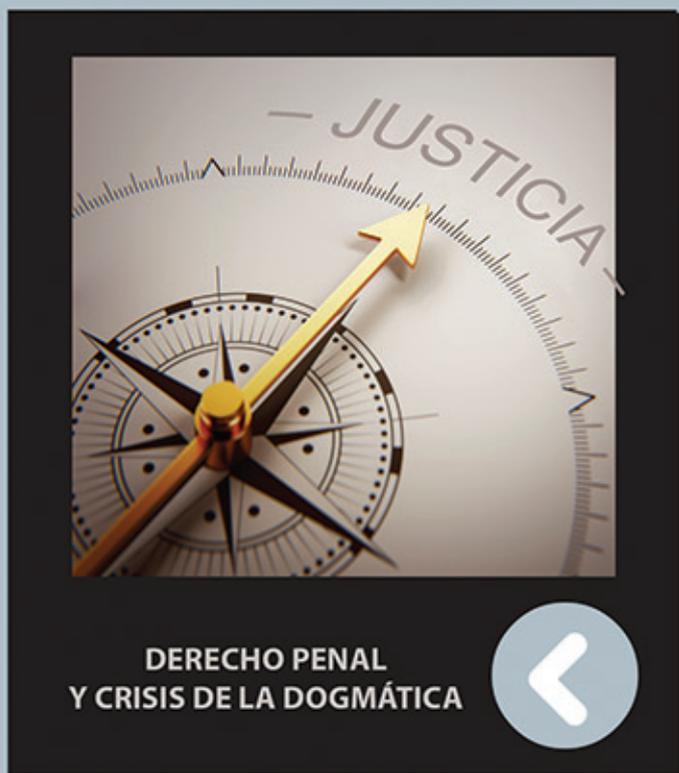


# Cuadernos de Derecho Penal



12

DERECHO PENAL  
Y CRISIS DE LA DOGMÁTICA



UNIVERSIDAD  
SERGIO ARBOLEDA

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal  
Grupo de Investigación en Ciencias Penales  
y Criminológicas "Emiro Sandoval Huertas"

# Cuadernos de Derecho Penal

12

(Julio-Diciembre de 2014)

## DERECHO PENAL Y CRISIS DE LA DOGMÁTICA

### **Director:**

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

### **Coordinador:**

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ.

### **Gestora Técnica:**

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

### **Presentación**

*Fernando Velásquez Velásquez.*

### **Doctrina**

- Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado): ¿hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE?

*Michiel J. J. P. Luchtman y John A. E. Vervaele.*

- La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas. *Emiliano Borja Jiménez.*

- La *securitización* de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia. *Thereza Cristina Coitinho das Neves.*

### **Documentos**

- El Papa Francisco y el Derecho penal.

### **Jurisprudencia**

- La trata de personas y la explotación de menores de edad.

*Fernando Velásquez Velásquez.*

### **Bibliografía**

- Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. *Fernando Velásquez Velásquez.*

- Orts Berenguer, E.; González Cussac, J. L. (2014) Compendio de Derecho Penal, Parte General (4 ed.). *Fernando Velásquez Velásquez.*

- Cano Jaramillo, C. A. (2014). Oralidad, Redacción, Argumentación y Texto jurídico. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

### **Entrevista**

- Profesor Kai Ambos. *María Alejandra Troncoso Torres.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA  
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 12

DIRECTOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

GESTORA TÉCNICA

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

José Hurtado Pozo

Alfonso Cadavid Quintero

Ricardo Molina López

Juárez Tavares

Fernando Velásquez Velásquez

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

Guillermo Portilla Contreras

Lotario Vilaboy Lois

COMITÉ CIENTÍFICO

Emiliano Borja Jiménez

Luis E. Chiesa Aponte

Juan Luis Gómez Colomer

Walter Perron

John A. E. Vervaele

Ricardo Posada Maya

Kai Ambos

Renzo Orlandi

CONSEJO ASESOR

Álvaro Vargas

Mario Trapani

Nodier Agudelo Betancur

Oscar Julián Guerrero Peralta

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Claudia Helena Serje Jiménez

