cuando escribe que también en el campo de las relaciones jurídicas coexisten dos tendencias constantes: "una es la dirigida al orden compuesto, la otra es la dirigida al orden entrópico... El desorden, así, no puede ser definido solo como ausencia o falta de orden, o su negación, su contrario, también puede resultar de una redundancia del orden que se verifica cuando hay varios órdenes acumulados en el mismo conjunto de datos". Un orden, explica Frosini, no puede más que nacer de un margen de desorden; su función es precisamente la de predisponer "un límite a las posibilidades de variaciones del desorden" (ob. cit., pág. 13).

El dar relevancia a las estructuras "disipadoras" y al desorden entrópico supone un punto relevante en el análisis del derecho como ordenamiento: no es posible separar





el derecho del conflicto de cuyo ámbito de desorden es producido. N. Luhmann define la relación entre *Ordnung* y *Konflict* como una *unmögliche Konfrontation* (1983); imposible porque se trata de dos elementos dotados de estrecha complementariedad desde el momento en que los conflictos son por sí mismos sistemas ordenados de inestabilidad (1982, pág. 9) y el derecho, por otra parte, no es más que previsibilidad de la inestabilidad contenida en los conflictos mismos. La separación de orden y conflicto es para Luhmann una leyenda, más imaginaria que cierta. El desorden entrópico es el equivalente a un derecho que, precisamente, no simboliza solidaridad sino conflicto.

Admitiendo que anteriormente fuese completamente distinto, esto se evidencia a partir del producto más moderno de los sistemas políticos occidentales: el Estado de derecho. Su estatuto político, pero también sus justificaciones teóricas, reunifican en un único mecanismo reglas y conflicto, consenso y desorden, orden y entropía. Las páginas de R. Ihering sobre la mecánica social de la coerción y de la recompensa (1972, pág. 79), escritas en torno a 1877, son ya ejemplos de un notable conocimiento teórico de tal aspecto: el orden coercitivo y el orden "propulsor" tienen su fundamento en la fuerza de los fines egoístas que prevalecen en el Estado; la lucha por el derecho es lucha individual para la afirmación de fines que se presentan siempre diversos y renovados. La cadena ininterrumpida de las expectativas y de los fines que se autorrenuevan, traslada continuamente la "certeza" del derecho hacia una dimensión de estabilidad de la incertidumbre. Este perfil de la teoría de Ihering es, claramente, de una notable modernidad: dentro de la teoría de los sistemas, desde no hace muchos años hasta hoy, se ha dado una enorme relevancia a un aspecto singular del desorden entrópico. Ha sido definido *autopoiesis* (M. Zeleny, 1981) e indica la absoluta ausencia de repetición de la producción social: así como todo hecho, toda acción, toda relación no se asemejan a su correspondiente precedente o a su modelo, los conflictos no se asemejan nunca al orden que los regulaba: *the same is different* (R. Glenville, 1981).

Esto significa que el orden regulado por el derecho es siempre distinto de la contingencia producida por el conflicto mismo y de la variabilidad de las decisiones sobre él. En la experiencia de los sistemas políticos modernos, afirma Luhmann, además de la contingencia de los conflictos que redefine expectativas y frustraciones, es la naturaleza instrumental del derecho respecto a los fines el factor que produce la dimensión de una inestabilidad ordenada por la decisión política (N. Luhmann, 1977). El derecho, entonces, se convierte en el sistema en que es simbolizada la incertidumbre; dejando por ahora a un lado el relevante problema de los fundamentos del orden jurídico y aceptando la dimensión del *orden* como cualidad funcional del derecho, es preciso detenerse en el modo en que se propone la teoría del derecho como "reductor de la complejidad".

Si la separación entre orden y conflicto es puramente imaginaria, y al contrario, dada la alta complejidad de los sistemas, hay grandes ventajas combinatorias al tener reunificados los dos términos, el derecho se ve en la perspectiva de un sistema que hace aceptable la incertidumbre del desorden. Para "almas tímidas" que interiorizan la angustia de la contingencia —y del relativo desorden— el derecho es uno de los ins-

trumentos de reducción de la complejidad a través de decisiones. Pero, ¿en qué consiste la decisión reductiva de la complejidad? y, por otra parte, ¿en qué consiste la contingencia si no es en el simple predominio del caso sobre la ley?

Se dice que las expectativas, como los fines para IHERING, son complejas, que suponen la interiorización del mecanismo de la incertidumbre por el cual, frente al exceso de soluciones imaginables, el orden consiste exclusivamente en la previsibilidad de la incertidumbre. El derecho, precisamente como mecanismo institucional del orden, debe predisponer dispositivos de reducción de la complejidad cada vez más reflexivos (como, por ejemplo, los procesales), capaces de hacer aceptable la imprevisibilidad de las frustraciones. El derecho moderno es *positivo* precisamente en el sentido de que, en virtud de decisiones variables, hace ordenadamente previsible el desorden de la contingencia. Pero aquí se encuentran dos modelos: el que mira al derecho como al reductor de la complejidad a través de la *negative feedback* y el que, más cercano a las dinámicas del *Welfare State*, mira a una reducción en el sentido de *positive feedback*. En el primer caso nos encontramos frente al modelo de derecho como control, en el segundo, por el contrario, estamos frente al derecho como modelo de distribución y localización de los recursos: dos formas distintas de reducción de la complejidad.

Se podría explicar todo esto recurriendo a algunas figuras retóricas: en la *negative feedback* —que corresponde a una reducción "generalizante"— hay exceso de lenguaje *metafórico*, en la *positive feedback* —reducción "particularizante"— hay exceso de lenguaje *metonímico*. Mientras que en el primer caso la reducción por generalización reflexiva se mueve en la dirección del polo metafórico —y tiene razón M. BLACK (1962, pág. 41) cuando sostiene que los modelos en la ciencia son metáforas interactivas—, en el segundo caso la reducción particularizante, trabajando con el esquema de la parte por el todo, va sustancialmente en la dirección del polo metonímico (o, según los casos, de la sinécdoque).

No es cierto que la dificultad de un discurso se oculte tras la metáfora (U. ECO, 1980, pág. 191; P. RICOEUR, 1976, pág. 25), ni tenemos intención de caer en ello; al contrario, usamos con indudable respeto los significados comúnmente aceptados de metáfora y metonimia porque creemos que ayudan a comprender qué es lo que puede indicar el lenguaje científico sobre el problema del orden, por ejemplo a través de la reducción de la complejidad.

R. JAKOBSON (1980, pág. 24) ha explicado que todo acto lingüístico implica *selección* de ciertas unidades lingüísticas y *combinación* en unidades lingüísticas, la mayoría de las veces más complejas. Así, quien habla selecciona las palabras y las combina en proposiciones y estas en períodos. "Pero el que habla no es de ningún modo un actor completamente libre en la elección de las palabras: su elección debe ser hecha en el ámbito del patrimonio lexicológico que él mismo y el destinatario del mensaje poseen en común". Este es un punto importante para comprender qué es la reducción de la complejidad a través de la decisión; y no se olvide que el derecho, atendiendo a la definición de J. L. AUSTIN (1962), es un instrumento por el que "se hacen cosas con las palabras". La reducción opera en el universo de posibilidades lingüísticas reguladas





por el sistema a que se refiere, y la complejidad se genera por un no definido ambiente que, distinto del sistema, es producido por entropía. También aquí la contingencia es la que abastece de inestabilidad y cambio al orden del sistema, a su lenguaje; cualquier otro cambio no es más que un salto entre mera contingencia y orden del sistema. La selección lingüística y la combinación están *ordenadas* respecto a un desorden entrópico; es sin embargo conocido que el lenguaje puede ser inadecuado respecto a la complejidad, puede ser *afásico* tanto en el sentido de suprimir las relaciones de similitud (procedimiento metafórico), como en el sentido de excluir las de contigüidad (procedimiento metonímico). "El desarrollo de un discurso —continúa JAKOBSON (ob. cit., pág. 40)— puede tener lugar según dos directrices semánticas: un tema conduce a otro tanto por similitud como por contigüidad".

En la similitud se desarrolla la directriz metafórica, en la contigüidad la metonímica, y son varias las razones histórico-culturales que explican la prevalencia de una sobre otra y el surgir de afasias en los lenguajes institucionales; es algo claro en la historia de la literatura en donde, por ejemplo, la directriz metafórica prevalece en el romanticismo y en el simbolismo, mientras está ausente en el realismo, que prefiere la dirección metonímica. Pues bien, el derecho, al reducir la complejidad —en el recibir el lenguaje del ambiente— se encuentra frente a una alternativa idéntica: la dirección metafórica del procedimiento por similitud en la simplificación generalizante de las expectativas y la metonímica de la contigüidad en la reducción desigualitaria. Se ha sostenido así que la crisis del *Welfare State* se puede definir como una crisis "sinecdóquica" por el procedimiento cada vez más particularista en que ha sucedido y por el modo en que el Estado se ha situado como distribuidor de los recursos. En el fondo, la conocida crisis fiscal del Estado, la incapacidad de tener a la vez acumulación y legitimación por parte del sujeto estatal, no es más que concesiones a la *afasia* por el exceso de selección por similitud o por su completo defecto.

Bien visto, toda la historia de los sistemas jurídicos occidentales es la historia de una tendencia hacia una gran metaforización del orden social, en el sentido de que el derecho tendía a situarse como el cuantificador de la universalidad de las relaciones sociales, esto es, como el mecanismo de la sublimación selectiva.

Es este el centro de la crítica que no solo MARX sino toda la vertiente de la conflictividad ha indicado siempre como típico de la ideología de la razón jurídica occidental. En este sentido, la abstracción y la igualdad jurídico-formal que caracterizan grandes procesos codificadores del Estado-Nación y, a través de ellos la formación de la esfera pública burguesa, es el típico mecanismo de la reducción hacia la directriz metafórica. Bastaría además repensar algunos principios generales, típicos de los sistemas jurídicos modernos, que en términos luhmanianos constituyen mecanismos altamente reflexivos, esto es, notablemente reductivos de la complejidad: el principio de la totalidad, el recurso a la analogía y a los principios generales en ausencia de una norma específica, precisamente el principio del ordenamiento cerrado, la obligación para el juez de decidir sobre las controversias, la ausencia de argumentos "externos". Pero se puede avanzar más allá, hasta los orígenes de la cultura jurídica sobre la que se ha

formado, diría WEBER, la racionalidad de Occidente. Viene a la mente el principio de la coerción del derecho —la "fuerza" del ordenamiento—, que para ser verdaderamente tal, debe estar presente a los ojos de todos. El término más idóneo sería el alemán *Vorstellung*, presentación delante de un público, *representación colectiva*; no se puede, en efecto, ignorar el derecho. Presupuesto, pero también condición de su existencia, es que el derecho no deba ser ignorado; el error y la ignorancia de la existencia de una norma están prohibidos por el ordenamiento. Nuestra tesis es que el procedimiento argumental con el que se justificaba el principio por el cual la ignorancia de una norma jurídica no excusa el comportamiento ilegal, constituía el ejemplo de la más efectiva metaforización del saber jurídico. Mientras que en los ordenamientos modernos es la "positivización" de la norma la que justifica la obligatoriedad, en los ordenamientos premodernos en que está vigente el tradicionalismo jurídico, aunque refinado y dotado de la lógica con la que más tarde LEIBNIZ habría construido sus sentencias, la ignorancia es considerada un mecanismo irrelevante, porque existe una clase de juristas dotados de aquel saber técnico con relevancia pública.

¿Qué es, pues, esta técnica jurídica, este *saber que da poder* y que es tan relevante como para convertirse también él en norma de clausura de un orden complejo? El jurista y su técnica, según expresión de CICERÓN, "habitan en los ojos de todos" (M. BRETONE, 1982, pág. 106). Y, además, ¿cuál es el fundamento de este orden metafórico por el cual la existencia de los juristas se convierte en el elemento principal de la coerción y de la obligatoriedad? Y, aún más, ¿qué es la técnica jurídica?

En cuanto sistema de aprendizaje de la complejidad, y al mismo tiempo uno de los instrumentos de contención del "desorden", la técnica es un poder-saber que trabaja con un programa condicional (si... entonces) en el que está la reflexividad del procedimiento judicial para asegurar decisiones simplificadoras. Su carácter metafórico se encuentra precisamente en la reflexividad del procedimiento, en el establecer distancia de la posición de las partes y de los contenidos materiales de los conflictos, en ser sustancialmente instrumento de decisión sobre la decisión: el modelo, también actual, de la técnica jurídica es típico de una afasia de la directriz metonímica.

Pero es en los mismos "fantasmas" de las palabras en donde, a pesar del modelo metafórico del orden, se descubre el rostro de la dimensión oculta del conflicto, de la inestabilidad, del desorden: con atrevimiento, se podría hablar de contraposición entre el apolíneo y el dionisíaco.

El proceso jurídico nace en la civilización occidental como pura competición, según el esquema del *agon*, y se desarrolla en la antigua oposición entre *dike* y *nomos*; la técnica jurídica, también cuando se presenta como *prudentia*, permanece unida al sentido griego del término *téchne*: contrapuesta a *poiesis*, que es el hacer cotidiano, aquella es actividad creadora (es *eros*). La técnica jurídica es poder, precisamente, por el hecho de ser decisión vinculante, productora de un nuevo orden a través de la memorización de la contingencia; pero es también conflicto en el sentido de que crea gratificación de algunas expectativas y desilusión de otras, como en cualquier otro supuesto de reducción selectiva.





En el lenguaje platónico de *La República*, la *téchne* es conocimiento que se ejerce sobre un conflicto: la técnica de mayor dimensión es la guerra (la *téchne magiste* es la del *polemos*). Incluso antes, HERÁCLITO, en uno de los pocos fragmentos que se conservan, recordaba que "es necesario entender la guerra como preponderantemente común y la justicia como una lucha (*diken erin*)", y de donde, comenta E. A. HAVELOCK (1981, pág. 327), la "lógica de la guerra es la lógica del litigio (*eris*), el campo de batalla es el *ágora*, con la reciprocidad de que en la norma tienden a ser reunificados".

Tiene razón entonces N. LUHMANN cuando dice que el orden jurídico simboliza el conflicto y que, al contrario, su objetivo es precisamente reducir la inestabilidad: pero con esto estamos todavía en la descripción de características funcionales, no en la comprensión de los fundamentos del problema del orden. Si la reducción se produce en el ámbito de las posibilidades dadas por la decisión política, si el saber jurídico es el saber del conflicto y la racionalidad del lenguaje es, en términos jakobsonianos, afásica, el orden del que se habla es ya una elección reducida, una simplificación de una complejidad solo como tal evocada. Como toda decisión, incluso la más generalizadora e incluso cuando, como en los mecanismos reflexivos, decida no decidir (E. SCHATTSCHNEIDER, 1975), por el hecho de escoger entre alternativas posibles, puede reducir todo excepto el arbitrio estructural de la selección. El arbitrio reconduce directamente al problema de la fuerza; una vez más, cuando el discurso trata sobre el problema de las justificaciones, el elemento discriminatorio consiste en la diversa relevancia atribuida precisamente a la fuerza.

Escribe LUHMANN (1977, pág. 132) que, mientras es innegable que la fuerza física acompaña inseparablemente al derecho como una sombra, la historia de la evolución de los sistemas jurídicos es la historia de un "enjaulamiento progresivo de la fuerza física"; en las sociedades complejas "la fuerza desaparece de la sociedad" y la relación entre coerción y derecho se convierte en extremadamente reducida; el derecho, continúa LUHMANN (ob. cit., pág. 139), "se orienta, si no a fines humanitarios, por lo menos con base en las exigencias de una sociedad funcionalmente diferenciada". Estas exigencias asegurarán a la fuerza un valor solo relativo en el conjunto del actuar social. Sin embargo, un argumento similar a este se puede asumir o como descripción empírica del fenómeno de la "relativización de la fuerza", o como enfatización de una línea de tendencia, o como reproposición de la utopía de DURKHEIM (pero no solo acerca de la progresiva disminución de las sanciones represivas a causa de la transformación del modelo de solidaridad y del aumento de la división del trabajo.

No es, ciertamente, tan sencillo afirmar que en las sociedades complejas la fuerza vaya relativizándose o que vaya desapareciendo sino que, en realidad, todo depende de lo que se entienda por fuerza y por coerción. Discutir esto supone, precisamente, discutir uno de los significados de la palabra *orden*, con la recepción que ha tenido en el lenguaje jurídico. Inseparablemente unido a las políticas de control, de las que el derecho es parte relevante, el ejercicio de la coacción legítima no solo ligado a la pena y a la cárcel, expresa sin ningún encubrimiento, desveladamente, el sentido intenso del *orden de la fuerza* que caracteriza el proceso de continuidad del derecho en la sociedad moderna.

6. El señor del panóptico

"La noche iluminada a expensas públicas, las guardias distribuidas en diversos cuarteles de las ciudades, los morales y simples discursos de la religión reservados al silencio y a la sagrada tranquilidad de los templos protegidos por la autoridad pública, las arengas destinadas a sostener los intereses públicos o privados en las juntas de la nación, ya sea en el parlamento ya en donde resida la majestad del soberano, son los medios eficaces para prevenir la peligrosa fermentación de las pasiones populares. Estas forman un ramo principal del que debe cuidar la vigilancia del magistrado..., pero si este obrase con leyes arbitrarias y no establecidas por un *codice* que gire entre las manos de todos los ciudadanos, se abre una puerta a la tiranía" (C. Beccaria, 1973, pág. 29).

A la peligrosa fermentación de las pasiones populares —escribía Beccaria en 1764— el "magistrado" debe oponer códigos ciertos y amenazas con penas, no atroces sino infalibles; los gobiernos, por su parte, iluminación a expensas públicas, los religiosos, sermones en el silencio. Así, la custodia de la *tranquilidad pública* contra las *fáciles pasiones de la multitud curiosa.*

En la historia de los sistemas jurídicos modernos, esto supone un importante salto desde el punto de vista de lo que M. Foucault (1976) ha llamado la "tecnología política del castigo": en lugar del "esplendor de los castigos" y de los inútiles rituales aterrorizadores, un mecanismo punitivo dócil pero penetrante en el cuerpo social. Nace la idea del dispositivo disciplinal que asegure a la sociedad del contagio de la transgresión, de las peligrosas fermentaciones y de cualquier otra causa de desorden que disipe, socialmente inútil además de dañosa. El orden se convierte en la metáfora del funcionamiento de la sociedad disciplinal, y los mecanismos disciplinales no son más que la imagen del poder que cambia y del saber que se renueva.

En el siglo XVIII, en los orígenes del Estado moderno, hay fundamentalmente dos modelos de dispositivos disciplinales, relativos a dos diversas simbolizaciones del desorden: el primero nace de la excepcionalidad de la ciudad apestada, el segundo nace a la sombra de la docilidad ejemplar de la penalidad, en la cárcel moderna. Modelos diversos, ciertamente, pero que comparten la idea de la repartición de los espacios, la lógica de la visibilidad de los cuerpos, una mecánica del orden minuciosamente regulada por una microfísica disciplinar, una atomización de los individuos y de su vida cotidiana. "Contra la peste que es una mezcla confusa —dice Foucault (ob. cit., pág. 215)— la disciplina hace valer su poder, que es análisis". Al desorden de la peste responde el orden, cuya función analítica consiste en resolver el contagio de la enfermedad propagado por la comunicación de los cuerpos y por el proliferar del mal alimentado por el miedo a la muerte. El orden "prescribe a cada uno su lugar, a cada uno su cuerpo, a cada uno su enfermedad y su muerte, a cada uno su bien por efecto de un poder omnipresente y omnisapiente que a su vez se subdivide de manera regular e ininterrumpida hasta la determinación final del individuo, de lo que le caracteriza, de lo que le pertenece, de lo que le sucede".

La disciplina tiene necesidad, a su vez, de un conocimiento analítico fundado sobre informaciones minuciosas y sobre un saber "anatómico" del cuerpo social; tiene





necesidad de una ciencia del control que desde el detalle llegue a la totalidad teleológicamente orientada al orden.

El producto de este saber es un modelo compacto y coordinado del dispositivo disciplinal construido sobre una arquitectura perfectamente visible desde todos los ángulos; su efecto es la delimitación "de un espacio cerrado, cortado con exactitud, vigilado en todos sus puntos, en el que los individuos son situados en un puesto fijo, en el que los mínimos movimientos son controlados y todo lo que sucede registrado, en el que un ininterrumpido trabajo de registro une al centro con la periferia, en el que el poder se ejercita sin interrupción según una figura jerárquica continua, en el que cada individuo es hallado, examinado".

El modelo de la ciudad apestada está por tanto fundado sobre un saber analítico en torno al desorden que, aunque sea un supuesto excepcional, repropone la estructura binaria típica de la separación entre quien observa y el observado, entre quien disciplina-ordena y el disciplinado. La excepcionalidad de la dimensión del desorden —y no es casualidad que se tratase de enfermedad y de contagio— presuponía un exceso disciplinal, eficaz por estar minuciosamente predispuesto.

Esta disciplina no es todavía un *mecanismo automático*; tiene necesidad de una cantidad de custodios anteriores al orden, de una jerarquía del poder obsesivamente visible y distribuida tanto vertical como horizontalmente; en ella está todavía muy intensamente la presencia del soberano. Pero es desde este modelo desde donde se desarrolla otro, más eficaz porque es automático, *invisible*, impersonal; conservando la separación estructural entre vigilante y vigilado, persigue la ruptura definitiva de la duplicidad epistemológica del ver-ser visto: es el modelo del penitenciario moderno. Arquitectura celular imaginada como lugar de observación de quien habiendo hecho desaparecer la reciprocidad, no puede a su vez ser observado; el observador ve todo a través de un juego de luces que penetran en los espacios celulares atomizando los cuerpos y haciéndolos individualizables en cada momento de la vida cotidiana, sobre todo sin excesos de órdenes.

La lógica de la transparencia y de la potencial expansión a las miradas del vigilante fundamentan, esto sí, mecanismos de autodisciplina y de interiorización del orden. En el proyecto de J. Bentham, expuesto en el ensayo de 1791, el *Panóptico* era una institución polivalente que podía servir de cárcel, hospital, fábrica; esto es, podía ser utilizada en cualquier lugar en el que fuese necesario asegurar un buen funcionamiento de la máquina de control. El *panóptico* puede funcionar en ausencia de su *señor*; el automatismo es asegurado por una máquina de poder impersonal que ha asumido el carácter de una "función" fungible, que mientras oculta al soberano le ofrece fuerza y eficacia.

El edificio benthamiano es una metáfora de las relaciones de poder que cambian, y según algunos, también es un proyecto de democracia; sus relaciones indican el cambio de una idea de control de *orden-seguridad* a *orden-certeza*. Ha nacido una idea moderna de la penalidad que de aquel modelo ha tomado, más que la estructura arquitectónica, la simbología. Naturalmente, hoy se discute mucho acerca de la naturaleza y el sentido de las políticas del control, y es cierto que no puede hablarse mecánicamente del esquema panóptico. Es innegable que han cambiado las referencias materiales de

aquel esquema, y es obvio que las experiencias del *welfare* han trasladado la óptica sobre la integración hacia el consenso, pero los términos "antiguos" de la epistemología del control, se puede decir, en verdad, que sobreviven todavía. El uso del orden disciplinal, las "certezas" obsesivas unidas a él, la estructura binaria de la separación de vigilantes y vigilados solo aparentemente construida sobre la regla de la reciprocidad, permanecen ancladas a una lógica en la que la asimetría rige todavía sólidamente. Si se ha planteado insistentemente la cuestión de "abrir" las instituciones totales para romper precisamente la "totalización" es porque no solo existen todavía, sino que incluso en algunos casos parecen reforzarse, tanto si son presentadas como insustituibles, o, en versión más liberal, como un mal necesario. En otras palabras, las utopías del siglo diecinueve, de inspiraciones diversas desde DURKHEIM hasta RUSCHE y KIRCHHEIMER, que preconizaban la muerte de la cárcel en la sociedad posindustrial, han caído tristemente en la desilusión; aunque cambien los sujetos, permanece un *señor del panóptico* con toda su opresiva invisibilidad.

Que frente a él —o frente a sus mecanismos— se pueda incluso presuponer que haya consenso, no puede eliminar el hecho de que sea todavía el poder de la fuerza asimétrica.

## 7. LA NOBLE MENTIRA

Por el genérico sistema de reglas con mecanismo disciplinal, el camino del concepto de orden, a través de itinerarios diferentes, encuentra en el lenguaje de la política y del derecho la expresión más nítida de la epistemología de la fuerza. El orden del derecho es precisamente una metáfora de regla universal solo porque ha incorporado estructuralmente la asimetría sobre la que —había dicho HERÁCLITO— reinan *polemos* y *erin*. Es, por tanto, orden de la asimetría, regla de la diferencia, igualdad de funciones contendientes.

La idea de orden no se sustrae entonces al campo epistémico del conflicto, que en el saber político y jurídico aparece oculto por procedimientos universalizadores; desde siempre se ha insinuado que la del derecho y la de la política son, aunque sean refinadísimas, *artificial reasons*. Cada vez que el dicurso plantea esto, no se puede evitar el repensar la más importante regla ordenadora y "reductora de la complejidad" de los sistemas políticos modernos, según la cual es la mayoría de los acuerdos la que guía la selección de las decisiones. Se dice, en efecto, que la regla mayoritaria es artificial, pero que es la única posible o la única idónea para producir orden en sistemas políticos que se refieren a sociedades de grandes números. Se puede repetir lo que H. SUMNER MAINE defendía sobre esto cuando hablaba de la racionalidad del principio mayoritario como de la mayor "creación" del pensamiento político: es racional solo si se contrapone a su contrario, es decir, al principio por el que en una colectividad se convierte en voluntad de todos lo que quiere el menor número de ciudadanos. Pero conviene no olvidar, y ya lo había dicho VICO, que solo es por ficción que lo que queremos los más deba estar en el lugar de lo que quieren todos, a menos de que no se siga





el viejo principio canonista por el que las decisiones deben siempre respetar la regla de la *unanimitas* (E. RUFFINI, 1976, pág. 99). No cabe sorprenderse entonces cuando LUHMANN recuerda que también la democracia, sea monopartidista, sea pluripartidista, es solo una técnica de reducción de la complejidad. Igual que el principio mayoritario, muchas reglas del ordenamiento político pueden ser sometidas a una lectura de este tipo; la conclusión ciertamente obvia es que toda idea de orden, incluso cuando se dice que es fundamental para comprender cómo se produce la reducción de la complejidad, es artificial en el sentido de que, como en la antigua dicotomía, deriva de la *auctoritas* y no de la *veritas*.

Por estas razones consideramos que la teoría más adecuada para la comprensión del derecho en la sociedad contemporánea, precisamente porque es la sociedad de la razón artificial, es la que no separa el orden del conflicto y plantea el problema del desorden entrópico; una teoría que mire al derecho y a la política como sistemas de previsión de la inestabilidad, pero que al mismo tiempo no se limite a registrarla como una característica funcional de los sistemas y alcance algunas consecuencias acerca del fundamento de la inestabilidad. Naturalmente, nos referimos a la teoría del derecho como reductor de la complejidad.

Retomemos algo de lo expuesto anteriormente, con la finalidad de sacar algunas conclusiones. LUHMANN sostiene que hay una continua separación entre las posibilidades y la contingencia y que el derecho, gracias a decisiones políticamente variables, generaliza las expectativas reduciendo la distancia entre la complejidad del ambiente y las realizaciones del sistema.

La reducción selectiva, decíamos antes, es un proceso metafórico en el que algunas alternativas interiorizadas se realizan: en otras palabras, la reducción adjudica solo en relación con algunas expectativas, y es universal por el simple hecho de ser siempre mecanismo de adjudicación. Pero, añade LUHMANN, precisamente porque el círculo de la complejidad es más amplio y no puede cerrarse en la contingencia, toda decisión, todo proceso de positivización jurídica selecciona excluyendo, pero no eliminando del todo, algunas posibilidades o algunas expectativas. De las expectativas excluidas, pero no eliminadas, hay *memoria* en el político, esto es, en cada soberano de la decisión —se podría decir con SCHMITT— o en el soberano que está detrás de cada mandato —se podría decir con AUSTIN—. Entonces, cuanto más aumenta la complejidad, más elevada se convierte, paradójicamente, la capacidad de memorización de la exclusión.

Por parte de quien decide, la memoria del excluido puede ser estímulo para la ilustración, continua presión universalista, acción racional dirigida al fin de conservación de sí mismo, pero puede permanecer, y quizá en el mejor y más frecuente de los casos, como una culpa reprimida.

Por parte de los sujetos de las alternativas excluidas es un conflicto que no siempre permanece en estado latente: es *erin* cuando no *polemos*. Del mismo modo que el señor del *panóptico* que custodia el orden disciplinal, el determinador asegura el orden de la complejidad a través del dominio de las alternativas: de las excluidas habrá memoria y, metafóricamente, en los sistemas políticos de memoria se muere. Con silenciosa

elocuencia asoma de nuevo aquel viejo argumento de Trasímaco que en el diálogo platónico hablaba de la justicia como el uso del más fuerte; que el más fuerte sea el que decide sobre la reducción de la complejidad o el que presida los mecanismos refinados de la memorización, o que sea el custodio del panóptico o la invisible trama de la vida cotidiana, poco varía. Y es también PLATÓN quien explica cómo en la "ciudad ideal" aquel concepto de fuerza, que a Trasímaco se le atribuye, debe ser sustituido por una *noble mentira* que convenza a todos; como en los sermones recordados por BECCARIA, consistirá en la antigua fábula egipcia que enseñaba que los ciudadanos, en su asimetría, deben respetar las órdenes por el bien de todos: "Dios mismo ha hecho de oro a los que deben gobernar". En la idea de orden hay todavía mucho de la fábula egipcia. Y si PLATÓN, como sostenía POPPER, es ciertamente un enemigo de la sociedad abierta, de la misma manera es un "sembrador de Occidente".

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ABBAGNANO, N. (1964): "Ordine", en *Dizionario di filosofia*, Torino, UTET.
ALBERONI, F. (1977): *Movimento e istituzioni*, Bologna, Il Mulino.
ARISTÓTELES (1965): *Etica nicomachea*, Bari, Laterza.
AUSTIN, J. L. (1962): *How to do things with words*, London, Oxford University Press.
BECCARIA, C. (1973): *Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi.
BENTHAM, J. (1983): *Panopticon*, Padova, Marsilio.
BLACK, M. (1962): "Metaphor", en *Models and methaphors*, Ithaca and London, Cornell University Press.
BOBBIO, N. (1965): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
— (1979): *Il problema della guerre e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino.
— (1981): "Max Weber e Hans Kelsen", en *Max Weber e il diritto*, edición preparada por R. Treves, Milano, Angeli.
BOUDON, R. (1981): *Effetti perversi dell'azione sociale*, Milano, Feltrinelli.
BOYD, R. y KUHN, T. (1983): *La metafora della scienza*, Milano, Feltrinelli.
BRETONNE, M. (1982): *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, E. S. I.
CAVALLI, L. (1981): *Il capo carismatico*, Bologna, Il Mulino.
IHERING, R. (1972): *Lo scopo nel diritto*, Torino, Einaudi.
JAKOBSON, R. (1980): *Saggi di linguistica generale*, Milano, Feltrinelli.
KELSEN, H. (1963): *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità.
LASCH, C. (1981): *La cultura del narcisismo*, Milano, Bompiani.
LUHMANN, N. (1977): *Sociologia del diritto*, Bari, Laterza.
— (1982): "Conflitto e diritto", en *Laboratorio Politico*, II, núm. 1.
— (1983a): "Ordnung und konflict: Eine unmögliche konfrontation", artículo pendiente de publicación en *Il Centauro*.
— (1983b): *Illuminismo sociologico*, Milano, Il Saggiatore.
MAINE, H. S. (1954): *Ancient law*, London, Oxford University Press.
MEINECKE F. (1970): *L'idea della ragion di Stato nella storia moderna*, Firenze, Sansoni.







MORGAN, L. H. (1970): *La società antica*, Milano, Feltrinelli.
NOZICK, R. (1981): *Anarchia, Stato, utopia*, Firenze, Le Monnier.
PARSONS, T. (1965): *Il sistema sociale*, Milano, Comunità.
POLANYI, K. (1974): *La grande transformazione*, Torino, Einaudi.
POPPER, K. (1974): *La logica della soperta scientifica*, Torino, Einaudi.
PRIGOGINE, I. (1979): *La nuova alleanza*, Milano, Longanesi.
PRIGOGINE, I. y STENGERS, I. (1980): "Ordine-disordine", en *Enciclopedia Einaudi*, Torino.
RAWLS, J. (1982): *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli.
RESTA, E. (1982): *Diritto e sistema politico*, Torino, Loescher.
RICOEUR, P. (1976): *La metafora viva*, Milano, Jaca Book.
ROSSI, P. (1973): *Positivismo e società industriale*, Torino, Loescher.
— (1982): *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Milano, Il Saggiatore.
RUFFINI, E.. (1976): *Il principio maggioritario*, Milano, Adelphi.
SAUSSURE, F. (1967): *Corso de linguistica generale*, Bari, Laterza.
SCARPELLI, U. (1965): *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
— (1982): *Etica senza verità*, Bologna, Il Mulino.
SCHATTSCHNEIDER, E. E. (1960): *The Semi-Sovereing People*, New York, Rinheart and Winston.
SCHMITT, C. (1972): *La categorie del "politico"*, Bologna, Il Mulino.
SEVERINO, E. (1980): *Lege e caso*, Milano, Adelphi.
SPINOZA, B. (1972): *Trattato teologico-politico*, Torino, Einaudi.
VECA, S. (1982): *La società giusta*, Milano, Il Saggiatore.
WEBER, M. (1958): *Il metodo nelle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi.
— (1965): *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, Sansoni.
— (1974): *Economia e società*, Milano, Comunità.

# Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal*

*Juan Bustos Ramírez***

1. El derecho penal nace con el Estado moderno, es decir, su función es dar una fundamentación político-criminal a la intervención punitiva del Estado, ajeno por tanto a cuestiones morales o teológicas, propias del antiguo régimen. Ahora bien, por su propia naturaleza la fundamentación político-criminal implicaba relativizar la facultad de castigar del Estado, pues ella quedaba supeditada a las propias funciones y características del Estado moderno, cuya naturaleza acuñó brillantemente BECCARIA al señalar que estaba para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad. De ahí entonces que de por sí la propia fundamentación político-criminal de la pena, esto es, el derecho penal, surgía como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado[1]. El autor que mejor plasmó esta concepción y por eso con razón ha sido llamado el padre del derecho penal fue ANSELM VON FEUERBACH[2] quien a partir de su posición preventiva configura el derecho penal sobre la base del principio garantista de legalidad de los delitos y de las penas. El derecho penal en cuanto fundamento político-criminal de la intervención punitiva del Estado, esto es, en cuanto prevención general de delitos es consecuentemente al mismo tiempo un principio garantista del ciudadano, una limitación al poder del Estado.

* Conferencia dictada en la Universidad de Antioquia en septiembre de 1993.

** Catedrático de derecho penal en la Universidad de Chile, Santiago de Chile.

[1] De ahí que ya con BECCARIA aparezca el carácter relativo de la pena, esto es, solo en la medida que es necesaria (CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, con estudio preliminar de Nódier Agudelo, Bogotá, s. e., 1992).

[2] Cfr. al respecto ANSELM FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinliches Rechts*, 1840, pargs. 13 y ss., 20.

De ello se derivará también, al igual que en BECCARIA, que la pena es solo una necesidad y, por tanto, hay lugar a ella en la medida que se da una fundamentación garantizadora. El desarrollo posterior del derecho penal estará presidido por esta concepción y la constante tendencia del retorno a una concepción premoderna en que la pena es preexistente al Estado y, por tanto, es ajena a una fundamentación político-criminal.

2. La evolución del derecho penal así concebido es, fundamentalmente y en primer lugar, la profundización de los principios garantistas, y sin ellos no es concebible el derecho penal, que sería solo una farsa o un mal remedo de él, por eso ya señalaba BECCARIA: "todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico"[3]. Precisamente los acontecimientos que originaron la segunda guerra mundial y la instauración de la doctrina de la seguridad nacional en Latinoamérica, que implicó la propagación de regímenes dictatoriales en nuestros países, convirtieron el derecho penal en una farsa, pues en realidad lo único que quedó, en un retorno al antiguo régimen, fue simplemente la pena como un derecho a castigar preexistente al Estado, que le corresponde a quien ostenta el poder como oráculo de ese derecho, y, por tanto, ejercido por el dictador de turno.

Esta situación producida es la que ha dado origen, como reacción, al igual que en la época de FEUERBACH, a una intensa profundización de los planteamientos político-criminales y consecuentemente de los principios garantistas. Entre ellos es preciso distinguir unos de carácter formal y otros de carácter material.

Los primeros dicen relación con el principio de legalidad de los delitos y las penas, los segundos con la necesidad de la pena.

3. Ahora bien, estos principios garantistas propios del derecho penal se extienden a todo el sistema penal, en la medida que la intervención punitiva del Estado va más allá que el contenido del derecho penal y de ahí que necesariamente hoy debamos entenderla como un sistema de intervención que comprende al derecho penal, y va desde la acción de la policía, pasando por la administración de justicia y termina en la aplicación de las penas, en especial en el régimen penitenciario y aun llega también a los servicios de asistencia, tratamiento y controles informales, como los medios de comunicación de masas. Un entendimiento diverso puede convertir al derecho penal en una simple metáfora o más bien en un encubrimiento de formas premodernas de intervención punitiva del Estado.

4. Dentro del sistema penal el proceso (penal) resulta ciertamente esencial, pues pone en acción todo el sistema y, por tanto, al derecho penal. Luego, pone en acción la fundamentación político-criminal, los principios garantizadores. De ahí entonces que estos no solo sean la base de toda elaboración dogmática penal, sino que también traspasen la función judicial, más allá de su aplicación en el proceso penal.

5. En primer lugar, examinemos los principios garantistas de carácter formal y su relevancia en el proceso, esto es, aquellos derivados de la legalidad de los delitos y las penas. Dentro de ellos aquel que tiene especial relevancia es el llamado de ley estricta

[3] Ob. cit., pág. 10.





o de taxatividad, y que tiene como corolario el de tipicidad. Esto quiere decir que el juez se ha de mover solo en el ámbito de los hechos establecidos legalmente y, por tanto, sus decisiones han de estar fundadas en relación con los elementos que surgen de los tipos legales y no en juicios valorativos propios, de ahí la prohibición de la analogía, que justamente implica ir más allá de la valoración que contiene el tipo legal, sobre la base de una valoración ajena a la norma. Por eso, la interpretación judicial ha de ser siempre una interpretación estricta en el sentido de que no puede ir más allá de la valoración recogida en el tipo legal. El juez, por tanto, no puede utilizar la analogía como fuente de injustos ni tampoco aplicar una interpretación extensiva o restringida, sino solo estricta. Es decir, por una parte no se puede restringir su labor en el proceso solo a una aplicación del tenor literal de la ley, sino que siempre tiene que considerar al mismo tiempo la valoración implicada en ese tenor literal y que es la que le da sentido y significación; pero, por otra parte, no puede apartarse de esa valoración que le da finalidad al tenor literal e incorporar arbitrariamente sus propias valoraciones o prejuicios. Lo cual, como veremos más adelante, no se contradice con los principios garantistas materiales del derecho penal, que dan una nueva perspectiva a los principios garantistas formales, sino que, por el contrario, se da una complementación recíproca, que resulta esencial para la labor del juez en el proceso.

La prohibición de la analogía derivada del principio de determinación de las disposiciones punitivas o principio de taxatividad o tipicidad, viene a señalar que el juez no es un creador del derecho, el único creador del derecho, y con mayor razón en el caso de las normas sancionadoras, es el pueblo por medio de sus representantes. Ni el derecho ni las penas son producto ni de los juristas ni de los jueces, ni de ningún iniciado o iluminado, sino solo de un proceso estrictamente democrático.

Este principio formal desde una perspectiva más concreta, si lo ponemos en relación con el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, implica que si no se dan las características objetivas y subjetivas del tipo legal, esto es, de la disposición legal que permite enmarcar una determinada situación como un hecho punible, no se puede dictar auto de procesamiento y el juez debe desechar la querella por improcedente, o bien, en el caso que haya estimado necesario realizar de todos modos una investigación al respecto, sobreseer definitivamente. Es decir, se ha de rechazar la práctica de iniciar querellas que se refieren a hechos que no tienen una consecuencia penal, sino únicamente civil, mercantil, etc., pues ello pone en marcha innecesariamente al derecho penal y no hay duda de que el proceso penal es ya una fuente de violencia y restricción de derechos y libertades para una persona. Por eso también si ha resultado necesaria una investigación para determinar la procedencia o no de la querella, sin que se llegue a una determinación de las características del hecho punible, ha de abandonarse la práctica de simplemente sobreseer temporalmente, pues ello sigue dejando la sospecha sobre un ciudadano, a pesar de que no se da la tipicidad, y de ahí que ha de dictarse un sobreseimiento definitivo.

6. También es un principio de carácter formal la irretroactividad de la ley penal, que consagra tanto la Constitución Política como el Código Penal.