Hernando León Londoño Berrió

André Scheller D' Angelo

Christian Wolffhügel Gutiérrez

Renato Vargas Lozano

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Shutterstock.com

Fecha de edición: julio-diciembre de 2014

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones  
Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. [www.usa.edu.co](http://www.usa.edu.co)

Fax: 3177529

Correo: [cuadernos.der.penal@usa.edu.co](mailto:cuadernos.der.penal@usa.edu.co)

Versión electrónica: <http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/index.htm>

ISSN: 2027-1743

# Contenido

<b>I. PRESENTACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>II. DOCTRINA</b>	
- Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado): ¿hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE? <i>Michiel J. J. P. Luchtman y John A. E. Vervaele.....</i>	13
- La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas. <i>Emiliano Borja Jiménez.....</i>	55
- La <i>securitización</i> de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia. <i>Thereza Cristina Coitinho das Neves.....</i>	79
<b>III. DOCUMENTOS</b>	
- El Papa Francisco y el Derecho penal.....	99
<b>IV. JURISPRUDENCIA</b>	
- La trata de personas y la explotación de menores de edad. <i>Fernando Velásquez Velásquez.....</i>	121
<b>V. BIBLIOGRAFÍA</b>	
- Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. <i>Fernando Velásquez Velásquez.....</i>	179
- Orts Berenguer, E.; González Cussac, J. L. (2014) Compendio de Derecho Penal, Parte General (4 ed.). <i>Fernando Velásquez Velásquez.....</i>	182
- Cano Jaramillo, C. A. (2014). Oralidad, Redacción, Argumentación y Texto jurídico. <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.....</i>	185
<b>VI. Entrevista</b>	
- Profesor Kai Ambos. <i>María Alejandra Troncoso Torres.....</i>	191



# I Presentación





En esta oportunidad la Revista contiene cinco secciones. En el aparte destinado a *la doctrina* se incorporan tres trabajos: el primero, intitulado Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado): ¿hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE?, del cual son coautores los profesores de la Universidad de Utrecht (Holanda) Michiel J. J. P. Luchtman y John A. E. Vervaele, texto en el cual se examina la manipulación del mercado y la aplicación de un modelo integrador de la ley penal y administrativa en la Unión Europea, en estos ámbitos.

El segundo, se corresponde con la importante relatoría denominada La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas, confeccionada por el Profesor Emiliano Borja Jiménez a raíz del evento llevado a cabo los días 19 y 20 de junio de 2014, en las universidades Jaume I y de Valencia, España, con el cual se aboga por una Dogmática jurídico-penal orientada hacia la Política Criminal después de hacer una dura crítica a las elaboraciones tradicionales de esta disciplina que, por supuesto, no está en capacidad de cumplir las funciones que se le han asignado y, por ende, no resulta tan apolítica como muchos lo pretenden. Este trabajo, por supuesto, es el que le da su nombre a este número de nuestra publicación.

Además, en tercer lugar, se consigna un trabajo del cual es autora la investigadora brasileña Thereza Cristina Coitinho das Neves, sobre el siempre difícil y recurrente tema de La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia, asunto que aflora cuando –como aquí se propone– se pretende discutir la crisis de la Dogmática penal y, por supuesto, de ese Derecho penal que ha visto en la seguridad su más preciado refugio sobre todo cuando el mismo se convierte en un trofeo electoral.

A continuación, se introduce –no con vocación de permanencia– una sección que hemos intitulado como *documentos* porque en ella

queremos destacar estudios o trabajos calificables de tales y que, como en esta oportunidad, sean trascendentales para el debate jurídico-penal y disciplinas afines. Eso, justo es recordarlo, es lo que sucede con las piezas siguientes y que no se podían dejar pasar desapercibidas: en primer lugar, la misiva remitida el treinta de mayo de 2014 por el Santo Padre, Francisco, a la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) con motivo del XIX encuentro que se llevó a cabo entre los días 31 de agosto y seis de septiembre de 2014 en São Paulo (Brasil); así mismo, en segundo lugar, tres discursos pronunciados en la Audiencia que el Santo Padre le concedió a las asociaciones de cultores de las disciplinas penales el día 23 de octubre de 2014, para el caso a los dignatarios de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Criminología, la Sociedad Internacional de Defensa Social, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, la Sociedad Mundial de Victimología y la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología; ellos son, en su orden: el del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en representación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), el del Profesor John A. E. Vervaele como presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el de Su Santidad intitulado como *cautela in poenam et primatus principii pro homine*. Se trata, sin duda, de materiales que deben estar al alcance de los estudiosos porque con ellos es la propia Iglesia la que abre sus puertas al debate jurídico-penal.