Ahora bien, en general se ha considerado que la irretroactividad dice relación exclusivamente con la ley en forma estricta. Pero habría que considerar si tal principio formal también tiene una repercusión en la función judicial en concreto. Es decir, si se estima que la interpretación de la ley implica darle su sentido efectivo y una línea en la jurisprudencia, y por tanto significa una determinada forma de aplicar la ley y de decir la ley, resulta entonces que un cambio en la jurisprudencia es un cambio de la ley vigente y no podrá aplicarse retroactivamente, salvo que sea más favorable al reo[4]. Este planteamiento, sin embargo, no pareciera sustentable, pues nuevamente significaría equiparar la función del juez con la del legislador. Así, por ejemplo, cuando por mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia estimaron que no era posible la violación de una prostituta, lo que varió al considerarse que lo protegido en este delito no era la honestidad, sino la libertad sexual, es evidente que ello no puede equipararse a una modificación legal, sino simplemente a la eliminación de un prejuicio del juzgador. Equiparar el cambio en la jurisprudencia con la modificación legal, afectaría al principio general de legalidad de los delitos y las penas. Naturalmente el problema cambia radicalmente para una posición que sostenga que el juez es el creador del derecho.

De todos modos, podría subsistir la duda respecto de un cambio en la jurisprudencia más favorable al reo. Pero no se trataría de la cuestión de la retroactividad más favorable, sino de una cuestión diferente. En efecto, el principio de legalidad rige para la creación o agravación de los delitos y las penas, pero no para su derogación o atenuación. Ello puede darse a partir de cualquier fuente del derecho, no solo la ley, conforme al ordenamiento jurídico en general. En ese sentido, podría darse una analogía favorable al reo y aplicarse tanto a los ya condenados como a los que están cumpliendo condena. En todo caso, sería recomendable de *lege ferenda* establecerlo si se estima que nuestra legislación actual no posibilita tal solución.

7. En la función judicial tienen especial relevancia los principios de carácter material penal, pues sin ellos resulta difícil entender la función del juez en el proceso. De alguna manera la doctrina se ha preocupado solo de los principios formales en cuanto al proceso penal, ya sea en cuanto a la repercusión de los principios formales del derecho penal en el proceso (principio de legalidad en relación con el proceso como con el juez) como también en el desarrollo de principios formales garantistas propios, como el del debido proceso. Por eso resulta importante considerar los principios de carácter material penal y su repercusión en el proceso, en la medida que no se puede escindir proceso y derecho penal, salvo por una cuestión exclusivamente metodológica. Es decir, junto a los principios materiales desarrollados en el proceso penal, como es el principio de presunción de inocencia, es necesario considerar también los principios materiales penales, que en definitiva no pertenecen solo al derecho penal, sino a todo el sistema de control penal, y que son un límite a la intervención punitiva del Estado, en la cual el proceso es un aspecto básico e ineludible.

[4] Ciertamente esta no es una cuestión pacífica en la doctrina. Cfr. a REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF, *Strafrecht*, München, Allgemeiner Teil, 1, Müller, 1977, pág. 165; CLAUS ROXIN, *Strafrecht*, Berlin, Allgemeiner Teil, Beck, 1992, págs. 86 y ss. Pero la posición dominante es que la irretroactividad no rige en relación con los cambios en la jurisprudencia.





8. *La necesidad de la pena.* El primer principio material básico que traspasa todo el control penal es el de que la pena solo es una cuestión de necesidad[5], no se corresponde por tanto con un fundamento trascendental perteneciente a la naturaleza de las cosas ni a ningún otro que permita su legitimación, solo hay razones de plausibilidad que la hacen, como señalaban los autores del Proyecto Alternativo alemán de 1967, una amarga necesidad. El nacimiento del Estado moderno, de la modernidad, como hemos visto en BECCARIA o en FEUERBACH, está marcado por esa línea de pensamiento, que lo diferencia del Estado autoritario anterior. Un planteamiento sustancial garantizador del ciudadano solo podía desarrollarse a partir del desmonte de la ideas absolutas sobre la pena y su reemplazo por el relativismo deslegitimador.

Esto quiere decir que en lo relativo al proceso, el juez ha de tener claro que la pena es una cuestión de necesidad y no de legitimidad, y además que el delito y el delincuente no son una cuestión ontológica ni metafísica ni de ciencia natural, sino simplemente de definición política. Ello implica que el juez penal ha de estar plenamente consciente de que el derecho penal es *extrema ratio*, esto es, un control extremadamente formalizado del Estado que solo se aplica en último término, cuando han fracasado todos los otros controles. Por eso es de carácter subsidiario y, por tanto, de acuerdo con la interpretación estricta, conforme al principio de legalidad, ha de desechar como cuestión penal todo aquello que puede ser solucionado eficazmente por otros controles jurídicos, como sancionatorios civiles o penales administrativos. Es decir, ante la duda frente a un determinado asunto, que podría resolverse por la vía civil o mercantil u otra ajena al sistema penal, este ha de rechazar su competencia. En caso contrario, cada vez más se producirá la tendencia a entablar cuestiones no penales mediante acciones ante la jurisdicción criminal, con un abuso del sistema y con el único objetivo de lograr una presión o coacción indebida sobre un deudor u otra persona. Lo cual tendrá diferentes efectos negativos: se revertirán las garantías penales, ya que ellas resultarán una farsa si se aplican a una materia que por principio nunca debió ventilarse en sede penal; la pena y el proceso penal se convertirán en *prima ratio* y no en *extrema ratio*, con lo cual se provoca una perversión en las relaciones sociales de las personas, pues habrá un acostumbramiento a la violencia y la coacción que significa el sistema penal; los tribunales en lo criminal se atiborrarán de asuntos, con lo cual precisamente no tendrán la eficacia que se requiere en aquellos casos propiamente penales.

Avanzando más aún, conforme al principio de necesidad, en el ejercicio de la acción pública ha de regir el principio de oportunidad, lo cual no está en contra del principio formal de legalidad de los delitos y las penas, puesto que cuando se estime oportuno perseguir, es decir cuando sea necesario, ello ha de hacerse conforme al principio de ley, ley estricta e irretroactiva.

Aplicado consecuentemente el principio de necesidad implica ineludiblemente el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Si el ejercicio de la acción

[5] Cfr. a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, Barcelona, Edit. Ariel, 1989, págs. 43 y ss.

penal no es oportuno, es precisamente porque la resolución del conflicto sobre el que recae no requiere de este medio de control, esto es, aplicación del principio de *extrema ratio* de la intervención penal, lo que a su vez aparece confirmado desde la perspectiva del carácter subsidiario de ella, si no es oportuno es porque la resolución del conflicto se puede lograr mediante otros medios de control.

Más aún, la aplicación consecuente del principio de necesidad de la pena y de sus derivados de *extrema ratio* y subsidiariedad del derecho penal, llevan a que el juez o el fiscal tengan que considerar que su función es limitada y no exclusiva, y así no solo a rechazar la función inquisitiva, sino aun la acusatoria del proceso penal y considerarlo más bien como un proceso de partes, cualquiera otra perspectiva contradice el principio de que la pena es solo una cuestión de necesidad y que delito y delincuente es solo una cuestión de definición política. Esto es, que la función del juez en el proceso no es apropiarse del conflicto de las partes, sino de garantizar los derechos fundamentales y de salvar las desigualdades o abusos de poder.

9. *El bien jurídico*. Consecuencia material del principio de necesidad de la pena es el de lesividad, esto es, el derecho penal protege bienes jurídicos[6] y por tanto la intervención punitiva del Estado solo se produce frente a afecciones efectivas a ellos. Los bienes jurídicos están determinados normativamente desde el conflicto de necesidades que se dan en las relaciones sociales, por eso surgen desde la relación social e implican la selección de una determinada relación social. Son una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica[7].

De ahí que la función judicial ha de estar enmarcada en primer lugar en la investigación de la afección del bien jurídico, por tanto no se trata simplemente de la comprobación de los elementos del tipo legal, sino de estos en función del bien jurídico, pues solo así se puede construir materialmente el principio de determinación o taxatividad.

Esto implica que en la función judicial se ha de tener en cuenta esta realidad social y ello tiene que influir especialmente en lo esencial del proceso que es la prueba, estas han de acomodarse al conflicto social y consecuentemente habrá de haber libertad en los medios de prueba y a su vez su valoración ha de quedar entregada a la discrecionalidad del juez, por cuanto lo esencial es su convicción fundamentada al momento de decidir.

Ahora bien, y como ya señalábamos anteriormente, el juez no debe llevar a cabo una aplicación simplemente del tenor literal de la disposición que contiene un hecho punible y las que lo complementen, sino conforme a una interpretación valorativa que ha de partir del bien jurídico, ya que los tipos legales tienen por función precisamente recoger un ámbito situacional en el que se da una relación social, recortado desde el bien jurídico. Por eso, no se trata tampoco de que el juez aplique sus prejuicios, ya que

[6] Cfr. al respecto la obra de HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Santiago de Chile, Edit. Conosur, 1992.

[7] Véase a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 55.





ello significaría desconocer todo el sistema de garantías no solo formales, transformándose en legislador, sino también materiales, erigirse en emisor de valores.

Pero no solo eso. Partiendo del carácter subsidiario del derecho penal y de que el proceso penal ha de ser primeramente un proceso de partes, el principio de lesividad y del bien jurídico llevan a considerar que el Estado no puede sustraer a las partes su conflicto ni actuar como tutor de ellas.

En ese sentido ha de considerarse en especial la función de la víctima[8], dentro del proceso ya que es ella en primer lugar el referente o destinatario inmediato de la protección de bienes jurídicos, luego en ese sentido ha de tomarse en cuenta su voluntad en la resolución del conflicto, que puede tener una alternativa de satisfacción diferente a la pena. De ahí que la función judicial tiene que promover las formas de conciliación, es decir, que habiendo un acuerdo entre las partes para solucionar su conflicto, el juez debe tener la capacidad para dar término al proceso. El juez entonces ha de tener la función de promover la conciliación, de modo que en cualquier momento del proceso surja una alternativa diferente a la pena. Tal proceder tiene diferentes aspectos positivos: en primer lugar, satisface mejor las necesidades de la víctima, con lo cual se obtiene una mejor protección de los bienes jurídicos y de ese modo se logra un mayor sentimiento de seguridad entre los ciudadanos; por otra parte, se obtiene de modo incomparablemente superior a la pena, una mejor integración social del autor, por cuanto este tiene una actitud positiva y activa en la resolución del conflicto, lo cual a su vez redunda en una mejor protección de los bienes jurídicos y un aumento de la seguridad ciudadana, y por último, el juez cumple una función más propia de la justicia, esto es, velar por el respeto a los derechos fundamentales tanto de la víctima como del autor y con ello dar realmente a cada uno lo que es (o siente) suyo, sin que se produzcan desigualdades o abusos.

Pero la consideración del principio de lesividad y del bien jurídico en relación con la víctima obliga al juez a tener también una actitud diferente frente a la víctima, con el objeto de que, como se ha señalado en la victimología moderna, no se produzca una segunda victimización. La primera victimización se produce con el delito, pero la segunda se puede producir en la relación de la víctima con el proceso penal, por cuanto, como sucede a menudo, el trato que recibe puede ser sumamente estigmatizador y afectante de su dignidad personal, lo que en especial se produce en ciertos delitos, como en aquellos contra la libertad sexual o los de violencia intrafamiliar. Luego el juez ha de velar porque la víctima no sufra una segunda victimización. Y aquí ciertamente el concepto de víctima del proceso sufre una ampliación lógica, pues no solo puede ser victimizada por el proceso la víctima del delito, sino también sus familiares, los testigos y aun el propio presunto autor y sus familiares. De modo que nuevamente surge para el juez desde esta perspectiva el velar por los derechos y garantías de todas las partes en el proceso.

[8] Cfr. a ELENA LARRAURI PIJOAN, "Victimología", en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1992, págs. 281 y ss.; JULIO MAIER, "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y de las víctimas*, ed. cit., págs. 183 y ss.

10. *La autonomía ética de la persona.* El principio de autonomía ética de la persona deriva de la dignidad de la persona[9], que es el fundamento de la responsabilidad y consiguientemente de la exigibilidad.

La persona no es un ente dependiente del Estado ni sometido a su tutelaje, sino que tiene autonomía ética, esto es, tiene capacidad de respuesta propia, toda persona por ser tal tiene el reconocimiento de su capacidad de respuesta, su quehacer se basa en sus respuestas frente a sus necesidades. Ahora bien, la posibilidad de exigir una respuesta determinada por el Estado implica que este le ofrezca y desarrolle las condiciones necesarias para esa respuesta. Por eso responsabilidad es siempre exigibilidad, esto es, la cuestión es saber qué puede exigir el Estado como respuesta específica de una persona determinada.

El principio de la autonomía ética de la persona, por una parte, está en relación con la presunción de inocencia, y, por otra, con el principio *in dubio pro reo.* El primero dice relación con la posición de la persona durante todo el proceso y, por tanto, con la actitud que han de tener todos los operadores del proceso con el presunto culpable. El segundo con la actitud que ha de tener el juez al momento de resolver conforme a los medios probatorios a su disposición. La autonomía ética de la persona obliga al juez y a los demás operadores del proceso a excluir toda suerte de estigmatización del presunto culpable, pues ello afectaría su autonomía ética e implicaría por anticipado la exigencia de una determinada respuesta, lo cual solo puede darse al momento de la sentencia.

Por otra parte, el hecho de que la responsabilidad es exigibilidad, esto es, qué es lo que puede exigir el sistema de la persona, implica analizar y tener en cuenta qué condiciones ha desarrollado el sistema para posibilitar tal respuesta, obliga a que el juez examine en profundidad todas las circunstancias personales y sociales en que ha actuado la persona, y en ese sentido cuales eran las alternativas reales de la persona frente al sistema, ese es el fundamento del principio *in dubio pro reo.*

11. *Indemnidad de la persona.* El principio de la indemnidad de la persona deriva también del de dignidad de la persona.

Este principio conduce a considerar que la pena o cualquier otra forma de restricción de los derechos de la persona nunca debe afectar a la persona en cuanto tal y que además debe afectarla lo menos posible en su desarrollo, la esencia de sus derechos ha de mantenerse siempre incólume tanto por la ley como por la autoridad, luego en primer término por el juez. De ahí que no puedan imponerse no solo vejaciones inhumanas, como la tortura y el tormento, sino que tampoco es posible la aplicación de la pena de muerte, de la privación perpetua de libertad o penas excesivamente largas privativas de libertad, en general, pues, ninguna pena que afecte a la persona y sus derechos en su esencia de tal[10].

[9] Cfr. a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., págs. 56 y ss.; véase a ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde,* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1961, págs. 233 y ss.

[10] Como señala consecuentemente la Const. Pol. chilena de 1980 en el art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo





Esto significa, además, que el juez nunca ha de aplicar la prisión preventiva como una pena anticipada y que debe estar en función estricta del aseguramiento del curso del proceso y tener por tanto un plazo corto prudencial.

Por otra parte, el juez ha de aplicar la pena conforme al principio de proporcionalidad, esto es, en razón de la gravedad del injusto cometido, pero también de acuerdo con lo que el sistema podía exigir de la persona.

Pero, además, el juez ha de hacer un seguimiento de la pena impuesta, por cuanto en su aplicación se puede producir y se produce a menudo en los hechos una afección mayor a los derechos de la persona y a su autonomía ética. De ahí la necesidad de la existencia de un juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución de penas.

En definitiva, el juez y los demás operadores del proceso no pueden prescindir en su función de los principios garantistas del derecho penal moderno, que en verdad van más allá que él y son propios a todo el sistema penal.

Ahora bien, todos estos principios garantistas solo se pueden plasmar en un proceso garantista y en ese sentido solo un proceso que sea la plasmación de los principios garantistas procesales de oralidad, inmediatez y publicidad, podrá dar realidad a los principios garantistas de todo el sistema penal.

autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Conforme a este enunciado resulta consecuente y coherente sostener que no es posible aplicar la pena de presidio perpetuo que se contempla en el Código Penal, pues con ello se afecta la esencia del derecho de libertad e igualmente penas excesivamente largas de privación de libertad, pues ello impide su libre ejercicio. Pero no solo eso, es evidente además que la Constitución resulta contradictoria en sí misma, dado que en el propio artículo 19.1°, inciso 3°, contempla la posibilidad legal de la pena de muerte, lo cual ciertamente afecta la esencia del derecho a la vida, que es el jerárquicamente más importante de todos los incluidos en el art 19, luego con mayor razón ha de aplicársele la disposición del núm. 26. Luego una interpretación coherente de la Constitución Política debe llevar a estimar inconstitucional una ley que establezca la pena de muerte.

Más aún, ello resulta intensificado en relación con las autoridades, con los jueces al dictar sentencia, y en específico también respecto al presidente en su facultad de indultar, ya que el art. 5°, inc. 2°, señala: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Es evidente entonces que al relacionar este artículo con el 19 y especialmente con su núm. 26, aparece que las autoridades no podrían aplicar la pena de muerte.

# El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*

*José Luis Díez Ripollés***

## 1. El orden social

Tras las modernas aportaciones de Rawls y Habermas se ha producido una profunda revitalización de la idea contractualista como criterio legitimador del orden social. Con ellos, sin embargo, este tradicional y fecundo criterio fundamentador de las sociedades modernas ha terminado asumiendo en un grado hasta ahora desconocido el carácter contingente de sus contenidos, alejándose en alguna medida de los planteamientos kantianos que a partir de cierto momento consolidaron la teoría clásica del contrato social.

Aunque desde un análisis sociológico pudiera parecer sorprendente ese afán revitalizador de los contenidos del contrato social en una época de profunda integración de culturas diversas en sociedades cada vez más homogéneas, el énfasis puesto en la pluralidad de alternativas morales y políticas pretendidamente existente en nuestras sociedades, o en su escasa toma en consideración, ha permitido situar en primer plano el análisis del procedimiento mediante del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre las cuestiones políticas y sociales centrales[1].

* Este trabajo ha sido realizado con motivo de una ponencia presentada al Congreso internacional en conmemoración del 75 aniversario del Código Penal argentino, celebrado en Buenos Aires en agosto de 1997. Publicado en *Jueces para la Democracia*, núm. 30, Madrid, 1997.

** Catedrático de derecho penal en la Universidad de Málaga, España.

[1] Cfr. a Ona Vallespín, *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick, Buchanan*, Alianza Universidad, 1985, págs. 15 a 29, 33 a 39 y 50 a 134; del mismo, "Diálogo entre gigantes. Rawls y Habermas", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 55, 1995.

Ahora bien, los avances registrados en la identificación y superación de las barreras comunicacionales que obstaculizan la obtención de ese consenso básico[2], han sentado simultáneamente las bases para una extensión del consenso social a ámbitos sociales hasta hace poco sustraídos en buena parte a la discusión pública interciudadana y que, sin constituir el núcleo primario del orden político, se ocupan de aspectos fundamentales de la convivencia social. Este sería el caso de la política criminal.

## 2. El orden social constitucional

En cualquier caso, no debe olvidarse que en una sociedad que se ha dotado democráticamente de una Constitución es esa norma legal la que recoge el contenido básico del acuerdo social, condicionado históricamente y desde luego susceptible de modificación, al que se ha llegado para el ejercicio del poder.

En las más recientes Constituciones se tiende a especificar no solo, como venía siendo habitual, los procedimientos formales de ejercicio del poder, esto es, la estructura política del correspondiente Estado, sino igualmente los objetivos que deben perseguirse con ella. Esto ha dotado a las citadas normas fundamentales de un pequeño grupo de principios o valores superiores que deben inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos; por lo demás, ellos suelen ir referidos a un extenso catálogo de derechos fundamentales, libertades públicas o garantías individuales, que supera con creces la tradicionalmente breve enumeración existente en Constituciones precedentes[3].

La profunda imbricación entre poder y derecho a que da lugar ese acertado condicionamiento, constitucionalmente prescrito, del ejercicio de los poderes públicos a la consecución de determinados objetivos, origina un notable enriquecimiento de los contenidos del contrato social, ya no limitado sustancialmente a describir el *procedimiento* acordado que va a legitimar el ejercicio de la fuerza, sino interesado en asegurar que esta persiga determinados fines, que sin duda trascienden holgadamente al mero mantenimiento del orden o la paz públicos.

De este modo se logra introducir dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas, cuyo rango normativo les otorga una capacidad limitadora o promotora de actuaciones de los poderes públicos de tal naturaleza que los convierte en referencias imprescindibles de toda crítica a la vigente realidad social y de todo afán de modificación social[4].

[2] Véase sintéticamente a Habermas, "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der komunikativen Kompetenz", en *Theorie der Gessellschaft oder Sozialtechnologie*, Suhrkamp, 1974, págs. 101 a 140; Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito*, Tirant lo Blanch, 1990, págs. 198 a 204.

[3] Ese es el caso de la Constitución española de 1978, especialmente en el art. 1.1 y en el tít. I, y de la Constitución argentina de 1994, especialmente en su primera parte a partir del art. 14 y en diversos lugares del art. 75.

[4] Véase a Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 11 y ss.





En conclusión, si las nuevas elaboraciones filosóficas contractualistas están posibilitando, aun quizás sin pretenderlo, una extensión de la discusión y los acuerdos sociales a ámbitos hasta ahora no siempre insertos suficientemente en el contrato social, las nuevas Constituciones están forzando órdenes de convivencia social en los que el monopolio de la fuerza está más condicionado que nunca a la persecución de unos objetivos cuya legitimidad deriva en último término del consenso social que los soporta.

## 3. El control social como factor configurador del orden social

Pero un orden social, cualquiera que este sea, no se logra mediante un simple acuerdo sobre sus contenidos. Exige una profunda involucración de muy diferentes instituciones sociales, sean de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunidad local..., sean de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía... Todas ellas aportan su colaboración para asegurar que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, esto es, respetuosos con los contenidos del orden social acordados.

Un análisis coherente del funcionamiento de tales instituciones se logra por medio de su inserción en el sistema de control social irrenunciable en toda sociedad: este tiene la misión de garantizar el orden social, sea socializando a los ciudadanos por medio del fomento de la interiorización en ellos de los comportamientos sociales adecuados, sea estableciendo las expectativas de conducta tanto de los ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada. Son tres elementos fundamentales del sistema de control social en su conjunto, al igual que de los diferentes subsistemas en que aquel se descompone según el ámbito social en el que se actúe: la norma, la sanción y el procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción imponible y del cumplimiento de esta[5].

El derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes, persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, normas, sanciones y proceso. Ahora nos interesa, sin embargo, destacar una serie de aspectos del subsistema penal de control social:

Ante todo, la virtualidad limitada de sus objetivos, de tal forma que desligado el derecho penal de los otros subsistemas de control social carece de eficacia para asegurar la vigencia de sus normas. Esta constatación, válida para todos los subsistemas y que pone de manifiesto su necesaria interacción recíproca, impide que el derecho penal se atribuya tareas irrealistas como agente de transformación social y le fuerza a definirse

[5] Véanse dentro de la abundante bibliografía sobre el control social, a Pitts-Etzioni, voz "Control social", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid, Edic. Aguilar, págs. 160 a 171; Clark-Gibbs, "Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung", en *Seminar Abweichendes Verhalten, I. Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Hrg. Lüderssensack, Suhrkamp, 1974, págs. 153 a 171; Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, C. H. Beck, 1981, págs. 293 a 294 (hay traducción española de Muñoz Conde-Arroyo Zapatero en Bosch, Casa Editorial).

ámbitos de protección, prever sanciones y regular procedimientos de un modo sustancialmente coincidente al de los otros subsistemas de control social.

En segundo lugar, su reducido campo de actuación, derivado de su consideración, por motivos que ahora no vienen al caso, como último recurso del que dispone el control social, que limita su intervención a los comportamientos que cuestionan los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y siempre que la ausencia de una enérgica reacción frente a ellos vaya a dar lugar a una intensa o rápida desorganización social.

Por último, su alto grado de formalización, notablemente superior al de los otros subsistemas, que refleja su estrecha vinculación a postulados propios del liberalismo político, y que en este caso se pueden resumir en el temor de que la intervención del Estado sobre los derechos de los ciudadanos termine siendo arbitraria, algo que se presenta al alcance de la mano de los poderes públicos dados los conflictos especialmente graves a resolver y la consecuente trascendencia de las sanciones a imponer en este ámbito del control social[6].

## 4. Modelos de intervención penal en el marco del control social

La caracterización acabada de realizar de los rasgos más sobresalientes del derecho penal en sus correspondientes tareas de control social guarda estrecha relación con uno de los modelos de intervención penal defendidos en las últimas décadas, el que propugna un derecho penal garantista. Sin embargo, antes de seguir adelante, debemos pronunciarnos sobre los otros dos modelos de intervención penal objeto de discusión en tiempos recientes[7].

Las tesis abolicionistas, con su consideración del delito como un conflicto entre intereses contrapuestos de las partes que el derecho penal actual no solo es incapaz de evitar, sino igualmente de atender a las necesidades de la víctima o de ayudar al delincuente, ni se postulan para la resolución de los conflictos ligados a la criminalidad grave, ni suponen abandonar el ámbito del control social sino simplemente trasladar la problemática a otro subsistema de este en el que se pierden las importantes ventajas del

[6] Sobre los rasgos del derecho penal como subsistema de control social véanse Hassemer, *op. cit.*, págs. 295 a 297; Hassemer-Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1989, págs. 116 y 117; Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Fundación Universidad de Jerez, 1985, págs. 36 a 41.

En cualquier caso, todo análisis teórico sobre el control social en la sociedad moderna, así como sobre el papel de las instituciones penales al respecto, no puede prescindir del enfoque fuertemente crítico aportado por Michel Foucault. Cfr., en ese sentido, a Foucault, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI Editores, 1978, págs. 11 y ss.; del mismo, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Edit. Gedisa, 1983, págs. 91 a 96 y 117 a 137; sintéticamente, Sauquillo, "El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault", en *Historia de la teoría política*, 6, Vallespin ed., Alianza Editorial, 1995, págs. 259 a 305.

[7] Véase una interesante exposición de los tres modelos en Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Casa Editorial, 1992, págs. 18 a 41.





control social formalizado propio del derecho penal, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes, neutralizadora de sus diferencias sociales y económicas.

La ideología del tratamiento, con su absolutización de la resocialización del delincuente en detrimento, si es preciso, de la seguridad jurídica, ha tropezado ante todo con su ineficacia, por la insuficiencia de las técnicas disponibles, pero también con su injustificada localización en la desviación individual desconsiderando los aspectos sociales, y no en último término con la injerencia injustificable en la personalidad del individuo que conlleva.

Por el contrario, el auge actual del derecho penal garantista quizás sea explicable, no tanto por tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamientos *eclécticos* sobre la legitimación del derecho penal, con el efecto aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra *escéptico* respecto a las posibilidades del derecho penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo de no agotar las potencialidades de cada una de ellas[8].

En efecto, estamos ante un derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales: su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas. Su configuración como un derecho penal mínimo, que aspira fundamentalmente a frenar las pretensiones ampliatorias de los mecanismos preventivo-generales, por la vía de identificar el límite superior, que no debe ser superado, de su contribución al control social. Y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se provean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales sobre los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

## 5. Los principios estructurales de la intervención penal garantista. Los principios estructurales de protección

En el marco conceptual sentado en las páginas precedentes podemos identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección, de la responsabilidad, y de la sanción:

[8] Resulta al respecto muy sugestiva, aunque a nuestro juicio exagerada, la tesis de Zaffaroni, expuesta en "Abolicionismo y garantías. Jueces para la democracia", *Información y Debate*, núm. 24, 1995, págs. 23 y ss., por la que se produciría un acercamiento entre el abolicionismo y el derecho penal garantista pues este renunciaría en todo momento a legitimar la intervención penal, contentándose con reducirla o interrumpirla por medio de sus límites garantistas. Con ello, en la práctica, trabajaría en la misma línea del abolicionismo pero desde el interior del sistema.

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos que protege el derecho penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

Sin perjuicio de las profundas interrelaciones que se producen entre estos tres grandes bloques, el objeto de nuestro trabajo nos encamina al análisis del primero de ellos. Dentro de él muestran inequívocamente su relevancia los siguientes principios:

El *principio de lesividad,* que ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal a otra material y que se suele plasmar en la idea de la dañosidad social, plantea dos exigencias fundamentales a la hora de incriminar una conducta: debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre autor y víctima; y sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico-sociales. Será por medio de este principio como se logrará una adecuada distinción entre derecho penal y moral[9], y en él encontrarán un importante campo de aplicación las aportaciones de las ciencias sociales.

El *principio de intervención mínima,* basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del derecho penal, que llegaría de la mano, de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos mediante este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida. En su virtud surgen dos subprincipios, el del carácter fragmentario del derecho penal, que constriñe a la salvaguardia de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social-jurídicos.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, en la medida que no cabe ignorar que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva, por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y, por otro, de la perplejidad que suscita la creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control.

En directa relación con el subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la *relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador,* dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar sus semejanzas. Por el momento, los intentos

[9] Véase al respecto a DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante el sexo,* Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 34 a 36 y 77 a 83.





de encontrar una distinción cualitativa entre los intereses sociales a defender por una u otra rama del ordenamiento jurídico han fracasado[10], lo que se hace especialmente evidente tras la inclusión en los códigos penales más recientes de bienes jurídicos directamente conectados a las necesidades organizativas de la sociedad del bienestar[11]. A su vez, la diferenciación cualitativa entre las sanciones ha quedado prácticamente limitada a la imposibilidad de la administración pública de imponer sanciones privativas de libertad[12], lo que no impide hacer uso de sanciones pecuniarias que hace tiempo que han superado en carga aflictiva a las procedentes del orden jurisdiccional penal. Por si fuera poco, en las últimas décadas hemos podido percibir la relación en extremo dinámica existente entre ambos órdenes normativos: si en los años 60 y 70 se produjo un poderoso movimiento despenalizador en Europa occidental, que en parte determinó el enriquecimiento del derecho administrativo sancionador, en los años 80 se está produciendo un fenómeno inverso de desadministrativización que traslada al derecho penal contenidos no incluidos antes en él.

Las actitudes resignadas a ver solo entre ambos órdenes normativos una distinción meramente cuantitativa suponen sin duda un nuevo frente de debilitamiento de la vigencia del principio de intervención mínima en derecho penal. La indudablemente acertada exigencia de que un derecho administrativo sancionador tan cercano al derecho penal debe asumir en buena medida los principios garantistas penales[13] no debe eximirnos de la tarea de lograr diferencias sustanciales entre ambas ramas del derecho: en caso contrario no será la menor de las consecuencias negativas el nuevo avance en la difuminación de la división de poderes.

Por lo demás, todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los *límites que son inherentes a la política criminal,* sin pretender desarrollar tareas que solo competen a una política social en toda su extensión[14]: mientras esta puede asumir legítimamente labores de transformación social, que tenderán a aproximar la estructura y realidad sociales a aquellos fines superiores, eventualmente constitucionalizados, que inspiran el consenso social

[10] Véase un análisis detenido sobre los diferentes intentos en CEREZO MIR, *Curso de derecho español,* Parte general, I, 5ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1996, págs. 43 a 53.

[11] Piénsese, en el nuevo Código Penal español, entre otros en los delitos contra la hacienda pública, contra la seguridad social, contra la ordenación del territorio, o en las nuevas figuras de los delitos contra la administración pública.

[12] El art. 25.3 de la Constitución española prohíbe a la administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiriamente, impliquen privación de libertad.

[13] Lo que en España se ha plasmado, tanto en la constitucionalización del principio de la legalidad formal y material, y del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (Const. Pol. esp., arts. 25.1 y 9.3 CE) para el derecho administrativo sancionador, como en el desarrollo de tales principios y adición de otros nuevos también procedentes del garantismo penal mediante la ley 30 de 1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común. Véase un análisis de ello en CEREZO MIR, *op. cit.,* págs. 53 a 55.

[14] Sobre las relaciones entre política social y política criminal, véase a ZIPF, *Introducción a la política criminal,* Madrid, Edersa, 1979, págs. 158 a 168.

alcanzado, la política criminal debe limitarse a contribuir al control social, que no es más que un aspecto que debe desarrollar la política social. En este sentido, carece de legitimación para ir más allá del control de la desviación. Resultan preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos *socialmente integrados*, pero sentidos en cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados. La utilización del derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias.

Un tercer *principio*, el de *neutralización de la víctima*, no debe quedar sepultado bajo las modernas demandas de introducción de medidas de reparación de la víctima por el delincuente. La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo derecho penal garantista:

La atribución a la víctima de posibilidades por lo general bastante limitadas de actuación en el marco del proceso penal, a diferencia de las que dispone en el ámbito del proceso civil, se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada, aun en sus formas enmascaradas, de evitar la socialización de los intereses de la víctima, en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales comentadores por diversas razones de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente; de evitar una legislación simbólica, tranquilizadora de las víctimas pero carente de efectividad, y en último término de posibilitar un derecho penal que, por estar centrado en una eficaz protección de la sociedad, debe seguir girando en torno al delincuente real o potencial, al ser este el punto de referencia de la prevención[15].

## 6. La necesidad de una teoría sobre la legislación penal

Identificadas las pautas valorativas más generales que han de delimitar los contenidos que debe proteger el derecho penal, conviene que nos detengamos en el modo como habitualmente se produce en nuestras sociedades una modificación legal jurídico-penal, antes de seguir avanzando en sucesivas concreciones valorativas.

El proceso de surgimiento de una ley penal está lejos de limitarse al procedimiento constitucionalmente previsto para su tramitación a partir de la iniciativa del ejecutivo o del legislativo[16]. Antes de ello se ha producido un complejo *fenómeno sociológico* que podría dividirse en cinco fases[17]:

[15] Véase una defensa nítida de este principio en Hassemer, *Einführung...*, ed. cit., págs. 64 a 71.

Resulta al respecto especialmente preocupante alguna iniciativa legislativa española, en proceso de elaboración, que parece querer vincular en medida variable la adopción judicial de sustanciales decisiones sobre ejecución de la pena por el delincuente, entre las que no se descartan la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena o la obtención de la libertad condicional, a la opinión de la víctima.

[16] Véanse, por ejemplo, los arts. 87 a 89 de la Constitución española o los arts. 77 a 84 de la Constitución argentina.

[17] Véanse a Schneider, *Kriminologie*, Walter de Gruyter, 1987, págs. 792 a 799; Killias, *Précis de criminologie*, Editiones Staempfli, 1991, págs. 368, 384 a 387 y 415 a 422.





En la primera de ellas se comienza a apreciar en la sociedad un cierto desajuste entre una determinada realidad socioeconómica y la situación jurídica encargada de atender a ella, que parece expresar la producción de un determinado cambio social; con independencia de la debida comprobación de si ese cambio es real o aparente, surgen opiniones que defienden la adaptación del sistema jurídico, y en concreto del penal, a las nuevas condiciones.

En una segunda etapa se generaliza en la sociedad un estado de preocupación por esa falta de adecuación entre tal realidad socioeconómica y la jurídica. Se trata en todo caso por el momento de actitudes difusas de malestar o de generación de sentimientos individuales poco precisados de inseguridad. Por lo general se apoyan en la aparición de ciertos casos especialmente llamativos, con frecuencia destacados por los medios de comunicación.

Es en la tercera fase en la que se produce un sesgo determinante, en cuanto los medios de comunicación entren decididamente en acción actualizando y consolidando las actitudes precedentes de la población. Una vez captado el interés social del problema, interés que en ocasiones han podido fomentar ellos mismos en la fase anterior, proceden a darle la visibilidad y autonomía precisas para que se convierta en un auténtico problema social necesitado de solución. Para ello se reiteran las informaciones, se agrupan sucesos hasta entonces no claramente conectados —lo que en ocasiones creará la sensación de estar ante determinadas "olas" de criminalidad—, se multiplican los análisis de urgencia... y, en resumidas cuentas, se sustantiviza y delimita lo que hasta entonces no era objeto más que de una vaga, aunque a veces intensa, preocupación social.

En una cuarta fase comienzan a adquirir protagonismo los grupos sociales de presión, los cuales a veces han podido estar ya activos en la inicial etapa de poner de manifiesto el real o pretendido desajuste social, que pretenden canalizar la preocupación y discusión públicas hacia sus propios intereses, legítimos o no. Se puede tratar de grupos que defienden intereses muy diversos sobre la materia, sean socioeconómicos, morales, ideológicos... sean meramente profesionales o corporativos. El caso es que comienzan a realizar acopio de información, con las correspondientes actividades de investigación y organización de los resultados obtenidos, y a formular propuestas sobre los objetivos que se deberían conseguir con la reforma legal, las cuales ya están revestidas, al menos formalmente, de la pertinente legitimación científico-social. Del problema, por tanto, se han apropiado uno o varios grupos de presión, quienes, sin poderse desviar palmariamente de la naturaleza de las preocupaciones sociales originarias, tienen un amplio margen para reconducirlo en una dirección determinada.

Solo cuando el problema ha adquirido la respetabilidad otorgada por los grupos anteriores[18] tiene aquel expedito el camino para entrar en la fase que permitirá su formulación del modo adecuado para el debate parlamentario de una modificación legal. Es la hora de la burocracia ministerial, que redactará el correspondiente proyecto de

[18] Un ejemplo claro de que tal respetabilidad puede no alcanzarse a pesar de que determinadas demandas estén avaladas por listas millonarias de firmas lo constituye en España el rechazo por las instancias oficiales a introducir las draconianas medidas legislativas contra los delincuentes sexuales solicitadas con motivo de las reacciones emocionales suscitadas entre la población por el crimen de Alcacer (asesinato de tres adolescentes previamente raptadas y sometidas a todo tipo de agresiones y vejaciones sexuales).

ley, o de la burocracia partidista, que hará lo propio con la pertinente proposición de ley. Esta quinta fase, previa a la discusión parlamentaria, se caracteriza por un notable oscurantismo y falta de control, sin que existan mecanismos capaces de garantizar una adecuada cualificación político-jurídica o técnico-jurídica de los elaboradores de los proyectos o proposiciones de ley; los informes externos, en ocasiones legalmente previstos[19], no suelen tener carácter vinculante, con frecuencia deben limitarse a cuestiones técnicas, teniendo vedados pronunciamientos de política jurídica —cuestiones de "oportunidad o conveniencia" en la jerga administrativa— y, al formularse en una fase demasiado avanzada del procedimiento de elaboración de los textos, sus observaciones de calado tropiezan con serias resistencias para su admisión.

Ante esta realidad, no debe de extrañar que cada vez sean más numerosas las voces que aboguen por la elaboración de una *teoría de la legislación*, cuyas exigencias repercutan de modo inmediato en la fase de la elaboración legal en la que intervienen las burocracias así como en las ulteriores etapas de discusión parlamentaria. Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales que, yendo más allá del respeto a las formalidades relativas a la competencia y al procedimiento, previstas en las diversas Constituciones, introdujera una serie de requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales. Entre ellos, y apresuradamente, cabe mencionar: información empírico-social acerca de la realidad sobre la que se va a operar la configuración de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y las consecuencias sociales previsibles de la intervención, análisis fiables del estado de la opinión pública y de la actitud de los grupos de presión o representativos de intereses, manifestaciones de afectados, cálculos de costos económicos de la reforma legal, pronósticos sobre las dificultades de su puesta en práctica, etc.[20].

En ningún caso se pretende con ello cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que este, a la hora de tomar la decisión que solo a él compete, disponga de los materiales cognoscitivos y valorativos imprescindibles. Y para ello parece procedente establecer un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales, cabiendo incluso pensar en el desarrollo de un sistema categorial que deba irse progresivamente superando antes de llegar al momento en que se pueda tomar una decisión legislativa, cualquiera que esta sea[21].

[19] Es el caso en España del Consejo de Estado o del Consejo General del Poder Judicial.

[20] Es interesante destacar cómo la antigua Ley de Procedimiento Administrativo española en sus arts. 129 a 132, vigentes aún en aquellas comunidades autónomas que no hayan legislado en este punto, establecía una serie de trámites previos obligatorios alusivos a algunos de los aspectos acabados de mencionar, que debían ser cumplimentados antes de alcanzar las fases más avanzadas que habían de conducir a la aprobación de disposiciones de carácter general.

[21] Ello es tanto más necesario puesto que las presiones a favor de la consolidación de un derecho penal meramente simbólico son cada vez mayores, y en la medida que la influencia del ejecutivo en la labor del legislativo no deja de crecer en las actuales democracias: se podría llegar a la sorprendente situación de que los controles formales que debe respetar aquel a la hora de dictar disposiciones de carácter general en el ámbito reglamentario los pudiera eludir acudiendo al nivel legislativo formal.





Al fin y al cabo, ese fenómeno ya se ha producido, como todos sabemos, en el ámbito de la aplicación del derecho penal: el alto valor atribuido con razón a la idea de la independencia judicial no ha impedido que el juez penal en la actualidad sienta que deba respetar estrictamente el procedimiento de exigencia de responsabilidad derivado del concepto analítico del delito. Y seríamos bastante hipócritas si añadiéramos que la aceptación judicial de tal estructura conceptual deriva sin más de la obligada vinculación a la ley de todo juez penal: los contenidos del concepto analítico del delito, elaborados, con sus diferentes categorías o subcategorías, en el último siglo y medio, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cotas socialmente aceptables, no solo de seguridad jurídica, sino también de acomodación a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno. La ley penal ha servido en muchos casos solo como pretexto, y en otros se ha limitado a incorporar con posterioridad conceptos o soluciones que ya se venían aplicando en la praxis judicial precedente. Y así sigue siendo hoy en día.

Sin pretender, ni mucho menos, ir tan lejos, resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisional hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del derecho, mientras que el sector de la creación del derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales[22].

## 7. Algunos aspectos destacables de una futura teoría de la legislación penal

Quisiéramos en este apartado ocuparnos sumariamente de dos componentes imprescindibles de toda teoría de una legislación penal, aun siendo conscientes de que dejamos fuera de consideración otros tanto o más importantes.

Ante todo, debe decirse que tal estructura conceptual formalizadora de los procesos materiales de decisión legislativa debería desde luego integrar todas aquellas pautas valorativas generales delimitadoras de los contenidos a proteger por el derecho penal, que hemos ido viendo en los apartados precedentes. En este sentido, los *principios estructurales* de la protección ya aludidos deberán desempeñar una función determinante. Pero además, se debe tender a otra serie de principios, que presuponen a los anteriores, pero que, a diferencia de estos, se encuentran íntimamente ligados a la corrección de una concreta decisión legislativa. Me refiero a los que llamaré *principios coyunturales,* de los que voy a hacer una enumeración probablemente muy incompleta[23].

[22] La posible alegación de la revisión legislativa a través del Tribunal Constitucional, sin obviamente negarle su importante función, no puede ignorar que se encuentra limitada por las conclusiones que se puedan deducir de los contenidos de la Carta Magna. Aquí estamos hablando de algo más que de la mera *compatibilidad* entre el texto constitucional y determinadas decisiones de la legislación ordinaria.

[23] Véanse referencias a algunos de estos principios en Hassemer-Muñoz Conde, *Introducción...*, ed. cit., págs. 79, 84 y 94; Díez Ripollés, *El derecho penal ante...*, ed. cit., págs. 86 a 102, 182, 183, 189, 198 a 201, 254 a 263.

El principio *in dubio pro libertate* corresponde en la creación del derecho, aunque con ciertas salvedades, al principio *in dubio pro reo* vigente en el ámbito procesal de aplicación del derecho, y se encuentra vinculado a una concepción de la sociedad en la que la libertad constituye uno de sus valores superiores. Implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a su lesividad social, al respecto del principio de intervención mínima o de cualesquiera otros principios estructurales; debe regir desde luego en las decisiones de penalizar, pero también a la hora de deslegitimar el mantenimiento de decisiones previas de penalización.

El principio de *tolerancia,* que supone aceptar un cierto nivel de conflictividad social sin una consecuente reacción de las instancias de control jurídico-penal, pese a no haber dudas sobre la lesividad del comportamiento, la concurrencia del principio de intervención mínima... etc. Ello se asume a cambio de los beneficios en libertad individual obtenidos, los posibles errores en las decisiones penalizadoras que se puedan conducir, y la potenciación de una sociedad dinámica abierta a la eventual modificación de ciertas perspectivas valorativas. Naturalmente el alcance de este principio no debe rebasar los límites existentes de cara al mantenimiento de elementos esenciales para la convivencia, cuya localización será diversa en función del grado de estabilidad e integración alcanzados por la sociedad correspondiente.

El principio de *ponderación de daños y ventajas,* con el cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que comporta la penalización o despenalización[24].

El principio de *practicidad procesal,* que prohíbe intervenir penalmente sobre conductas que no son accesibles a las condiciones operativas del proceso penal, sean las inherentes a sus principios fundamentales, sean las producidas contingentemente pero con frecuencia y no superables.

El principio de *abstención de tareas de ingeniería social,* por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre el código moral de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados. Este principio pretende asegurar el rechazo, ya señalado en el marco del principio de intervención mínima, a la asignación a la política criminal de funciones de transformación social. El efecto troquelador de las normas penales, esto es, la capacidad del derecho penal para desencadenar importantes efectos psicológico-sociales de adhesión e interiorización de los valores que fundamentan sus contenidos entre los ciudadanos socialmente integrados[25], no ha de hacer caer en la tentación de penar o mantener la punición más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar los presupuestos esenciales para la convivencia.

[24] En cualquier caso, si tales efectos colaterales son beneficiosos nunca pueden erigirse en la razón más importante para la penalización de un comportamiento, pues se atentaría contra el principio de intervención mínima.

[25] Efectos que son conceptualmente independientes de los conseguidos con la amenaza de la pena sobre los delincuentes potenciales.





Por el contrario, confinado dentro de ese límite tal efecto realiza una beneficiosa función de evitación de alteraciones artificiosas de los valores mayoritarios.

En una teoría de la legislación resulta igualmente ineludible preguntarse cuáles son los puntos de referencia que otorgan legitimidad al poder legislativo para elaborar los contenidos concretos que debe poseer el derecho penal. No se trata naturalmente de replantearse la legitimidad del derecho penal en su globalidad, que ya le hemos reconocido como subsistema de control social de un determinado orden social constitucionalmente establecido, y ajustado consecuentemente a determinados principios estructurales. Ahora nos movemos en un plano inferior, que aspira a descubrir los *criterios de legitimación* de las concretas decisiones de legislación penal. Y al respecto se suele acudir a cuatro grandes puntos de referencia[26].

El primero es el de los criterios ideales. Dentro de ellos, los criterios ideales explícitos intentan fundamentar sus decisiones en un determinado modelo de sociedad, sin alternativas al menos dentro de una época histórica, y en el que por consiguiente no proceden cuestionamientos a partir de la variación de las opiniones o realidades sociales: un fundamento tal se opone desde luego a la relatividad y mutabilidad de los valores sociales propias de toda sociedad pluralista. Más frecuente resulta el enmascaramiento de perspectivas idealistas por medio del criterio basado en personificaciones ideales; las decisiones penales se pretenden, así, vincular a las opiniones que al respecto sustentaría una "persona media", un "ciudadano normal", de nuestra sociedad: los problemas comienzan cuando, por un lado, se constata la vaga generalidad de tales arquetipos, desconsideradora de la variedad de nuestras sociedades en cuanto se desciende a clases o grupos más singularizados, y por otro, y sobre todo al comprobar que tales arquetipos se elaboran a partir de la asunción de los valores más tradicionales de la sociedad, en concreto de la persona conformista, aquella incapaz de ir a contracorriente de los juicios de valor propuestos por las instancias sociales y que no puede tomarse como modelo de ciudadano en una sociedad pluralista que asume su integración por personas autorresponsables y críticas.

Un segundo punto de referencia está constituido por los criterios expertos. En auge con la vigencia de los enfoques funcionalistas en la sociología jurídica, se caracterizan por adoptar un enfoque científico-tecnocrático. Sostienen que sus conclusiones derivan sin apenas mediación de los datos obtenidos de la investigación empírico-social, que se ha ocupado de analizar la realidad social sobre la que es susceptible de operar el derecho penal así como de las consecuencias que devendrían de su intervención. Su legitimidad nacería de su apego a las necesidades objetivas de la sociedad con un nulo o escaso condicionamiento, a diferencia de los otros criterios, por un apriorístico cuadro de valores sociales. Tales enfoques son criticables, ante todo, por su pretendida neutralidad valorativa, ya que se apoyan sin duda en un concreto, aunque latente, modelo de sociedad, cuya no explicación les permite descalificar a las restantes alternativas, tachadas de irracionales con el argumento de que no se cimentan en datos em-

[26] Véase una detenida exposición de la mayor parte de ellos y la correspondiente toma de postura en DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante...,* ed. cit., págs. 175 a 201.

píricos. Por otra parte, su enfoque tecnocrático contradice los postulados de una sociedad pluralista al sustraer en gran medida a los ciudadanos normales la decisión sobre los contenidos del derecho penal. Ambas críticas no deben ensombrecer la meritoria actitud de fondo que subyace en estas tesis: el análisis previo de la realidad social constituye un elemento fundamental para sentar las bases de una discusión racional a la hora de tomar decisiones sobre los contenidos del derecho penal. Pero no elimina el carácter valorativo en último término de tales decisiones.

En marcado contraste con los criterios anteriores, que podemos denominar criterios constitucionalistas, consideran que es en la norma fundamental, por lo general dotada de un amplio elenco de derechos fundamentales, garantías individuales y principios rectores de la política social y económica, donde ya se han tomado las decisiones de política criminal, de modo que el legislador ordinario solo debe ocuparse de explicitarlas adecuadamente. Esta absolutización del texto constitucional ignora ante todo la complejidad y mutabilidad de las actuales sociedades y la pluralidad de frentes sociales a los que debe atender la política criminal, aun con un escrupuloso respeto del carácter del subsidiario del derecho penal. Sin duda resultará ilegítima cualquier decisión legislativa que se oponga frontalmente a lo dispuesto en la ley básica que estructura el consenso social alcanzado, sea en preceptos concretos, sea en sus principios inspiradores, pero la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación negativa de un buen número de decisiones de política legislativa criminal. Podríamos decir que ella delimita el campo de juego donde debe dirimirse la contienda sobre los comportamientos que atentan contra los presupuestos esenciales para la convivencia, pero el reglamento de juego queda en las manos de la legislación ordinaria. Ese margen de autonomía otorgado a la legislación ordinaria fomenta, por lo demás, sociedades dinámicas, abiertas a modificaciones valorativas de importancia, que pueden en determinado momento dar lugar a reformas constitucionales, sin que la norma fundamental se convierta en una rémora para la paulatina evolución de las concepciones sociales[27].

A nuestro juicio, sin olvidar la función que desempeñan los dos criterios precedentes, el genuino criterio legitimador es el configurado por las convicciones generales, que podríamos denominar también democrático, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias, históricamente condicionadas en sus valoraciones, las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, basada en ciudadanos autorresponsables y críticos a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran fundamento imprescindible para la convivencia.

Naturalmente, en coherencia con los principios estructurales del derecho penal, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Tales mayorías, por otra parte, han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, esto es, ha de penarse

[27] Véase específicamente sobre este criterio también nuestras opiniones en DÍEZ RIPOLLÉS, "Bien jurídico y objeto material del delito de aborto", en *La reforma del delito de aborto;* DÍEZ RIPOLLÉS coordinador, *Comentarios a la legislación penal,* t. IX, Madrid, Edersa, 1989, págs. 18 a 20.





lo que prácticamente todos creen que debe ser considerado delictivo, y no lo que cada uno de los grupos de presión social creen por su parte que debe criminalizarse; el empobrecimiento de contenidos del derecho penal que tal modo de proceder conlleva corresponde, coherentemente, al principio de intervención mínima.

Por otro lado el criterio propugnado presupone una decidida utilización de métodos demoscópicos, como instrumentos de especial relevancia para dotarle de auténtico contenido, con más motivo si se piensa que se dispone ya de técnicas suficientemente fiables; su desacreditación encubre con alguna frecuencia, en lugar de razonables cuestiones metodológicas, un deseo de los legisladores de reservarse para sí la concreción de lo que opinan las mayorías sociales, con los riesgos ya vistos[28].

## 8. El bien jurídico protegido como instrumento de concreción de los contenidos penalmente protegibles

El concepto de bien jurídico, surgido de la profundización en la idea de la antijuridicidad material frente a la mera antijuridicidad formal propia del más estricto positivismo jurídico, se ha configurado en los últimos tiempos como instrumento téc-nico-jurídico de primordial importancia en la determinación de los presupuestos esenciales para la convivencia social. Por medio de él se dotaría al derecho penal de un catálogo de bienes con las cualidades necesarias para acomodarse a los principios estructurales de la intervención penal, singularmente al de lesividad, y capaces por otro lado de configurar en su entorno preceptos que describan conductas que los lesionen o pongan en peligro.

En consecuencia, se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico. Tal sería el caso de aquellos que aspiraran a garantizar comportamientos con una mera trascendencia moral, o de los que castigaran conductas cuyos efectos negativos en la realidad social no sean fácilmente apreciables o individualizables.

Aunque el concepto de bien jurídico surgió en el ámbito de la aplicación del derecho, donde desempeña una trascendental función en la interpretación teleológica, por más que sometido a los principios de legalidad y seguridad jurídicas, es fácil con-

[28] La exigencia de mayoría cualificada para aprobar todas las leyes penales, *de facto* instaurada en el ordenamiento jurídico español mediante la generalización de su sometimiento a la reserva de la ley orgánica, así como el amplio reconocimiento de tal reserva para la legislación penal por el Tribunal Constitucional, constituye una asunción implícita de que las decisiones legislativas penales deben tener tras de sí, por medio de sus representantes, a la gran mayoría del cuerpo social (vid. con todo inmediatamente *infra*).

Por el contrario, no parece concorde con la significación que acabamos de atribuir al criterio de las convicciones generales el que el art. 39, p. 3 de la Constitución argentina excluya explícitamente de las materias que pueden ser objeto de iniciativa popular para presentar proyectos de ley las materias penales, ni que el art. 87.3 de la Constitución española llegue a resultados en buena parte similares al excluir de la iniciativa popular para presentar proposiciones de ley las materias que deban ser objeto de ley orgánica.

cordar en que es la fase de creación del derecho la que le ofrece las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades. Fundamentalmente dentro de este último contexto quisiéramos llamar la atención sobre algunos aspectos relacionados con su empleo.

Se ha cuestionado el concepto de bien jurídico por admitir en su seno objetos de protección de naturaleza puramente ideal, de modo que su utilidad metodológica sería dudosa en un derecho penal que procura cada vez con más ahínco vincular sus decisiones tutelares a daños sociales efectivos.

La crítica precedente no capta, a nuestro juicio, la complejidad de una adecuada noción de bien jurídico que no ha de perder en ningún momento su *materialidad.* Sin duda todo bien jurídico, en cuanto *juicio de valor* positivo sobre una *situación o relación de la realidad social,* posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las realidades sociales[29]. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el *substrato* del bien jurídico, substrato que, cuando se habla en términos globales del bien jurídico de un precepto, sufre un *proceso de abstracción* o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación[30], la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realzarse su componente valorativo.

Pero las *concretas formas de manifestación* de ese *substrato* son materiales: eliminada su abstracción, tales situaciones o relaciones sociales se diferencian en unidades socialmente delimitadas, y tales unidades pueden ser dañadas de un modo empírico-socialmente constatable, siempre que se entienda la dañosidad en un sentido sociológico, no natural, dando lugar por lo general a la privación de la posibilidad de realizar determinados comportamientos sociales.

A su vez, la producción de tal daño se apoya siempre en la alteración de una *realidad natural,* que es la que sirve de soporte a las precedentes unidades de la realidad social. Tal alteración viene, como mínimo, representada por la misma realización o ausencia de un comportamiento externo, pero normalmente supone alteraciones ulteriores de la realidad natural unidas causalmente al comportamiento externo, y en las que se produce con frecuencia la afección de un *objeto material* constitutivo del apoyo físico que posibilita la realización de la conducta protegida[31].

[29] Así, se valora positivamente el mantenimiento de la vida de las personas, y se estima que eso es más importante que la, también deseable, salvaguardia de su patrimonio.

[30] Se habla de la vida, patrimonio... sin referencias a vidas o patrimonios concretos.

[31] Así, bien jurídico es la vida humana en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad; substrato de ese bien jurídico es la vida humana como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son los procesos existenciales individuales; objeto material es el organismo biológico. Así mismo, bien jurídico es la posesión de bienes materiales en la medida que se valora positivamente por la sociedad; substrato será el patrimonio individual como realidad social preexistente; formas concretas de manifestación de ese substrato son las capacidades de disposición por sus respectivos poseedores de objetos con valor económico; objeto material son esos objetos con valor económico.

Véase ya la formulación muy cercana a la acabada de realizar, en DÍEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal ante...*, ed. cit., págs. 105 a 113.





Desde la conceptuación precedente resulta interesante señalar que, si bien la mera protección de contenidos morales contradice el principio de lesividad, no sucedería lo mismo con una eventual decisión legislativa de mantener la interiorización en la población de determinadas pautas de conducta, pautas interiorizadas que constituyen situaciones de la realidad social y que se concretan en conductas ajustadas a esas interiorizaciones o en su ausencia, lo que es constatable empíricamente. El problema, sin embargo, reside en que ese bien jurídico no satisface las exigencias del principio de intervención mínima.

También en la línea de lo anterior cabe destacar que la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del substrato del bien jurídico: para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él[32].

Sin duda uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados indistintamente *bienes jurídicos colectivos,* difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia. No es este el lugar donde podamos ocuparnos detenidamente de todos los aspectos del problema, pero sí cabe realizar algunas observaciones.

La primera de ellas ha de ser para reconocer la legitimidad de su introducción en los cuerpos legales penales: su toma en consideración refleja el paso del Estado de derecho liberal, preocupado fundamentalmente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales de la convivencia, a un Estado que además es social y por ello aspira a lograr esa convivencia pacífica por medio del aseguramiento a todos los ciudadanos de determinados presupuestos materiales.

Sin duda su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del derecho penal para labores de transformación social que le son ajenas, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad[33]. Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela.

[32] Sobre los bienes jurídicos colectivos, véase inmediatamente *infra.*

[33] Véase una actitud crítica hacia la proliferación de bienes jurídicos colectivos, entre otros, en HASSEMER, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, págs. 31 a 36; BARATTA, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal", en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, págs. 40 a 49.

Las ocasionales propuestas de limitar la aceptación de tales bienes a solo aquellos que tengan claras connotaciones individualistas, lejos de implicar un avance en el derecho penal garantista, suponen reconocer anticipadamente el fracaso de nuevas elaboraciones conceptuales más ajustadas a las actuales necesidades de tutela de las sociedades democráticas, es decir, de los individuos que las integran. La resignada admisión de que vivimos en una sociedad de riesgo, que tiene que asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen muchos bienes jurídicos colectivos, parece más bien el caballo de Troya de los partidarios de sustituir el concepto de bien jurídico por otros instrumentos técnico-jurídicos más concordes con una visión expansiva del sistema de control penal y menos respetuosos con los actuales principios estructurales de intervención penal.

Frente a tales alternativas, parece más acertado concluir que la presencia de los bienes jurídicos colectivos confronta al derecho penal de modo perentorio con la necesidad de llevar a cabo esa tarea siempre pendiente de colaboración entre las ciencias sociales, singularmente en este caso la sociología y la política criminal, colaboración que debería orientarse en el tema que ahora nos ocupa en dos direcciones fundamentales: por un lado, a la búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección jurídico-penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, a la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de tales bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas, permita sustituir en un buen número de casos las muy cuestionables estructuras típicas de peligro, hoy tan generalizadas en relación con estos objetos de tutela, por las más garantistas de resultado material.

Por último, a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penalmente protegibles no ha de pasarse por alto la polémica sobre la *naturaleza secundaria* o meramente sancionatoria del *derecho penal.* Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal ha defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competería la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, la política criminal estaría condicionada por las valoraciones de ilicitud previamente desarrolladas en los otros sectores de la política jurídica. Frente a tales tesis, un sector doctrinal mayoritario ha alegado que se pueden identificar preceptos penales que castigan conductas no prohibidas por otros sectores jurídicos, lo que demostraría que la política criminal toma decisiones de penalización basadas en valoraciones autónomas sobre determinadas conductas, sin importarle que no hayan sido consideradas ilícitas en otros sectores jurídicos; en todo caso se reconoce la excepcionalidad de tales supuestos[34].

[34] Véase una exposición del problema con toma de postura contraria a la naturaleza secundaria del derecho penal, en CEREZO MIR, *Curso de derecho penal...*, ed. cit., págs. 59 y 60.





A nuestro juicio, es *prima facie* acertado sostener la opinión minoritaria antedicha, y en consecuencia afirmar la naturaleza secundaria de la política criminal y, por extensión, del derecho penal. Al fin y al cabo, ello resulta en extremo coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad. Sin embargo, la precedente afirmación debe ser inmediatamente aclarada a partir de la constatación de que la intervención penal realiza dos funciones valorativas autónomas de gran trascendencia:

En primer lugar, selecciona con criterios propios las formas de esos ilícitos respecto de los que procede una decisión de penalización. En ello jugarán un papel decisivo los principios estructurales de la protección, pero también los principios coyunturales, además de todos los contenidos adicionales propios de una teoría de la legislación.

En segundo lugar, la integración de tales ilícitos en el derecho penal conlleva su reformulación a tenor de criterios específicamente penales, en concreto su acomodación a la peculiar estructura del sistema de responsabilidad jurídico-penal tal como está plasmado en el concepto técnico-jurídico de delito, y el aprovechamiento de las diversas alternativas valorativas y conceptuales en él existentes. Ello posee una especial significación desde un punto de vista axiológico ya que, por ejemplo, abre la vía para el castigo de supuestos de tentativa, de participación, de delitos mutilados de dos actos... cuya consideración como ilícitos en otros sectores del ordenamiento jurídico, o su adecuada diferenciación, con frecuencia no es posible al carecer de tales estructuras conceptuales o de un afinado desarrollo de ellas.

En resumidas cuentas, se puede sostener que la política criminal y el derecho penal, desde un substrato de ilicitud procedente de otros sectores jurídicos, elaboran finalmente sus contenidos a partir de pautas valorativas propias y autónomas, por lo que ha de hablarse de una limitada naturaleza secundaria de ellos[35].

[35] Véase una exposición muy cercana en DÍEZ RIPOLLÉS, "La categoría de la antijuridicidad en derecho penal", en *ADPCP*, 1991, págs. 752 y 753.

# Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*

*Julio B. J. Maier***

## I. Introducción

El tema es, sin duda, uno de los más complejos y polémicos de la dogmática procesal penal. Tal caracterización nos obliga a exponer, sintéticamente, las características generales del problema: para ello nos valdremos de una pequeña reseña histórica y después avanzaremos sobre el estado actual de la discusión y sus perspectivas futuras.

Son varias las fórmulas que históricamente han sido utilizadas para designar la inadmisibilidad procesal de aquellos elementos de prueba obtenidos mediante la inobservancia o vulneración de las normas —procesales o constitucionales— que regulan su objeto o su mecanismo de recolección. Ello, sin duda, ha contribuido a crear cierta confusión en torno a qué es "lo prohibido" y a cuales son los alcances de la prohibición. En el ámbito continental europeo, fue sin duda Ernst Beling el primero en desarrollar analíticamente el problema en su ya célebre trabajo *Las prohibiciones probatorias como límites de la averiguación de la ver-*

* Ponencia presentada al VIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Salamanca, abril 1996.

** Catedrático de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

*dad*[1]. Allí se planteaba, en una formulación que posiblemente hoy no pueda ser mantenida, la existencia de límites a la misión de averiguación de la verdad que preside a la persecución penal estatal, designados, genéricamente, como "prohibiciones probatorias". Dentro de ellas, BELING formuló la distinción —hoy todavía utilizada por algunos y criticada por otros— entre "prohibición de temas de prueba" (*Beweisthemaverbote*), cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, "prohibición de medios de prueba" (*Beweismittelverbote*), cuando lo inadmisible yace en el medio probatorio y "prohibiciones de métodos de prueba", cuando lo que se prohíbe es, precisamente, la utilización de ciertos métodos en la recolección de la prueba (*Beweismethodenverbote*). Todos estos casos son estudiados actualmente bajo el rótulo de "prohibiciones de recolección de prueba" (*Beweiserhebungsverbote*).

Pero no solo la ciencia jurídica alemana aportó a la discusión. En Italia, sobre todo por influencia de FLORIAN[2], el problema se estudió de la mano de las *limitaciones* al principio de la *libertad probatoria* en materia penal: todo hecho o circunstancia puede ser probado por cualquier medio de prueba. Existen, sin embargo, *limitaciones absolutas*, que se refieren al objeto de prueba (*thema probationis*) y *limitaciones relativas*, que se refieren a los órganos de prueba, a los medios de prueba y al procedimiento probatorio, incluido en él la valoración de la prueba. Las primeras aluden a la posibilidad de que el hecho o circunstancia que debe probarse esté excluido de la posibilidad de ser probado por una regla de derecho positivo fundada en la defensa de un bien o interés jurídico que, para el orden jurídico, posee un valor superior a la utilización judicial del hecho o del dato para decidir un conflicto social, como sucede, a guisa de ejemplo, con la filiación adulterina en el derecho argentino. Las limitaciones relativas proceden también de la ley, con idéntico fundamento, pero no impiden, abstractamente, que el hecho o circunstancia, tema de la prueba, pueda ser probado, sino, tan solo, que sea probado por intermedio de algún órgano o medio de prueba específicos o que sea probado mediante un procedimiento extraño al que prevé la ley. Nuevamente a guisa de ejemplo: las legislaciones positivas impiden, en ocasiones, que ciertas personas presten testimonio contra el imputado (cónyuge o parientes, en grado próximo, sacerdotes, abogados o, en general, personas vinculadas por el deber de la reserva profesional o en la práctica de un oficio); otras veces, el orden jurídico excluye ciertos medios para averiguar una circunstancia, según sucede casi siempre con las formas *ad probationem* y, más concretamente, con el estado civil de las personas, que, en principio, solo puede ser probado mediante los certificados que expide la autoridad pública competente; por último, las reglas referidas al procedimiento de asunción y valoración de la prueba deben ser respetadas, razón por la cual, por ejemplo, el tribunal de juicio, en la sentencia, no podría valorar en ella —al menos, en contra del imputado—

[1] *Die Beweisverbote als Grensen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, reimpresión de la 1ª ed. (1903), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. f.

[2] EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, § 9, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 146 y ss.; sintéticamente, *Elementos de derecho procesal penal*, cap. V, § 70, trad. de Prieto Castro, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s. f., págs. 314 y ss.





un medio de prueba que no fue incorporado al debate y sometido al procedimiento de contradicción que para él se prevé. Empero, según se observa, las limitaciones relativas no impiden que el hecho o circunstancia valioso para la decisión pueda ser probado por otro órgano o medio de prueba admitido por la ley y conforme al procedimiento que la ley prevé.

Se debe advertir que, como indica la exposición anterior, el desarrollo de las llamadas *prohibiciones probatorias* no emerge, en el derecho continental europeo, para afianzar ciertas garantías procesales del imputado, en el marco de sus derechos fundamentales en un Estado de derecho.

Junto con esta evolución en el derecho continental europeo se desarrolló, en el ámbito del derecho angloamericano un sistema conceptual menos rígido —y seguramente más pragmático— en torno al tema en análisis: la doctrina de la *exclusión probatoria*, o, simplemente, *regla de exclusión*, elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos a partir del fallo Weeks vs. U. S. (1914). Este desarrollo, que si bien ha conducido a resultados prácticos similares al de las tesis europeo-continentales, partió, sin embargo, de postulados políticos esencialmente distintos: la regla de exclusión surge como un *método para reforzar la vigencia de ciertos derechos constitucionales* (en el fallo mencionado, la protección del domicilio, papeles privados y efectos personales contra búsquedas y secuestros irrazonables), y no emerge, por el contrario, como una excepción a las facultades de indagación de un Estado en principio no limitado en el desarrollo de esta tarea.

Esto marca, a su vez, una importante diferencia entre los respectivos ámbitos de la discusión académica: mientras que en Estados Unidos siempre se ha argumentado sobre la base de las garantías constitucionalmente tuteladas, y de la eficacia de la regla de exclusión para su protección, en la discusión europeo-continental, aunque aquí nos limitamos en verdad a la República Federal de Alemania, se ha ceñido históricamente de manera fundamental —y acaso, excesivamente—al derecho positivo común, el cual rara vez contiene disposiciones expresas en cuanto al tema que nos ocupa (una excepción es el § 136a OPP, que prohíbe expresamente la valoración de la declaración del imputado obtenida mediante coacción o engaño). Prueba de esto es que solo una decisión sumamente reciente de la Corte Suprema alemana (BGH) reconoció la existencia de una prohibición de valoración probatoria frente a la omisión del deber de advertencia previa a la declaración del imputado sobre su derecho a guardar silencio, recogido en el § 136a OPP, tras años de concebir a dicha regla como una "mera disposición de orden", cuya vulneración no arrojaba consecuencia jurídica alguna —ni siquiera para fundar la casación—, a pesar de la crítica sostenida de la doctrina. A partir de BGH 38, 214 (27 de febrero de 1992), la Corte afirmó la existencia de una prohibición de valoración probatoria derivada de la lesión al § 136a OPP, para lo cual tuvo que abandonar el plano normativo del derecho positivo común y fundar el derecho a guardar silencio en "la dignidad del hombre, en el derecho a la personalidad y en el principio del debido proceso".

Todos estos intentos conceptuales pretenden designar, cada cual a su modo, y conforme a sus propias fundamentaciones, la *inadmisibilidad de la valoración en con-*

*tra del imputado de aquellos medios de prueba que han sido obtenidos mediante la vulneración de disposiciones legales vigentes, o de garantías constitucionalmente consagradas.* En lo sucesivo nos referimos a dicha inadmisibilidad utilizando la expresión "prohibiciones de valoración probatoria", ya que, posiblemente, ella resulte más familiar en este ámbito.

## 2. La delimitación de las prohibiciones de valoración probatoria

La dogmática alemana divide a las prohibiciones de valoración en "dependientes" e "independientes", según se apoyen o no en la lesión a una prohibición de adquisición de prueba (como, por ejemplo, las normas referidas al derecho de ciertos testigos de no declarar contra el imputado). En el primer caso, la delimitación no presenta mayores problemas, ya que la prohibición de valoración se deduce automáticamente de la lesión a la prohibición de adquisición establecida en el precepto legal. El problema se plantea, como es natural, en el segundo grupo, que es claramente el mayoritario, y en el que se incluye a las prohibiciones de valoración derivadas de preceptos constitucionales (*verfassungsrechtlichen Verwertungsverbote*): allí, según la opinión dominante, se debe realizar en cada caso una ponderación entre el interés particular vulnerado y el interés estatal en la persecución penal, y se debe negar la existencia de una prohibición de valoración probatoria allí donde los últimos prevalezcan sobre los primeros, fundamentalmente, en los casos de "criminalidad grave y de difícil esclarecimiento".

Esta fundamentación es muy cuestionable. Por lo pronto, ella parte de considerar a las prohibiciones de valoración probatoria *exclusivamente* como medio de protección de ciertos intereses individuales, intereses que pueden ceder o no frente a la potestad persecutoria estatal, y olvidan o dejan de lado el dilema *ético* que plantea el aprovechamiento por parte del Estado del producto de su actividad irregular. Prueba de ello es que, hasta hoy, la única respuesta intentada a la crítica que sostiene que esta fundamentación se acerca al aforismo *in delictis atrocissimis... iura transgredi licet*[3] no ha sido otra cosa que una aceptación parcial del aforismo en cuestión[4]. Ello significa que, en la práctica, la limpieza del procedimiento penal dependerá, en verdad, de la magnitud de la imputación realizada, ya que el mensaje dirigido a los órganos encargados de la persecución es algo así como "en casos de criminalidad grave, procuren respetar las formas del procedimiento, pero si no lo hacen, ello solo excepcionalmente constituirá un obstáculo para la persecución". Desde el punto de vista *preventivo*, una estrategia no demasiado aconsejable.

No corre mejor suerte la tesis de la Corte Suprema alemana que circunscribe el círculo de prohibiciones de valoración independientes a la lesión efectiva de una norma que afecte el "ámbito de derechos" del imputado (*Rechtskreistheorie*). Para ello,

[3] Franz Sydow, *Kritik der Lehre von den "Beweisverboten"*, Würzburg, Holzner Verlag, 1976, págs. 59 y 108.

[4] Klaus Rogall, "Gegenwärtiger Stand und Entwichlungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten", en *ZStW*, Berlin, Bd. 91, De Gruyter, 1991, pág. 34.





recurre al "fundamento de la disposición" vulnerada y al interés para el que ha sido creada. Esta teoría ignora directamente el derecho del imputado a que no solo aquellas disposiciones que han sido dictadas para proteger sus derechos sean respetadas, sino también la *regularidad* del procedimiento seguido en su contra[5]. Ello es subrayado en la ácida crítica de Sydow: "...quien se encuentra en la cárcel porque el tribunal ha lesionado una disposición procesal, y sin la vulneración él hubiera sido con seguridad o incluso con probabilidad absuelto, no olvidará esta teoría, y no lo tranquilizará que la lesión procesal no haya afectado esencialmente su ámbito de derechos"[6].

La evolución en este aspecto en el derecho angloamericano tampoco resulta satisfactoria[7]. La opinión dominante ha basado siempre la necesidad de una regla de exclusión probatoria a partir de los efectos *preventivos* que ella produciría sobre los órganos de la persecución penal. Así, la exclusión de la prueba obtenida en forma irregular ha sido negada en aquellos casos en los cuales se considera que dichos fines preventivos no resultan necesarios: cuando, por ejemplo, un oficial de policía actúa en la "creencia objetivamente razonable" de que su conducta respeta los derechos fundamentales del afectado, aunque objetivamente los lesione, es innecesario recurrir a la exclusión de la prueba adquirida mediante la injerencia irregular (*good faith exception*). En casos de este tipo, según la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, los beneficios preventivos que presentaría la regla de exclusión quedan superados por sus propios costos ("imputados culpables pueden quedar libres o recibir sentencias reducidas")[8]. La discrepancia de la minoría de la Corte frente a esta excepción al ámbito de aplicación de la regla resume la crítica que se le debe formular: la vigencia de la regla de exclusión no depende de sus eventuales efectos preventivos, sino que ella se deduce directamente de un imperativo constitucional; por ello, es también inaceptable recurrir a la ponderación de costos como "factor de corrección" frente a la adquisición irregular de prueba por parte del Estado[9].

Lo expuesto hasta aquí permitiría identificar dos líneas argumentales en tensión constante: por un lado, la afirmación (genérica) de que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto dentro del procedimiento[10], y que al Estado le está vedado utilizar en provecho de su pretensión punitiva aquella información que haya obtenido en forma irregular; por otro, la relativización instrumental de aquella proposición mediante el recurso de argumentos pragmáticos o especulativos, allí donde el temor a que ciertos hechos queden impunes supera la voluntad de reafirmar la vigencia de las reglas constitucionales y procesales como límite a la persecución penal.

[5] Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 24, München, C. H. Beck, 1991, págs. 150 y ss.

[6] Ob. cit., pág. 69.

[7] Sobre dicha evolución, cfr. a Fabricio Guariglia, "Las prohibiciones probatorias" en *El nuevo Código Procesal Penal de La Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Edit. Del Puerto, 1993, págs. 18 y ss.

[8] U. S. vs. Leon (468 U. S. 897) (1984).

[9] "No es la regla de exclusión, sino la enmienda misma la que ha impuesto este costo".

[10] BGH, 14, 358.

Para ello, se ha dejado de lado el simple hecho de que aquí se trata, fundamentalmente, o bien de la inobservancia de aquellas normas procesales que confieren una potestad de injerencia a la persecución penal, o bien de la injerencia realizada en ausencia de una norma semejante. Las normas que regulan dichas facultades de injerencia no operan solo como reglas de garantía del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, constituyen *autolimitaciones* para el Estado y son el producto del proceso de reforma decimonónico en pos de la desaparición del omnipotente sistema inquisitivo[11]. El Estado de derecho se encuentra por ello obligado a respetar el rito establecido para su actividad persecutoria[12]. El incumplimiento de estas reglas conlleva el contrasentido ético ya señalado por EBERHARD SCHMIDT: el Estado ya no puede mostrar frente al acusado "buena conciencia con la pretensión de superioridad moral"[13]. Ello es aún más evidente cuando se advierte que cada norma de recolección de prueba afecta significativamente derechos individuales de los ciudadanos (algunos ejemplos: el allanamiento y registro domiciliario, el derecho a la intimidad; el secuestro, el de propiedad; el deber de declarar como testigo, la libertad de información, etc.).

Fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria solo puede ser, entonces, la prohibición de un *venire contra factum proprium* del Estado. Este se encuentra vinculado por las autolimitaciones descritas, y no puede, en consecuencia, obtener provecho alguno de su actuación irregular. Ello, de algún modo, rescata el *carácter imperativo* que BELING le había conferido a las prohibiciones probatorias: la prueba irregular es "un fruto prohibido del cual el tribunal no debe comer"[14].

### 3. EFECTOS

Debemos referirnos ahora a las consecuencias jurídicas o efectos de la adquisición estatal irregular de elementos de prueba. Como su misma denominación lo expresa, la prohibición de valorar la prueba irregular significa sustraer del conocimiento de los jueces no el *objeto* de prueba, lo cual solo sucede en el caso de la *prohibición de temas de prueba,* o *limitaciones absolutas,* sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuosa. El objeto de prueba permanece, en principio, accesible a la persecución penal, la que puede llegar a él mediante la utilización de las vías regulares de adquisición de prueba.

La discusión gira, como es sabido, en torno al *alcance* de la prohibición: ¿abarca ella también a la prueba mediata, o está circunscrita exclusivamente a la obtenida en forma *directa* mediante el acto irregular? Esta pregunta se refiere a lo que en la discusión alemana se denomina "efecto extensivo" (*Fernwirkung*) y, en la terminología de

[11] GERHARD FEZER, *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, Heidelberg, C. F., Müller, 1955, págs. 22 y ss.

[12] LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón,* pág. 621, con cita de CARRARA.

[13] "Gustav Radbruch als Kriminalist", en *ZStw* 63, 1951, pág. 160.

[14] Ob. cit., pág. 25.





la Corte Suprema de Estados Unidos, "doctrina del fruto del árbol venenoso". Aquí también encontramos contradicciones similares a las señaladas en el punto anterior.

En Alemania, el desarrollo dogmático y de la jurisprudencia no ha logrado presentar un esquema analítico claro: la jurisprudencia ha negado, históricamente, la existencia de un *efecto extensivo*[15], al menos, como regla general. Algunos sectores de la dogmática lo han afirmado, pero discrepan en torno a su ámbito de vigencia[16].

Es, sin duda, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en donde se encuentra la exposición más completa de la teoría en análisis, aun con las limitaciones posteriores introducidas por la misma Corte. En dos fallos iniciales (Silverthorne Lumber Co. vs. U. S., 1920 y Nardone vs. U. S., 1939), la Corte excluyó prueba adquirida por medios regulares, pero a cuyo conocimiento la persecución penal había arribado mediante una actividad irregular anterior. Según la Corte, la introducción en el juicio, y consecuente valoración, de la prueba *mediata*, supondría "fomentar los mismos métodos considerados contradictorios con pautas éticas y destructivos de la libertad personal" (Nardone..., voto del juez Frankfurter). La única excepción admitida por la Corte en esta época quedaba delimitada por la llamada "fuente independiente" (*independent source*): la prueba puede ser admitida si ella es el producto de un curso de investigación *actual* (es decir, no hipotético), *regular* y totalmente *independiente* de la infracción realizada por la persecución penal. En verdad, tal como se explicó más arriba, esto no constituye, en sentido estricto, excepción alguna, ya que, reiteramos, el *objeto* de prueba, en los casos de aquello que FLORIAN denominaba *limitaciones relativas*, permanece accesible a la persecución penal: la existencia de una línea de investigación independiente —previa o contemporánea a la lesión procesal— que conduce también a la adquisición de la prueba en cuestión, constituye un modo lícito de obtención de esa prueba, salvo que sea imposible determinar con precisión de qué modo la persecución penal tomó conocimiento de ella; en un caso semejante, el peligro de que se incorpore prueba irregular debe prevalecer sobre el interés estatal en la persecución penal, y la prueba debe ser excluida.

Más complejo es el análisis de la segunda excepción introducida en fecha más reciente por la Corte[17]: la doctrina del "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery*). Según ella, una prueba obtenida de modo irregular puede ser valorada si ella hubiera sido inevitablemente descubierta por medios lícitos. Es decir, se trata de determinar, en cada caso, si a través de un *curso causal hipotético* se hubiera llegado en forma regular a la obtención de la misma prueba. Las críticas a un criterio semejante son varias: por un lado, se señala que lo decisivo es que la lesión al derecho individual *efectivamente ha acontecido*: "la evitabilidad de la acción lesiva no es apta para compensar o reparar el ilícito de la lesión[18]. Por otro, se critica que la responsabilidad del Estado

[15] BGHST 27, 355; 32, 68; 34, 362; entre otros.

[16] KLAUS ROGALL, "Gegenwärtiger...", págs. 38 y ss.

[17] Nix vs. Williams, (1984).

[18] KLAUS ROGALL, "Gegenwärtiger...", pág. 33.

por la violación a las normas constitucionales, o a las reglas del procedimiento, se diluya a través de la especulación[19].

Contemplado desde el prisma del derecho penal material, el problema se aproxima a la relevancia del curso causal hipotético —y del comportamiento alternativo conforme a derecho— para la imputación objetiva del resultado. Es decir, si en el caso concreto el resultado es imputable cuando con certeza también habría sido producido por un comportamiento alternativo conforme a derecho. Ello, según la opinión dominante, conduce a excluir la imputación objetiva y lleva a la impunidad en el caso del ilícito imprudente; por el contrario, si el autor ha obrado con dolo, responde por tentativa[20]. Esta tesis —que de todos modos no llega a excluir el desvalor de acción en el caso de los delitos dolosos, ni, por ello, el ilícito de la tentativa— no es trasladable al campo del derecho procesal penal, en general, ni al de las prohibiciones de valoración, en particular; no solo porque el fundamento de las prohibiciones de valoración probatoria no es —o al menos, no exclusivamente— el eventual efecto *preventivo* que ellas podrían tener en los órganos de la persecución penal, como subraya AMELUNG[21], sino, fundamentalmente, *porque los planos en los que actúan las normas penales y las normas procesales son distintos, y las consecuencias de la infracción a unas y otras también lo son.* Del mismo modo que las autorizaciones que la ley penal le confiere a los ciudadanos para lesionar bienes jurídicos en determinadas circunstancias (*causas de justificación*) no pueden ser utilizadas por el Estado para fundar injerencias no previstas de modo alguno en la legislación procesal[22], tampoco pueden ser utilizados los criterios de delimitación de la imputación de la acción al resultado, concebidos para extraer consecuencias penales o no de las acciones de los ciudadanos, para determinar los resultados de la actividad irregular de la persecución penal.