La sección de *jurisprudencia* se dedica a la sentencia proferida por la Corte Constitucional, el día nueve de julio de dos mil catorce (2014), mediante la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 93 de la ley 1453 de 2011; esa decisión es objeto de un análisis crítico por parte del suscrito Director en un comentario que se intitula como La trata de personas y la explotación de menores de edad.

En el aparte destinado a la *bibliografía* se reseñan en esta oportunidad tres textos distintos aparecidos a lo largo de los últimos meses: en efecto, en primer lugar, se aborda el libro Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito, del cual es autor el profesor alemán Claus Roxin que, después de once años, ha sido traducido a nuestro idioma por un equipo de quince traductores liderados por el Profesor Luzón Peña y que está a disposición del público desde el pasado mes de octubre; así mismo, en segundo lugar, se hace otro tanto con la recientemente publicada cuarta edición del Compendio de Derecho Penal, Parte General, del

cual son coautores los profesores de la Universidad de Valencia Enrique Orts Berenguer y José Luis González Cussac. Ambos son de la cosecha del suscrito Director. Finalmente, en tercer lugar, se difunde el estudio hecho por la Señora Ingrid Bibiana Muñetones Roza del libro *Oralidad, Redacción, Argumentación y Texto jurídico*, del cual es autor el Profesor Carlos Arturo Cano Jaramillo.

Para culminar, la sección de *entrevistas* se destina en esta oportunidad al connotado catedrático el Profesor Kai Ambos (miembro de nuestro Comité Científico y profesor de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda) quien, para fortuna de los estudiosos del Derecho Internacional Penal y de los Derechos Humanos, continúa adelante con sus investigaciones y sus valiosos aportes; de ella es responsable la egresada de la Escuela de Derecho y colaboradora del Departamento, la Señorita María Alejandra Troncoso Torres.

Por supuesto, no queremos dejar pasar esta oportunidad para felicitar al Profesor John A. E. Vervaele, catedrático de la Universidad de Utrecht en Holanda y miembro de nuestro Comité Científico, quien el pasado mes de septiembre ha sido investido como nuevo presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), la más antigua del planeta. Él, además, es profesor de nuestros posgrados de Derecho penal y, como se puede evidenciar en este número de la Revista y en otros, es un decidido impulsor de nuestras faenas académicas y un cálido amigo que durante cerca de treinta años nos ha honrado con su afecto y amistad.

Estos agradecimientos son también extensibles a todos los miembros de la comunidad académica nacional e internacional que nos apoyan con sus colaboraciones y las revisiones de los materiales como pares ciegos; y, por supuesto, que no en último lugar, debemos honrar a nuestro Rector el Dr. Rodrigo Noguera Calderón por su reiterado apoyo a este proyecto académico.

*Fernando Velásquez Velásquez.*  
Director.



## II Doctrina





# **Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado): ¿hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE?\***

*Michiel J. J. P. Luchtman y John A. E. Vervaele\*\**

## **Resumen**

El texto estudia las normas relativas al abuso de mercado en la Unión Europea, la aplicación de la regulación de los mercados financieros y la manipulación del mercado. Así mismo, a partir del análisis de dos casos, muestra como en el marco de la regulación actual las autoridades nacionales en la UE no son en absoluto conscientes de la dimensión de sus tareas en Europa. Realiza un análisis de las propuestas legislativas recientes que tienen como objetivo crear igualdad de condiciones para los operadores económicos, los ciudadanos y las autoridades policiales. Plantea, además, una distinción entre las medidas propuestas en el ámbito del Derecho administrativo y el Derecho penal, para argumentar que estas propuestas aún no tienen en consideración los objetivos centrales de la UE.

## **Palabras clave**

Abuso de mercado; aplicación de la ley; derechos fundamentales; ESMA; Eurojust; operaciones con información privilegiada; Seguridad y Justicia; Tratado de la Unión Europea; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

---

\* Traducido del inglés al español a cargo de Luz M<sup>a</sup> Palomero Rojo, Investigadora de la Universidad de Salamanca.

\*\* Michiel Luchtman es profesor asociado en el Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología e investigador en el Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE). John Vervaele es profesor en Derecho Penal Económico y Europeo y Co-Director del Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE) en la Facultad de Derecho de Utrecht en los Países Bajos y profesor de Derecho Penal Europeo en el Colegio de Europa de Brujas, en Bélgica; es también Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

## Introducción

Desde hace mucho tiempo, la Unión Europea (en adelante UE) ha sido un importante motor para la integración de los mercados financieros en el continente europeo. Es posible decir que la internacionalización permanente ha impulsado el proceso de integración europea y la UE, a su vez, ha impulsado aún más este desarrollo mediante la eliminación de barreras interestatales a través de cuatro libertades y la armonización de las medidas. La UE se fijó objetivos ambiciosos para sí misma en el Tratado de Lisboa. El artículo 3 (2) del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) ofrece a los ciudadanos europeos un espacio de libertad, seguridad y justicia (en adelante ELSJ) sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, simultáneamente con medidas adecuadas en materia de prevención y lucha contra la delincuencia. En lo que respecta al mercado interior, el artículo 26 (2), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), además sostiene que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, de conformidad con las disposiciones de los tratados.

Este artículo parte de la hipótesis central de que estas ambiciones tienen consecuencias para la organización de la aplicación de la Ley. A pesar de que la facultad de hacer cumplir las leyes se considera que pertenece al núcleo del Estado-nación (y a la UE, por lo que se suele cumplir por las autoridades nacionales), dichas autoridades y sus facultades son una parte esencial del ordenamiento jurídico europeo. Estas no sólo tienen un conjunto de potestades con el fin de aplicar efectivamente las leyes de la UE en sus propios territorios, sino que también deben cooperar entre sí en casos transnacionales o en los casos nacionales en las que se necesita asistencia legal mutua (MLA, en siglas en inglés). Por consiguiente, la integración de los mercados financieros implica por sí misma, una responsabilidad conjunta de aquellas autoridades nacionales competentes involucradas, que no sólo se refiere a cuestiones de si la eficacia de la cooperación se ha de lograr entre dichas autoridades sino, también, en términos de quién es el responsable de la supervisión general y la protección de los derechos fundamentales. En un sistema de competencias estos términos se solapan y existe el riesgo real de que si todos son competentes, en última instancia nadie va a ser realmente

responsable (Bovens, Curtin y Hart, 2010, pp. 44-46, 192-193; Busiuc, 2010, p. 8; Groenleer, 2009, pp. 103-104).

Nuestro análisis se centra en un área específica que siempre ha estado a la vanguardia de la evolución, es decir, las normas relativas a la aplicación de los casos de abuso de mercado. Cuando se trata de la aplicación de la regulación de los mercados financieros de la UE y, particularmente, en la manipulación del mercado, las principales preguntas son: ¿ 1) hay alguna necesidad de ejecución por parte de la UE; 2) si es así, está limitada a la jurisdicción prescriptiva o también incluye jurisdicción investigadora en el ELSJ (en la coordinación del desempeño supranacional); y 3) si incluye un proyecto integrado de la aplicación administrativa y penal? Empezamos el siguiente apartado con dos casos en los cuales se muestra que, en el marco de la regulación actual, las autoridades nacionales competentes no son en absoluto conscientes de la dimensión de sus tareas en Europa, que no sólo lleva a una duplicación del trabajo de las mismas sino a una mayor complicación en las situaciones jurídicas de las personas físicas y jurídicas afectadas. Seguidamente, proporcionamos una visión general de la agenda política de los órganos legislativos europeos y hacemos un análisis de las propuestas legislativas recientes que tienen como objetivo crear una igualdad de condiciones, no sólo para los operadores económicos y los ciudadanos, sino también para las autoridades policiales. Hacemos una distinción entre las medidas propuestas en el ámbito del Derecho administrativo y el Derecho penal. Luego, se argumenta que estas propuestas aún no tienen plenamente en consideración los objetivos centrales de la UE, tal como se formulan en los artículos 3 de TUE y 26 TFUE anteriormente mencionados. Terminamos con un breve resumen de nuestras conclusiones. Por último, debemos señalar que como este trabajo se centra en la aplicación del Derecho público (administrativo y penal, según ya se dijo), pasamos por alto la utilización de la ley en el ámbito del derecho privado y sus agentes.