Pero, más allá de ello, y esta es una crítica que posiblemente abarque también a las consecuencias que la dogmática penal extrae de estos casos, lo cierto es que los cursos causales hipotéticos son meras *ficciones* de hechos que nunca han acontecido ni acontecerán en el mundo real: no se trata aquí de la indagación de un acontecimiento histórico objetivamente sucedido, y a cuya afirmación se pueda llegar con la certeza necesaria; ello, en el tema que nos ocupa, conduce a que, en la mayoría de los casos, será imposible afirmar la hipótesis alternativa según datos reales. Esto implica, necesariamente, la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio *in dubio pro prueba*, naturalmente en contra del perseguido penalmente.

[19] Voto del juez Stevens en Nix...

[20] CLAUS ROXINS, *Strafrecht*, § 11, AT., München, C. H. Beck, 1992, pág. 240.

[21] KNUT AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pág. 51.

[22] Cfr. a KNUT AMELUNG, "Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere, § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefungnisse des Staates?" en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977/19, München, C. H. Beck, 1977, págs. 833 y ss.





## 4. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora demuestra, en nuestro criterio, la necesidad de reafirmar la inadmisibilidad de la valoración judicial de aquella prueba mediata o inmediatamente adquirida mediante una acción estatal irregular, con total prescindencia de consideraciones complementarias, como la gravedad del hecho atribuido al investigado, o el error del agente de la persecución penal sobre la ilicitud de su actuación. Ello aún más frente a las tendencias deformantes del procedimiento penal que hoy se perciben claramente, y que amplían las facultades de injerencia estatal a niveles que, poco tiempo atrás, no hubieran sido imaginables, tales como la introducción del "agente encubierto" en varias legislaciones, o el desarrollo de nuevos métodos de vigilancia electrónica.

# JURISPRUDENCIA

# Ahora sí, el poder jurisdiccional

A propósito de la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional

*William Fredy Pérez Toro**

**1.** Si su comentario o una opinión cualquiera pretenden apartarse de la decisión que ha tomado la Corte Constitucional en relación con las acciones ilícitas que, en combate, desarrollan rebeldes o sediciosos, resulta innegable que ello implica la irónica dificultad de fijar un punto crítico adicional al argumento consignado en el salvamento de voto que presentan los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez. Si la intención es contraria, la dificultad —y la necesidad— de controvertir ese mismo texto es, creemos, mucho mayor.

Esta afirmación implica, en primer lugar, admitir que la simple transcripción del citado salvamento de voto podría perfectamente servir a la finalidad de un "comentario de sentencia" como el que se pretende aquí. Pero suponer que ese texto es un punto de referencia prioritario, demanda también reconocer que en esta sentencia, como en muchas otras proferidas por la Corte Constitucional en materias clave para la definición del sentido jurídico-político del modelo constitucional, la riqueza argumentativa se encuentra en los documentos producidos por la minoría y, por tanto, en textos sin efectos de autoridad.

Eso quiere decir igualmente que la presente sentencia de la Corte —y otras muchas— derivan su obligatoriedad más de la fuerza que le otorga el poder, y su legitimidad más de la legalidad formal que las acompaña, que de una decisión convincente, con fundamento razonable

* Investigador del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia.

de las opciones preferidas por el juez, sin contradicciones en relación con el sentido de las normas invocadas y alimentada por la confrontación de puntos de vista en un debate argumental ritualizado del que, finalmente, la motivación de la sentencia también debería dar cuenta.

"[...] por medio de una buena motivación el aparato judicial busca funcionar de la manera más consensual posible, al demostrar que sus decisiones deben ser acatadas, no por la amenaza de la fuerza que subyace a todo derecho, sino porque ellas son razonables y están fundadas en los mejores argumentos y criterios que podía suministrarle el ordenamiento y la realidad social al juez"[1].

2. La historia del derecho, y particularmente del derecho penal, es la historia de las justificaciones y, hoy, más que la teoría o la filosofía políticas, la denominada ciencia del derecho penal fundada en *cierta* razón, en la lógica y en la argumentación, representa la fuente de 'legitimación" del control social.que involucran el discurso y las prácticas penales.

Y más allá de la imposible respuesta que desde ese ámbito científico podría darse a la primera pregunta por el castigo (¿castigo?), se encuentra, como dato de la realidad, el hecho de la pena, del proceso, de la normatividad... del sistema penal. Y entonces, por lo menos, "la seriedad del sistema", "la certeza normativa", 'la garantía'. Por lo menos, no el menor mal sino el mal menos carente de justificación discursiva. Es el punto, creemos, de la modernidad. A nuestro pesar, y aunque parezca paradójico, el mundo del derecho, así configurado, podría incluso llegar a aceptar decisiones insospechadas, prácticas terribles, resultados nefastos, pero, eso sí, nunca una insospechada, terrible o nefasta justificación.

La justificación con que la Corte Constitucional acompaña la decisión de excluir del ordenamiento jurídico la posibilidad de entender la conducta rebelde como necesaria o fatalmente integrada por otros comportamientos —que desde luego, entre nosotros, mantenían su límite en la ferocidad, la barbarie, el terrorismo y el secuestro— y como diferente de la *simple desobediencia* de un orden jurídico, es tan precaria, que reúne aquellas condiciones premodernas, tal como dice el salvamento de voto "muy respetables *desde un punto de vista filosófico y ético*"[2].

La decisión contenida en la sentencia, pues —a diferencia del salvamento de voto que la cuestiona[3]—, no tiene un suficiente *por qué*. Y eso es importante, repetimos,

[1] RODRIGO UPRIMNY YEPES, "Autoridad y poder del juez. Sentencias con dimensión humana en el Estado social y democrático de derecho", en *Perfiles liberales*, núm. 49, Santa Fe de Bogotá, Fundación Friedrich Neumann, septiembre-octubre 1996, pág. 28.

[2] "Sin embargo, creemos que jurídicamente sus consideraciones son incorrectas". Salvamento de voto de la sent. C-456 que declaró inexequibles los arts. 127 del decr. 100 de 1980 y 184 del decrt. 2550 de 1988.

[3] Un salvamento de voto que, a nuestro juicio, ha desplazado la sentencia. En un trabajo de disección y con una "demostración por el absurdo", sus autores detectan en cada parte una contradicción, una apreciación valorativa —ético o filosófica— impertinente, o la ignorancia y el silencio en relación con gran parte del texto constitucional referido al tratamiento del delito político.





para el funcionamiento y la credibilidad —por lo menos parcial— de un sistema jurídico y, obviamente, para la legitimidad del "guardián de la Constitución". No es tan determinante, sin embargo, en relación con el futuro de la confrontación armada, por lo menos en los términos que al parecer supone la Corte cuando acude al mito de la prevención y a la condición estratégica de una inexequibilidad:

"Si al combate acude el rebelde o sedicioso, munido de la permisión de asesinar a su contrario sin consecuencias penales distintas de las que de suyo ya se desprenden de su estado de rebelión o sedición, se anula paradójicamente por obra del mismo ordenamiento penal *su entero potencial disuasivo*[4] [...]. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indulto futuros, con lo cual recrudece el conflicto *y sustrae a un proceso de paz utilidad e interés* [...]"[5].

Además, nada permite advertir que el tratamiento del rebelde hasta hoy, en la vida práctica de la administración dé justicia —y desde luego, en algunas definiciones imperantes durante los estados de excepción— tome un rumbo especialmente diferente a partir de la decisión tomada ahora por la Corte Constitucional. Pocas cosas podrían empeorar ahora para un rebelde o un sedicioso que, particularmente en las últimas cuatro décadas, ha sido jurídicamente mirado por el juez a través de las enormes fisuras que para la interpretación de la norma representaron términos como "combate'", "ferocidad", "barbarie", "terrorismo", o por los intersticios que facilita "la finalidad del actor".

No mucho podría cambiar la condición práctica del delincuente político, históricamente también alterada desde el punto de vista jurídico por la proliferación correlativa de tipos difusos, abiertos y de diversos dispositivos amplificadores. Y, en todo caso, una mesa de negociación servida con "graves motivos de conveniencia pública", podría eximirnos, incluso, de todo este debate.

3. Desde el punto de vista político —y por lo menos teóricamente—, creemos, sin embargo, que la decisión de la Corte sí tiene efectos en la percepción que puede tenerse de aquella misma confrontación y, particularrnente, de los actores involucrados. Así, supuesta la reconocida existencia de una profunda crisis política y social y la ilegitimidad no resuelta del Estado en Colombia, así como la existencia de múltiples y diseminados poderes territoriales, políticos y militares, uno de los rasgos definitorios de la institucionalidad en el país y que permitía una diferenciación por lo menos formal, radicaba en el tratamiento jurídico que el detentador del proyecto social de derecho, otorgaba al disidente político armado.

La norma del artículo 127 del Código Penal, perfectamente compatible con el modelo constitucional, permitía verificar la existencia de un Estado —así fuese en

[4] Y cada vez más inútiles las palabras de RADBRUCH: "[...] en el caso de los delincuentes por convicción, las finalidades de sanción y educación de la pena desaparecen, la tarea de atemorización fracasa, pues el martirio tiene para el delincuente por convicción a menudo algo casi seductor", GUSTAV RADBRUCH, *Relativismo y dertecho*, serie Monografías Jurídicas, núm. 82, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1992, pág. 5.

[5] Texto de la sentencia. La cursiva es agregada.

cierne—, un proyecto dominante que, atendiendo a sus postulados básicos, no conocía enemigos ni confesiones absolutas y diferenciaba por ello al delincuente político, *otorgándole* un tratamiento diferente y privilegiado... con todos los riesgos que ello implicara.

Esa especie de desdibujamiento entonces del Estado, desplaza el reconocimiento jurídico de las partes, hasta el derecho internacional humanitario que, acaso, no atiende más que a la humanización de la confrontación armada, pero no a la diferenciación o al estatuto de las partes el artículo 3° común [de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949] señala que la aplicación de sus disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto"[6].

La decisión de la Corte, en este sentido político, se asimila a la polarización de las partes —y por tanto a la percepción de una agudización del conflicto— que propició la legislación de emergencia dictada en fases especialmente críticas (véase particularmente el decreto-legislativo 1857 de 1989). Obviamente que las palabras del juez de constitucionalidad hoy tienen un sentido y una oportunidad diferente, en esta materia, que las de ese legislador excepcional. Éste actúa en la ruptura "temporal" del ordenamiento, aquel, en ese mismo de emergencia, para limitar la ruptura y asegurar el retorno y, en condiciones de normalidad, para asegurar la vigencia y traducir las palabras del texto constitucional.

La decisión que ha tomado la Corte da las puntadas finales a la tesis de la simplificación de lo extraordinario, de la incorporación de los alientos bélicos propios de las prácticas de excepción al funcionamiento y los contenidos de la normalidad en el sistema jurídico y, sobre todo, con su particular interpretación de la Carta, a la configuración de una *Constitución de emergencia*[7].

4. La sentencia de la Corte Constitucional admite, adicionalmente, y ya de manera más específica, los siguientes comentarios:

a) La sentencia da lugar al futuro imposible, desde el punto de vista lógico y fáctico, del delito político: no es posible que se incurra en delito político (rebelión o sedición), sin que proceda —y preceda— *necesariamente* una conducta que será ahora calificada, separadamente, como delito común. Tal fatalidad, así jurídico-penalmente entendida, no solamente desnaturaliza el delito político, sino que también propicia un castigo más severo del disidente armado; constituye un retorno, por cierto, a la concepción de crimen de *laesa majestas*, en los términos normativos de THOMAS HOBBES la hostilidad contra la Organización actual del Estado da lugar a delitos más graves que los que se cometen, aún siendo los mismos, contra individuos particulares [...]"[8].

Y así esto aparezca como una consecuencia no deseada, la falta de severidad en la sanción de esos delitos constituye un lamento permanente de la Corte:

"La inmunidad penal que se concede a los rebeldes y sediciosos, apareja la correlativa desprotección de los sujetos pasivos que, *al no señalarse siquiera una mayor pena por el delito de rebelión*, se torna absoluta [...]. En cuanto a la rebelión y la sedición, el Código Penal español establece, *en primer lugar penas muy severas [..] Penas que contrastan con las señaladas en la ley colombiana*"[9].

b) La decisión de la Corte Constitucional neutraliza o, mejor, *borra* del ordenamiento constitucional normas como las consagradas en los artículos 35, 150 ordinal17, 179 ordinal l° 232 ordinal 3°. Pues no ser extraditado y acceder a cargos públicos —por ejemplo— como privilegios propios del delincuente político, por aquella misma razón del imposible lógico no son hipótesis realizables, pese a que la Corte insista en que el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional, por una sencilla razón: subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores"[10].

c) El argumento de la sentencia, evade razones históricas referidas a la distinción entre, delito político y común, al tratamiento privilegiado del primero, a la caracterización del guerrillero colombiano como combatiente-rebelde y al mantenimiento *necesario* del dispositivo de la conexidad entre delitos políticos y comunes. También desde ese punto de vista histórico la decisión distorsiona el sentido constitucional del delito político, cuando olvida que la génesis del texto constitucional radica en una Asamblea Nacional Constituyente que se integró, en gran parte, por rebeldes amnistiados y que declaró la intención (artículos transitorios 12 y 13 de la Constitución, por ejemplo) de propiciar reencuentros pacíficos de los actores del conflicto armado. Pero, para decirlo con una verdad de Perogrullo, las palabras del constituyente no son las del guardián de sus palabras:

"[...] la Constitución colombiana es un documento plural, diverso y, en muchos casos, contradictorio en el cual se entrelazan las demandas de un país heterogéneo y aún incapaz de recoger para sí una idea de comunidad. Frente a un texto de estas características, es en la interpretación en donde radica la definición de su alcance. Particularmente es la lectura de la Corte Constitucional [...] la que terminará diciendo lo que el documento es. Desafortunadamente [sic] *la pluralidad de la Asamblea Nacional Constituyente y del texto mismo no ha sido reproducida —ni parece que lo será a*

[6] Véase la sent. C-225 de 18 mayo 1995, referida a la constitucionalidad del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de la ley aprobatoria 171 de 16 de diciembre de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[7] Véase a WILLIAM FREDY PÉREZ, ALBA LUCÍA VANEGAS y CARLOS MARIO ÁLVAREZ, *Estado de derecho y sistema penal: la emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia - Diké, 1997. Cuán lamentable que la profética reflexión de IVÁN OROZCO, surtiera efectos contrarios: "...pero para resolver la contradicción entre la política gubernamental orientada hacia un tratamiento privilegiado del delincuente político y la práctica judicial, de dartle al mismo, dentro del marco de la legislación penal de excepción, un tratamiento discriminativo, debe apelarse, no a la radicalización de una visión criminalizante, sino a la restauración de la legislación penal ordinaria" (IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, Edit. Temis, 1992, pág. 127.

[8] THOMAS HOBBES, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, pág. 246.

[9] Texto de la sentencia. La cursiva es agregada.

[10] Texto de la sentencia.

*mediano plazo— en la composición de la Corte Constitucional.* Las ideas políticas tradicionales, liberales y conservadoras, con sus concepciones acerca de la función del estado y del derecho y con sus consecuentes aproximaciones a los más importantes tópicos de la moral social, se han apropiado de la Constitución"[11].

d) En el texto de la sentencia se reitera, hasta desgastar el argumento, el hecho de que el artículo 127 del Código Penal constituye una *amnistía anticipada,* porque —dice la Corte— "[...] los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan [...] no estará sujeto a pena alguna"[12]. Se supone en la sentencia, al parecer —y acudiendo al nivel más elemental posible de una discusión—, que la existencia y operatividad efectiva de una hipótesis delictiva y una sanción, constituyen un caso equiparable absolutamente al efecto de "reincorporación inmediata" u "olvido total" propio de la amnistía o el indulto. Es tan claro que el artículo 127 del Código Penal no reúne los requisitos de una amnistía, por cuanto, obviamente, no se refiere a la ausencia de pena y al goce de los privilegios inmediatos propios de aquella figura, que no es posible comprender la transcendencia que la Corte otorga a ese argumento.

El privilegio constitucional para el rebelde se hace —o se hacía— efectivo una vez cumplida la pena. En el caso de la amnistía, en el acto. No obstante, la sentencia insiste, en el afán por encontrar razones en los lugares más insospechados, en que: "En realidad, el artículo 127 del Código Penal, persigue un único propósito: eliminar el reproche penal a los hechos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos.

*Así lo confirma el epígrafe del citado artículo que utiliza la expresión «exclusión de pena»*"[13].

e) La Corte teme básicamente la impunidad sobreviniente:

"A la ley corresponde, a su turno, dentro de ciertos límites, preservar para estos delitos un régimen diferenciado. Sin embargo, lo que si desborda toda previsión, es considerar que *la impunidad* es la 'única' forma de concederle a los delitos políticos su particularidad [...]. No contribuyen al logro y mantenimiento de la ley *normas que establezcan causales de impunidad* para quienes incurren en rebelión o sedición y atentan, por lo mismo, contra la paz [...] A la paz no se tiene que llegar por medio de la *consagración de la impunidad permanente* de las peores conductas criminales"[14].

Y tomando palabras de LUIS CARLOS PÉREZ, y desde luego otorgando a la expresión "impunidad" un tono y un sentido seguramente muy distinto del pretendido por el citado profesor, la Corte anuncia "su respaldo" doctrinario "la norma instituye una causal de impunidad [...]. La impunidad de las conductas está dispuesta en el artículo 127, y quienes las realizan apenas son culpables de rebelión".

[11] CRISTINA MOTTA, "El Estado neutral y sus límites", en *Análisis Político,* núm. 33, Santa Fe de Bogotá, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, enero-abril de 1998, pág. 49. La cursiva es agregada.

[12] Texto de la sentencia.

[13] Texto de la sentencia. La cursiva es agregada.

[14] *Ibidem.*





Sin embargo, esos mismos razonamientos, por supuesto iluminados por el difundido y *aterrador* mito de la impunidad, permitirían, entre otras cosas, restar toda posibilidad constitucional aún a la figuras de la amnistía y el indulto. Pues ellas sí que "propiciarían una absoluta impunidad".

f) Sostiene la Corte que una norma como la consagrada en el artículo 127 del Código Penal, estimula la violencia e invita a un alzamiento en armas que, por virtud patriótica y carácter moderno, no ha seducido a nuestras fuerzas armadas:

Es evidente que los artículos 127 y 184 implican una permanente incitación al uso de las armas [...] Incitación que cobra mayor fuerza tratándose de militares y policías [...] Solo el sentido republicano de nuestras fuerzas armadas y su espíritu civilista, han impedido que sus miembros caigan en la tentación que estas normas contrarias a la Constitución les tendían"[15].

Animada por el riesgo de la manzana y el pecado original, la exquisitez de un tal argumento obligaría a expulsar del ordenamiento todas las inmunidades, especialmente la que supone el fuero militar. A menos, está claro, que el "sentido republicano" y "el carácter civilista" de nuestras fuerzas armadas no solamente esté probado, sino asegurado en el futuro.

La Corte considera "inexacta" la afirmación de que el tratamiento privilegiado del delincuente político y el reconocimiento de la conexidad, da cuenta de un pensamiento moderno y democrático —lo que implicaría por tanto—, como sostienen los modernos, una oportunidad para la política en la guerra —por cuanto dice— en España la cosa no es así:

"Algunas personas sostienen que la norma del artículo 127 [...] es una conquista de los Estados democráticos y que representa un progreso en las costumbres políticas. Lo anterior es una afirmación inexacta, como se comprueba fácilmente. España [...] tiene una indiscutible organización democrática. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no existe la amnistía y están expresamente prohibidos los indultos generales [...]. En cuanto a la rebelión y la sedición, el Código Penal español establece, en primer lugar, penas muy severas [...]. Pero hay más: no existe en el Código Penal de España una norma semejante al artículo 127, que permita el absurdo de que un delito sancionado con pena hasta de nueve años, absorba otro reprimido con pena hasta de 60 años, como el homicidio"[16].

Tan evidentes parecen las distancias políticas y sociales de la sociedad española en relación con la nuestra y tan precaria la respuesta de la Corte a la calificación filosófica y política que algunos impugnantes[17] hacen de la norma, que parecería una doble torpeza referirse al argumento de la Corte.

[15] *Ibidem.*

[16] *Ibidem.*

[17] Puede tener alguna importancia registrar que la demanda fue coadyuvada por un grupo de miembros retirados de la fuerza pública, la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las fuerzas militares, Acore, tres ciudadanos y el director del DAS. Y ha sido impugnada, la pretensión, por el fiscal

Sin embargo, suponiendo que la "madre patria" fuese susceptible de traerse a colación para demostrar que *lo que allí no es,* no lo es tampoco para una discusión sobre la civilidad y la democracia de un valor político como el que soporta la norma en cuestión, puede decirse que la violencia política que caracteriza la confrontación armada en Colombia —por supuesto si se tiene alguna noción de su génesis y desarrollo, y de las particularidades de su contexto— no tienen la menor posibilidad de asimilarse siquiera considerablemente a lo que se ha denominado el terrorismo político europeo.

La subversión en nuestro país no opera en medio de una sociedad altamente industrializada, con importantes índices de legitimidad institucional y desarrollo económico, con un grado alto de integración internacional política, económica y aún jurídica; o abreviando, como lo describe IVÁN OROZCO:

"El autodenominado «guerrillero urbano» europeo es la expresión de un terrorismo sistemático de carácter estratégico, vale decir, orientado hacia la motivación del contraterror y con ello hacia el derrumbe de la legitimidad del Estado, mediante recursos de fuerza que implican el primado del principio del miedo sobre el de la violencia. El terrorismo político continental europeo busca dominar primero el pensamiento para llegar luego a dominar el espacio. El guerrillero rural colombiano es, por el contrario, un combatiente irregular orientado todavía según el paradigma de la regularidad. Su horizonte estratégico es el de la guerra clásica como guerra que busca dominar primero el espacio para llegar luego a dominar el pensamiento. Sus acciones se rigen por el principio del primado de la violencia sobre el miedo [...]. La guerrilla política rural colombiana, está —por lo menos comparativamente— bastante más arraigada en la existencia social y política de las regiones donde tiene su asiento. Sus dominios territoriales no son solo dominios militares sino también dominios socio-políticos"[18].

Y, finalmente, puede decirse que más allá de la legislación dictada para combatirlo, el rebelde colombiano, a diferencia del terrorista europeo, ha puesto en serio riesgo —aún militar— la pervivencia del modelo jurídico-político y de las estructuras sociales vigentes en Colombia[19].

Para completar aquel sorpresivo y sorprendente argumento, dice la Corte que "por lo demás, la tendencia que se observa en el mundo es la de no amparar bajo el concepto del delito político las conductas violentas"[20]. Que la tendencia en el mundo se encuentra acorde con la decisión de excluir del ordenamiento jurídico colombiano la conexidad —y por tanto el delito político—, es un hecho cierto. Esa es la tendencia, y

general de la nación, el procurador general de la nación, el defensor del pueblo, el consejero presidencial para la paz, las fundaciones y corporaciones Cinep, Minga, Sembrar, Credhos, Humanidad vigente, Procurar, Libertad, Reiniciar, Juan Bosco, Manuel Cepeda, Comité de Solidaridad con los presos políticos, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, un par de ciudadanos y, desde luego, por la ponencia inicialmente presentada por el magistrado Carlos Gaviria Díaz.

[18] IVÁN OROZCO ABAD, *op. cit.*, pág. 56.

[19] "[...] nadie, salvo los propios terroristas o algún acusador público, puede haber pensado seriamente que el terrorismo [en Europa] pusiera realmente en peligro los fundamentos del Estado [...]". LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 830.

[20] Texto de la sentencia.





también lo es la reducción de la democracia al mercado [sic] y el empobrecimiento creciente de vastos sectores sociales, el desplazamiento interno y las migraciones internacionales... y tantos otros fenómenos. Otra vez, esa especie de falacia naturalista que, a lo sumo, podría legitimar a YVES SAINT-LAURENT: de que así sea la moda en París, se sigue que así debe ser aquí.

Ahora bien, no creemos que valga el esfuerzo gastar cuartillas para decir que presentar a la sociedad y el sistema político españoles, como paradigma democrático, acaso no pueda olvidar "la pervivencia de hábitos, valores y tics de la dictadura. Y que en el cuerpo social han perdurado tendencias y costumbres originadas en la etapa anterior: propensión al caudillismo, admiración por los gobiernos fuertes, escasa sensibilidad democrática ... y un largo etcétera". Y que tal vez la Corte ha citado, en su ejercicio comparativo, precisamente uno de esos tics[21].

5. De la sentencia proferida por la Corte y de la lectura que allí se hace del conflicto armado y de la normatividad referida a la rebelión y a la sedición, podría decirse, para terminar, que constituye inicialmente un ejercicio de política criminal si se entiende que cuando el Estado define un conflicto social como criminal

"...está ejercitando entre diferentes alternativas que pueden presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal, en tanto que esté referida a la criminalización del conflicto ... política criminal es ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate"[22].

Y eso ha ocurrido, pese a que eventualmente olvidemos un *poder* jurisdiccional que, lamentablemente para las posibilidades civilizadoras de un sistema jurídico moderno, *ahora sí* ha actuado como tal. Y pese a que, en palabras de los magistrados que salvaron su voto, permanezcamos convencidos de que la función del juez constitucional

"[...] no es imponer a la sociedad colombiana nuestra particular filosofía política sobre cómo las democracias deben enfrentar los desafíos del delito político, problema esquivo y de enorme complejidad, y que por ende escapa a nuestras competencias. Nuestra tarea es mucho más elemental y modesta: en este caso se trataba simplemente de verificar si la regulación legal acusada constituía un tratamiento del delito político ajustado a la manera como la Carta regula esta materia [...]. Pero incluso en el campo filosófico, el análisis de nuestros colegas no nos parece adecuado, pues no solo no existe una única respuesta punitiva al problema del delito político, sino que no estamos convencidos de que la punición extrema sea la respuesta propia de un régimen democrático pluralista al complejo desafío planteado por la rebelión armada [...]. La respuesta punitiva defendida por la Corte no solo dista de ser la más democrática, sino que, más grave aún, no corresponde al modelo de tratamiento punitivo benigno adoptado por la constitución colombiana"[23].

[21] JUAN FRANCISCO SECO, "Izquierda y democracia", en *El viejo topo*, núm. 99, Madrid, septiembre 1996, pág. 27.

[22] JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid, Edit. Trotta, 1997.

[23] Salvamento de voto.

...

"Segunda.— *Lo que se debate.* A juicio del actor, la norma causada, al exonerar de pena a los rebeldes y sediciosos por los hechos punibles cometidos en combate, quebranta diversas normas de la Constitución, entre ellas están: los artículos 9°, 93 y 94, relativos a los tratados internacionales, porque estos consagran el respeto a la vida humana; el artículo 2°, porque este consagra la defensa de la vida y los bienes y demás derechos y libertades, como función de las autoridades de la república; el artículo 11, que establece la inviolabilidad del derecho a la vida; el 13, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley, pues esta se desconoce cuando se da un trato privilegiado a los rebeldes o sediciosos, al permitirles que impunemente den muerte a soldados, policías y campesinos, finalmente, el artículo 25, porque la norma desconoce el derecho al trabajo de policías y soldados y pone a estos en situación de desigualdad frente a quienes tienen otros oficios o profesiones. Algunos de los intervinientes piden que la declaración de inexequibilidad se extienda al artículo 184 del Código Penal Militar (decr. 2550 de 12 diciembre 1988), norma exactamente igual a la demandada, pero aplicable a los militares en servicio activo y a los oficiales, suboficiales y agentes de la policía nacional.

Se analizarán, en consecuencia, estas dos normas, a la luz de la Constitución.

Tercera.—*Sentido y alcance del artículo 127 del Código Penal.* Dispone el artículo 127 del Código Penal: "Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo" (este mismo es el texto del artículo 184 del Código Penal Militar).

La norma es clara y su sentido no requiere mayores explicaciones. De su lectura se deduce:

1°. La norma exime de pena a los rebeldes o sediciosos por todos los hechos punibles cometidos en combate, y solo los sujeta a la pena por la rebelión o la sedición.

Los hechos punibles cometidos en combate son todos los delitos previstos en la legislación colombiana. Al respecto escribe el profesor LUIS CARLOS PÉREZ: "Deben tenerse en cuenta por aparte los siguientes aspectos: en primer lugar, la norma instituye una causal de impunidad, cualquiera que haya sido la participación de los distintos agentes, el lugar donde hayan combatido, su grado de culpabilidad y las circunstancias materiales en que actuaron. En segundo término, el texto habla de hechos punibles, lo cual incluye los delitos y contravenciones. En tercer lugar, se refiere a esos hechos punibles realizados en combate. Finalmente, exceptúa de la impunidad derivada de las conexidades las conductas bárbaras, feroces o terroristas" (*Derecho penal*, t. III, pág. 137, Bogotá, Edit. Temis, 1990).

¿Qué debe entenderse por hechos punibles cometidos en combate? El Código no los define. El mismo profesor PÉREZ escribe: "La expresión 'en combate' de la ley vigente.— El artículo 127 del Código vigente eliminó las incertidumbres en la interpretación del concepto. En lugar de 'acto de combate' habla de 'hechos punibles cometidos en combate', lo que pone fin a las discusiones sobre el alcance del término. Ya no hay que detenerse en el acto, sino en todo el combate, que, claro está, se integra con muchos y variados actos. El combate ya no está limitado en el tiempo, ni estacionado en un paraje, una casa, una calle, una aldea, una comarca. Tampoco se reduce a la agresión corporal directa, ni solo a los disparos que se cruzan los contendientes, sino que implica multiplicidad de dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos. En fin, combate no es solo un corto sondeo táctico, sino también desenvolvimiento de amplias estrategias. Por lo tanto, tiene escalas, proporciones, diversidad de vecindades, separación y calificación del trabajo, especialidades que cumplen quienes desempeñan su misión de soldados, y las de quienes carecen de armas pero que se mantienen al servicio de la insurrección.

"Los últimos, dentro de estimativas anticuadas sobre el dinamismo castrense, no estarían en la refriega. Pero ahora, consultando el texto de la ley, sí son agentes de la acción armada. Todos componen una unidad. Les pertenecen el éxito y el fracaso. Se les aclama como victorioso o se les encarcela como rebeldes. Se les exalta o se les persigue después. El combate gana así la generalidad que es específica de la naturaleza, en que todo tiende a la interdependencia del mayor número de comprometidos sin considerar por aparte, con rigorismo exclusivista, la participación de cada cual.





"Si un grupo de rebeldes destruye vehículos en marcha o destinados al aprovisionamiento de los adversarios, y como consecuencia de la destrucción estallan incendios en viviendas vecinas, y ocurren muertes de personas inocentes, o la incomunicación de un territorio, o cualquier otro daño, no hay duda de que estos hechos que separadamente de la rebelión se incriminan acumulativamente con esta, fueron realizados en combate, y no fuera de él. La impunibilidad de las conductas está dispuesta en el artículo 127, y quienes las realizan apenas son culpables de rebelión" (*op. cit.*, pág. 138).

2°. Se excluyen de la causal de impunidad "los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". ¿Qué debe entenderse por tales?

No define el Código los actos de ferocidad o de barbarie. Según el *Diccionario* de la Real Academia, serán actos de ferocidad los de "fiereza o crueldad". O los de "crueldad, inhumanidad, ensañamiento o atrocidad", según el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de CABANELLAS.

En cuanto al terrorismo, habría que tener en cuenta los artículos 1° y 2° del decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el decreto extraordinario 2266 de 1991. El texto de tales artículos es el siguiente:

"Artículo 187.— *Modificado decreto-ley 180 de 1988, artículo 1°. Terrorismo.* El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o de las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

"Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales".

"1280. Decreto-ley 180 de 1988.

"Artículo 2°.— *Circunstancias de agravación punitiva.* Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y una multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

a) Se hiciere partícipe en la comisión del delito a menores de dieciséis (16) años;

b) Se asalten o se tomen instalaciones militares, de policía, de los cuerpos de seguridad del Estado o sedes diplomáticas o consulares;

c) La acción se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes electorales;

d) El autor o partícipe hubiere sido miembro de las fuerzas militares, policía nacional u organismos de seguridad del Estado y,

e) Cuando con el hecho se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

Nota: El decreto-ley 180 de 1988, artículo 2°, fue adoptado como legislación permanente por el decreto extraordinario 2266 de 1991, artículo 4°".

Cabe anotar que el decreto 2266 de 1991 fue declarado exequible por la sentencia C-127 de 1993, de esta Corte (magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

3°. El artículo 127 consagra la que el mencionado profesor LUIS CARLOS PÉREZ denomina una "causal de impunidad". ¿Puede afirmarse que esta es una verdadera amnistía general?

Para la Corte la respuesta es afirmativa: el artículo 127 equivale a una amnistía general, anticipada e intemporal. Es general, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la República, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con solo unas excepciones. Es anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues esta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. Y es intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella.

Lo anterior lleva necesariamente a preguntarse: ¿es constitucional una norma que (como lo hacen los artículos 127 y 184 mencionados) concede una amnistía general, anticipada e intemporal? Para contestar esta pregunta, es necesario analizar la

amnistía y el indulto generales a la luz de la Constitución.

Sin embargo, antes conviene analizar el argumento en el que algunos intentan sustentar, si no la exequibilidad, sí la conveniencia del artículo 127 del Código Penal.

Se arguye que no es posible, en un combate, individualizar responsabilidades, y tal individualización, en materia penal, es inexcusable. Que lo único posible es establecer quiénes se han alzado en armas y quiénes han participado en un enfrentamiento armado, a fin de imputar a cada uno de ellos el delito de rebelión o de sedición.

Este argumento de conveniencia no resiste el menor análisis. Es claro que se trata, en últimas, de un problema de investigación, y que él debe resolverse dando aplicación a los artículos 23 y 24 del Código Penal, que determinan lo relativo a la participación en el hecho punible. Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal:

"Los procesados fueron llamados a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, como responsables del delito de homicidio en la persona de ..., pero en calidad de cómplices correlativos por no haberse podido determinar cuál de los dos fue el verdadero autor material del ilícito.

"El jurado de conciencia los condenó tal y como fueron llamados a juicio y tanto el juez del conocimiento como el Tribunal respectivo hicieron lo propio.

"Se sostiene que la figura de la complicidad correlativa no fue reproducida por el nuevo Código Penal y la afirmación es exacta. Lo que no resulta veraz es el corolario que de esa realidad extrae el demandante cuando concluye que, en consecuencia, por virtud del principio de favorabilidad, los procesados a quienes se les reconoció que obraron conforme a esa modalidad, deben ser absueltos.

"Sin lugar a dudas, la responsabilidad correlativa era una figura de coparticipación criminal consagrada en el artículo 385 de esta manera:

"En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta a una tercera parte...".

"Al respecto, en antigua pero reiterada jurisprudencia, la Corte enseñaba que en relación con las demás formas de complicidad general, la complicidad correlativa...". Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma...".

"La llamada 'complicidad correlativa' era, pues, una institución jurídica que hacía posible imponer a los partícipes de un delito de homicidio o lesiones personales, pena semejante a la señalada para los cómplices no necesarios (C. P. de 1936, art. 20), cuando no existía prueba plena que permitiera deducir responsabilidad penal a cada uno de ellos a título de autor, coautores o cómplices necesarios o no necesarios, pero habiendo la certeza de que entre tales copartícipes estaba el autor o autores y, eventualmente, uno o varios cómplices del hecho punible.

"Era posible, entonces, que entre tales personas hubiera autores materiales, o autor intelectual (determinador) y autores materiales, o autores y cómplices, pero jamás solamente cómplices, ya que estos exigen la ineludible intervención del autor para cuyo beneficio contribuyen a la comisión de un delito que no les pertenece, que les es ajeno.

"En este orden de ideas, bien puede afirmarse que el fenómeno de la complicidad correlativa —por fuera de su marco nominal— sustancialmente entendido está considerado en el nuevo Código Penal dentro del marco de la participación en el hecho punible (C. P., arts. 23 y 24); de donde se concluye que no es posible admitir impunidad para tales hechos con la tesis del casacionista, vale decir, que quienes fueron condenados por complicidad correlativa en vigencia del Código Penal anterior deberían ser absueltos al entrar en vigencia la nueva legislación" (sent., 29 noviembre 1982).

En síntesis, no es cierto que en un combate no pueda individualizarse la responsabilidad, ni que esa supuesta imposibilidad conduzca a la impunidad general consagrada por el artículo 127.

Además, de acuerdo con la interpretación amplísima que hoy se da a la expresión "en combate", la impunidad consagrada por el citado artículo 127 comprendería aun los delitos cometidos por una sola persona o por varias en condición de autores o de cómplices: todos los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos quedan exentos de pena, no por supuestas dificultades en la investigación, sino porque sus autores se han declarado previamente autores del delito de rebelión o de sedición.





Cuarta.—*La amnistía y el indulto en la Constitución.* La Constitución contempla y reglamenta la amnistía y el indulto en el numeral 17 del artículo 150, que asigna al Congreso la siguiente función:

"Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

En relación con el indulto, ya en caso particular, dispone el numeral 2 del artículo 201 de la Constitución que corresponde al gobierno, en relación con la rama judicial, "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares".

La ley a que esta última norma se refiere, no es otra que la prevista por el numeral 17 del artículo 150.

Dicho sea de paso, la mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara, es de tal modo excepcional que la Constitución solo la exige en otra norma: en el inciso 4° del artículo 212 (estado de guerra exterior), que faculta al Congreso para reformar o derogar en cualquier época los decretos legislativos dictados por el gobierno por causa o con ocasión de la guerra, "con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara". Solamente en estos dos casos se exige tal mayoría, lo que da una medida de la importancia que asigna la Constitución a los respectivos asuntos.

Sobre la concesión de amnistías o indultos generales, la Corte Constitucional ha sostenido invariablemente que es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la República. Basta citar algunas jurisprudencias.

En la sentencia C-179 de 1994, en la que se analizó el proyecto de ley estatutaria sobre los estados de excepción, se declaró inexequible el aparte del parágrafo 2° del artículo 4° que otorgaba al gobierno la facultad de "conceder, por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos y conexos". La razón principal de la inexequibilidad consistió en ser esta una facultad reservada exclusivamente al Congreso y que este solamente puede ejercer con sujeción al numeral 17 del artículo 150. Dijo la Corte:

"En cuanto a la concesión de facultades al gobierno para decretar 'amnistías o indultos generales' por delitos políticos y conexos, la Corte estima que esta norma es contraria a la Constitución, porque la facultad conferida al Congreso de la República por el numeral 17 del artículo 150, es exclusiva e indelegable. Así lo demuestran estas razones:

"Primera.—Las normas que regulan esta materia en la Constitución de 1991, son, en esencia, iguales a las que existían en la anterior. Basta compararlas.

"Constitución de 1991:

"«Artículo 150, numeral 17.—"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"»...17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar»".

"«Artículo 201, numeral 2: "Corresponde al gobierno, en relación con la rama judicial:

"»2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares».

"Constitución de 1886:

"«Artículo 76, numeral 19.—"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

"19. Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros que componen cada Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En el caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de los particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Artículo 119, ordinal 4°: "Corresponde al presidente de la república en relación con la administración de justicia:

"»...4°. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad. En ningún caso los indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares, según las leyes»".

Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que esta era una atribución solamente del Congreso. En una de sus providencias sobre esta materia, afirmó:

"En cambio, no parece acertado asimilar las medidas de extinción de acciones y penas con las instituciones de la amnistía y el indulto, en razón de la semejanza de sus efectos, porque no es válido afirmar que el gobierno puede decretar amnistías e indultos, por virtud de que le compete institucionalmente la guarda y restauración del orden público, ya que aquellas competencias están atribuidas por la Constitución como propias del Congreso, según resulta de lo dispuesto en el artículo 76, numeral 19, y en el artículo 119, numeral 4.

"En estado de sitio el gobierno no sustituye al Congreso en su función legislativa ni en ninguna de sus atribuciones constitucionales. Por ello, la Constitución en el artículo 121 aclara que esa corporación puede sesionar y ejercer sus facultades constitucionales, porque no hay incompatibilidad con los poderes del presidente en tales circunstancias, de acuerdo con el siguiente texto: 'La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, este se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el gobierno lo convoque'.

"Es preciso considerar, además, que en este campo el gobierno solo tiene la potestad para conceder indultos, nunca amnistías, y 'con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta potestad', es decir, en forma condicionada a específica ley previa, y no directamente como facultad constitucional propia, ni menos fundada en el artículo 121, sino en su condición ordinaria de ejecutor de la ley.