## **Acuerdos y análisis de problemas**

### **El Fortis Bank: la manipulación del mercado y el abuso de mercado.**

En 2007, justo antes de la crisis financiera y la fusión de 2008, el Banco Santander, el Fortis Bank y el Royal Bank of Scotland obtuvieron el control sobre el Banco ABN Amro a través de una discrepante puja pública de adquisición, por la cantidad de 72 mil millones de euros,

una de las más grandes en la historia de la industria de servicios financieros. La operación fue aprobada por la Comisión Europea (en adelante CE), pero el Fortis Bank tuvo que vender algunos activos. Fortis Bank, el banco más grande de Benelux, tenía problemas para financiar su parte adquirida y decidió lanzarse al mercado de capitales para obtener nuevos ingresos y así poder ofrecer acciones nuevas. Dicha operación tuvo una amplia difusión. Aunque la ampliación de capital tuvo éxito, no fue suficiente para garantizar la posición financiera del Banco Fortis, pues el empeoramiento de la situación de los mercados financieros y la creciente desconfianza en el sector bancario lo llevaron al punto del colapso, hasta que los gobiernos de Bélgica, Holanda y Luxemburgo intervinieron y lo nacionalizaron, pues lo desmantelaron y vendieron parcialmente. Sin duda, esta apropiación y descomposición no fue hecha desde una perspectiva europea sino que, más bien, es un ejemplo típico de una actividad económica impulsada por el interés nacional.

Debido a la crisis de la empresa, rápidamente se plantearon dudas acerca de su integridad financiera y de la información proporcionada a los nuevos accionistas y a los ya existentes. Las normas relativas a la manipulación del mercado y al abuso de mercado se rigen, en parte, por la legislación Europea de mercados financieros (Directiva 6/2003/CE, 2003 enero 28, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), (OJ EU L 96/16), y rigen en todos los estados miembros de la UE. Sin embargo, la aplicación de ellas en el caso Fortis ha sido fuertemente impulsada por agendas e intereses nacionales. Las infracciones llevadas a cabo con el abuso de mercado son las irregularidades administrativas y las infracciones penales, cometidas en Bélgica, Luxemburgo y en los Países Bajos; en estos tres países las personas jurídicas pueden ser declaradas responsables administrativamente y penalmente por este tipo de delitos.

No obstante, en Luxemburgo no se llevó a cabo ninguna acción por parte de las autoridades nacionales competentes, ni en el ámbito administrativo ni el judicial. Pero en los Países Bajos, las autoridades policiales y administrativas abrieron investigaciones contra el ex Banco Fortis por sospechas de manipulación del mercado y abuso de mercado. Asimismo, en Bélgica, tanto las autoridades administrativas como las judiciales que eran competentes, abrieron investigaciones contra el ex Banco Fortis y contra el director ejecutivo (en adelante CEO- *Chief Executive Officer*). Así las cosas, mientras existieron investigaciones y procedimientos concurrentes

y paralelos en Bélgica y en los Países Bajos, en Luxemburgo no se realizó ninguna investigación.

En febrero de 2012, la Autoridad Holandesa de Mercados Financieros (AFM), fue la primera en concluir los procedimientos de investigación e impuso cuatro multas de 144.000 € a cada una de las dos personas jurídicas que constituyeron la Corporación del Fortis Bank, Fortis NV Bruselas y Fortis NV Utrecht (Véase, De Brauw Blackstone Westbroek, 2010; Fortis N.V. - gevestigd te Utrecht, 2010). Además, el Fortis Bank fue declarado culpable por manipulación del mercado y abuso de mercado en dos situaciones:

De un lado, después de la adquisición de ABN Amro, el consejero delegado del Fortis Bank organizó una conferencia de prensa en la que insistió en la fuerte y sana posición financiera del Fortis. Al hacer estas declaraciones, estaba engañando a los inversores; y, de otro lado, la CE obligó al Fortis Bank a vender algunas de las participaciones del grupo. Al introducir estas partes activas en el mercado, el Fortis Bank no publicó ninguna información negativa sobre la situación financiera del grupo y, con esa acción, manipuló la negociación de sus acciones en la bolsa de valores.