"De modo que si el Congreso no ejercita directamente su competencia para amnistiar ni conceder indulto, ni la transfiere como facultad extraordinaria al gobierno, este no puede, sin usurpar funciones, decretar medidas de ese alcance, invocando el artículo 121" (Corte Suprema de Justicia, sent., núm. 17, 10 de mayo 1982, "G. J.", t. CLXXI, núm. 2409, pág. 153).

"No hay que perder de vista tres hechos fundamentales: el primero, que durante los estados de guerra y de conmoción interior, el Congreso está reunido permanentemente; el segundo, que sesiona con la plenitud de sus facultades constitucionales y legales; y el tercero, que en los estados de excepción 'no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado'.

"Segunda.—La Asamblea Constituyente entendió que esta facultad de conceder amnistías e indultos generales quedaba reservada al Congreso en todo tiempo. Por tal razón, concedió al gobierno la autorización de que trata el artículo transitorio 30, que reza:

"«Artículo transitorio 30.—Autorízase al gobierno nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente acto constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el gobierno nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio ni podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima».

"Es claro que el conceder esta autorización especial, obedecía a diversas razones, entre ellas estas: la circunstancia de no existir, durante los primeros meses de vigencia de la nueva Constitución, un Congreso que pudiera ejercer la facultad de que trata el numeral 17 del artículo 150; el tratarse de delitos cometidos antes de la vigencia de la nueva Constitución; y, por sobre todo, la convicción de que el gobierno no podía en épocas normales ni durante los estados de excepción, conceder amnistías o indultos generales por no estar facultado para ello por la propia Constitución.

"Si la Asamblea hubiera entendido que bastaba al gobierno declarar el estado de conmoción interior y dictar un decreto-legislativo, para conceder la amnistía o el indulto generales, no habría otorgado esa autorización, que habría sido ostensiblemente superflua.





"Tercera.—¿Por qué esta es una facultad exclusiva e indelegable del Congreso?

"Conceder amnistías o indultos generales, por delitos políticos, es una medida eminentemente política, que implica interpretar la voluntad de la nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos, y si la niega será porque no existe ese sentimiento.

"Por todo lo anterior, no tendría sentido sostener que lo que solamente puede hacer el Congreso de la República con esa mayoría especial, pueda decretarlo el presidente de la república por su sola voluntad.

"De otra parte, es apenas lógico que el Congreso, primer actor en la vida política de la nación, sea el único llamado a adoptar las medidas de que se trata, políticas en el más alto grado.

"Cuarta.—No se puede caer en la tentación de considerar baladí la exigencia de la mayoría de las dos terceras partes de los votos de los miembros de una y otra Cámara. Tal exigencia no puede tener otra explicación que la de rodear esta medida de las mayores cautelas, para garantizar que su adopción interpreta la voluntad de las mayorías políticas de la nación.

"Quinta.—Uno de los propósitos que animaron la reforma de la Constitución en 1991, fue el fortalecimiento del Congreso. La moción de censura de los ministros, es una de las manifestaciones de ese ánimo de permitirle al Congreso ejercer a plenitud el control político. ¿Cómo pretender, a la luz de esta realidad, que el Constituyente haya querido privar al Congreso, en la práctica, de una de sus más preciosas facultades? ¿Se le fortalece, acaso, privándole de sus poderes?

"Sexta.—Según el artículo 213 de la Constitución, dentro de los tres días siguientes a la declaración o prórroga del estado de conmoción interior, el Congreso se reunirá por derecho propio, 'con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales'. Esta norma implica lo siguiente:

"a) La facultad consagrada en el numeral 17 del artículo 150, no la pierde el Congreso, ni la adquiere el presidente de la república, por la declaración del estado de excepción;

"b) Si el gobierno estima necesaria la concesión de amnistías o indultos generales por delitos y conexos, puede presentar al Congreso el correspondiente proyecto de ley, acompañado de la manifestación de urgencia. Y será el Congreso, en ejercicio de la soberanía, como representante del pueblo, según el artículo 3° de la Constitución, el que resuelva.

"Séptima.—La concesión de amnistías e indultos generales, es asunto de la mayor importancia para la República. Con razón la Constitución solo las autoriza cuando existen 'graves motivos de conveniencia pública'. Esto hace pensar que la decisión del Congreso debe ser el fruto de un amplio debate a la luz de la opinión pública. Debate en el cual debe participar esta última, a través de los medios de comunicación. No puede una decisión como esta, adoptarse de la noche a la mañana por medio de un decreto, y ser fruto solamente de la voluntad del presidente de la república.

"Octava.—La Constitución no autoriza al presidente de la república, para conceder amnistías e indultos generales. Este hecho hay que interpretarlo en concordancia con otras normas de la propia Constitución, para llegar a la conclusión de que en ningún caso puede el presidente de la república ejercer esta atribución:

"a) Según el artículo 121 'Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley'.

"b) De conformidad con el numeral 3 del artículo 214, durante los estados de excepción 'no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado'.

"c) Durante los estados de guerra y de conmoción interior, el Congreso está reunido permanentemente, 'con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales', una de las cuales es la señalada por el numeral 17 del artículo 150.

"Novena.—Es necesario aclarar que, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de abril 10 de 1983, el gobierno, de conformidad antes con el artículo 119, numeral 4, y ahora con el numeral 2 del artículo 201, solo puede conceder indultos en casos individuales, no generales, de acuerdo con la ley preexistente. A este respecto, en los últimos años se han dictado las leyes 49 de 1985 y 77 de 1989.

"En la 77 de 1989, por ejemplo, se autorizó 'al presidente de la república para conceder indultos a

los nacionales colombianos de acuerdo con las reglas establecidas en la presente ley'.

"Y según el artículo 8° de la misma ley, el indulto se concedería '...por resolución ejecutiva suscrita por el presidente de la república y los ministros de gobierno y justicia...'.

"Como se ve, esta facultad es completamente diferente a la de 'conceder amnistías o indultos generales', reservada al Congreso.

"Al respecto, existe una sola diferencia entre la Constitución anterior y la actual: la obligación impuesta ahora al gobierno de informar al Congreso sobre los indultos que haya concedido.

"Por todo lo dicho, el aparte final del parágrafo 2° del artículo 4°, será declarado inexequible".

Después, en la sentencia C-709, de diciembre 9 de 1996, dijo la Corte Constitucional:

"Adicionalmente, a juicio de la Corte la norma consagra en la práctica o disfraza una especie de amnistía por un delito común que no se aviene con los preceptos de la Constitución y, por consiguiente, se encuentra en abierta contradicción con los artículos 150, numeral 17, y 201 numeral 2, que consagran los requisitos bajo los cuales se pueden conceder amnistías generales, únicamente por delitos políticos" (magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell).

En conclusión, solamente el Congreso, de conformidad con el artículo 150, numeral 17, puede conceder amnistías o indultos generales.

Pero la concesión de tales beneficios está sujeta a dos condiciones:

a) La primera, que existan, a juicio del Congreso, "graves motivos de conveniencia pública", y

b) La segunda, que la ley correspondiente sea aprobada "por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara". Esta mayoría calificada hace parte de la competencia misma del Congreso, razón por la cual no podría este conceder amnistías o indultos por las mayorías establecidas para las leyes ordinarias. Esta es, se repite, una ley extraordinaria y excepcional.

Quinta.—*La amnistía y el indulto generales son excepcionales en la legislación colombiana.* Existe en el ordenamiento jurídico una regla general: el sometimiento de todos a la ley penal. Esa regla se expresa inequívocamente en el inciso 1° del artículo 13 del Código Penal:

"La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional".

Esta regla general tiene su fundamento en la propia Constitución:

El artículo 4°, en su inciso 2°, impone a los nacionales y extranjeros el deber de acatar la Constitución y las leyes. Y el artículo 95, en su inciso 2°, reitera que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Las anteriores normas explican por qué el artículo 250, inciso 1°, asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales, sin exceptuar ningún delito ni a ningún delincuente.

Pero, esa regla general tiene una sola excepción: la consagrada por el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, que, como se ha dicho, confiere al Congreso la facultad de conceder amnistías e indultos para que quienes han quebrantado la ley penal no reciban el castigo correspondiente.

Sexta.—*Los delitos políticos en la Constitución.* La Constitución se refiere a los delitos políticos, para darles un tratamiento benévolo, en los siguientes artículos:

"Artículo 35.—Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión".

"Artículo 150.—Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"....

"17. Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Artículo 179.—No podrán ser congresistas:

"1°.—Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".





"Artículo 201.—Corresponde al gobierno, en relación con la rama judicial.

"...

"2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares".

"Artículo 232. Para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

"...

"3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".

"Artículo 299.—En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.

"...

"Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección".

"Artículo transitorio 18.—Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones de 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales.

"1. Quienes en cualquier época hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, con excepción de quienes lo hubieran sido por delitos políticos o culposos".

"Artículo transitorio 30.—Autorízase al gobierno nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos o conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente acto constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el gobierno nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima".

Obsérvese que todas estas normas, como ya se dijo, del numeral 17 del artículo 150, establecen excepciones. Son, por lo mismo, de interpretación restrictiva.

Por lo anterior, no puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta esta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos.

Aunque no es este el tema central de esta sentencia, cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. El profesor Carlos Lozano y Lozano señala que lo característico del delito político son los motivos determinantes, y los define así: "Por delito político-social se entiende aquel que ha sido cometido exclusivamente por motivos políticos o de interés social". Y agrega:

"Pero la palabra 'exclusivamente' se debe entender en el sentido de que los motivos determinantes sean de naturaleza política y social, y por consiguiente, altruistas. Y a la vez se establece la igualdad en las sanciones para los delitos comunes y los delitos políticos, cuando estos, a pesar de la apariencia exterior, no sean sino delitos comunes a causa de los motivos innobles y antisociales que los hayan determinado, o cuando el delito común se cometa por razones políticas. En efecto: los crímenes más graves, como el asesinato, el envenenamiento, el incendio, la destrucción por medios explosivos, la falsificación de moneda, no se convierten en infracciones políticas tan solo porque sus autores invoquen la influencia de la pasión política" (*Elementos de derecho penal*, Lerner, Bogotá, 1961, págs. 148 y 149).

Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con estos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos.

En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de esta que se

refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva.

Séptima.—*¿Por qué los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar son contrarios a la Constitución?* Los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar quebrantan diversas normas de la Constitución, como se verá.

1°. Los artículos que se analizan consagran una amnistía general, anticipada e intemporal. Pero como la única manera de conceder amnistías e indultos generales es la establecida en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, es evidente la vulneración de esta norma.

2°. El artículo 2° de la Constitución consagra como uno de los fines esenciales del Estado el asegurar la "convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". Es contraria a la primera de estas dos finalidades una norma que permite la comisión de toda clase de delitos y asegura su impunidad, o mejor, que convierte el delito (todos los delitos) en arma política. Y no contribuye a la vigencia de un orden justo, la norma que impide que se investiguen los delitos y se castigue a los delincuentes.

3°. Violan el inciso 2° del artículo 4° que impone a los nacionales y extranjeros en Colombia el deber de acatar "la Constitución y las leyes", entre ellas la ley penal. Es claro que normas que permiten la comisión de todos los delitos a quien cometa los de rebelión o sedición, vulneran esta norma del artículo 4°.

4°. El artículo 13 de la Constitución consagra la igualdad de todos ante la ley. Las normas que se examinan establecen un privilegio inaceptable para quienes, por su propia voluntad, incurren en los delitos de rebelión o sedición: el violar impunemente todas las normas penales. Esa "causal de impunidad" es un privilegio injustificado en relación con todas las demás personas que respetan la Constitución y la ley y acatan las autoridades legítimas: así se desconoce la igualdad ante la ley. Si estas personas, ocasionalmente incurren en delito, sí están sujetas a pena, a diferencia de los rebeldes o sediciosos.

5°. Los artículos 127 y 184 quebrantan el artículo 22 de la Constitución, porque el que atenta contra la paz por medio de las armas, o por medio de la comisión de cualquier delito, no está sujeto a pena alguna.

6°. Violan los numerales 3, 6 y 7 del artículo 95 de la Constitución, por las siguientes razones:

a) El 3, porque este consagra el deber de "respetar y apoyar las autoridades democráticas legítimamente constituidas". Las normas objeto de estudio, autorizan la comisión de delitos de toda clase a los rebeldes y sediciosos que faltan, precisamente, a este deber.

b) El 6, porque no contribuyen al logro y mantenimiento de la ley normas que establecen causales de impunidad para quienes incurren en rebelión o sedición y atentan, por lo mismo, contra la paz.

c) El 7, porque impiden que se administre justicia y se castiguen los autores de innumerables delitos.

7°. Desconocen, además, el artículo 229 de la Constitución, que establece el derecho de toda persona para "acceder a la administración de justicia", por esta razón: como los rebeldes y sediciosos no están sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, en su caso solamente se investigan los delitos de rebelión y sedición. Los demás no, porque si no puede imponerse pena no hay para qué investigar. En consecuencia, las víctimas de los demás delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos, o sus herederos, se ven privados de la posibilidad de constituirse parte civil en un proceso penal para reclamar la indemnización de perjuicios.

8°. Finalmente, quebrantan el artículo 250 de la Constitución, porque la Fiscalía General de la Nación no puede investigar los delitos cometidos por rebeldes o sediciosos, en combate, ni acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. La razón es clara: el único delito que se puede investigar para juzgar a los responsables e imponer la pena correspondiente, es la rebelión o la sedición; no así los demás hechos punibles cometidos en combate.

En síntesis, como se ve, son múltiples los motivos de inconstitucionalidad de los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar. Por esto se impone la declaración de su inexequibilidad.

Octava.—*Algunas reflexiones adicionales sobre el delito político.* Sea lo primero afirmar que al declararse la inexequibilidad de los mencionados artículos 127 y 184, el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional, por una sencilla razón: subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores. Y queda en pie, especialmente, la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el indulto generales por esos delitos políticos. Al Congreso corresponderá, en esa ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo.

Lo dicho demuestra que incurren en error quienes afirman que la declaración de inexequibilidad del artículo 127 dificulta cualquier proceso de paz con gentes al margen de la ley. No, en un eventual proceso de paz, puede el Congreso [sic] ejercer la facultad que le confiere el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución. A la paz no se tiene que llegar por medio de la consagración de la impunidad permanente de las peores conductas criminales.

Novena.—*Las normas de los artículos 127 y 184, no son avanzadas ni progresistas.* Algunas personas sostienen que la norma del artículo 127, idéntica a la del 184, es una conquista de los Estados democráticos y que representan progreso en las costumbres políticas.

La anterior es una afirmación inexacta, como se comprueba fácilmente.

España, cuya Constitución de 1978 es una de las fuentes de la que actualmente rige en Colombia, tiene una indiscutible organización democrática. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no existe la amnistía y están expresamente prohibidos los indultos generales (Const. Pol. esp., art. 62, lit. i).

En cuanto a la rebelión y la sedición, el Código Penal español establece, en primer lugar, penas muy severas, que para la primera pueden llegar hasta 30 años de prisión (art. 473) y para la segunda, hasta 15 años (art. 545). Penas que contrastan con las señaladas en la ley colombiana: 5 a 9 años de prisión para la rebelión (art. 125), y 2 a 8 años de prisión para la sedición (art. 126).

Pero, hay más: no existe en el Código Penal de España una norma semejante al artículo 127, que permita el absurdo de que un delito sancionado con pena hasta de 9 años, absorba a otro reprimido con pena hasta de 60 años, como el homicidio. Por el contrario, el artículo 481 descarta expresamente la absorción en lo que atañe a la rebelión: "Los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella, serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código".

Esta norma es aplicable al delito de sedición, por mandato expreso del artículo 549 del mismo Código.

Conviene recordar que el Código Penal español vigente fue adoptado en el año de 1995.

En Argentina, donde también existe un régimen democrático, la pena correspondiente al delito de rebelión es la de prisión de 5 a 15 años, pena que puede agravarse hasta 25 años. Tampoco en esta legislación los delitos de rebelión y de sedición absorben los hechos punibles cometidos en combate, pues el artículo 236 del Código Penal dispone que "cuando al ejecutar los delitos previstos en este título (rebelión, sedición y motín, entre otros), el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles".

Se olvida, además, que los delitos de rebelión y sedición, por su propia naturaleza, pueden cometerse especialmente por los miembros de las Fuerzas Armadas de la República. Es evidente que los artículos 127 y 184 implican una permanente incitación al uso de las armas (y a la comisión de innumerables delitos), en contra del régimen constitucional. Incitación que cobra mayor fuerza en tratándose de militares y policías, a quienes se confían las armas para la defensa del orden jurídico. Solo el sentido republicano de nuestras fuerzas armadas y su espíritu civilista, han impedido que sus miembros caigan en la tentación que estas normas contrarias a la Constitución les tendían.

¿Podrá, acaso, ser civilizada y progresista una norma que autoriza la comisión de toda clase de delitos, como arma política? ¿Existe en la Constitución una sola norma que permita recurrir a la violencia en contra del orden jurídico y de la paz?

Los mecanismos de participación ciudadana hacen posible intentar el cambio del sistema por las vías pacíficas, y nada legitima el empleo de la fuerza o del delito contra el derecho.

Hay que advertir, además, que no es acertado referirse al protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II),

para sostener, tácitamente, que en su artículo 13, ordinal 3°, consagra la impunidad de los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos. La verdad es completamente diferente, como se verá.

Ninguna de las normas del citado protocolo, ni de ningún tratado internacional, obliga a los Estados a no castigar los delitos. Por el contrario, ese castigo está expresamente previsto. Así, el artículo 6°, titulado "Diligencias penales", se refiere "al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado". Y no podría ser de otra manera, porque ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, desconociendo, como en el caso colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que esta consagra?

De otra parte, basta leer el ordinal 3° del artículo 13 del Protocolo adicional, para ver como este para nada se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos: "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación".

Décima.—*La despenalización indiscriminada de hechos punibles a la luz de los principios constitucionales.* La rebelión corresponde a un tipo penal autónomo. En el artículo 125 del Código Penal, se describe el comportamiento proscrito y se establece la pena correspondiente. Se ha pretendido justificar la exclusión de la pena, en relación con los delitos cometidos en combate, con el argumento de que estos resultan, dada su conexidad, "subsumidos" por el delito de rebelión. Sin embargo, los hechos punibles que según esta tesis quedarían cobijados por la rebelión, no tiene la virtualidad de modificar en ningún sentido la consecuencia punitiva del delito principal. De otro lado, la pena de la rebelión —prisión de cinco a nueve años—, que permanece inalterada, aunque se agreguen otros hechos punibles, no es de las más altas del Código Penal, como para autorizar la impunidad que se verifica mediante la exclusión de la pena.

En realidad, el artículo 127 del Código Penal, persigue un único propósito: eliminar el reproche penal a los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos. Así lo confirma el epígrafe del citado artículo que utiliza la expresión "exclusión de la pena". Los argumentos expuestos, serían suficientes, para sustentar la inexequibilidad de esta posición. La Corte, empero, encuentra que la "despenalización" que se consagra viola otros principios de la Carta.

Décima primera [*sic*].—*Constitución y legislación penal.* Los derechos fundamentales significan la máxima protección que el ordenamiento jurídico reconoce a las dimensiones esenciales de la persona y de su quehacer vital. El Estado, sujeto pasivo por excelencia de tales derechos, deriva de la Constitución Política el deber de amparar las pretensiones que constituyen su objeto. Aun tratándose de los derechos que suponen abstenciones del Estado, en cuanto delimitan esferas personales en las que el individuo permanece inmune a toda injerencia, cabe predicar, en general, la existencia de compromisos ineludibles de protección que se articulan en acciones o prestaciones positivas a cargo del legislador y de la administración.

En este sentido, puede afirmarse que el Estado resigna su deber de defensa de los derechos fundamentales, cuando omite tipificar en la legislación penal, en algunos casos, los comportamientos más graves que injustamente lesionan los bienes de rango constitucional que pertenecen al ámbito de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de la libertad de configuración normativa de que goza el legislador en materia penal, una función suya, es la de reforzar la tutela de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, la falta de tipificación del homicidio, salvo en los casos excepcionales, por ejemplo, implicaría el desconocimiento del derecho a la vida.

El derecho penal no agota su cometido en el castigo de las conductas que quebrantan los derechos fundamentales; incluso, esta prestación estatal no siempre resulta necesaria ni pertinente. No obstante, respecto de determinados derechos fundamentales, la tipificación penal de ciertas conductas, corresponde a la protección mínima a cargo del Estado que se integra en su núcleo esencial.

La exclusión de la pena que concede el legislador ordinario, referida a los hechos punibles cometidos, en combate, tiene el efecto de crear una zona franca a la acción delictiva, por fuera de todo control del Estado. Allí es patente la renuncia que el Estado hace a su *ius puniendi* y, por consiguiente, se hace visible el olvido del deber de protección que le incumbe respecto de los derechos fundamentales. Particularmente, la vida de los militares, y aun de personas ajenas al conflicto, si el homicidio en combate deja de sancionarse, quedaría desprovista de todo amparo, sin que su sacrificio se refleje siquiera en un día más de prisión por el delito de rebelión que, según la tesis que la Corte impugna, se extendería a las figuras conexas.

La reserva de ley en materia penal, comporta un grado apreciable de discrecionalidad legislativa. Pero ella no excusa la abstención estatal mayúscula que deja expósita la defensa de derechos fundamentales, cuya intangibilidad resulta menoscabada con la mera eliminación de la necesaria reacción penal.

Décima segunda [*sic*].—*Exclusión de pena por los hechos punibles y dignidad de los miembros de la fuerza pública.* La tipificación de conductas delictivas traduce el rechazo que suscita la lesión de valores, principios y bienes, cuyo respeto se erige en presupuesto esencial de la convivencia pacífica. En cierta medida, la graduación de las penas ilustra la importancia y el significado de los bienes amparados por el derecho penal.

La exclusión de la pena respecto de los hechos punibles cometidos por los rebeldes o sediciosos en combate, pone de presente la escasa o nula estimación que el legislador prodiga a las personas que resultan afectadas con los comportamientos desviados que dejan de sancionarse.

La inmunidad penal que se concede a los rebeldes y sediciosos, apareja la correlativa desprotección de los sujetos pasivos que, al no señalarse siquiera una mayor pena por el delito de rebelión, se torna absoluta.

La desprotección penal absoluta que la ley decreta y que afecta a las víctimas de los hechos punibles protagonizados por los rebeldes y sediciosos, entraña una concepción peculiar acerca del valor de la persona humana, que no se compadece con la dignidad que la Constitución le reconoce. La exclusión de sanción penal, equivale a la absoluta desvalorización de las personas que sufren el agravio. Estas últimas quedan convertidas en "cosas", como quiera que sus derechos y atributos constitucionales pueden violarse sin que ello dé lugar a la condigna respuesta del ordenamiento jurídico.

El móvil político del rebelde y sedicioso adquiere, en este contexto, una jerarquía superior a la de cualquier derecho fundamental. Llega a convertirse en un fin en sí mismo. El ordenamiento penal dócilmente se pliega a sus exigencias y ofrece a los rebeldes y sediciosos, la posibilidad de tratar a otros sujetos como simples medios para sacar adelante sus propósitos.

La criminalidad política no está excluida de sanción penal. Sería absurdo que el mero móvil político fuese suficiente para declarar la impunidad de los hechos punibles que atentan contra el mismo régimen constitucional. La función excepcional del Congreso para decretar por vía general amnistías o indultos respecto de delitos políticos, presupone la existencia de un régimen punitivo aplicable de ordinario a los crímenes de esta naturaleza.

Tampoco los criminales políticos, por serlo, tienen derecho a someter impunemente a otras personas, militares o no, a su voluntad delictiva. La norma examinada, por la vía de la exclusión de la pena, permite que las personas se conviertan en objeto de las acciones delictuosas de los rebeldes y sediciosos. Si la persona es un fin en sí mismo —en esto estriba su dignidad y su condición de sujeto moral—, resulta incomprensible y abiertamente censurable que la ley otorgue el tratamiento de medio al servicio del combatiente político y de sus ideas. Se dice que al servicio del combatiente político, puesto que la impunidad de la muerte de la víctima es el precio que se paga para que aquel pueda imponer una ideología y aspira a que esta tenga en la sociedad arraigo temporal o definitivo.

La política, armada o desarmada, no está por encima de la persona humana. La legislación penal yerra, en materia grave, cuando brinda espacios de impunidad para que la política manipule a la persona humana y la sacrifique en su nombre o por su causa. La causal de impunidad consagrada en la ley, representa para las víctimas un sacrificio desproporcionado e irrazonable.

Aunque el rigor sancionatorio aplicable a los delitos políticos no se define en la Constitución —por tratarse de una materia deferida al legislador—, la distinción entre este tipo de hechos punibles y los comunes, no puede trazarse en la ley ordinaria en términos de impunibilidad, entre otras razones, por el efecto de absoluta desprotección que ello ocasionaría a las víctimas. De la propia

Constitución pueden obtenerse elementos que contribuyen a darle una fisonomía especial a los delitos políticos, siendo ellos los únicos delitos que pueden ser objeto de amnistía o indulto. A la ley corresponde, a su turno, dentro de ciertos límites, preservar para estos delitos un régimen diferenciado.

Sin embargo, lo que sí desborda toda previsión, es considerar que la impunidad es la "única" formal de concederle a los delitos políticos su particularidad. Desde este punto de vista, la norma legal ha apelado a un criterio de distinción —impunidad de los delitos conexos al de rebelión y sedición—, que no era necesario establecer para los efectos de preservar la especialidad de los delitos políticos, máxime cuando su régimen diferenciado, y favorables, ya está asegurado por la Constitución y podría él mismo afianzarse por la ley en otros aspectos.

La finalidad de la ley consistente en marcar una distinción entre los delitos políticos y los comunes, cuando ella se persigue a través de la creación de una causal de impunidad, viola la Constitución, puesto que de manera irrazonable y desproporcionada incide en los derechos fundamentales de las víctimas, para las cuales el Estado, llamado a protegerlas, deja de existir, que a esto equivale la restricción de su poder punitivo.

El criterio de diferenciación que prohíja la norma, se concreta en la enunciación genérica de una serie de circunstancias —hechos punibles cometidos en combate—, que le restan a la persona de la víctima y a su vida su carácter de inviolable (C. P., art. 11). La "inviolabilidad" es un atributo de la persona humana, del cual la ley no puede disponer a su arbitrio. Ni la alta consideración que se dispense al "móvil político", o al programa ideológico que él defienda, puede llevar al legislador a optar por el sacrificio impune de las víctimas que, por su causa, arroje la violencia de los rebeldes y sediciosos. Las personas son inviolables e independientes, en la medida que el ordenamiento constitucional garantiza que no sufrirán impunemente el daño producido por otras, así estas crean que su sacrificio se justifica en aras de un bienestar futuro para el mayor número [*sic*] que, en el caso de los rebeldes, se asocia al triunfo de sus ideales.

Los miembros de la fuerza pública, no sobra recordarlo, no agotan como servidores públicos su dimensión existencial. Ante todo, se trata de personas, y, como tales, salvo los derechos que la Constitución expresamente no les otorga, gozan de los restantes. El aparato estatal requiere del esfuerzo y concurso de los militares y policías, con el objeto de cumplir misiones tan esenciales como las referidas a la defensa del territorio, la independencia nacional, la democracia y los derechos fundamentales. No obstante, el miembro de la fuerza pública no termina absorbido por el aparato estatal, como lo pretende una visión deshumanizadora y contraria a la dignidad de la persona humana. En este orden de ideas, atentar contra la vida de un miembro de la fuerza pública, no se concreta en la simple lesión de un valor institucional. Los militares y policías no son entelequias y, por tanto, el más elemental entendimiento de la dignidad humana, no puede negarles el carácter de sujetos pasivos autónomos de los agravios que desconozcan su personalidad y su vida.

Es claro que la contrapartida de la causal de impunidad que crea la norma examinada es la negativa a admitir que las víctimas de los "hechos punibles impunes", son sujetos pasivos de los delitos que les cercenan la vida u otros derechos fundamentales, pese a que estos tienen una entidad propia. Para la Corte, en estas condiciones, rehusar dar [sic] a la víctima de un ilícito penal el tratamiento de sujeto pasivo autónomo —negativa esta a la que se acompaña la inhibición de la reacción penal precisa ante las lesiones y daños causados en su persona—, significa en el fondo dejarlo por fuera de la protección penal y, por ende, desestimar su condición de persona.

Decimotercero.—*La exclusión de la sanción y la intensidad jurídica permitida de la confrontación interna.* La salvedad que hace la norma respecto de los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, los que quedan por fuera del efecto de exclusión punitiva que benévolamente concede la norma a los delitos conexos con la rebelión y la sedición, produce la falsa impresión de que el objetivo que se persigue es el de reducir la crudeza del conflicto político interno. Sin embargo, el efecto que engendra es el de estimular —gracias a la exclusión de la sanción— el uso creciente de la violencia. Para el efecto, se incorpora en el derecho positivo la noción de combate como acontecimiento social en que la muerte y el asesinato pueden producirse impunemente.





Si al combate acude el rebelde o sedicioso, munido de la permisión de asesinar a su contrario sin consecuencias penales distintas de las que de suyo ya se desprenden de su estado de rebelión o sedición, se anula paradójicamente por obra del mismo ordenamiento penal su entero potencial disuasivo. Por su parte, la percepción de que el rebelde tiene recibida del ordenamiento licencia para matar, suscita en el miembro de la Fuerza Pública, la conciencia de enfrentarse a un enemigo mortal al que igualmente se tiene el derecho de eliminar. La legislación penal recurre a la idea de combate con el objeto de institucionalizar la pena de muerte.

La realidad de la violencia no justifica que la respuesta del derecho sea la de entronizarla mediante causales de impunidad. Desde luego, se da por descontado que no por el hecho de que se prohíba la violencia esta decae o se extingue. Enervar la violencia en Colombia no será posible sin antes reconocer las causas que la producen y sin obrar sobre ellas a través de los medios más adecuados. El efecto pacificador del derecho, junto a otras herramientas de profundo calado, debe concurrir a la construcción de la convivencia civilizada. Pero, aun reconociendo el papel relevante aunque limitado del derecho, lo que sí resulta inaceptable en el plano constitucional es que este, en lugar de reducir o mitigar el conflicto, a través de una norma permisiva, le extienda carta de naturaleza normativa a la lógica de la violencia y abdique de su función de control social.

La confrontación interna que se da a raíz de las acciones de los rebeldes y sediciosos, traba en una lucha sangrienta a nacionales de un mismo Estado. El ordenamiento constitucional contempla salidas pacíficas al conflicto armado. La figura del indulto y de la amnistía indica que el exterminio total, no es propiamente el camino que según la Constitución debe transitarse con miras a resolver la aguda hostilidad existente en el país. La aspiración de la Constitución se cifra en la conversión de la relación adversaria que se manifiesta con signos de violencia e inhumanidad, en una relación de oposición que se tramite a través de procedimientos pacíficos y democráticos.

Los delitos políticos corresponden a formas desviadas de acción política que suscitan una respuesta represiva que, primordialmente, debe manifestarse y concluir en un proceso judicial. La norma examinada, en cambio, reduce a su mínima expresión el espacio del proceso. El combate, al igual que su lógica de violencia, le restan significado y alcance al proceso, al abrirse por la norma un paréntesis en el que desaparece el Estado de derecho, tal vez a la espera de los resultados de la guerra. Aquí el papel que con su inhibición cumplen el Estado y el derecho es el de convertir a las partes en conflicto en enemigos absolutos, e irreconciliables, confiando que la disputa se dirima según el método del exterminio.

El derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos. Lejos de servir a la causa de la paz, la norma demandada, al colocar el combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua. En este contexto, pierde sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que estos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indulto futuros, con lo cual recrudece el conflicto y sustrae a un proceso de paz utilidad e interés, por lo menos en lo que concierne al aspecto jurídico.

No escapa a la Corte que sancionar los delitos conexos a la rebelión y a la sedición, no evita que estos en la realidad se cometan. Sin embargo, el hecho de que sea difícil erradicar la violencia, no puede conducir a que la ley penal claudique ante ella y elimine las sanciones que normalmente se asocian a sus diversas manifestaciones. Que por razones de distinta índole, el Estado no haya podido controlar la violencia, no es razón suficiente para que la ley penal la legitime so pretexto de que su móvil sea de naturaleza política. Este extraño aval, sin lugar a dudas, propicia una escalada de la violencia.

Decimocuarto.—*El ámbito del pluralismo político.* Equivocadamente se sostiene que la impunibilidad de los delitos políticos conexos, constituye una forma de garantizar el pluralismo inherente a una sociedad liberal, abierta y democrática. En el contexto de una sociedad de las características referidas, la pretensión de imponer a otros las ideas por la fuerza, destruye el presupuesto en el que se funda el ejercicio del pluralismo. En las sociedades

que reúnen estas características —la Constitución Política colombiana en sus normas y principios prefigura una sociedad y un Estado conformado de acuerdo con estas opciones—, el único acuerdo sustancial es el relacionado con la apertura del sistema gracias a la aceptación de las reglas relativas al consenso mayoritario y a la alternancia de las mayorías en el poder, el cual permanece abierto siempre a la crítica y al control de la oposición y sometido al respecto por los derechos fundamentales de las personas.

La legitimidad democrática no se aviene aceptar que a través de la insurgencia armada se tramiten los conflictos sociales y se promuevan los programas políticos. En el evento de que ello se haga, los valores de la democracia y del pluralismo, se verán seriamente conculcados, sin perjuicio de que de manera extraordinaria y como precio por la paz, el Congreso, con las mayorías requeridas, genere en un momento dado el hecho político consistente en la amnistía o en el indulto. Mientras no lo haga, la ley ordinaria no puede, en aras del pluralismo y de la democracia, decretar la impunibilidad de la violencia política, simplemente por la circunstancia de que con su concurso se ventilen ideas, puesto que la fuerza como método lo que ciertamente repugna a aquellos.

La norma examinada viola el principio democrático y el pluralismo, como quiera que autoriza, al producir la exclusión de pena, que el método del consenso mayoritario y el respeto a la diferencia y el disentimiento, que se encuentran en su base, sean sustituidos por la fuerza, e incluso por el homicidio, como medio legítimo de la contienda política. La debida y necesaria tipificación penal de este tipo de comportamientos, no trasluce una censura a las ideas que propugnan los alzados en armas, sino un rechazo al empleo de la violencia como medio de acción política, que desvirtúa la esencia de esta noble actividad y el fundamento democrático sobre el que se edifica la sociedad y el Estado, amén de que coloca a los restantes ciudadanos desarmados en condiciones de desigualdad material e injustificada zozobra.

Al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes, pero nunca porque se juzgue apropiado el recurso a la violencia. De hecho, en las sociedades democráticas que, como la colombiana, ofrecen canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas, el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado, lo que no quiere decir que esta modalidad delictiva haya desaparecido de los Códigos y de la Constitución.

En las sociedades fundadas sobre presupuestos democráticos y sobre el respeto a los derechos fundamentales, se torna cada día más difícil y menos justificado apelar a formas delictivas a fin de expresar la inconformidad política y pretender la transformación de la sociedad. En todo caso, a la altura del tiempo presente y de los desarrollos constitucionales del país, dando por descontada la existencia de la delincuencia política —a su modo contemplada en la misma Constitución—, lo que todavía le presta apoyo a la consagración de un régimen menos severo para el delito político son los ideales que encarnen los rebeldes, no así el recurso constante a la violencia que los caracteriza. Por lo demás, la tendencia que se observa en el mundo es la de no amparar bajo el concepto de delito político las conductas violentas.

La ley penal que se ocupa del delito político produce la exclusión de la pena precisamente en relación con el elemento que resulta reprochable de este fenómeno criminal: el uso de la violencia. La santificación de la guerra interna, nunca puede ser el cometido de derecho penal de una sociedad democrática que aspire a consolidar, sobre la base del consenso y del respeto a los derechos fundamentales, el bienestar de su pueblo".

## SALVAMENTO DE VOTO

Con nuestro acostumbrado respeto, nos permitimos salvar nuestro voto de la presente sentencia, que declaró inexequible el artículo 127 del Código Penal, que establece que "los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Según la Corte, esa norma es inconstitucional, por cuanto el Código Penal, que es una ley que puede ser aprobada por mayoría simple en el Congreso, consagra una amnistía general, anticipada e intemporal de los delitos cometidos en combate por los rebeldes y sediciosos, con lo cual vulnera el artículo 150, ordinal 17, de la Carta, que ordena que la concesión de estos beneficios tiene un procedimiento especial, pues debe hacerse con posterioridad a los hechos y por una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de las cámaras. Por tal razón, considera la Corte, el artículo acusado desconoce también el deber que tiene el Estado de proteger los derechos fundamentales de las personas, y en especial la vida, pues consagra una impunidad *ex ante* para todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos en combate, con lo cual viola, además la igualdad, pues los derechos constitucionales de los miembros de la fuerza pública se encuentran desprotegidos penalmente frente a tales acciones delictivas. Finalmente, añade la sentencia, todo esto implica una violación al derecho y deber de la paz, que es de obligatorio cumplimiento, puesto que la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate por los rebeldes no solo incita al uso a [*sic*] las armas y santifica la guerra interna sino que, además, estimula la ferocidad de la confrontación, ya que "degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos". Estos beneficios punitivos a favor de los rebeldes, concluye entonces la Corte, son inadmisibles en una sociedad democrática y pluralista, como la que prefigura la Carta de 1991, en donde las personas tienen "canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas". Por ello, señala la sentencia, "el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado", lo cual explica, además, que "la tendencia que se observa en el mundo es la de no amparar bajo el concepto de delito político las conductas violentas".

A pesar de su aparente solidez, no podemos compartir las anteriores consideraciones de la Corte, las cuales no solo reposan en múltiples equívocos y tienen serias inconsistencias argumentativas sino que, más grave aún, desconocen el modelo de delito político adoptado por la Constitución de 1991, que en ese punto no hace sino prolongar la tradición jurídica colombiana desde nuestras primeras Constituciones. Por ello, creemos que la decisión de la Corte es equivocada, pues se basa más en argumentos abstractos de filosofía política sobre la manera como las democracias deben responder a los alzamientos políticos armados, que en una interpretación adecuada del texto constitucional colombiano.

1. El discutible presupuesto de la sentencia: la amnistía y el indulto son el único privilegio constitucional del delito político. La decisión de la Corte presupone que la eventual concesión de indultos o amnistías constituye el único beneficio que la Carta reconoce a favor del delito político. Así, a pesar de que la sentencia transcribe los artículos de la Constitución que establecen que no puede haber extradición por delitos políticos, y que estos no generan en ningún caso inhabilidad para acceder a determinados cargos públicos (C. P., arts. 35, 150 ord. 17, 179 ord. 1°, 232 ord. 3°, 209 y artículo transitorio 18), lo cierto es que no existe en la parte motiva la más mínima consideración acerca del efecto de esas normas superiores sobre el alcance del delito político y de su punibilidad. Lo único que dice la Corte es que esas normas, por tratarse de excepciones, deben ser interpretadas restrictivamente. Sin embargo, este argumento no es convincente, pues incluso si aceptamos, en gracia de discusión, que esas disposiciones son excepciones —lo cual no es totalmente claro— de todas maneras una cosa es determinar restrictivamente el sentido de una norma, y otra muy diferente es ignorar su existencia, que es lo que en el fondo hace la sentencia.

La Corte se centró entonces exclusivamente en el problema de la amnistía y el indulto, con lo cual olvidó las otras disposiciones constitucionales relativas al delito político. Y se trata, a nuestro parecer, de una misión que no es tangencial sino que representa un elemento esencial de la argumentación de la sentencia, la cual está construida sobre el sistemático silencio acerca del alcance de las normas constitucionales que establecen que el tratamiento favorable al delito político va más allá de la posibilidad de que esos hechos punibles sean eventualmente amnistiados o indultados. En efecto, si las normas sobre amnistía e indulto fueran la única referencia que la Constitución hace al delito político, entonces la tesis de la Corte podría tener algún sustento. Así, en gracia de discusión, podría aceptarse que en tal caso, y en virtud del principio de igualdad, los comportamientos delictivos de los rebeldes y sediciosos deberían ser sancionados como los de cualquier delincuente, por lo cual podría no ser legítima una norma que excluyera de pena los delitos cometidos en combate. Además, si así estuviera redactada nuestra Constitución, la única razón para atribuir un carácter político a un hecho

punible sería permitir su eventual indulto o amnistía, por lo cual podría ser razonable exigir que fuera la ley de amnistía o de indulto, *ex post facto*, y con una mayoría calificada, la que definiera cuáles son los hechos punibles que quedan excluidos de pena. Sin embargo, lo cierto es que nuestra Carta no se limita a señalar que los delitos políticos pueden ser indultados o amnistiados sino que confiere a los autores de esos hechos punibles otros beneficios.

La sentencia ignora entonces que la Constitución establece una doble prerrogativa a favor del delito político. De un lado, estos hechos ilícitos pueden ser indultados o amnistiados, privilegio político eventual, que es el único que toma en consideración el análisis de la Corte. Pero de otro lado, tales delitos no generan inhabilidades para desempeñar ciertos cargos oficiales altamente cualificados, ni pueden dar lugar a la extradición, con lo cual la Carta establece unos beneficios jurídicos directos a favor del delincuente político, los cuales no están sujetos a una eventual amnistía o indulto sino que ocurren en todos los casos en que se comete un delito político, como la rebelión o la sedición. Así, un rebelde que haya cumplido su pena, y que no haya cometido otros delitos dolosos, puede, conforme a la Constitución, llegar a ser congresista o magistrado de las altas Cortes.

Esta omisión debilita entonces la argumentación de la Corte, ya que la corporación debió mostrar que la decisión de inexequibilidad del artículo acusado era compatible con todas las normas constitucionales que regulan el delito político, y no solo con las relativas a la amnistía y el indulto, pues es obvio que si la sentencia contradice algunas de esas otras disposiciones, entonces, en principio, debe ser considerada jurídicamente incorrecta. En efecto, el deber más elemental de un juez es que sus decisiones al menos no contradigan el sentido normativo de las normas que pretende aplicar.

Con todo, algunos podrían considerar que esta debilidad argumentativa, si bien puede restar fuerza persuasiva a la sentencia, no afecta su corrección jurídica, pues la decisión de la Corte no contradice las disposiciones constitucionales según las cuales el delito político no genera inhabilidades, ni puede dar lugar a extradición. Un primer interrogante surge entonces: ¿es la decisión de la Corte congruente con esos mandatos de la Carta? Y para nosotros la respuesta es negativa, como lo mostraremos a continuación.

2. La sentencia contradice las normas que no solo autorizan sino que ordenan un tratamiento punitivo benévolo de los delitos políticos. Imaginemos el siguiente ejemplo: unos rebeldes, que por definición son personas que se alzan en armas contra el régimen constitucional, efectúan unos combates contra unas patrullas militares, en los cuales mueren varios soldados y son destruidas algunas tanquetas. Supongamos igualmente que también muere en esos combates un asesor militar extranjero, y que tal conducta ha sido establecida como causal de extradición con el respectivo Estado. Supongamos finalmente que se captura a dos de los insurrectos y que se prueba que el primero fue quien dio muerte al asesor militar extranjero durante el combate y que el segundo destruyó una de las tanquetas. En tales circunstancias, y con base en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 127 del estatuto penal, llegaríamos a la siguiente paradójica situación: ... podría ser extraditado al otro país por el homicidio del asesor extranjero, pues este sería un delito no político, a pesar de ser una consecuencia directamente relacionada con la rebelión. Y después de cumplir su pena, no podría nunca ser congresista o diputado, por haber sido condenado por un hecho punible con pena privativa de la libertad distinto de los delitos culposos y de los delitos políticos. En efecto, el señor... habría sido sancionado también por daño en cosa ajena, pues la destrucción de bienes físicos durante un combate es, a partir de la sentencia de la Corte, un delito autónomo, que no se subsume ni en la rebelión ni en la sedición.

Esas ineludibles consecuencias de la decisión de la Corte nos parecen por lo menos muy problemáticas, pues restan toda eficacia normativa a las normas constitucionales que prohíben la extradición en caso de delito político, o que señalan que esas conductas punibles no generan inhabilidades, por la sencilla razón de que es inevitable que los rebeldes y sediciosos cometan, como consecuencia de su delito político, otras conductas ilícitas. En efecto, si la esencia de la rebelión y la sedición es alzarse en armas, en ambos casos los sujetos activos de estos delitos tienen la pretensión de atacar a la fuerza pública estatal con el fin de derrotarla, pues no otra es la finalidad de una insurrección armada. Por ende, los rebeldes o sediciosos causarán, como consecuencia de los combates, daños en los bienes de otros, así como muertes y lesiones personales a los miembros de la fuerza pública, pues tales son





las inevitables y dolorosas consecuencias de un levantamiento en armas. En tales circunstancias la inexequibilidad de la norma demandada, según la cual esos delitos no eran punibles si se cometían en combate, equivale a una derogación de las disposiciones constitucionales que conceden un tratamiento privilegiado al delito político, diverso a la eventual amnistía o indulto, pues, ¿qué sentido tiene que la Constitución señale que no genera inhabilidad ser condenado por rebelión, si la inhabilidad surge de los otros hechos punibles que inevitablemente se cometen durante los combates? ¿O es que la Corte está imaginando un alzamiento armado sin combates? Esto sería a lo sumo un desfile militar de protesta, pero no una rebelión.

Por las anteriores razones creemos que la Constitución no solo autoriza sino que incluso exige un tratamiento punitivo benévolo a favor de los rebeldes y sediciosos, el cual, como acertadamente lo señala uno de los intervinientes en el proceso, implica la conexidad, vale decir la absorción de los delitos comunes cometidos en combate por el delito político. En efecto, la penalización, como delitos autónomos, de los homicidios, las lesiones o los daños en cosa ajena, que inevitablemente se producen durante los enfrentamientos armados, hace que sea, en la práctica, imposible el privilegio punitivo del rebelde. Este aspecto ha sido reconocido desde antaño, pues el artículo 139 del Código Penal de 1936 ya disponía un trato especial para los delitos políticos, lo que incluso contaba con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que manifestó:

"Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigente, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuera de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionan por separado, acumulando, con excepción, las penas" (Corte Suprema de Justicia, sent., 25 abril 1950).

Así se desprende con claridad de los propios debates que antecedieron la expedición del Código Penal de 1980, del cual hace parte la norma demandada. En efecto, en la comisión redactora del anteproyecto de 1974, uno de los comisionados se opuso a la exclusión de pena, por considerar que si bien tal figura "tiene su origen en el derecho de gentes", no debería aprobarse, pues "terceras personas pueden ser sujetos pasivos de esta clase de delitos y no encuentro razón valedera para afirmar que esas terceras personas deben ser víctimas de una impunidad que introduce el legislador". Todos los demás comisionados se opusieron a ese argumento, pues consideraron que sin la exclusión de pena de los delitos en combate, no podría conferirse un tratamiento benigno al delito político. Bien conviene transcribir *in extenso* las réplicas de esos eminentes penalistas, pues aclaran el sentido de la figura de la conexidad. Así, el doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA señaló al respecto:

"Si la rebelión y la sedición llevan ínsito el combate, resulta difícil pensar en una figura de esta naturaleza en la que no se produzca necesariamente, otras adecuaciones típicas, que por lo general serán el homicidio y las lesiones personales. En el fondo no se está consagrando impunidad alguna, sino que se está aceptando una realidad y es la de que el combate, para que sea tal, conlleva otros resultados, por su misma naturaleza; de lo contrario, no deberíamos hablar de «alzamiento en armas»".

Por su parte, el doctor LUIS E. ROMERO SOTO agregó:

"Lógicamente, que no es este el momento ni el lugar para exponer íntimas convicciones: pero por lo menos se puede dejar en claro que la rebelión supone la absoluta inconformidad con un sistema y que el cambio para quien se rebela, no puede producirse sino mediante el alzamiento en armas. Se ha dicho que la rebelión es el recurso de los pueblos oprimidos. Pues bien, si los rebeldes triunfan, nada habrá pasado, pero si son vencidos, sería excesivo que se les castigara por los hechos que son de la esencia del combate".

Finalmente, el doctor JORGE GUTIÉRREZ ANZOLA concluyó:

El delito político, como lo es la rebelión, debe tener ciertos privilegios en cuanto a la punibilidad. Sería muy difícil que nos detuviéramos a discutir si se trata de un fenómeno de complejidad de delitos, de un concurso simplemente, o si se

trata de hechos que son de la naturaleza de la rebelión o de la sedición. También sería muy dispendioso que nos entrabáramos en una discusión acerca de si se trata de una causal excluyendo [*sic*] de punibilidad especial, o si se trata de un fenómeno simplemente pragmático. Yo creo, frente a la realidad en la aplicación de la ley para los casos concretos, que si se exigiera la imposición severa de la ley penal a todos los hechos o actos conexos con la rebelión, sería necesario aplicar casi todo el Código. Los rebeldes, lógicamente, se asocian para delinquir, ellos muchas veces usan prendas militares y documentos falsos, violan domicilios, en veces calumnian o injurian, todo dentro de ese alzamiento de armas. Por ello, creería conveniente que se estructura una norma en la que se dijera que no estarán sometidos a pena los rebeldes y los sediciosos que realicen hechos punibles en razón del combate" (véase Actas del nuevo Código Penal colombiano, Anteproyecto de 1974, Acta núm. 69 de 5 septiembre 1973).

A estas consideraciones normativas, hay que agregar además un argumento fáctico evidente, y es que [*sic*], no es posible, en un combate, individualizar responsabilidades, y tal individualización, en materia penal, es inexcusable. Lo único que puede establecerse es quiénes se han alzado en armas y aun quiénes han participado en un enfrentamiento armado, a fin de imputarles a cada uno de ellos el delito de rebelión o de sedición. Pero no es factible acreditar probatoriamente bajo esa circunstancia, quién mató a quién o quién lesionó a quién y con qué intención. Parece una dificultad insuperable determinar, con fuerza de verdad asertoria, quién, individualmente (en un combate), es el autor de un hecho punible distinto de aquél que, por sí mismo, constituye la rebelión o la sedición.

En síntesis, la conexidad es el símbolo inequívoco de la complejidad fáctica del delito político, así como del hecho de que este es reconocido y diferenciado favorablemente de otras conductas delictivas en materia punitiva, de lo cual se desprenden dos consecuencias esenciales.

De un lado, resulta evidente la debilidad del argumento de la Corte, según el cual la exclusión de pena por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos es una amnistía anticipada, con lo cual, según la sentencia, perdería "sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que estos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indultos futuros". Esta aseveración es totalmente inexacta, y deriva del error de la Corte de creer que la eventual amnistía es el único beneficio para los delitos políticos puesto que, como ya lo vimos, la exclusión de pena no prefigura una amnistía futura, la cual puede perfectamente no ocurrir, sino que constituye el dispositivo necesario para penalizar benévolamente la rebelión, tal y como lo autoriza la Carta. Uno de los principales fundamentos de la sentencia pierde entonces todo valor.

De otro lado, la decisión de inexequibilidad del artículo 127 del estatuto penal contradice las normas constitucionales que señalan que los delitos políticos no generan inhabilidades, ni son susceptibles de extradición, por cuanto tales normas ordenan —o al menos autorizan— un tratamiento punitivo benévolo a esas conductas, el cual requiere la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate.

3. Delito político, combatientes y derecho internacional humanitario en la tradición constitucional colombiana. Las anteriores no son las únicas debilidades de la sentencia. Según nuestro criterio, la Corte también ignora la tradición jurídica colombiana relativa al alcance del delito político y al tratamiento favorable al mismo, y eso es grave, pues esa tradición fue recogida y profundizada por el Constituyente de 1991. Para demostrar lo anterior resulta pertinente que nos interroguemos sobre qué es el delito político y cuál ha sido la respuesta del ordenamiento jurídico colombiano al respecto.

Así, los criterios para tipificar el delito político pueden reducirse a dos: objetivo y subjetivo.

El primero atiende, para la construcción de la figura delictiva, al bien jurídico que pretende amparar: esencialmente al régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas de dicho bien. Tal el caso del Código Penal colombiano que en el título II del libro 2°, tipifica la rebelión, la sedición y la asonada como "delitos contra el régimen constitucional".

El segundo atiende solo (o primordialmente) al móvil que anima al agente en el momento de perpetrar el hecho, independientemente del objeto jurídico inmediatamente vulnerado. Por ejemplo: por un magnicidio cometido por una persona, sin relación alguna con un movimiento rebelde o sedicioso, pero por motivos político-sociales, encuadraría dentro de la mencionada categoría, aun cuando las instituciones estatales no resultan más vulneradas de lo que resultan con la comisión de cualquier delito común. Fue ese el derrotero indicado por la escuela positiva penal.

En nuestro sistema prevalece, sin duda, el criterio objetivo pero en armonía con un ingrediente teleológico, a saber: que el lanzamiento en armas tenga como propósito el derrocamiento del gobierno o la modificación del sistema vigente, es decir, que el móvil que informe la conducta de los alzados en armas sea inequívocamente político, razón de ser del tratamiento benévolo que para ellos se consagra. Tal propósito específico es elemento constitutivo del tipo y se constituye en el símbolo de esta categoría delictiva.

Sobre los criterios consagrados en nuestro ordenamiento para distinguir el delito político del común y la justificación de dar al primero un tratamiento más benévolo que al segundo, se ha pronunciado ya la Corte en múltiples ocasiones. Un buen ejemplo se encuentra en la sentencia C-009 de 1995, donde —con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa— dijo la corporación:

"El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención".

Y en la sentencia C-171 de 1993, con ponencia del mismo magistrado, había dicho:

"La Constitución es clara en distinguir el delito político común. Por ello prescribe para el primero un tratamiento diferente, y lo hace objeto de beneficios como la amnistía o el indulto, los cuales solo pueden ser concedidos, por votación calificada por el Congreso Nacional, y por graves motivos de conveniencia pública (art. 50, num. 17), o por el gobierno, por autorización del Congreso (art. 201, num. 2). Los delitos comunes, en cambio, en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. El perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al gobierno, autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado".

Esto muestra que desde que nuestro país se constituyó en república independiente bajo el influjo —entre otras— de la filosofía que inspiró la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", ha sido casi una constante en sus Constituciones y en sus leyes penales, el tratamiento diferenciado y generalmente benévolo del delito político. Al respecto pueden citarse como ilustrativos algunos hechos: la ley de mayo 26 de 1849 eliminó la pena de muerte, vigente entonces en el país, para los delitos políticos; la Constitución de 1863 la abolió para todos los hechos punibles, pero cuando la Carta del 86 la reimplantó, en su artículo 30, excluyó expresamente los delitos políticos. Es decir: que mientras la pena capital fue abolida para todos los delitos solo en el acto legislativo de 1910, para los delitos políticos ya lo había sido desde 1849. El Código Penal de 1936, que acogió el criterio peligrosista del positivismo italiano, disminuyó notablemente las penas contempladas para los delitos políticos en el Código de 1890, con la tesis, tan cara a Ferri y Garofalo, de que los delincuentes político-sociales, por las metas altruistas que persiguen, no son temibles para la sociedad. Así mismo, cabe recordar que el artículo 76, ordinal 19, de la anterior Constitución facultaba al Congreso para conceder amnistía por delitos políticos, y el 119, ordinal 4, autorizaba al presidente a conceder, de acuerdo con la ley, indulto por ese mismo tipo de infracciones.

Dicha tradición solo vino a sufrir una modificación radical en la década de los 70, y muy especialmente en el decreto 1923 de 1978 —de estado de sitio—, conocido como "estatuto de seguridad" en el que la pena para la rebelión que era de seis meses a cuatro años de prisión, se cambió por presidio de 8 a 14 años (igual a la del homicidio). Dentro de esa misma tendencia autoritaria, instrumentada casi invariablemente a través de decreto de estado de sitio, debe citarse la atribución de competencia a las cortes marciales, para juzgar a los sindicados

de delitos políticos, proscrita de manera expresa por la Carta del 91.

Por último, conviene resaltar, que la definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado, como bien lo indican algunos intervinientes, y como lo han mostrado importantes investigaciones históricas sobre el tema (véase al respecto el detallado y concluyente trabajo de IVÁN OROZCO ABAD, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá, Edit. Temis, IEPRI, 1992), en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel [*sic*] interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir el tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas. Así, durante el siglo XIX, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia concluyeron que la única manera de conferir penas más leves a los alzados en armas era considerar que la rebelión era un delito complejo, de suerte que los hechos punibles cometidos en función del combate armado, quedaban subsumidos, como delitos medios, en la rebelión como tal. Tal fue la fórmula adoptada, durante la Regeneración, por el Código Penal de 1890, el cual señalaba, en su artículo 177, lo siguiente:

"Se considerarán como parte de la rebelión los actos consiguientes al objeto de este delito, como ocupación de armas y municiones, llamamiento de hombres al servicio de las armas, separación de sus funciones a los encargados de la autoridad, ejercicio de las funciones atribuidas por las leyes a los diferentes empleados o autoridades, resistencia a viva fuerza a las tropas que obran a nombre de la autoridad pública y finalmente, distribución y recaudación de contribuciones de carácter general, en las cuales se grave a los individuos solo en consideración a su riqueza".

Durante el siglo XX, el tratamiento punitivo favorable se realizó en nuestro país instituyendo la conexidad de responsabilidad por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos, que es un dispositivo jurídico que cumple la misma función que la definición del delito político como una conducta compleja, que subsume los otros hechos punibles. Así lo estableció el artículo 141 del estatuto penal de 936 y la norma demandada en la presente ocasión.

La tradición jurídica colombiana relativa al delito político puede entonces ser resumida así: distinción entre delito político y común con base en un criterio predominantemente objetivo, en armonía con elementos teleológicos; tratamiento favorable a estos hechos punibles; caracterización del delincuente político como combatiente armado, a la luz del derecho internacional humanitario o, según la terminología de la Constitución de 1886, del derecho de gentes. Y en todo ello juega un papel esencial el dispositivo de la conexidad. Por ello creemos que la presente sentencia, al retirar del ordenamiento la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate por rebeldes y sediciosos, desestructura totalmente la noción de delito político, tal y como había sido entendido hasta ahora por nuestra cultura jurídica. Ahora bien, según nuestro criterio, al desconocer esa tradición, la Corte no ha hecho una innovación jurisprudencial sino que ha cometido un error hermeneútico de talla, pues si bien la Constitución de 1991 no define el alcance del delito político, resulta razonable pensar que no hubo la intención de apartarse del concepto dominante en esta materia, por las siguientes razones: de un lado, por el origen y la composición de la Asamblea Constituyente, pues esta surge de procesos de paz exitosos y participan en ella antiguos combatientes guerrilleros, que se habían beneficiado del tratamiento benigno al delito político, por lo cual es lógico pensar que ese cuerpo quiso mantener la concepción del delito político existente en ese entonces. De otro lado, no existe en los debates de la asamblea ningún cuestionamiento al tratamiento del delito político y a la figura de la conexidad, a tal punto había consenso en esa materia. Finalmente, el propio texto constitucional es indicativo de esa voluntad de preservar la definición tradicional de delito político, no solo por cuanto la Carta mantiene la distinción entre delito político y delito común, sino también por la constitucionalización del derecho internacional humanitario. En efecto, si en Colombia la noción de rebelde y la figura de la exclusión de pena de los delitos en combate había sido construida a la luz del derecho de los conflictos armados, resulta absurdo pensar que la Carta de 1991, que preceptúa que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario", haya pretendido prohibir el dispositivo de la conexidad, que se desprende naturalmente del derecho de la guerra. Resulta mucho más razonable concluir, como lo sugieren algunos de los intervinientes, que la constitucionalización del derecho humanitario implica no solo la prohibición de ciertas conductas en las hostilidades, sino, además, la necesidad de consagrar legalmente la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad o barbarie, figura que constituye a nivel del derecho interno el equivalente de la no punibilidad de los actos de guerra en las confrontaciones internacionales.

Por todo lo anterior, concluimos que la inexequibilidad del artículo demandado no solo rompe la tradición jurídica colombiana sobre el tema, sino que —y eso es lo grave en este caso— desconoce el concepto de delito político que surge de la Constitución.

En efecto, tanto el análisis de las normas constitucionales específicas que se refieren al delito político y al derecho humanitario, como el estudio de la tradición preconstituyente sobre el tema, conducen a una sola conclusión: la Carta de 1991 ha establecido un modelo muy depurado de tratamiento diferenciado y benigno para el delito político, a tono con la filosofía democrática que le sirve de sustrato, modelo que implica, o al menos autoriza, la exclusión de pena para los delitos cometidos en combate por los rebeldes y sediciosos.

3. La debilidad de los otros argumentos de la sentencia y la demanda. En los anteriores párrafos hemos mostrado que la decisión de inexequibilidad de la norma acusada contradice el concepto constitucional de delito político, así como los preceptos de la Carta que prohiben la extradición por tales delitos y los excluyen como causal de inhabilidad para acceder a determinados cargos públicos. Así las cosas, y conforme a la llamada demostración por el absurdo, o "reducción al absurdo", las anteriores razones parecen suficientes para concluir que la norma acusada debió ser mantenida en el ordenamiento. En efecto, conforme a esta forma argumental, si asumimos una determinada tesis "p" y mostramos que esta conduce a resultados contradictorios, absurdos o inaceptables, entonces debemos concluir que la tesis válida es la negación de la premisa de partida, esto es, la proposición "no p". Es pues lógico concluir que la Corte debió declarar la exequibilidad de la disposición impugnada.

Con todo, se puede considerar que nuestros anteriores argumentos no son suficientes. Según tal criterio, si bien la decisión de inexequibilidad puede ser aparentemente inconsistente con las normas constitucionales que señalan que los delitos políticos no permiten la extradición ni generan inhabilidades, no por ello se debía mantener en el ordenamiento la disposición acusada, por cuanto pueden existir otras razones constitucionales de mayor peso a favor de la inconstitucionalidad de esa norma.

Reconocemos que esta objeción puede tener sustento, ya que las normas constitucionales suelen entrar en conflicto, por lo cual no basta para invalidar una opción hermenéutica que se demuestre que esta no es totalmente consistente con una o varias normas aisladas, puesto que la interpretación cuestionada puede encontrar un sólido sustento en otras normas constitucionales, que tengan mayor fuerza normativa en el caso concreto. Sin embargo, esto no sucede en la presente ocasión, pues, una vez presentado el tratamiento privilegiado que la Constitución confiere al delito político, las otras razones invocadas por la Corte o el demandante para sustentar la inexequibilidad de la norma acusada, no son convincentes, como se verá a continuación:

En primer término, la sentencia y el actor sostienen que la norma implicaba un trato discriminatorio, desventajoso, para los miembros de la fuerza pública cuyos derechos a la vida, a la integridad física y al trabajo quedaban sin protección, en contra de lo dispuesto por la normatividad superior y por los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Pero este argumento no es válido, pues no es cierto que no se consagre pena alguna para los hechos punibles ocurridos "en combate". Se prevé como imponible, la establecida para el delito de rebelión o sedición, según el caso. Y no puede ser de otro modo, por las razones que atrás quedaron consignadas. Pero es más: de lo que la conexidad implica no puede inferirse que el legislador tenga en menos estima el derecho a la vida y a la integridad de los miembros de

la fuerza pública que el de los restantes miembros de la comunidad. Lo que sucede es que, por fuerza de las cosas, quien hace parte de las fuerzas armadas tiene el deber constitucional y legal, de combatir a los rebeldes y sediciosos y tal deber comporta un riesgo mayor para su integridad personal que el de quienes no tienen ese deber profesional. El militar y el policía se definen en función de la actividad altamente valiosa pero fatalmente azarosa que cumplen: prevenir desórdenes y reprimir alzamientos. Y dicha actividad la despliegan, precisamente, para proteger los derechos de los demás ciudadanos, quedando los suyos más expuestos que los de las demás personas. El Estado no se desentiende de ellos pero no puede protegerlos con la misma eficacia que los de otros porque es inevitable que quien tiene por oficio la defensa de los derechos ajenos, arriesga sensiblemente los propios. Y no puede ser de otro modo, en lo que hace al aspecto fáctico, porque se requeriría entonces otro ejército que protegiera al ejército y otra policía que protegiera a la policía y así sucesivamente hasta el absurdo.

Y en lo que hace relación a la mayor benevolencia normativa, lo cierto es que si se adoptara la misma dialéctica del demandante y la sentencia, podría contraargüirse que también se discrimina desfavorablemente a los rebeldes y sediciosos, en tanto que titulares del derecho a la vida y a la integridad personal, que sin duda lo son, cuando no se dispone investigar, ocurrido un combate, cuál de los miembros de la fuerza pública hirió o dio muerte a un combatiente, a fin de establecer si el hecho es justificado o hay lugar a imposición de pena.

Por eso el derecho internacional humanitario, pensado y puesto para situaciones de guerra, se orienta esencialmente hacia la protección de los derechos de los no combatientes, sin que pueda formulársele el reproche de que indebidamente se desentiende de los derechos de los combatientes. Un ejemplo claro lo encontramos en el artículo 13 del Protocolo II, adicional a los convenios de Ginebra, que en su ordinal 3° dispone: "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación".

La sentencia efectivamente cita esa [*sic*] del citado protocolo pero desvirtúa su alcance, pues deduce de esa disposición que ella no se refiere al castigo de los delitos cometidos por los rebeldes y sediciosos. Sin embargo, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia C-225 de 1995, fundamento jurídico núm. 28, ese artículo es un desarrollo del llamado principio de distinción, según el cual las partes en un conflicto armado deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objeto de la acción bélica. Esto significa que, desde el punto de vista del derecho humanitario, el combatiente enemigo es un objetivo militar, y puede por ende ser atacado, mientras que la población civil goza de inmunidad. La diferencia de trato encuentra entonces su fundamento en la existencia misma de la guerra y en las reglas del derecho humanitario, por lo cual se adecua a la Carta. Y es que las situaciones de guerra no toleran, por su naturaleza misma, normatividades diseñadas para situaciones pacíficas. Y la rebelión y la sedición son, sin duda alguna, supuestos de guerra interna.

En segundo término, en cuanto a la alegada violación del derecho al trabajo que, a juicio del actor, se sigue del artículo demandado, tampoco es inadmisible por una razón a la vez simple y evidente: quien opta por el oficio de las armas, lo hace libremente, y a sabiendas de los peligros que envuelve. No puede pretender que una vez que se ha optado por él, el Estado le quite todo lo que tiene de azaroso, porque no está en manos de nadie hacerlo y, además, porque si fuera posible, lo trocaría en otro distinto del que se eligió y esto sí atentaría contra la libre opción. Y en el caso de las personas que prestan el servicio militar obligatorio, estas no cumplen sus funciones en ejercicio de la libertad de trabajo, sino en cumplimiento de un deber patriótico, ineludible, impuesto por el propio ordenamiento jurídico.

En tercer término, la respuesta de la Corte a la dificultad fáctica de atribuir responsabilidades individuales en caso de combate no solo no es convincente, sino que tiene sesgos autoritarios peligrosos. Así, la sentencia transcribe *in extenso* un aparte de una decisión de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual ese tribunal sostiene que la figura de la llamada "complicidad correlativa" sigue existiendo en nuestro estatuto penal, a pesar de no haber sido reproducida nominalmente por el Código Penal de 1980, pues debe entenderse que es una forma de participación en el hecho punible. A partir de esa cita, la Corte Constitucional deduce que "no es cierto que en un combate no pueda individualizarse la responsabilidad, ni que esa supuesta imposibilidad conduzca a la impunidad general". Aun cuando el razonamiento no nos parece totalmente claro, pues la presente sentencia no explica adecuadamente el tema, sin embargo creemos que la figura de la complicidad correlativa no soluciona el problema fáctico de la atribución de responsabilidades individuales a los distintos rebeldes por los diversos delitos cometidos en un combate. En efecto ¿qué sucede si en un combate muere un soldado como consecuencia de la acción de los alzados en armas pero no se logra determinar cuál de los guerrilleros lo mató? ¿Significa lo anterior que todos los guerrilleros capturados deben responder como cómplices correlativos de homicidio? Esa respuesta no solo no nos parece admisible, sino que creemos que es jurídicamente peligrosa, pues es totalmente contraria al principio de individualidad de la responsabilidad penal. Además, ella desnaturaliza la figura de la complicidad correlativa, ya que esta exige que haya certeza de que todas las personas condenadas fueron autoras o cómplices del homicidio o las lesiones, aun cuando sea imposible individualizar cuál o cuáles fueron los autores, y cuál o cuáles los cómplices. Sin embargo, eso es precisamente lo que resulta prácticamente imposible de esclarecer en un combate, por lo cual el problema fáctico probatorio subsiste.

En cuarto término, no es cierto que la norma acusada desconozca el derecho a la paz e incite a la guerra política, pues el lanzamiento armado contra el régimen constitucional sigue siendo una conducta sancionada penalmente. Lo que sucede es que, por las razones largamente expuestas en este salvamento, la Constitución ordena un tratamiento punitivo benévolo, que solo puede lograrse por el dispositivo de la conexidad.

Finalmente, la sentencia argumenta que la disposición impugnada viola el derecho y deber de la paz, por cuanto estimula [*sic*] aleja "las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos", pues coloca "el combate por fuera del derecho". Nada más alejado de la realidad, pues la exclusión de pena de los delitos en combate tiene en el fondo una doble finalidad. De un lado, como ya lo hemos visto, se busca conferir un tratamiento más benévolo al alzado en armas. Pero, de otro lado, de esa manera se pretende civilizar el conflicto armado, puesto que solo dejan de sancionarse los delitos en combate que no constituyan actos de ferocidad o barbarie. Y es que desde una perspectiva filosófica (liberal), el rebelde no es asimilado por la legislación a un facineroso. Por eso hay absoluta coherencia en la norma cuando excluye de ese trato benévolo "los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Por que estos no son propios de alguien que, en función de móviles altruistas, resuelve perseguir la consecuencia de sus ideales por medios jurídicamente reprochables, pero no contradictorios con propósitos nobles y sociales, que son los que el legislador demócrata y pluralista juzga respetables.

Por esa razón, conforme a la norma declarada inexequible; el juez penal debía discernir cuidadosamente las conductas punibles que quedan subsumidas (por conexidad) en el delito político, de las acciones vitandas, llevadas a término con ese pretexto y que no solo son punibles en sí mismas, sino demostrativas de que se está enfrente de otro género de delincuencia. En síntesis: una cosa es la dificultad práctica que existe, en un medio abrumado por todo tipo de violencia, de distinguir al guerrillero del bandido, y otra muy distinta la aseveración de que en un régimen democrático no hay cabida para el tratamiento diferenciado que merece el rebelde.

Los argumentos que acaban de exponerse, encuentran respaldo en la jurisprudencia de esta Corporación. Pueden citarse, entre otras, las sentencias C-127 de 1993 (magistrado ponente: Alejandro Martínez), C-214 de 1993 (magistrados ponentes: José Gregorio Hernández y Hernando Herrera) y C-069 de 1994 (magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa).

En la citada en primer término se deslinda claramente el delito político del terrorismo, y en todas ellas se ratifica la justificación de que se subsuman en él hechos punibles que se presentan como consecuencia del combate y que se excluyan los hechos atroces, reveladores de ferocidad o barbarie, señalándose entre ellos, uno, por desventura demasiado frecuente entre nosotros, cometido a menudo por organizaciones delictivas que dicen perseguir fines políticos, con el objeto de financiar su actividad ilegal: el secuestro.

En efecto, en la sentencia C-127 dijo la Corte:

"Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a deli-

tos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima ... El delito político es diferente del delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aun políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o el indulto".

Luego en la sentencia C-214-93 afirmó:

"Es claro que el homicidio que se comete fuera de combate y aprovechando la indefensión de la víctima, para traer a colación apenas uno de los muchos casos en los cuales no hay ni puede establecerse conexidad con el delito político, no es susceptible de ser favorecido con amnistía e indulto dado su carácter atroz, ni podría por tanto ser materia de diálogos o acuerdos con los grupos guerrilleros para su eventual exclusión del ordenamiento jurídico penal ni de las sanciones establecidas en la ley".

Finalmente, en la sentencia C-069-94 expresó:

El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o varios individuos en particular. El estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad... Siendo, pues, un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados".

Así las cosas, el artículo declarado inexequible, lejos de estimular la ferocidad en la confrontación armada, como equivocadamente lo sostiene la sentencia, era una tentativa por civilizar el conflicto armado interno, pues solo podían ser subsumidos en la conducta de rebelión aquellos delitos en combate que no violaran las obligaciones de los insurrectos de respetar, en todo momento, las reglas del derecho humanitario. Y de esa manera, al civilizar el conflicto, esa norma contribuía a aclimatar la paz en el país. En efecto, en la sentencia C-225 de 1995, esta corporación estableció con claridad la profunda relación que existe entre la búsqueda de la paz y la humanización del conflicto armado. Dijo entonces la Corte:

"Una vez ocurrido un conflicto, la humanización de la guerra no descarga tampoco al Estado de su responsabilidad de restablecer el orden público, para lo cual cuenta con todos los recursos jurídicos proporcionados por el ordenamiento, puesto que, como se señaló anteriormente en esta sentencia, la aplicación del derecho internacional humanitario no suspende la vigencia de las normas nacionales".

Esto muestra con claridad que el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en conciencia adopten las medidas para proteger a la persona humana. Y a su vez, como bien lo señalan la vista fiscal, los representantes gubernamentales y otros intervinientes, esta humanización de la guerra tiene una especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la paz. En efecto, de manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados, y por ende favorecen la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.

En ese orden de ideas, creemos que la Corte se equivoca profundamente cuando afirma que la norma declarada inexequible convertía a las partes en el conflicto armado interno en "enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua". Por el contrario, esa disposición tendía a civilizar la confrontación, en la medida que privilegiaba los actos de combate que se adecuaban a las reglas del derecho humanitario, mientras que penalizaba las violaciones en estas normas. Por ello, y ojalá nos equivoquemos, lo que efectivamente puede intensificar la ferocidad de la guerra entre los colombianos es la propia decisión de la Corte, pues esta desestimula el respeto de las reglas del derecho humanitario. En efecto, si a partir de la sentencia, un homicidio en combate es sancionable en forma independiente como si fuera un homicidio fuera de combate ¿qué interés jurídico podrá tener un alzado en armas en respetar las normas humanitarias?





Desafortunadamente [*sic*] ninguno, por lo cual, paradójicamente, en nombre de la dignidad humana, la sentencia corre el riesgo de estimular la comisión de conductas atroces de parte de los rebeldes y los sediciosos.

5. Más allá del razonamiento jurídico: ¿cuál es la respuesta democrática a la insurrección armada? Toda la argumentación de la Corte parte en el fondo de un presupuesto filosófico, a saber, que la respuesta de las democracias constitucionales al desafío planteado por los alzamientos armados debe ser la penalización integral de los mismos, por lo cual se deben sancionar todos los delitos, incluso aquellos que se hayan cometido en combate y respetando las reglas del derecho humanitario. Existiría, pues, un único modelo democrático universal para enfrentar estos retos, que obviamente tiene que ser también el que, según la Corte, debe encontrarse en nuestra Constitución. Esto explica que la sentencia haga varias referencias a la penalización de la rebelión en otros países, como España o Argentina, en donde se sancionan también los delitos cometidos en combate por los alzados en armas. O también la afirmación de que la tendencia en las democracias consolidadas es a rehusar el calificativo de político a toda conducta violenta.

Ahora bien, nosotros no negamos que es posible que en muchos países europeos existe la tendencia a eliminar el delito político, de suerte que en esos ordenamientos la figura jurídica de la rebelión prácticamente ha desaparecido, para ser sustituida por el terrorismo. Tampoco negamos que en otros regímenes constitucionales se considere necesario penalizar los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos. Sin embargo, de ello no se desprende que la Constitución de 1991 exige esa penalización en nuestro país, por la sencilla razón de que, como lo hemos mostrado, nuestro ordenamiento acoge otro modelo más benévolo de tratamiento punitivo a los alzamientos armados.

Por todo ello creemos que la sentencia se fundamenta esencialmente en consideraciones de filosofía política, y ni en una adecuada interpretación de la Constitución. Esas reflexiones de la Corte pueden entonces ser muy respetables desde un punto de vista filosófico y ético. Igualmente, estamos convencidos de que nuestros colegas, al adoptar esta difícil decisión, han puesto su mayor empeño en contribuir a la paz y se han esforzado por alcanzar la que consideran es la mejor sentencia para el país. Sin embargo, creemos que jurídicamente sus consideraciones son incorrectas, pues nuestra función como jueces constitucionales no es imponer a la sociedad colombiana nuestra particular filosofía política sobre cómo las democracias deben enfrentar los desafíos del delito político, problema esquivo y de enorme complejidad, y que por ende escapa a nuestras competencias. Nuestra tarea es mucho más elemental y modesta: en este caso se trataba simplemente de verificar si la regulación legal acusada constituía un tratamiento de delito político ajustado a la manera como la Carta regula esta materia. Y, por las razones que hemos expuesto, para nosotros la respuesta es claramente afirmativa.

Pero incluso en el campo filosófico, el análisis de nuestros colegas no nos parece adecuado, pues no solo no existe una única respuesta punitiva al problema del delito político, sino que no estamos convencidos de que la punición extrema sea la respuesta propia de un régimen democrático pluralista al complejo desafío planteado por la rebelión armada.

Así, Francesco Carrara expresaba su perplejidad ante las dificultades que encontraba para captar lo esencial del delito político, en frases como estas: "Mori deplora de modo cruel la hospitalidad que las naciones cultas les conceden a esos individuos (delincuentes políticos); pero entre tanto los pactos internacionales de los pueblos cultos los excluyen de la extradición. De un lado, se exigen excepcionales formas judiciales y jueces selectos para aumentar sus garantías; de otro, se buscan formas más rápidas y juicios anormales para hacer más seguro el castigo; acá, persecuciones e investigaciones cuidadosísimas; allá, favorecimiento continuo y toda facilidad para la fuga; acá se estudia la manera de hacerles más rigurosas las penas; allá se busca un orden especial de penas más benignas... Carmignani combatió hasta el exceso la pena de muerte para los delitos comunes, pero se doblegó hasta reconocerla como necesaria para los delitos políticos... Guizot sostiene tenazmente la legitimidad de la pena de muerte en los delitos comunes, pero con esa misma tenacidad la rechaza en los delincuentes políticos, pero se conserva con esmero contra los rebeldes. En Francia se admite el reinado de la guillotina contra los asesinos, pero no acepta la pena de muerte contra los delincuentes políticos. ¿Cómo será posible que el pobre entendimiento

humano pueda componer un orden filosófico racional en una materia en que impera tanta confusión?" (*Programa de derecho criminal*, vol. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 524).

Según nuestro criterio, la explicación es que el maestro no era consciente de que tales posturas antinómicas eran, simplemente, la manifestación de una dicotomía ideológica que tal vez ha existido desde siempre: la autoritaria y la democrática, que se plasman en formas de organización política con idéntico sello y cada una con su postura característica frente al comportamiento de los rebeldes.

La primera hunde sus raíces en la tradición del crimen *majestatis* que, según el propio CARRARA, cubre casi dos milenios: desde el imperio romano hasta fines del siglo XVIII (1786) cuando es solemnemente abolido el título de "lesa majestad".

El crimen de lesa majestad es una creación caprichosa del príncipe que, mediante ese instrumento, trata de preservar su poder absoluto. El contenido de este tipo de delitos cambia a voluntad del déspota, pues la licitud o ilicitud de la conducta depende de lo que él estime más irrespetuoso para su dignidad o más peligroso para el mantenimiento de su *statu quo*. Tiberio, por ejemplo, creó toda una gama de crímenes de lesa majestad, tan extravagantes como estos: vestirse o desnudarse ante la estatua de Augusto; azotar a un esclavo delante de ella; llevar una moneda con su efigie a un prostíbulo; vender un fundo dentro del cual se hallara enclavada una estatua del emperador, todos ellos, castigados con la muerte. Son las ofensas al gobernante, cuya persona se sacraliza, las que se juzgan atentatorias del orden —también sagrado— que él encarna y simboliza.

La segunda, en cambio, se nutre de la filosofía pluralista, respetuosa del punto de vista ajeno, tolerante con proyectos políticos que contradicen sus postulados y sus metas, dejando a salvo, eso sí, el principio de legitimidad, que rechaza toda posibilidad de acceso al poder por medios distintos de los establecidos en sus normas básicas. Al rebelde no se le sanciona, en el contexto de esa ideología, por los proyectos que busca realizar, sino por los medios que emplea en esa búsqueda.

Un hito histórico de esta forma de pensamiento se encuentra en la Revolución francesa. La teoría contractualista de ROUSSEAU, que sin duda tuvo influencia significativa en ese acontecimiento, contribuyó de manera notable a la consolidación de esta nueva postura, al establecer, mediante un compromiso de mutuo respeto, claros derechos y deberes correlativos entre gobernados y gobernantes. El empleo de la violencia para abolir las instituciones democráticamente conformadas, constituye una evidente violación a ese pacto, fundante de la sociedad abierta. Las declaraciones de Filadelfia, Virginia y Francia recogen un legado ideológico que puede resumirse así: la disensión y la heterodoxia no son delitos sino derechos. Al discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante; y como el derecho penal culpabilista, corolario obligado de la filosofía política democrática toma en consideración los móviles de la acción delictiva, a quien obra en función de ideales altruistas, se le debe tratar con benevolencia. Tal es el sustento filosófico del tratamiento penal más benigno del delincuente político frente al delincuente común. Tratamiento análogo al que recibe el combatiente en el derecho internacional, porque, en el contexto del derecho interno, el rebelde es homólogo del combatiente.

Por todo lo anterior creemos que la respuesta punitiva defendida por la Corte no solo dista de ser la más democrática sino que, más grave aún, no corresponde al modelo de tratamiento punitivo benigno adoptado por la Constitución colombiana.

6. Una última y paradójica inconsistencia de la sentencia:

Es indudable que al eliminar la conexidad, la Corte ha desestructurado el concepto de delito político, tal y como había sido entendido en el constitucionalismo colombiano, lo cual plantea un obvio interrogante: ¿qué queda entonces del delito político en nuestro país? Dos respuestas nos parecen posibles.