Ambas infracciones fueron hechas por los principales dirigentes, dando instrucciones a los dos grupos del Fortis; por ello, el importe total de la multa se redujo a un 50 por ciento para cada parte propietaria del grupo. La imposición de las multas administrativas por la AFM a las dos personas jurídicas que componen la organización del Fortis Bank, con seguridad, se han coordinado con las autoridades judiciales holandesas competentes. En los Países Bajos, el marco legal impone la obligación a las autoridades administrativas y judiciales de elegir en una etapa del proceso que vía de aplicación van a emplear, es decir, deben optar por imponer sanciones administrativas o penales (el llamado principio 'una vía'). No obstante, esto no impide la apertura de un proceso penal contra los ex CEOs; al respecto, la Fiscalía holandesa no ha hecho ninguna notificación formal sobre la existencia o no de alguna investigación judicial en curso<sup>1</sup>. Se desconoce y es difícil de suponer si la dimensión europea del asunto en este caso, fue un factor relevante a la hora de tomar la decisión de ir por el camino de la ejecución administrativa, en vez de optar por la vía del Derecho penal. Pese a lo anterior, lo que está claro es la existencia de una acción unilateral por parte de las autoridades holandesas, sin ninguna coordinación con las administrativas y judiciales belgas.

En junio de 2012, la Delegación de Ejecución Administrativa de Bélgica, específicamente la Autoridad de Servicios y Mercados Financieros (en adelante FSMA), encontró evidencias de que la empresa distribuyó información engañosa y el auditor administrativo pidió la imposición de multas de 500.000 € contra el ex Banco Fortis y multas de 250.000 a 500.000 € para tres de los directores ejecutivos. En junio de 2013, la comisión sancionadora de FSMA requirió al auditor para que revisara y evaluara a la entidad, para maximizar las multas contra el CEO al monto de 400.000 €. Finalmente, en 2013, las autoridades judiciales belgas decidieron enjuiciar a siete ex CEOs por información engañosa, abuso de mercado, falsificación de documentos y engaños, pero optaron por no procesar al ex Banco Fortis o BNP Paribas Fortis (el nuevo dueño del banco).

Junto a estos procedimientos administrativos y penales, las víctimas interpusieron demandas civiles contra Fortis y contra su consejero delegado en diversas jurisdicciones y, cuando fue posible (como en Bélgica), también desempeñaron un papel activo en el arranque del proceso como parte civil en el proceso penal.

### **Libor/Euribor: escándalo de la manipulación de los tipos de interés.**

La tasa interbancaria de Londres (en adelante Libor) es la que se emplea como promedio por los principales bancos en Londres y se cobra cuando ellos realizan préstamos a otros bancos; se calcula para diez divisas, incluyendo el dólar y el euro. Cerca de 20 bancos líderes en el mundo participan en los paneles de Libor (Véase. BBA, s.f.). Euribor es la abreviatura de *Euro Interbank Offered Rate* (tipo europeo de oferta interbancaria). Los tipos de Euribor se basan en los modelos de interés fijados por los paneles de alrededor de 40 o 50 bancos europeos (Véase. Euribor panelbanks, s.f.). Ambas tasas de Libor y Euribor son las de referencia diaria para las hipotecas, productos de préstamos al consumidor, acuerdos de tipos futuros, opciones, *swaps* y otros instrumentos financieros; y, de este modo, todos ellos tienen efectos significativos en los consumidores y en los mercados financieros en todo el mundo.

Así las cosas, en 2012 salió a la luz que desde 1991 los paneles Libor y Euribor habían estado manipulando intencionadamente los tipos de interferencias, con el fin de aumentar las ganancias de los bancos. Varios bancos europeos se enfrentaron a las investigaciones y a los procesos acumulados, tanto en los EE.UU.

como en los países europeos. Los bancos no tenían solo que hacer frente a las reclamaciones por daños civiles (en su mayoría en los EE.UU.) sino, también, a procedimientos punitivos por parte de las autoridades administrativas (los reguladores financieros y las autoridades competentes: la autoridad competente Europea y la autoridad competente de Suiza, abrieron un procedimiento por el comportamiento de cartel) y por parte de las autoridades judiciales.