De un lado, se podría decir que los delitos políticos siguen siendo exclusivamente la rebelión, la sedición y la asonada, pero que ya no es posible subsumir en ellos otros hechos punibles conexos, como los homicidios en combate. Por ende, la Corte habría restringido muy fuertemente la noción de delito político. En efecto, conforme a esa argumentación, que sería la consecuencia natural de los criterios punitivos asumidos por la sentencia, solo serían amnistiables o indultables esos delitos políticos pero no los hechos punibles conexos. Sin embargo, la Corte, contra la lógica, pero afortunadamente para el país, no asume tal posición, pues señala que corresponderá al Congreso, al ex-pedir una ley de amnistía o de indulto, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos que pueden ser objeto de ese beneficio punitivo. Y decimos que la Corte llega a esa conclusión contra la lógica, pues la sentencia defiende una noción restrictiva de delito político y sostiene que la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate no es propia del concepto del delito político. Pero si eso es así ¿por qué podrían amnistiarse esos delitos conexos, si la amnistía es prevista por la Carta exclusivamente para los delitos políticos y esos hechos punibles conexos no lo son? Pero decimos que afortunadamente la sentencia no es consciente en ese punto, pues una restricción de tal magnitud del concepto de delito político tendría graves consecuencias para cualquier proceso de paz con alzados en armas.

Por consiguiente, y paradójicamente, en relación con la posibilidad de indulto o de amnistía, la Corte podría haber ampliado enormemente la noción de delito político, pues esta parece quedar casi a la libre apreciación del legislador, quien definirá qué debe entenderse como delito político para efectos de conceder esos beneficios punitivos. En efecto, si el delito político ya no es esa conducta que podía ser analizada con los criterios objetivos y subjetivos clásicos y que, a la luz del derecho humanitario, se estructuraba en torno a la figura del combatiente, entonces ¿qué es delito político? La respuesta parece ser: delito político son aquellas conductas que, por graves motivos de conveniencia pública, el Congreso, por votación calificada, determine que son hechos punibles amnistiables o indultables. Así, al destruir la noción clásica de delito político, la sentencia estaría abriendo las puertas para que las más disímiles conductas puedan ser amnistiadas e indultadas. No deja de ser paradójico que eso se haga en nombre de la igualdad ante la ley penal y en defensa de los derechos fundamentales.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

# BIBLIOGRAFÍA

# Actualidad alemana

Complemento de 1997 hasta marzo de 1998

*Mariana Sacher de Köster**

## A. Observaciones preliminares

En el transcurso de los últimos meses se ha podido observar en el ámbito del derecho penal en Alemania una tendencia al dictado de leyes más severas de persecución penal, como la ley de lucha contra la corrupción del 13 de agosto de 1997 (BGB1. I, 2038), con aumento de las penas y modificación de algunos presupuestos para los delitos cometidos por funcionarios públicos; la ley sobre el análisis del ADN del inculpado del 17 de marzo de 1997 (BGB1 I, 534); modificaciones esenciales en la parte especial del derecho penal efectuadas a través de la sexta ley de reforma del derecho penal del 30 de enero de 1998 (BGB1 I, 164) y armonización del marco penal (elevación de las penas de los delitos contra la vida, la integridad corporal, la honestidad y la libertad); la ley de lucha contra delitos referidos a la libertad sexual y otros delitos graves del 30 de enero de 1998 (BGB1 I, 160), que establece condiciones más rigurosas para esa clase de hechos; la ley modificatoria del Código Procesal Penal del 18 de julio de 1997 (BGB1 I, 1822), que incluye un nuevo motivo para dictar la prisión preventiva, entre otras. Esta orientación a la "inflación legislativa", que intenta responder a los requerimientos de seguridad de la población a través de medidas más rigurosas,

* Asistente del profesor Schünemann en la Universidad de Münich. Al doctor Kai Ambos, del Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br., expreso mi agradecimiento por haber revisado este informe y por sus valiosas sugerencias.

pero cuya conformidad con los principios fundamentales del orden jurídico es en ciertos casos debatida, ha sido puesta de manifiesto una vez más el 5 de marzo de 1998, al ser aprobada por el parlamento la ley de las escuchas en viviendas (*großer lauschangriff*)para los casos de criminalidad organizada, luego de reformar el art. 13 de la Constitución alemana y de un largo debate entre la coalición de partidos mayoritaria y la oposición acerca de los límites de la ley. Así, por un lado, a la garantía de la invulnerabilidad de la vivienda, consagrada en dicho artículo 13, se ha agregado ahora un párrafo que posibilita efectuar las escuchas. Por otro lado, en cuanto a los límites de las escuchas en las viviendas, tuvo lugar un debate acerca de si los abogados, psicólogos y periodistas también pueden ser escuchados (respecto de los defensores penales, los eclesiásticos y los legisladores ya existía coincidencia acerca de que están excluidos de las escuchas). Finalmente, la coalición opositora se impuso por primera vez en la cámara de diputados, en el sentido de que las escuchas no pueden ser efectuadas tampoco en los ámbitos de trabajo de los profesionales mencionados.

Por su parte, la doctrina penal se ha expresado respecto de estos problemas actuales, y de ahí que quizás se ha publicado un mayor número de artículos referidos a estos temas y a otros muy debatidos, como por ejemplo: la inclusión de un nuevo motivo para dictar la prisión preventiva; la ampliación de la calidad de funcionario público; la existencia de un derecho penal europeo (sobre todo a través de la instalación de una policía europea denominada Europol); el uso del sistema de Internet; la reparación del daño a la víctima y en general el tema de la protección de la víctima; el proyecto de elevar las penas por hechos cometidos en estado de embriaguez debido a alcohol o drogas (delito de embriaguez absoluta, § 323 a del Código penal alemán); la responsabilidad penal por el producto; la "elaboración" del pasado en la república oriental alemana y la cuestión acerca de si se trata de una amnistía (sobre todo en el caso de los soldados que protegían el muro, acerca de lo cual resolvió el tribunal constitucional alemán, haciendo aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales, que el disparo sin "excesos" a quien huía se hallaba justificado por una norma de ese sistema - BVerfG NJW 1997, págs. 929-933).

Más allá, será también dictada una ley de protección de los testigos, conforme a la cual especialmente los menores deberán ser resguardados de sufrir perjuicios adicionales y se les colocará un "abogado de las víctimas", financiado por el Estado. La ley prevé además la grabación en vídeo de la declaración de cargo de los menores, que será luego utilizada en el juicio oral, a fin de evitar que deba declarar repetidas veces.

Esta lista de bibliografía alemana incluye todos los artículos de ZStW y GA, pero respecto de las demás revistas se ha hecho una selección de los artículos publicados. La selección comienza ya a partir de mediados de 1997 para algunas revistas, cuyos artículos no habían sido incluidos en número anterior del mes de diciembre. Es por ello que se ha indicado en cada caso desde qué número y mes han sido esta vez revisadas las revistas. También se ha indicado hasta qué número y mes se ha llegado, lo cual siempre diferirá en cada caso, debido a la publicación irregular (semanal, mensual,





etc.). Respecto de las monografías, se ha decidido hacer mención expresa acerca de si se trata de un trabajo de tesis doctoral o de habilitación solo en los casos en los que ha sido posible acceder a la obra.

Por otra parte, en este número ha sido incluida información sobre las actividades del Max-Planck-Institut de derecho penal extranjero e internacional de la ciudad de Friburgo. Teniendo en cuenta que su ámbito de tareas gira en torno a temas de derecho penal internacional y de otros países, ese instituto constituye un sitio de interés para los investigadores de lengua castellana. La dirección para poder contactarse es la siguiente:

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales strafrecht Günterstalstraβe 73

D-79100 Freiburg

Alemania

Tel.: 0761-70811

internac.: 0049 761-70811

Fax: 0761-7081294

internac.: 0049 761-7081294

Finalmente, figura una lista de los principales manuales más actuales y comentarios de leyes de derecho penal material en idioma alemán. Dado que estos manuales constituyen un elemento indispensable para el inicio de un tema de investigación y para poseer un panorama general de los debates más actuales sobre el derecho penal en Alemania, sería recomendable la adquisición de algunos de ellos por parte de las bibliotecas de las universidades. Por esa razón se ha indicado la editorial y el precio de las obras.

Respecto de las categorías de "profesor", "asistente" y otras a las que aquí se hace referencia, se ha preferido mantener una traducción literal de los términos alemanes, en vez de utilizar categorías paralelas como "profesor catedrático o titular", "jefe de trabajos prácticos" o "ayudante de cátedra", dado que el sistema de carrera docente en Alemania tiene características diferentes. El asistente (Asistent o wiss. Mitarbeiter) posee un puesto en una cátedra, durante el cual da las clases prácticas en algún semestre y puede escribir su tesis doctoral. Para ser profesor se requiere haber realizado publicaciones en idioma alemán en las ramas del derecho en las que se propone habilitar y además dar un número determinado de clases. Dentro de este marco, los requisitos difieren respecto de cada universidad. En la práctica general se presenta un escrito de habilitación (que normalmente posee el volumen de una tesis doctoral) y luego se expone el contenido de ese trabajo en una conferencia a todos los profesores de la facultad. Normalmente, quienes han terminado con su habilitación, ejercen el cargo de docentes privados y reemplazan a otros profesores, hasta que obtienen un cargo en alguna universidad, que por lo general no coincide con aquella en la que han trabajado como asistentes.

Más allá de los cargos docentes, los estudios de magíster y de doctorado poseen también diferentes requisitos de acuerdo a cada universidad, todo lo cual se halla regulado en las diferentes reglamentaciones que se obtienen en el Decanato de las respectivas

Facultades de Derecho. Los estudios de Magíster (Magisterstudium: LL.M) de certificado (*Zertifikatsstudium*) en el ámbito de las ciencias jurídicas son sólo para extranjeros, poseen una duración de casi dos años, se requiere un permiso de admisión (que otorga el decanato, quien examina si los estudios extranjeros son análogos a los que se realizan en Alemania) y se estudian materias del derecho privado y público alemán, con un trabajo escrito sobre una de las materias. Para mayor información acerca del estudio de Magíster en las diversas universidades, véase la página de Internet: http://radbruch.jura.uni-malnz.de/DARM/dt-llm.html. A modo de ejemplo, en la página: http://www.jura.unimuenchen.de/Studienberatung/Magisterordnung.html se encuentra el reglamento para el estudio del Magíster en la ciudad de Münich, y más informaciones en http://www.jura.unl-muenchen.de/Student/ELSA/llm-allg.htm. En cuanto al doctorado, se requiere también un permiso de admisión y un determinado promedio mínimo de notas, cuya exigencia difiere para cada Universidad. El doctorado puede ser realizado por alemanes o extranjeros y culmina con un examen oral denominado "Rigorosum" acerca de todas las materias del derecho alemán.

B. Artículos de doctrina y comentarios de jurisprudencia en revistas

I. *Revista ZStW 109 (1997)*[1]

Núm. 4 (diciembre):

1) Ursula Nelles[2], "Europeización" del procedimiento penal. ¿Derecho procesal penal para Europa? (*Europäisierung des strafverfahrens-Strafprozeßrecht für Europa?*), págs. 727 a 755, conferencia pronunciada en el Congreso de derecho penal de Berlín en mayo de 1997.

2) Mark Pieth[3], Armonización internacional del derecho penal como respuesta a la criminalidad económica internacional (*Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalilät*), págs. 756 a 776. Conferencia pronunciada en el Congreso de Derecho Penal de Berlín en mayo de 1997.

3) Kristian Kühl[4], "Europeización" de la ciencia jurídico-penal (*Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*), págs. 777 a 807. Conferencia pronunciada en el Congreso de Derecho Penal de Berlín en mayo de 1997.

4) Gerhard Werle[5], Protección de los derechos humanos a través del derecho penal internacional (*Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*), págs. 808 a 829. Conferencia pronunciada en el Congreso de Derecho Penal de Berlín en mayo de 1997.

[1] Revista trimestral. El primer número de 1998 aún no ha sido publicado.

[2] Profesora en Münster.

[3] Profesor en Basel.

[4] Profesor en Tübingen.

[5] Profesor en Berlín/Kapstadt.





5) Frank Zieschang[6], Contenido del debate del Congreso de Derecho Penal de 1997 Berlín (*Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1997 in Berlín*), págs. 830 a 861.

6) Franz Streng[7], El error en la tentativa -¿un error?- Contribución a la estructura del tipo de la tentativa (*Der Irrtum beim Versuch -ein irrtum?- Ein beitrag zur Struktur des versuchstatbestands*), págs. 862 a 899.

7) Christina Nill-Theobald[8], El debate acerca de las causas de justificación y en general de exclusión de la pena ("defences") en el campo del derecho penal material internacional (*Die straffreistellungsdiskussion im bereich des materiellen völkerstrafrechts*), págs. 950 a 972.

II. *Revista GA*

1997: núm. 11 (noviembre) y 12 (diciembre)

1) Uwe Hellmann[9], Formación de la convicción judicial y apreciación al efectuar la medición de sanciones penales (*Richterliche überzeugungsbildung und schätzung bei der bemessung strafrechtlicher sanktionen*), págs. 503 a 524.

2) Bernd Hecker[10], El uso impropio de documentos de identidad y otros documentos equivalentes, conforme al § 281 STGB (*Die milbräuliche verwendung von ausweispapieren und sonstigen ausweisgleichenden urkunden nach § 281 StGB*), págs. 525 a 539.

3) Günther Jakob[11], Imputación objetiva en la autoría mediata a través de un instrumento que obra sin dolo (*Objektive zurechnung bei mittelberer täterschaftP durch ein vorsatzloses werkzeug*), págs. 553 a 572.

4) Ralph Ingelfinger[12], Las lesiones corporales con resultado de muerte por omisión y el criterio de equivalencia del § 13, ap. 1, 2ª parte del Código Penal alemán (referido a la omisión impropia) (*Die körperverletzung mit todesfolge durch unterlassen und die entsprechensklausel des § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB*), págs. 573 a 590.

1998: núm. 1 (enero) y 2 (febrero)

1) Thomas Vormbaum[13], Justicia penal en el nacionalsocialismo.Un informe crítico de la bibliografía (*Strafjustiz im nationalsozialismus- Ein kritischer literaturbericht*), págs. 1 a 31.

[6] Asistente en Colonia.

[7] Profesor en Erlangen.

[8] Jurista en período de prácticas (Rechtsreferendar) en Freiburg i. Br./Speyer.

[9] Profesor en Potsdam.

[10] Juez en un juzgado local (Amtsgericht) en Konstmz.

[11] Profesor en Bonn.

[12] Asistente en Heidelberg.

[13] Profesor en Hagen.

2)ULRICH EISENBERG[14], Inadmisibilidad de la querella formulada por menores contra su voluntad (*Unzulässigkeit der nebenklage minderjähriger gegen ihren willen*), págs. 32 a 39.

3) WALTER KARG[15], Paz a través de la retribución —sobre la relación de objeto y fin— en el concepto de pena (*Friede durch vergeltung-über den zusammenhang von sache und zweck im strabegriff*), págs. 53 a 77.

4)UWE MURMANN[16], Sobre la autoría mediata en caso de error de prohibición del instrumento (*Zur mittelbaren täterschaft bei verbotsirrtum des vordermannes*), págs. 78 a 88.

III. *Revista NStZ*

1997: núm. 11 (noviembre) y 12 (diciembre)

1) MATTHIAS KORTE[17], Lucha contra la corrupción y protección de la libre competencia con los medios del Derecho Penal (*Bekämpfung der korruption und schutz des freien wettbewerbs mit den mitteln des strafrechts*), págs. 513 a 519.

2)ANDREAS RANSIEK[18], Sobre la calidad de funcionario público conforme al § 11 I Nr. 2 c del Código Penal Alemán -A la vez, un comentario del fallo del Supremo Tribunal Federal Alemán del 15.5.1997-1 StR 233/96 (NSTZ 1997, pág. 540) (*Zur amtsträgereigenschaft nach § 11 I Nr. 2 c StGB- Zugleich eine besprechung des urteils des BGH vom 15.5.1997-1 StR 233/96*), págs. 519 a 525.

3)ALFRED DIERLAMM[19], Administración fraudulenta ¿un tipo penal abarcador? (*Untreue-ein auffangtatbestand?*), págs. 534 a 536.

4)HANS ACHENBACH[20], De la jurisprudencia sobre el derecho penal económico publicada de 1996 a 1997 (*Aus der 1996 de 1997 veröffentlichten rechtsprechung zum wirtschaftsstrafrecht*), págs. 536 a 539.

5)HEIKE STINTZING[21]/BERND HECKER, ¿Intimidación encarcelando al inculpado durante el juicio oral? -Un nuevo motivo para ordenar la prisión preventiva, consistente en "la presunta desobediencia" (*Abschreckung durch hauptverhandlungshaft?-Der neue haftgrund des "vermuteten Ungehorsams"*), págs. 569 a 573. Como ya ha sido indicado, por ley del 18 de julio de 1997 fue introducida una nueva causa para ordenar la prisión preventiva en el Código de Procedimientos Penal alemán (StPO). En el artículo se formula una crítica a esta reforma, desde puntos de vista procesales y constitucionales.

[14] Profesor en Berlín.
[15] Profesor en Frankfurt a. M.
[16] Asistente en Freiburg i. Br.
[17] Director gubernamental en Bonn.
[18] Profesor en Osnabrück.
[19] Abogado en Mainz.
[20] Profesor en Osnabrück.
[21] Asistente en Konstanz.





6)WOLFGANG SPRENGER[22], ¿Favorece la nueva regulación del procedimiento abreviado su aplicación más amplia? (*Fördert die neuregelung des beschleunigten verfahrens seine breitere anwendung?*), págs. 574 a 576.

7) HERO SCHALL[23], Panorama sistemático de la jurisprudencia sobre el derecho penal del medio ambiente, 3ª parte (*Systematische Übersicht der rechtsprechung zum umweltstrafrecht - 3. Teil*), págs. 577 a 585.

1998: núm. 1 (enero) a 3 (marzo)

1) AXEL DESSECKER[24], Modificaciones en los delitos contra la libertad sexual (*Veränderungen im sexualstrafrecht*), págs. 1 a 6.

2)W. HOFFMANN-REIM[25], Asesoramiento sobre drogas con la posibilidad de consumo: una conducta no punible (*Straflosigkeit des betreibens von drogenberatungs- und drogenhilfestellen mit konsummöglichkeit*), págs. 7 a 14.

3) JÖRG KINZIG[26], La "tendencia" a cometer delitos graves —y lo que se esconde detrás de ello—. A la vez, un análisis empírico para fundamentar la aplicación de una medida de seguridad (internación) por parte de los tribunales (*Der hang zu erheblichen straftaten —und was sich dahinter verbirgt— Zugleich eine empirische analyse zur Begründung der anordnung der sicherungsverwahrung durch die Gerichte*), págs. 14 a 19.

4) KLAUS DETTER[27], El perito en el procedimiento penal —el estado de la cuestión— (*Der sachverständige im strafverfahren —eine Bestandsaufnahme—*), págs. 57 a 61.

5) KNUT AMELUNG[28], Otra vez: Legítima defensa contra el llamado chantaje (*Noch einmal: notwehr gegen sog. Chantage*), págs. 70 a 71.

6)HANS-ULLRICH PAEFFGEN[29], Panorama de la jurisprudencia dictada sobre la prisión preventiva en 1996/97 (*Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen 1996 de 1997*), págs. 71 a 76.

7) GÜNTHER KAISER[30]/MATTHIAS REBMANN[31], ¿Son suficientes las disposiciones alemanas acerca del rol del médico en la prevención de malos tratos por parte de la policía y personal penitenciario para cumplir con los requisitos europeos? (*Genügen die deutschen regelungen zur rolle des arztes bei der vorbeugung von Mißhandlungen durch polizei und strafvollzugspersonal den europäischen anforderungen?*), págs. 105 a 112.

[22] Dirigente del Ministerio de Justicia de Sachsen en Dresden.
[23] Profesor en Osnabrück.
[24] Asistente en Göttingen.
[25] Profesor en Hamburgo.
[26] Referente del Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br.
[27] Juez del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH).
[28] Profesor en Dresden.
[29] Profesor en Bonn.
[30] Profesor en Freiburg i. Br.
[31] Jurista en período de prácticas (Rechtsreferendar) en Freiburg i. Br.

8)HELMUT SATZGE[32], La aplicación del derecho penal alemán a delitos de peligro que van más allá de lo admisible (*Die anwendung des deutschen strafrechts auf grenzüberschreitende gefährdungsdelikte*), págs. 112 a 117.

9) KAI AMBOS[33], Acerca de la posición del defensor y del inculpado ante el Tribunal de las Naciones Unidas para los delitos de guerra de Yugoslavia (*Zur stellung von verteidiger und beschuldigtem vor dem UN-Jugoslawiengerichtshof*), págs. 123 a 126.

10)KARL HEINZ GÖSSEL[34], Sobre la relación de la prohibición de realizar una prueba y la prohibición de utilizar la prueba, con especial consideración de la obligación de averiguar la verdad de los §§ 160 y 244 II del Código Procesal Penal alemán (*Über das verhältnis von beweisermittlungsverbot und beweisverwertungsverbot unter besonderer berücksichtigung der amtsaujklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPOP*), págs. 126 a 130.

11) PETER KOTZ[35], Sentencias del Tribunal Constitucional alemán y de los tribunales superiores e inferiores sobre estupefacientes en el período del 1.1.1996 al 30.6.1997 (*Betäubungsmittelrechtliche entscheidungen des BVerfG sowie der ober- und instanzgerichte in der zeit vom 1.1.1996-30.6.1997*), NStZ-RR (Rechtsprechungs-Report), págs. 33 a 42.

IV. *Revista StV*

1997: núm. 11 (noviembre) y 12 (diciembre)

1) CLAUS ROXIN[36], Sobre el control judicial de registros y secuestros. A la vez, comentario del fallo del Tribunal Constitucional alemán, publicado en StV 1997, págs. 393 y 394 (*Zur richterlichen kontrolle von durchsuchungen und beschlagnahmen zugleich anm. zu BVerfG StV 1997, 393 de 1994*), págs. 654 a 656.

2) KLAUS THOMMES[37], Investigaciones ocultas en el proceso penal desde el punto de vista de la protección de datos (*Verdeckte ermittlungen im strafprozeß aus der sicht des datenschutzes*), págs. 657 a 665.

3) RAINER ENDRIB[38]/JÖRG KINZIG, Un hecho - dos penas; reflexiones sobre un "non bis in idem" más extendido (*Eine Straftat - zwei Strafen; Nachdenken über ein erweitertes, non bis in idem*"), págs. 665 a 668.

[32] Asistente en Passau.

[33] Referente científico del Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br., encargado de las secciones derecho penal internacional e hispanoamericano y asistente del prof. Eser en la misma ciudad.

[34] Profesor en Erlangen.

[35] Abogado y juez en un juzgado local (*Amtsgerichf*) en Augsburgo.

[36] Profesor en Munich.

[37] Jurista en Hannover.

[38] Abogado en Freiburg i. Br.





1998: núm. 1 (enero) a 3 (marzo)

1) HANS-ULLRICH PAEFFGEN[39], comentario del fallo del Tribunal Superior del Land de Hamm (*OLG Hamm*, del 5.11.1996 - 3 Ws 514/96) sobre la prisión preventiva, págs. 35 a 41.

2) CLAUS ROXIN[40], Sobre la introducción furtiva de policías que actúan como compradores aparentes en las viviendas privadas (comentario de la sentencia del Supremo Tribunal Federal Alemán, publicada en: StV 1997, 233) (*Zum Einschleichen polizeilicher Scheinkäufer in Privatwohnungen [BGH, StV 1997, 233]*), págs. 43 a 45.

3) KLAUS BERNSMANN[41], Lavado de dinero (§ 261 del Código Penal alemán) y concretización del hecho previo (*Geldwäsche [§ 261 STGB] und Vortatkonkretisierung*), págs. 46 a 51.

4) CHRISTOPH REICHERT[42], "Mi pasaporte me 'pertenece'" - Acerca de los documentos y grabaciones que sirven como prueba en el marco del § 274 1 Nr. 1 del Código Penal alemán (*"Mein Paß'gehört' mir'- Zum Beweisführungsinteresse an Urkunden und technischen Aufzeichnungen im Rahmen des § 274 I Nr. 1 StGB*), págs. 51a 53.

5) LORENZ SCHULZ[43], ¿"Universalización" del Derecho penal? - Sobre el Congreso de Profesores de Derecho penal de idioma alemán, Berlín 1997 (*"Universalisierung" des Strafrechts? - Zur Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer, Berlin 1997*), págs. 53 a 55.

6) KONRAD KRUIS[44], La ejecución de medidas de seguridad privativas de la libertad y la proporcionalidad (*Die Vollstreckung freiheitsentziehender Maßregeln und die Verhältnismäßigkeit*), págs. 94 a 97.

7) GREGOR STÄCHELIN[45], La sexta ley de reforma penal - En la búsqueda de armonía, grandes reformas y penas más elevadas (*Das 6. Strafrechtsreformgesetz - Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen*), págs. 98 a 104.

8) WOLFGANG SCHOMBURG[46], El rol del individuo en la Cooperación Internacional en cuestiones penales (*Die Rolle des Individuums in der Internationalen Kooperation in Strafsachen*), págs. 153 a 158.

9) HELMUT FRISTER[47], El derecho del inculpado a ser informado de los cargos, conforme al art. 6, ap. 3a de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Der Ans-*

[39] Profesor en Bonn.

[40] Profesor de Munich.

[41] Profesor en Colonia.

[42] Asistente en Augsburgo.

[43] Docente privado en Frankfurt a. M. y temporalmente posee el cargo de profesor sustituto en Gießen.

[44] Juez del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG).

[45] Jurista en período de prácticas (*Rechtsreferendar*), discípulo del Prof. Luderssen en Frankfurt a. M.

[46] Juez del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH).

[47] Profesor en Düsseldorf.

*pruch des Beschuldigten auf mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK*), págs. 159 a 164.

V. *Revista wistra*

997: núm. 7 (septiembre) a 9 (diciembre)

WILFRIED BOTTKE[48], Lugar ventajoso para el Derecho penal económico: ¿Deben ser consideradas las empresas en mayoría de edad penal? - Consideraciones sobre el estado del Derecho penal económico de la República Federal de Alemania (*Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen "strafmündig" werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland*), págs. 241 a 253.

1998: núm 1 (enero) y 2 (febrero)

1) GERHARD ULSAMER[49]/KARL-DIETER MÜLLER[50], Consecuencias para el delito de evasión de impuestos de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 22 de junio de 1995 sobre la ley de impuesto sobre el patrimonio (*Steuerstrafrechtliche Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Juni 1995 zum Vermögensteuergesetz*), págs. 1a 7.

2) FRANK ROSE[51], El llamado de testigos que se encuentran en el extranjero, en el proceso penal (*Die Ladung von Auslandszeugen im Strafprozeß*), págs. 11 a 18.

3) THOMAS RÖNNAU[52], La nueva obligatoriedad en los acuerdos procesales penales - Consideraciones sobre la sentencia del Supremo Tribunal Federal Alemán (BGH) del 28.8.1997 - 4 StR 240/97 - (wistra 1997, 341) (*Die neue Verbindlichkeit bei den strafprozessualen Absprachen -Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 28.8.1997- 4 StR 240197 - [wistra 1997, 341]*), págs. 49 a 53.

VI. *Revista NJW*

1997, t. II: núm. 27 (julio) a 51 (diciembre)

1) EBERHARD KEMPF[53], La función del Derecho penal y de la defensa penal en una sociedad moderna (*Die Funktion von Strafrecht und Strafverteidigung in einer modernen Gesellschaft*), págs. 1729 a 1736.

2) MANFRED SEEBODE[54], Vista en el expediente personal del condenado que llevan los establecimientos penitenciarios (*Einsicht in Personalakten Strafgefangener*), págs. 1754 a 1757.

[48] Profesor en Augsburgo.

[49] Juez del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH).

[50] Abogado y asesor impositivo en Frankfurt a. M.

[51] Abogado en Hanau.

[52]. Asistente en Kiel.

[53] Abogado en Frankfurt a. M.

[54] Profesor en Leipzig.





3) ERIC HILGENDORF[55], Consideraciones sobre la interpretación penal del principio de ubicuidad en los tiempos del internet (*Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet*), págs. 1873 a 1878.

4) ROLAND DERKSEN[56], Responsabilidad penal por datos de contenido delictivo difundidos a través de redes internacionales de computadoras (*Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt*), págs. 1878 a 1885.

5) HANS-HEINER KÜHNE[57], Responsabilidad penal por el producto en Alemania (*Strafrechiliche Produkthaftung in Deutschland*), págs. 1951 a 1954.

6) MATTHIAS WOLFF[58], El fin de la actio libera in causa (*Das Ende der actio libera in causa*), págs. 2032 a 2033.

7) WOLFGANG SCHREIBER[59], La ley del 7 de julio de 1997 que rige la Oficina federal de investigación criminal[60] - una ley "atrasada" (*Das Bundeskriminalamtgesetz vom 7.7.1997 - ein überfälliges" Gesetz*), NJW 1997, págs. 2137 a 2145. Oponiéndose a la opinión de SCHREIBER: REINHARD RIEGEL[61], Otra vez: La ley que rige la Oficina federal de investigación criminal (*Nochmals: Das Bundeskriminalamtgesetz*), págs. 3408 a 3411.

8) UWE HELLMANN[62], La prisión preventiva durante el juicio oral conforme al § 127 b del Código Procesal Penal alemán (*Die Hauptverhandlungshaft gem. § 127 b StPO*), págs. 2145 a 2149. El § 127 b es una nueva disposición que en su ap. II crea como nuevo "motivo" para dictar la prisión preventiva el tratarse de un delito al que se puede aplicar el procedimiento abreviado. La cuestión acerca de si este es el motivo que se ha agregado es lo que se debate en este artículo. El nuevo motivo para dictar la prisión preventiva se agrega a los previstos para todo procedimiento: peligro de fuga, rebeldía verificada, peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad (§ 112), tratarse de determinados delitos contra la libertad sexual y peligro de reincidir en el mismo hecho para determinados delitos (§ 112 a)[63].

9) Kai Ambos, ¿El comienzo del fin de la actio libera in causa? (*Der Anfang vom Ende der actio libera in causa*?), págs. 2296 a 2298.

10) LOTHAR SENGE[64], Ley modificatoria del procedimiento penal - Análisis del ADN del inculpado (*Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA Analyse*), págs. 2409 a 2412.

[55] Profesor en Konstanz.

[56] Abogado en Rheinbach.

[57] Profesor en Trier.

[58] Fiscal en Meißen.

[59] Profesor en Halle/Saale.

[60] Organismo con sede en Wiesbaden, que se ocupa de las tareas policiales para los casos de delincuencia especialmente grave.

[61] Asesor ministerial en Bad Honnef-Rhöndorf.

[62] Profesor en Potsdam.

[63] Véase también el artículo de STINTZING/HECKER arriba mencionado.

[64] Fiscal del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH).

11) HERO SCHALL[65]/MARCUS SCHREIBAUER[66], Prognosis para los autores de delitos contra la libertad sexual y reincidencia (*Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern*), págs. 2412 a 2420.

12) SABINE REIEMENSCHNEIDER[67]/HARALD PAETZOLF[68], Responsabilidad penal del médico por las consecuencias de la inseguridad en la conducción de vehículos provocada por el tratamiento médico (*Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für Folgen behandlungsbedingter Fahrunsicherheit*), págs. 2420 a 2425.

13) THEODER LENCKNER[69], La ley 33° de modificación penal - el fin de una larga historia (*Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz-das Ende einer langen Geschichte*), págs. 2801 a 2803.

14) HORST SENDLER[70], ¿"Elaboración" del pasado en la República Oriental alemana o amnistía? (*Strafrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit oder Amnestie*?), 3146 a 3148.

15) HERIBERT OSTENDORF[71], ¿Europol (policía europea) - sin control jurídico? (*Europol - ohne Rechtskontrolle*?), págs. 3418 a 3420. El artículo trata acerca del principio de que la policía debe ser controlada por el Ministerio público. La instalación de una policía europea constituiría una amenaza contra dicho principio. Más información sobre el tema Europol en: ZRP 1997, pág. 511 y ZRP 1998, págs. 11 a 13 y 39 a 40.

1998: núm. 1/2 (enero a 11 marzo)

1) RUDOLF WASSERMANN[72], Amnistía - ¿un debate sin fin? (*Amnestie - eine endlose Debatte*?), págs. 204 a 205.

2) GEREON WOLTERS[73], Comienzo de ejecución al entrar en acción un instrumento que se lesiona a sí mismo (*Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädingenden Tatmittlers*), págs. 578 a 580. Es un comentario a la sentencia del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), publicada en NJW 1997, págs. 3453 a 3454.

3) CLAUS KREB[74], La Sexta ley de reforma del Derecho penal (*Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*), págs. 633 a 644.

4) RAINER HAMM[75], Aún esto: ¡Derecho penal para asociaciones! (*Auch das noch: Strafrechtfür Verbände*!), págs. 662 a 663.

[65] Preofesor en Osnabrück.
[66] Asistente en Osnabrück.
[67] Asistente en Gießen.
[68] Asistente en Gießen.
[69] Profesor en Tübingen.
[70] Profesor en Berlín.
[71] Profesor en Kiel.
[72] Presidente del Tribunal Superior del Land (OLG) en Goslar.
[73] Asistente en Kiel.
[74] Jurista en Colonia/Bruselas.
[75] Profesor en Frankfurt a. M.





VII. *Revista JZ*

1997: núm. 14 (julio) a 23 (diciembre)

1) JOACHIM RENZIKOWSKI[76], Las formalidades del interrogatorio del inculpado y su inobservancia (*Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung*), págs. 710 a 717. Comentario a la sentencia del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), publicada en JZ 1997, págs. 736 a 740, sobre un caso en el que la policía dispuso las medidas para que tuviera lugar un llamado telefónico entre un testigo y el inculpado, durante el cual este hizo referencia a su participación en el hecho investigado. Al mismo tiempo, un traductor debía escuchar la conversación a través de un segundo teléfono. Lo que se cuestiona es la validez como prueba de la declaración del traductor en el juicio, por tratarse para el inculpado de una "situación similar a la de la toma de declaración".

2) JOHANN FRIEDRICH SPITTLER[77], El cuerpo humano en muerte cerebral, ¿un tercer estado entre la persona viva y el cadáver? (*Der menschliche Körper im Hirntod, ein dritter Zustand zwischen lebendem Menschen und Leichnam*?), págs. 747 a 751.

3) KARSTEN ALTENHAIN[78], El uso impropio, penalmente relevante, de sistemas electrónicos de pago con tarjeta (Der strafbare Mißbrauch kartengestützer elektronischer Zahlungssysteme), págs. 752 a 760.

4) HINRICH RÜPING[79], El pensamiento del abuso en el ejercicio de los derechos en el proceso penal y el abuso de este pensamiento (*Der Mißbrauchsgedanke im Strafprozeßrecht und sein Mißbrauch*), págs. 865 a 869. El autor considera que, de existir un abuso en el ejercicio de los derechos en el proceso penal, no proviene solamente de la defensa, sino también de las autoridades de investigación.

5) ELLEN SCHLÜCHTER[80]/GUNNAR DUTTGE[81]/GERHARD KLUMPE[82], Prescripción de un complejo de acciones típicas, con el ejemplo de la actividad de los agentes secretos (*Verjährung eines tatbestandlichen Handlungskomplexes am Beispiel geheimdienstlicherAgententätigkeit*), págs. 995 a 1000.

6) HERIBERT OSTENDORF[83], Atentados contra poderes estatales en singular, como así también contra la existencia de medidas estatales (*Strafbare Angriffe auf einzelne Staatsgewalten sowie auf den Bestand staatlicher Maßnahmen*), págs. 1104 a 1109. El artículo trata de delitos tales como el atentado y resistencia contra la autoridad (§ 113 StGB), usurpación de autoridad o títulos (§ 132 a StGB), falso testimonio (§ 153 y ss. StGB), omisión de denuncia de delitos graves planeados (§ 138 StGB), entre otros.

[76] Docente privado en Tübingen/Halle.
[77] Docente privado, doctor en medicina en Bochum.
[78] Jurista en Tübingen.
[79] Profesor en Hannover.
[80] Profesora en Bochum.
[81] Asistente en Bochum.
[82] Asistente en Bochum.
[83] Profesor en Kiel.

7) HELMUT FRISTIER, comentario del fallo del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), sobre la licitud de las investigaciones encubiertas, realizadas por personas que no son agentes encubiertos (V-Leute), págs. 1128 a 1132.

8) ULRICH SCHROTH[84], Los tipos penales de la ley de transplantación (*Die stratfrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes*), págs. 1149 a 1154.

9) GÜNTHER SPENDEL[85], comentario del fallo del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), publicado en JZ 1997, págs. 1185 a 1188. Según el BGH, en el caso de una tentativa inidónea de matar a una paciente que padecía una enfermedad mortal, no puede quedar sin considerar para la medición de la pena el hecho de que la víctima habría muerto de todos modos un día después. SPENDEL critica esta decisión.

1998: núm. 1 (enero) a 5 (marzo)

1) GÜNTHER SPENDEL, Intromisión judicial no permitida en una detención (*Unzulässiger richterlicher Eingriff in eine Haftsache*), págs. 85 a 88. El artículo trata sobre la figura del prevaricato.

2) KARL KRÖPIL[86], El papel de los fines del proceso penal en el abuso de las facultades procesales penales (*die Bedeutung der strafprozessualen Verfahrensziele für den Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse*), págs. 135 a 136.

3) CLAUS ROXIN[87], Comentario del fallo del Supremo Tribunal Federal Alemán (BGH) sobre el "comienzo de la tentativa acabada", págs. 209 a 212.

4) BETTINA WEIBER[88], ¿Existe una coautoría imprudente? (*Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?*), págs. 230 a 239.

VIII. *Revista JR*

1997: núm. 10 (octubre) a 12 (diciembre)

1) PETER KÖNIG[89], Nuevo derecho penal contra la corrupción (*Neues Strafrecht gegen die Korruption*), págs. 397 a 404. El artículo describe las reformas realizadas a través de la ley de lucha contra la corrupción del 13 de agosto de 1997 (BGBI. I, pág. 2038).

2) GUNTHER ARZT[90], comentario del fallo del Supremo Tribunal Federal alemán (BGH), publicado en JR 1997, págs. 468 a 471 (BGHST. 42, 268), sobre tentativa inidónea de estafa por haber contado el autor con la posibilidad (dolo eventual) de obtener una ventaja patrimonial antijurídica.

[84] Profesor en Munich.

[85] Profesor en Würzburg.

[86] Jurista en Hildesheim.

[87] Profesor en Munich.

[88] Asistente en Konstanz.

[89] Asesor ministerial en Munich.

[90] Profesor en Berna.





3) MARTIN LÖHNIG[91], "Escritos prohibidos en Internet' ("*Verbotene Schriften im Internet*"), págs. 496 a 498.

4) KARL HEINZ GÖSSEL[92], comentario del fallo del Tribunal Superior del Land de Stuttgart (OLG) del 21 de noviembre de 1996, publicado en JR 1997, págs. 517 a 521, sobre la responsabilidad penal de un locador que había dejado restos de material de construcción en el pasillo de entrada al edificio, siendo esos restos posteriormente utilizados por quien dolosamente provocó un incendio, matando así a varias personas. El fallo aplica principios de la teoría de la imputación objetiva para rechazar la responsabilidad penal del locador.

1998: núm. 1 (enero)

VOLKER KREY[93], Problemas jurídicos que surgen de la utilización de agentes encubiertos, incluyendo la vigilancia electrónica (escuchas) para protección y como instrumento de persecución penal en Alemania (*Rechtsprobleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler einschließlich der elektronischen Überwachung [Lauschangriff] zu ihrem Schutz und als Instrument der Strafverfolgung in Deutschland*), págs. 1 a 7.

IX. *Revista ZRP*

1997: núm. 9 (septiembre) a 12 (diciembre)

1) WOLFGANG BOCK[94]/CHRISTOPH MÄHRLEIN[95], La prisión perpetua desde la perspectiva constitucional (*Die lebenslange Freiheitsstrafe in verfassungsrechtlicher Sicht*), págs. 376 a 381.

2) SUSANNE WALTHER[96], Reparación del daño a la víctima: ¿tienen los mediadores calidad de testigos? (*Täter-Opfer-Ausgleich: Vermittler im Zeugenstand?*), págs. 395 a 397.

3) BIRGIT WEGNER[97], Cómo la protección de la víctima sirve para averiguar la verdad (*Wie Opferschutz der Wahrheit dient*), págs. 404 a 412. El artículo contiene propuestas para mejorar la declaración de menores en procedimientos por abuso sexual.

4) NIKOLAUS WRAGE[98], La situación económica de los presos o: el talón de aquiles de la pena destinada a la resocialización (*Die ükonomische Situation der Strafgefangenen oder: Die Achillesferse des Resozialisierungsvollzugs*), págs. 435 a 437.

[91] Asistente en Regensburg.

[92] Profesor en Erlangen.

[93] Profesor en Trieer y juez del Tribunal Superior del Land (OLG) en Koblenz.

[94] Juez del Tribunal del Land (LG) en Heidelberg.

[95] Abogado en Heidelberg.

[96] Referente científica del Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br., encargada de la sección Estados Unidos de Norteamérica.

[97] Jurista en Bonn.

[98] Asistente en Frankfurt (Oder).