Una de las entidades que estaba activa tanto en las tasas Libor como en las Euribor era el Barclays Bank PLC, una corporación de servicios financieros con sede en Londres y que tiene filiales bancarias en todo el mundo, incluso en los EE.UU. En el período 2007-2009, algunos operadores de *swaps* en Barclays solicitaron que determinados intermediarios en el Libor y Euribor de Barclays los sometieran a contribuciones que beneficiaran, mediante la negociación, las posiciones de los operadores económicos en lugar de aquéllas que cumplían con las definiciones de Libor y Euribor. Estos operadores de *swaps* propusieron, bien una contribución especial de Libor o Euribor para un exclusivo plazo y moneda, o hicieron propuestas en las que los intermediarios contribuyesen a una tasa más alta, más baja o sin cambios en un concreto plazo y en una moneda determinada. Los operadores de *swaps* hicieron estas solicitudes a través de mensajes electrónicos, conversaciones telefónicas y personales. Los demandantes de Libor y Euribor acordaron dar cabida, y atendieron las solicitudes de los operadores de *swaps* para favorecer las demandas del Libor y Euribor en numerosas ocasiones.

En junio 2012 el Barclays Bank PLC concluyó un acuerdo de no-prosecución de la actuación en su contra con la División de Fraude del Departamento de Justicia de Estados Unidos, la Sección de Fraude (*Fraud Section*), al admitir su culpabilidad por la mala conducta relacionada con las propuestas de las tasas de Libor y Euribor y acordó pagar 160 millones de euros de penalización; con ello evitó ser procesado penalmente (Véase. U.S. Department of Justice, Criminal División, 2012). Como parte del acuerdo con el Departamento de Justicia<sup>2</sup>, Barclays reconoció y aceptó su responsabilidad por su conducta ilícita en una declaración sobre los hechos que se incorporó en el acuerdo. Según el pacto, Barclays proporcionó a los paneles Libor y Euribor propuestas que, en varias ocasiones, eran falsas, porque indebidamente tomaron en consideración las posiciones de negociación de sus operadores o inquietudes sobre su reputación,

debido a la imagen negativa de los medios de comunicación en relación con sus alegaciones en Libor.

Ahora bien, como consecuencia de la admisión por parte de Barclays de su mala conducta, su cooperación extraordinaria, sus esfuerzos de remediación y ciertos factores y atenuantes, el Departamento decidió no procesarlo por proporcionar falsas contribuciones sobre Libor y Euribor, a condición de que cumpliera con sus obligaciones en curso, dentro del marco del acuerdo y en un período de dos años. El acuerdo de no enjuiciar, adviértase, solo se aplicó al Barclays y no cobijó a sus empleados o directivos o a cualquier otro individuo perteneciente a esa empresa. La investigación criminal del Departamento de Justicia sobre la manipulación de las tasas del Libor y Euribor continúa con actuaciones en curso contra otras instituciones financieras e individuos. El acuerdo requiere que Barclays siga cooperando con el Departamento en sus investigaciones en curso. Además, se entiende que este Acuerdo no obliga a ninguna autoridad fiscal federal, estatal, local o extranjera que no sea la Sección de Fraude. Sin embargo, la Sección de Fraude requerirá de la cooperación de Barclays a la atención de otros miembros de las fiscalías y de investigaciones, cuando se lo soliciten.

Por otra parte, también en Junio de 2012, el Banco Barclays fue multado con 200 millones de dólares por la Comisión de Comercio de los Mercados de Futuros de EE.UU. y con 59.5 millones de libras por la Autoridad de Servicios Financieros del Reino Unido por intento de manipulación de las tasas de Libor y Euribor (Véase. FSA, 2012, *Barclays fined £59.5 million for significant failings in relation to LIBOR and EURIBOR*; FSA, 2012, *Final notice*). En junio del 2012, la Oficina de Fraudes Graves del Reino Unido anunció que iniciaría investigaciones penales por el escándalo de las tasas de Libor, contra diversas personas incluido el consejero delegado de Barclays (Treanor, 2012).

Como Barclays, diversos bancos se enfrentaron a acciones acumulativas similares de ejecución. En diciembre de 2012, el UBS suizo acordó pagar 1.5 billones de dólares (1.2 billones de dólares al Departamento de Justicia de EE.UU. y a la Comisión de Comercio de los Mercados Futuros, 160 millones de libras a la Autoridad de Servicios Financieros del Reino Unido y 60 millones de francos suizos a la Autoridad de Supervisión del Mercado Financiero Suizo por su papel en el escándalo de las tasas). A mediados de 2012, el Banco Nacional de Holanda (DNB) y las Autoridades de Mercados

Financieros holandesas, comenzaron las investigaciones administrativas por el escándalo de las tasas del Libor y Euribor (*DNB en AFM onderzoeken manipulatie Libor-rente*, 2012), pero recurrieron a su deber de confidencialidad para negarse a dar más información sobre las investigaciones concretas. Las autoridades judiciales holandesas no estaban dispuestas a confirmar ninguna investigación judicial oficial sobre el holandés Rabobank; mientras tanto, este acordó con algunos organismos reguladores, como el Departamento de Justicia de EE.UU., la Comisión de Comercio de los Mercados Futuros de Estados Unidos y la Autoridad de Conducta Financiera del Reino Unido, el pago de una multa de 774 millones de euros.

En diciembre de 2013, la Autoridad de la Competencia de la UE hizo un acuerdo con siete bancos y un fondo de inversión (Citigroup, Deutsche Bank, Royal Bank of Scotland, JP Morgan, Société Générale y Rþ Martin) por un importe total de 1,71 millones de euros; al Barclays y a UBS se les concedió la inmunidad en relación con el pago de las multas, pues hicieron una declaración en el pacto. Otros bancos, como HSBC y Crédit Agricole, no estaban de acuerdo con la liquidación y se enfrentaron a penas más altas. La liquidación es la mayor multa jamás impuesta por las autoridades de la competencia europeas.

### **Análisis.**

¿Qué podemos concluir de estos ejemplos? Por un lado, incluso en áreas claves del mercado interior y el ELSJ, la activación de la jurisdicción para investigar y sancionar queda exclusivamente en manos de los Estados miembros, también en lo que respecta a la estabilidad e integridad del sistema financiero y el funcionamiento del mercado interior. La única excepción es en materia de libre competencia, donde fueron otorgadas a la CE competencias directas de Derecho administrativo sancionador. Por supuesto, la activación de la jurisdicción para investigar y sancionar violaciones en el mercado interior depende del marco legislativo (jurisdicción prescriptiva), pero, adviértase, eso es en gran medida un interés de la soberanía de los Estados–Nación.

No debemos olvidar que, en la aplicación del Derecho público –y esto es muy diferente al Derecho privado– hay una relación muy fuerte entre la legislación aplicable (normas sustantivas y de Derecho procesal) y la jurisdicción, para investigar y juzgar. Aunque

la ley material aplicable en los mercados financieros y los productos es muy armonizada por el Derecho de la Unión (Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, 2003), el régimen de aplicación está lejos de ser unificado. Cuando se trata de aplicar las medidas administrativas en el ámbito de los mercados financieros, las autoridades nacionales tienen que reconocer y cumplir en ciertas materias con las obligaciones de aplicación sustantiva y de procedimiento impuestas por la UE. Esto es, por ejemplo, el caso de la aplicación administrativa relacionada con el abuso de mercado (Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, 2003). Sin embargo, en el ámbito de las tasas de referencia del Libor y Euribor, no existen obligaciones de aplicación de la UE, y queda en manos de todos los Estados miembros la auto-regulación y la ejecución por parte del sector financiero.

Al mismo tiempo, cuando se trata de la aplicación de la ley penal, no existen obligaciones por parte de la UE. Sin embargo, muchos de los Estados miembros disponen en sus legislaciones de delitos específicos y comunes, regulando cuando se pueden aplicar tanto al abuso de mercado y a la manipulación del mercado. La elección del régimen de aplicación (civil, administrativo, penal) es, pues, una mezcla de las obligaciones europeas de menor importancia y las principales opciones legislativas nacionales. El resultado es que la activación de la jurisdicción para investigar y juzgar, depende, en gran medida, de un combinado de la jurisdicción prescriptiva de cada una de las jurisdicciones individuales de cada