5) HERIBERT OSTENDORF, Las "cadenas electrónicas" (o el arresto domiciliario controlado electrónicamente) - ¿Un arma mágica en la "lucha" contra la criminalidad? (*Die "elektronische Fessel" - Wunderwaffe im Kampf gegen die Kriminalität?*), págs. 473 a 476. Según OSTENDORF, la introducción en Alemania de tales alternativas implicaría una violación de derechos fundamentales. Por ello propone, en lugar de reducir el contacto humano del condenado, su ampliación a través de otras medidas, como lo son la reparación de la víctima y el trabajo voluntario.

6) BRIGITTE SICK[99]/JOACHIM RENZIKOWSKI, ¿Pena más grave por hechos cometidos en estado de embriaguez debido a alcohol o drogas? - Sobre el proyecto del Land de Berlín del 19 de febrero de 1997 (*Strafschärfung bei Rauschtaten? - Zum Entwurf des Landes Berlin vom 19.2.1997*), págs. 484 a 488. En el artículo se critica la posibilidad de aumentar la pena del delito de embriaguez absoluta del § 323a del Código Penal alemán (*Vollrausch*, § 323 a StGB), que consiste en embriagarse dolosa o culposamente de un modo considerable y cometer un delito en ese estado de inimputabilidad, sin que su autor pueda ser penado por ese hecho debido justamente a su inimputabilidad.

7) CHRISTOPH REICHERT[100], El hurto de cosas de poca cuantía como delito de acción privada - Una propuesta para descargar a la justicia (*Der Diebstahl geringwertiger Sachen als Privatklagedelikt - Ein Vorschlag zur Entlastung der Rechtspflege*), págs. 492 a 499.

1998: núm. 1 (enero) y 2 (febrero)

1) ULRICH GOLL[101], Protección de la víctima en el procedimiento penal (*Opferschutz im Strafverfahren*), págs. 14 a 16.

2) ANDREAS WISUSCHIL[102], Relación sexual sin protección por parte de un infectado con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) (*Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierien*), págs. 61 a 64.

X. *Revista JA*

1997: núm. 10 (octubre) a 12 (diciembre)

1) HEIKO LESCH[103], Dolo directo, indirecto y eventual (*Dolus directos, indirectos und eventualis*), págs. 802 a 809.

2) KAI AMBOS, Sobre la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro (*Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*), págs. 983 a 990.

[99] Fiscal en Tübingen.

[100] Asistente en Augsburgo.

[101] Profesor en Stuttgart y Ministro de Justicia del Land Baden Wüttemberg.

[102] Estudiante en Munich.

[103] Asistente en Bonn.





1998: núm. 1 (enero) y 2 (febrero)

1) HELMUT SATZGER[104], Sobre la admisibilidad de realizar acuerdos en el proceso penal (*Zur Zulüssigkeit von Absprachen im Strafprozeß*), págs. 98 a 102.

2) DANIEL J. FISCHER/GUIDO GUTZEIT[105], cuestiones básicas sobre el § 28 del Código Penal alemán (referido a las relaciones, circunstancias y calidades personales que fundamentan, agravan o excluyen la punibilidad) (*Grundfragen zu § 28 StGB*), págs. 41 a 47.

XI. *Revista Jura*

1997: núm. 3 (marzo) a 12 (diciembre)

1) HARRO OTTO[106], Protección del honor y libertad de opinión (*Ehrenschutz und Meinungsfreiheit*), págs. 139 a 147.

2) KLAUS GEPPERT[107], La instigación (§ 26 del Código Penal alemán) (*Die Anstiftung* [§ 26 StGB]), págs. 299 a 305.

3) INGEBORG PUPPE[108], La teoría de la imputación objetiva - presentada a través de casos resueltos por los tribunales superiores (*Die Lehre von der objektiven Zurechnung - dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*), I. La causalidad (*Die Kausalität*), págs. 408 a 416; II. La causalidad de la infracción del deber de cuidado, también llamada la relación de derecho (*Die Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, auch Rechtszusammenhang gennant*), págs. 513 a 519; III. El fin de protección de una norma de cuidado y su determinación (*Der Schutzzweck einer Sorlfaltsnorm und seine Ermittlung*), págs. 624 a 631.

4) HARRO OTTO, La jurisprudencia más nueva sobre los delitos contra la propiedad (*Die neuere Rechtsprechung zu den Eigentumsdelikten*), págs. 464 a 477. Hay que advertir que algunas cuestiones sobre las que tuvo que decidir la jurisprudencia quedarán ahora resueltas a través de la sexta ley de reforma del derecho penal sobre la que se hizo mención al comienzo.

1998: núm. 1 (enero) y 2 (febrero)

1) INGEBORG PUPPE[109], La teoría de la imputación objetiva - presentada a través de casos resueltos por los tribunales superiores (*Die Lehre von der objektiven Zurechnung - dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechisprechung*), IV. Imputación cuando hay varios partícipes (*Zurechnung bei mehreren Beteiligten*), págs. 21 a 31.

[104] Asistente en Passau.

[105] Ambos asistentes en Trier.

[106] Profesor en Bayreuth.

[107] Profesor en Berlín.

[108] Profesora en Bonn.

[109] Profesora en Bonn.

2) SABINE GLEB[110]/MONIKA LÜKE[111], Persecución penal más allá de los límites. Formas del trabajo en conjunto de los países europeos para la lucha contra la criminalidad - (*Strafverfolgung über die Grenzen hinweg -Formen der Zusammenarbeit europäischer Länder zur Kriminalitätsbekämpfung-*), págs. 70 a 79.

3) GERHARD DANNECKER[112], El desarrollo del derecho penal bajo la influencia del derecho comunitario (*Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts*), págs. 79 a 87.

XII. *Revista JuS*

1997: núm. 11 (noviembre) a 12 (diciembre)

1) PETRA WITTIG[113], Persecución con "redes de arrastre", persecución según características personales desde el punto de vista de la criminalística y comparación de datos por medios técnicos (*Schleppnetzfahndung, Rasterfahndung und Datenabgleich*), págs. 961 a 970.

2) ROLF. D. HERZBERG[114], Otra vez: Sobre el concepto de violencia en el delito de coacción del § 240 del Código Penal alemán y sobre su "interpretación subjetivo-histórica" (*Noch einmal: Zum Gewaltbegriff in § 240 StGB und zu seiner "subjektiv historischen Auslegung"*), págs. 1067 a 1069.

1998: núm. 1 (enero) a 3 (marzo)

1) HEIKE JUNG[115], Cuestiones básicas del derecho penal comparado (*Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*), págs. 1 a 7.

2) HEINZ KORIATH[116], Algunas consideraciones sobre el error en la persona (*Einige überlegungen zum error in persona*), págs. 215 a 220.

C. COMPILACIONES

Reparación del daño a la víctima en la parte general del derecho penal - Los resultados de la investigación adjunta al proyecto Waage de Hannover (*Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht - Die Ergebnisse der Begleilforschung des Waage-Projekts Hannover*), CHRISTIAN PFEIFFER[117] (comp.), ed. Nomos, Baden-Baden, 1997.

[110] Referente científica del Max-Planck-Institut de Freiburg i. Br.

[111] Asistente en Dresden.

[112] Profesor en Bayreuth.

[113] Asistente en Passau.

[114] Profesor en Bochum.

[115] Profesor en Saabrücken.

[116] Profesor en Saabrücken.

[117] Profesor en Hannover.





Los autores de los cuatro trabajos que componen la compilación son: CHRISTIAN PFEIFFER, LUTZ NETZIG/FRAUKE PETZOLD, UTE INGRID HARTMANN und SYLVIA CHRISTOCHOWITZ.

D. LIBROS-HOMENAJE

Festschrift für Reinhard Moos[118] zum 65. Geburtstag (comps. CHRISTIAN v. HUBER/ UDO JESIONEK/ROLAND MIKLAU), Verlag d. Österr. Staatsdruckerei (ed.), 1997, 368 págs. Uno de los artículos allí publicados es el siguiente:

- MANFRED BURGSTALLER[119] ¿Imputación del resultado sin elevación del riesgo frente al comportamiento alternativo conforme a derecho? (*Erfolgszurechnung ohne Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativ verhalten?*), págs. 55 a 67.

E. MONOGRAFÍAS

I. 1997

1) JOACHIM RENZIKOWSKI, Concepto restrictivo de autor y participación culposa (*Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*), ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, trabajo de habilitación realizado bajo la dirección del Prof. HANS-LUDWIG GÜNTHER y presentada ante la Universidad de Tübingen, 350 págs. RENZIKOWSKI trata aquí la cuestión acerca de cómo se distingue en el derecho penal alemán a los que toman parte en el hecho y qué comportamiento se le puede imputar al autor a diferencia del partícipe. Analiza el concepto restrictivo de autor utilizado en el derecho penal alemán, sus raíces, y considera la participación en los delitos culposos. Las consecuencias más importantes para la práctica son el reconocimiento de la coautoría imprudente, como también una limitación de la punibilidad en el delito culposo. Hay un comentario de la monografía, realizado por RENÉ BLOY[120], en JZ 1998, pág. 242.

2) GATRALD M. KRAUT, ¿Prevaricación? La Justicia de la República Oriental alemana analizada desde la perspectiva del Estado de derecho (*Rechtsbeugung? Die Justiz der DDR auf dem Prüfstand des Rechtstaates*), ed. C.H. Beck, Munich, 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. Bernd Schünemann y presentada ante la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich, 255 págs.

3) THOMAS FABEL, Lavado de dinero y arrepentimiento activo: una investigación sobre la interpretación y aplicación de las reglas especiales del desistimiento en el § 261, ap. 9 y 10 del Código Penal alemán (*Geldwäsche und tätige Reue: eine Untersuchung zu Auslegung und Anwendung der besonderen Rücktrittsregelungen in § 261 Abs. 9 und 10 StGB*), Ped. N.G. Elwert, Marburg, 1997, tesis doctoral realizada bajo

[118] Profesor en la Universidad de Linz.

[119] Profesor en la Universidad de Viena.

[120] Profesor en Freiburg i. Br.

la dirección del Prof. DIETER MEURER y presentada ante la Philipps-Universität de Marburg, 256 págs.

4) EVA LAUER[121], El error sobre leyes penales en blanco, tomando como ejemplo el § 106 de la ley de propiedad intelectual (*Der Irrtum über Blankettstrafgesetze am Beispiel des § 106 UrhG*), Verlag für Kultur und Wissenschaft (ed.), Bonn, 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección de la Profesora INGEBORG PUPPE y presentada ante la Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 151 págs.

5) SABAHART GÜRBÜZ[122], Sobre la responsabilidad penal de funcionarios públicos en el derecho penal del medio ambiente (*Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*), ed. Peter Lang, Frankfurt a. M. y otras, 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. URS KINDHÄUSER[123] y presentada ante la Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, 316 págs.

6) GÜNTHER MASCHKE[124], Lesiones del deber de vigilancia en establecimientos y empresas (*Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*), Berlin Verlag (ed.), Berlín, 1997, 129 págs.

7) GERD EIDAM, Autores penales - Empresa (*Straftäter - Unternehmen*), ed. C. H. Beck, Munich, 1997, 142 págs. Breve comentario de HANS-HEINER KÜHNE[125], en NJW 1998, pág. 667.

8) DANIEL EIDAM, La garantía de la libertad de expresión artística de la Constitución alemana y sus límites penales (*Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen*), ed. R. v. Decker, Heidelberg, 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof ULRICH WEBER y presentada ante la Universidad de Tübingen, 461 págs.

9) ANNE HEITZER[127], Sanciones punitivas en el derecho comunitario europeo (*Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*), Ped. C. F. Müller, Heldelberg, 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. KLAUS TIEDEMANN y presentada ante la Albert-Ludwigs-Universität de Freiburg i. Br., 194 págs.

10) JOST BENFER[128], Derechos de intervención - Presupuestos y límites de intervenciones jurídicas preventivas y represivas a través de la policía y del Ministerio fiscal (*Eingriffsrechte - Voraussetzungen und Grenzen prüventiver und repressiver Rechtseingriffe durch Polizei und Staatsanwaltschaft*), ed. C.H. Beck, Munich, 1997, 303 págs.

[121] Asistente en Bonn.

[122] Jurista en período de prácticas (*Rechtsreferendar*) en Bonn.

[123] Profesor en Bonn.

[124] Jurista, director de personal en una editorial en Hamburgo.

[125] Profesor en Trier.

[126] Abogado en Karlsruhe.

[127] Fiscal en Heidelberg.

[128] Docente en la escuela superior de Branderburg.





11) JOHN R. SEARLE, La construcción de la realidad social - Sobre la ontología de los hechos sociales (*Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit - Zur Ontologie sozialer Tatsachen*), ed. Rowohlt Taschenbuch, Reinbek bei Hamburg, 1997. La versión original apareció en los Estados Unidos de Norteamérica en 1995 y fue traducida al alemán por MARTIN SUHR. Es un libro esencialmente de filosofía del derecho, pero al tratar la filosofia del lenguaje sirve al interés de las nuevas tendencias del derecho penal.

12) JENS WATZEK, Justificación y exculpación en el derecho penal inglés - Un análisis estructural de los presupuestos generales de punibilidad desde la perspectiva alemana (*Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht - Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive*), Ped. iuscrim., Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1997, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. ALBIN ESER y presentada ante la Albert-Ludwigs-Universität de Freiburg i. Br., 370 págs.

13) ANJA BIENERT, Investigaciones privadas y su significación en el ámbito de las prohibiciones de hacer valer una prueba (*Private Ermittlungen und ihre Bedeutung auf dem Gebiet der Beweisverwertungsverbote*), ed. Schaker, Aachen, 1997, tesis doctoral de Colonia, 185 págs.

14) CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG, Investigaciones sobre la presunción de inocencia (*Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*), ed. Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1997, 653 págs.

15) JÖRG CHRISTMANN, Sobre la relevancia penal del denominado "predisponer al hecho" por instigación: un aporte de la teoría de la imputación objetiva sobre el fundamento de punición de la instigación (*Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachen arrangements wegen Anstiftung: ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*), ed. Lang, Frankfurt a. M. y otras, 1997, 145 págs.

16) ANDRÉ GROBE-VORHOLT, Dictámenes administrativos en el marco de la responsabilidad penal por el producto - Sobre la concretización de los deberes de cuidado en las decisiones acerca de los riesgos (*Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung - Zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten bei Risikoentscheidungen*), ed. Nomos, Baden-Baden, 1997, 215 págs.

17) JOACHIM WEBER, Sobre el interés de reparación al lesionado como fin de la pena (*Zum Genugtuungsinteresse des Verletzten als Strafzweck*), ed. Nomos, Baden-Baden, 1997, 181 págs.

II. 1998:

1) JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD, Prevención para la integración - Estudios sobre una teoría de la función social del derecho penal (*Integrationsprävention - Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*), ed. Lang, Frankfurt a. M. y otras, 1998, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. WINFRIED HASSEMER y presentada ante la Universidad de Frankfurt, 450 págs.

2) CHRISTOS MYLONOPOULOS, Conceptos comparativos y de disposición en el derecho penal (*Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*), ed. Lang, Frankfurt a. M. y otras, 1998, 176 págs.

3) HEINER ALWART[129], Imputar y condenar (*Zurechnen und Verurteilen*), ed. Boorberg, Stuttgart y otras, 1998, 40 págs.

4) THOMAS HILLENKAMP, El plazo de suspensión de la ejecución de la sentencia y de fundamentación del recurso de casación en el proceso penal alemán (*Die Urteilsabsetzungs- und die Revisionsbegründungsfrist im deutschen Strafprozeß*), ed. Müller, Heidelberg, 1998, 136 págs.

5) BARBARA BREUER, La importación y exportación de residuos dentro de la Comunidad Europea desde la perspectiva del derecho penal del medio ambiente (*Der Im- und Export von Abfällen innerhalb der Europäischen Union aus umweltstrafrechtlicher Sicht*), Duncker & Humblot, Berlín, 1998, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. RUDOLF RENGIER y presentada ante la Universidad de Konstanz, 205 págs.

6) DIRK OLDIGS, Posibilidades y límites de la lucha penal contra los arreglos en las licitaciones (*Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen*), ed. R. v. Decker, Heidelberg, tesis doctoral de Berlín, 1998, 186 págs.

7) CARSTEN A. SALGER, El derecho del inculpado a no declarar - Comparación entre el derecho procesal penal alemán y el norteamericano (*Das Schweigerecht des Beschuldigten - Vergleich zwischen deutschem und US-amerikanischem Strafverfahrensrecht*), ed. Heymann, Colonia y otras, 1998, tesis doctoral realizada bajo la dirección del Prof. ALBIN ESER y presentada ante la Albert-Ludwigs-Universität de Freiburg i. Br., 196 págs.

8) CLAUDIA KAISER, El bienestar del niño en el proceso penal - Sobre la necesidad de un trato de víctimas y testigos menores de edad que esté orientado al bienestar del niño - Posibilidades de lege lata y las necesidades de lege ferenda (*Das Kinderwohl im Strafverfahren - Zur Notwendigkeit eines am Kindeswohl orientierten Umgangs mit minderjährigen Opfern und Zeugen, den Möglichkeiten de lege lata und den Erfordernissen de lege ferenda*), ed. Lang, Frankfurt a. M. y otras, tesis doctoral de Hannover, 1998, 510 págs.

9) ELISABETH SAMMER, El deber de cuidado en el derecho de la alimentación y de contravenciones administrativas, considerando especialmente la superposición de los derechos de los países europeos - Un análisis sobre las posibilidades de una delimitación de la responsabilidad penal por los alimentos (*Die Sorgfaltspflicht im Lebensmittel- und Ordnungswidrigkeitenrecht unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Überlagerung - Eine Untersuchung über die Möglichkeiten einer Einschränkung der lebensmittelstrafrechtlichen Verantwortung*), ed. Lang, Frankfurt a. M. y otras, tesis doctoral de Mannheim, 1998, 300 págs.

[129] Discípulo del prof. SCHMIDHÄUSER.





F. ACTIVIDADES DEL MAX-PLANCK-INSTITUT [130]

El Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, situado en Freiburg im Breisgau, dispone de unos 157 integrantes, entre los cuales 50 poseen puestos fijos de trabajo, y recibe constantemente investigadores extranjeros. Sus tareas se desenvuelven en el campo de la investigación y en el desarrollo de proyectos orientados a temas de derecho penal que se extienden más allá del ámbito nacional.

El Instituto tuvo su origen en el "Seminario de derecho penal extranjero e internacional de la Universidad de Friburgo", creado por Adolf Schönke en 1938. En el año 1954 fue transformado en una fundación de la República Federal de Alemania, del Land Baden-Württemberg y de la Universidad de Friburgo, a raíz del nombramiento de Hans-Heinrich Jescheck como sucesor de Schönke, y en 1966 pasó a formar parte de la Max-Planck-Gesellschaft. Desde 1970 se ha incorporado a él también el estudio de la criminología empírica, a raíz del establecimiento del grupo de investigación criminológico. Actualmente dirigen el Instituto los profesores Hans-Jörg Albrecht y Albin Eser, como sucesores de los profesores eméritos Günther Kaiser y Hans-Heinrich Jescheck.

En este número se informará sobre las tesis doctorales, trabajos de habilitación y algunas publicaciones. Acerca de los proyectos y otras actividades del MPI se hará una reseña en los números posteriores a esta publicación.

I. *Tesis doctorales y trabajos de habilitación en derecho penal*

1) Escrito de habilitación presentado en 1997

— SUSANNE WALTHER, De la infracción al derecho al conflicto real: Sobre la nueva regulación del sistema de sanciones sobre la base de una concepción humana del ilícito - Reparación como cometido básico del derecho criminal (*Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt: Zur Neuordnung des Sanktionensystems auf der Grundlage eines menschengerechten Unrechtsverständnisses - Wiedergutmachung als Grundauftrag des Kriminalrechts*), bajo la dirección del Prof. ALBIN ESER.

2) Tesis doctorales presentadas

— NICOLA HEINEMANN, Mujer y embrión en la medicina prenatal y perinatal desde el punto de vista del derecho penal (*Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht*), dirigida por el Prof. Albin Eser.

— BIRTE KEPPLER, Los documentos directrices del tribunal superior de la República Oriental Alemana (*Die Leitungsdokumente des Obersten Gerichts der DDR*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

[130] La información ha sido obtenida en parte a través de entrevistas con el Dr. KAI AMBOS, con quien es posible comunicarse al e-mail: <ambos@ruf.uni-freiburg.de>, y en parte a través de las páginas publicadas en Internet (http://www.iuscrim.mpg.de).

— CHRISTIANE NILL-THEOBALD, "Defences" en los delitos cometidos durante la guerra, con el ejemplo de Alemania y EE.UU. - A la vez, un aporte para la parte general del derecho penal internacional (*"Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA - Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

— MICHAEL ÜBERHOFEN, Corrupción y delitos de cohecho en el ámbito estatal - Una comparación entre codificaciones penales de distintos países europeos, tomando como base el Derecho alemán (*Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich Ein Rechtsvergleich zwischen Strafrechtskodifikationen verschiedener europäischer Staaten vor dem Hintergrund des deutschen Rechts*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

— NORBERT VOSLER, Medios coercitivos procesales penales como instrumentos de la protección acelerada de bienes jurídicos en España y Alemania (*Strafprozessuale Zwangsmittel als instrument des beschleunigten Rechtsgüterschutzes in Spanien und Deutschland*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

— HEIDE GRÖGER, El adelantamiento material de la protección penal según la ley de control de armas de guerra y la ley de economía exterior en comparación con las leyes de control de la exportación de los Estados Unidos de Norteamérica (*Die materielle Vorverlegung des Strafrechtsschutzes nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz und dem Außenwirtschaftsgesetz im Vergleich mit den Exportkontrollgesetzen der vereinigten Staaten von Amerika*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

— KETEWAN MTSCHEDLISCHWILI-HÄDRICH, El concepto de delito y de peligrosidad social en el derecho penal de Georgia (*Der Verbrechens- und Gesellschafts-gefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

— BETTINA SCHÜTZ-GÄRDÉN, ¿Responsabilidad social o incapacidad de culpabilidad? El tratamiento de enfermos mentales en el derecho penal sueco (*Soziale Verantwortlichkeit oder strafrechtliche Unzurechnungsfähigkeit? -Die Behandlung psychisch gestörter Straföter im schwedischen Strafrecht*), dirigida por el Prof. ALBIN ESER.

3) Tesis doctorales comenzadas

Sobre el menor como testigo en el proceso penal; la figura del arrepentido como instrumento de la lucha contra la criminalidad organizada en el derecho alemán e italiano; el derecho penal del medio ambiente en China; la reparación de la víctima en el derecho alemán y norteamericano; delitos cometidos en aguas marítimas, entre otras.

II. *Tesis doctorales en criminología*

Dos tesis doctorales han sido presentadas, referidas a los temas de la víctima y el derecho penal de menores. Cuatro tesis han sido comenzadas, sobre el arresto domiciliario controlado a través de medios electrónicos; las reglas de los EE.UU. sobre el derecho penal de menores y su aplicación a las medidas de privación de la libertad de niños en Sudáfrica; la justicia política como forma especial de la criminalidad estatal; la práctica de la prisión preventiva en Alemania y en Francia.





III. *Publicaciones*

— El Max-Planck-Institut edita la sección extranjera (*Auslandsrundschau*) de la revista ZStW y el European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 5° Jg., Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.

— El Prof. Eser es uno de los editores de la revista ZStW y el Prof. ALBRECHT de la Monatsschrift für Kriminologie (MSchcrim).

— Obras de la serie: "*Beiträge und Materialen aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg*": Además de los títulos que han sido expuestos en la lista de bibliografía alemana presentada en el numero anterior, han sido publicadas obras sobre el desarrollo del derecho penal en Europa; el derecho penal ambiental; la elaboración del pasado y la prescripción; la responsabilidad individual o de dos o más personas en el derecho penal; información del proceso a través de los medios de comunicación, entre otras.

— "*Kriminologische Forschungsberiche*", edition iuscrim, Freiburg i.Br.: en 1997 han sido publicados libros sobre la prevención criminal; la lucha contra la criminalidad organizada; el derecho penal del medio ambiente; la lucha contra el lavado de dinero, entre otros.

— "*Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung*", edition iuscrim, Freiburg i.Br.: Traducción al alemán de los Códigos Penales de Dinamarca, Rusia y Turquía.

G. MANUALES Y CÓDIGOS COMENTADOS DE DERECHO PENAL MATERIAL

I. *Introducción al derecho penal*

1. HASSEMER, WINFRIED: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª ed., C.H. Beck, Munich, 1990 (DM 38,-)

2. NAUCKE, WOLFGANG: Strafrecht, Eine Einführung, 7ª ed., Luchterland, Neuwied, 1995 (DM 44,-)

3. ROXIN, CLAUS /ARZT, GUNTHER / TIEDEMANN KLAUS, Einführung in das Strafrecht und das Strafprozeßrecht, 3ª ed., UTB/C.F. Müller, Heidelberg 1994 (DM 26,80)

II. *Manuales de parte general*

1. BAUMANN, JÜRGEN/ WEBER, ULRICH MITSCH, WOLFGANG: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1995 (DM 68,-)

2. FREUND, GEORG: Grundriss Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Lehre von der Straftat, 1ª ed., Springer, Berlín y otras, 1998 (en preparación)

3. JAKOBS, GÜNTHER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1991 (DM 258,-; Studienausgabe DM 98,-)

4. JESCHECK, HANS-HEINRICH WEIGEND, TOMAS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996 (DM 89,-)

5. KÖHLER, MICHAEL: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1ª ed., Springer, Berlín y otras, 1997 (DM 78,-)

6. KÜHL, KRISTIAN: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Vahlen, Munich, 1997 (DM 68,-)

7. MAURACH, REINHART / ZIPF, HEINZ: Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 1, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1992 (DM 168,-)

8. MAURACH, REINHART / GÓSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ: Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 2, 7ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1989 (DM 198,-)

9. ROXIN, CLAUS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 1: 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1997 (DM 88,); t. 2: en preparación

10. SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975 (agotado). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1984 (DM 48,-)

11. WELZEL, HANS: Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1969 (DM 98,-).

III. *Manuales breves de parte general*

1. BLEI, HERMANN: Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18ª ed., C.H. Beck, Munich, 1983 (DM.38,-) (agotado y no existe versión en preparación)

2. BOCKELMANN, PAUL / VOLK, KLAUS: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Reihe Grundrisse des Rechts, 4ª ed., C.H. Beck, Munich, 1987 (DM 29,80)

3. EBERT, UDO: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1994 (DM 26,-)

4. GROPP, WALTER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1ª ed., Springer, Berlín y otras, 1998 (DM 42,-)

5. MATT, HOLGER /HOMUTH, ANDREAS: Matt: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 39,-) HOMUTH: Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 1998 (DM 32,-, en preparación)

6. HAFT, FRITJOF: Strafrecht, Allgemeiner Teil, JuS-Schriftenreihe 7ª ed., C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 38,-)

7. HOYER, ANDREAS: Strafrecht, Allgemeiner Teil JA-Studienskript 1ª ed., Luchterhand, Neuwied, 1996 (DM 28,50)

8. HRUSCHKA, JOACHIM: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2ª ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1988 (DM 46,-)

9. OTTO, HARRO: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5ª ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1996 (DM 39,80)

10. STRATENWERTH, GÜNTHER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia y otras, 1981 (agotado)

11. WESSELS, JOHANNES: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Reihe Schwerpunkte, t. 7, 27ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1997 (DM 39,-)





IV. *Manuales de parte especial*

1. ARZT, GUNTHER. / WEBER, ULRICH: Strafrecht, Besonderer Teil, Manual en 5 tomos, ed. Gieseking, Bielefeld, t. 1: 3ª ed. 1988 (DM 24,- 6 34,-) t. 2: 1ª ed. 1983 (DM 19,80 ó 28,-) t. 3: 2ª ed. 1986 (DM 19,80 6 28,-) t. 4: 2ª ed. 1989 (DM 24,- 6 34,-) t. 5: 1ª ed. 1982 (DM 19,80 ó 28,-) Nueva edición en preparación, que incluye todos los tomos

2. KINDHÄUSER, URS: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. Nomos, Badend-Baden, Straftaten gegen Vermögensrechte, t. 1: Eigentumsdelikte (en preparación)

3. MAURACH, REINHART/SCHROEDER, FRIEDRICH CHRISTIAN / MAIWALD, MANFRED: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. C.F. Müller, Heidelberg, t. 1: 8ª ed. 1995 (DM 178,-); t. 2: 7ª ed. 1991 (DM 128,-)

4. OTTO, HARRO: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 4ª ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1997 (DM 58,-)

V. *Manuales breves de parte especial*

1. BLEI, HERMANN: Strafrecht II, Besonderer Teil, 12ª ed., C.H. Beck, Munich, 1983 (DM 42,-)

2. GÖSSEL, KARL HEINZ: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. UTB/C.F. Müller, Heidelberg, t. 1: 1ª ed. 1987 (PM 39,80); t. 2: 1ª ed., 1996 (DM 44,80)

3. HAFT, FRITJOF: Strafrecht, Besonderer Teil, JuS-Schriftenreihe 78, 6ª ed., C.H. Beck, Munich, 1997 (DM 38,-)

4. HOHMANN, RALF / SANDER, GÜNTHER M.: Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 1ª ed., C.H. Beck, Munich, 1998 (en preparación)

5. KREY, VOLKER: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. Kohlhammer, Stuttgart, Berlín, Colonia, t. 1: 10ª ed. 1996 (DM 38,80); t. 2: 11ª ed., 1997 (DM 36,-)

6. KÜPER, WILFRIED: Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1996 (DM 32,-)

7. KÜPPER, GEORG: Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen Rechtsgüter der Person und der Gemeinschaft, ed. Springer, Berlín y otras, 1996, (DM 39,80)

8. MITSCH, WOLFGANG: Strafrecht, Besonderer Teil II, Vermögensdelikte (en preparación)

9. RENGIER, RUDOLF: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. C. H. Beck, Münich, Reihe Grundrisse des Rechts, t. 1, Vermögensdelikte, 1ª ed., 1997 (DM 32,-); t. 2: Delikte gegen die Person, 2ª ed. (en preparación)

10. SCHMIDÄUSER, EBERHARD: Strafrecht, Besonderer Teil, Grundriβ, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1983 (DM 34,-)

11. SCHROTH, ULRICH: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. Boorberg, Stuttgart y otras, 1997 (39,80 DM)

12. WESSELS, JOHANNES: Strafrecht, Besonderer Teil, ed. C. F. Müller, Heidelberg, t. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 21ª ed. 1997 (DM 36,-); t. 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 20ª ed., 1997 (DM 36,-).

VI. *Libros de casos*

1. ARZT, GUNTHER: Die Strafrechtsklausur, 5ª ed., C. H. Beck, Munich, 1996 (DM 22,-)

2. BAUMANN, JÜRGEN / ARZT, GUNTHER / WEBER, ULRICH: Strafrechtsfälle und Lösungen, 6ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1986 (DM 24,-) (agotado)

3. BLEI, HERMANN: Strafrecht I, Allgemeiner Teil (Prüfe dein Wissen 9), 12ª ed., C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 38,-); Strafrecht II/1, Besonderer Teil 1 (Prüfe dein Wissen 10/1), 10ª ed. 1996 (DM 38,-); Strafrecht II/2, Besonderer Teil 2 (Prüfe dein Wissen 10/2), 5ª ed. 1990 (DM 32,-)

4. ESER, ALBIN / BURKHARDT, BJÖRN: Juristischer Studienkurs: Eser/Burkhardt: Strafrecht 1, 4ª ed., C.H. Beck, Munich, 1992 (DM 39,80)-y Eser: Strafrecht II, (4ª ed. en preparación); Eser: Strafrecht III, 3ª ed. en preparación); Eser: Strafrecht IV, 4ª ed., 1983 (DM 34,50)

5. GÖSSEL, KARL HEINZ: Strafrecht Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen 7ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1997 (DM 36,-)

6. HAFT, FRITJOF: Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil, JuS-Schriftenreihe 83, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 37,80)

7. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, BERND: Prüfungstraining Strafrecht, ed. Luchterhand, Neuwied, t. 1: Methodik der Fallbearbeitung, 1ª ed. 1991; t. 2: Fälle mit Musterlösungen, 1ª ed. 1992 (ambos tomos: DM 88 (nueva edición en preparación)

8. HILLENKAM, THOMAS: 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8ª ed., Luchterhand, Neuwied, 1996 (DM 29,-); 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 8ª ed., 1997 (27,80)

9. JESCHECK, HANS HEINRICH: Fälle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Mit Aufbaumustern, 3ª ed. 1996, Duncker & Humblot (19,80 DM)

10. KIENAPFEL, DIETHELM: Strafrechtsfälle, Zwischenprüfung, Klausurtechnik, Musterlösungen, 9ª ed., Klostermann, Frankfurt a. M., 1989 (DM 28,-)

11. OTTO, HARRO: Übungen im Strafrecht 4ª ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1995, (DM 36,-)

12. ROXIN, CLAUS: ESJ Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed., C.H. Beck, Munich, 1984 (agotado) Nueva edición en preparación: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht" (1998)

13. ROXIN, CLAUS / SCHÜNEMANN, BERND / HAFFKE, BERNHARD: Strafrechtliche Klausurenlehre mit Fallrepetitorium, (revisado y modificado por Bernd Schünemann) 4ª ed., Heymanns, Colonia y otras, 1982 (DM 29,-) (agotado) (nueva edición en preparación)





14. RUDOLPHI, HANS-JOACHIM: Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 34,-)

15. SAMSON, ERICH: Strafrecht I, Wiederholungs- und Vertiefungskurs, t. 7, 7ª ed., Luchterhand, Neuwied, 1988 (DM 35,-); Strafrecht II, Wiederholungs- und Vertiefungskurs, t. 8, 6ª ed., 1993 (a publicar; aprox. DM 38,-)

16. SCHWIND HANS-DIETER / FRANKE, EINHARD / WINTER, MANFRED: Übungen im Strafrecht für Anfänger, 4ª ed., Heymanns, Colonia y otras, 1994 (DM 34,-)

17. TIEDEMANN, KLAUS: Die Anfängerübung im Strafrecht, JuS-Schriftenreihe 97, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1997 (DM 42,-); Fälle und Entscheidungen zum Strafrecht Besonderer Teil, 3ª ed., Luchterhand, Neuwied, 1983, (DM 24,80)

18. WAGNER, HEINZ: Fälle zum Strafrecht Besonderer Teil, JuS-Schriftenreihe 45, 3ª ed., C.H. Beck, Munich, 1996 (DM 28,-)

VII. *Comentarios al Código Penal alemán*

1. DÄHN, GERD: Problem- und Repetitionskommentar zum STGB 2ª ed., Gieseking, Bielefeld, 1982 (DM 34,-)

2. JESCHECK, HANS HEINRICH / RUB, WOLFGANG WILLMS, GÜNTHER (comps.): Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Groβkommentar, 10ª. ed., de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1978 y ss.

3. JÄHNKE, BURKHARD /LAUFHÜTTE, HEINRICH WILHELM / ODERSKY, WALTER (comps.): 11ª ed. 1992 y ss. (la obra se publica por entregas)

4. LACKNER, KARL: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22ª ed., C.H. Beck, Munich, 1997 (DM 98,-)

5. RUDOLPHI, HANS-JOACHIM / HORN, ECKHARD / SAMSON, ERICH / GÜNTHER, HANS-LUDWIG: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. Luchterhand, Neuwled, 6ª ed., hasta la 27ª entrega de noviembre de 1997, t. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 - 37 StGB, (DM 138,-); t. 2: Besonderer Teil, §§ 80 - 256 y §§ 257 - 358 StGB (DM 138,-) Edición completa: (DM 248,-)

6. SCHÖNKE / SCHRÖDER (ED. ELABORADA POR LENCKNER, THEODOR / ESER, ALBIN / CRAMER, PETER / STREE, WALTER): Strafgesetzbuch, Kommentar, 25ª ed., C.H. Beck, Munich, 1997 (DM 288,-)

7. TRÖNDLE, HERBERT: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kurzkommentar, 48ª ed. 1997 (DM 118,-)

8. WASSERMANN, RUDOLF (comps.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, ed. Luchterhand, Neuwied, t. 1: §§ 1-21- 1ª ed. 1990 (DM 185,-); t. 3: §§ 80-145d; 1ª ed. 1986 (DM 128,-)

9. NEUMANN, ULFRIED / SCHILD, WOLFGANG (redacción general): Nomos-Kommentar zum StGB, tomos 1 y 2: Parte general y especial, junio 1997 (DM 394,-)

# NOTICIAS

# Declaración de Freiburg acerca de la posición del fiscal ante el Tribunal Penal Internacional Permanente*

El Instituto Max-Planck para el derecho penal extranjero e internacional, en Friburgo de Brisgovia y la jueza Louise Arbour, fiscal ante los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), convinieron la realización de un taller internacional acerca de "La independencia y responsabilidad del fiscal ante el Tribunal Penal Internacional Permanente" en Friburgo de Brisgovia, Alemania, del 28 al 29 de mayo de 1998.

Participaron del taller distinguidos expertos que representaban los sistemas legales de todas las regiones del mundo, así como representantes del TPIY, del TPIR y un número de observadores. En un anexo se encuentra la lista de los participantes.

Los participantes al taller fueron invitados teniendo en cuenta su capacidad individual y su experiencia profesional, y no como representantes de sus gobiernos. El taller tuvo como propósito identificar principios fundamentales respecto de la independencia y responsabilidad de los fiscales, como los reconocidos y utilizados en instrumentos internacionales y en los sistemas nacionales de justicia penal y que deben ser receptados en una institución de justicia criminal a nivel internacional.

Habiendo considerado los estándares mínimos de independencia de los que debe gozar el fiscal ante un tribunal penal internacional, y los estándares mínimos de responsabilidad a los que ese fiscal se debe someter, en el taller se llegó a un acuerdo unánime emitiéndose la siguiente declaración:

* Conclusiones del taller sobre "La independencia y responsabilidad del fiscal ante el Tribunal Penal Internacional Permanente" celebrado en Freiburg im Breisgau (Alemania), el 28 y 29 de mayo de 1998. Trad. del inglés por Gustavo Bruzzone, Buenos Aires.

*Declaración de Freiburg*

Los participantes del taller,

*apoyando* la creación de un Tribunal Penal Internacional Permanente,

*afirmando* que todo tribunal debe tener legitimación, debe garantizar el respeto de la ley y debe ser capaz de administrar justicia conforme a los estándares internacionales en los casos que se encuentren bajo su jurisdicción,

arribaron a las siguientes conclusiones acerca de los estándares mínimos de *independencia* del fiscal de un Tribunal Penal Internacional y de los estándares mínimos de *responsabilidad* a los que se lo debe someter:

1. El Tribunal Penal Internacional debe contar con un o una fiscal que actúe como un órgano separado e independiente de él.

2. El o la fiscal debe tener como doble función tanto la de investigar como la de perseguir los delitos que se encuentran bajo la jurisdicción del tribunal.

3. El o la fiscal deberá tener en mente los intereses de la comunidad internacional en el correcto e imparcial desempeño de sus obligaciones. El o la fiscal deberán ejercer sus funciones de la manera más transparente posible con sujeción a requisitos de confidencialidad y ofreciendo fundadas explicaciones públicas cuando fuere necesario.

4. El o la fiscal deberá ejercer sus funciones de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos teniendo en cuenta los intereses de las víctimas.

5. El o la fiscal deberá contar con las facultades y recursos necesarios para la realización de investigaciones efectivas y de persecución de los casos, incluyendo la facultad de asegurar prueba relevante, tomar medidas de protección de testigos y para asegurar el cumplimiento de las órdenes del tribunal. En particular, el o la fiscal deberán procurarse tanto la asistencia de las autoridades nacionales, como de los organismos internacionales, de las organizaciones no gubernamentales, y de otros cuerpos e individuos.

6. Allí donde las facultades y funciones del o de la fiscal deban ser ejercidas a través de la asistencia de autoridades nacionales, los Estados tendrán la obligación de procurarle al o a la fiscal las condiciones necesarias para desempeñar su tarea de manera efectiva.

7. Dentro del marco de jurisdicción del tribunal, el o la fiscal gozará de plena discrecionalidad para iniciar y dirigir investigaciones o persecuciones *propio motu*, incluyendo la selección apropiada de las personas contra la que habrá de dirigir las acusaciones y la selección de las imputaciones. Se podrán dictar instrucciones generales respecto de la forma de ejercer la discrecionalidad. Toda remisión de la jurisdicción por parte de cuerpos políticos no podrá limitar la discrecionalidad del fiscal, incluyendo lo atinente a la selección de los objetivos e imputaciones.

8. Las medidas de injerencia o coerción requeridas en la investigación que puedan afectar derechos o libertades individuales, en particular: detención, registro o secuestro,





requerirán *ex ante*, para su realización, de la correspondiente autorización jurisdiccional basadas en un pedido del o la fiscal fundado en información creíble y suficiente.

9. En caso contrario, la legalidad de las acciones del o de la fiscal respecto de las investigaciones y su comportamiento en los procedimientos deberán ser sometidos *ex post facto* a la posterior revisión jurisdiccional, lo que también incluye la manera en que las medidas autorizadas fueron ejecutadas.

10. Ningún acusado podrá ser conducido ante el tribunal sino luego de que una autoridad jurisdiccional haya controlado la acusación determinando que existen pruebas suficientes que justifican un juicio en su contra.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres
de Editorial Nomos, el día diez de mayo de mil
novecientos noventa y nueve.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen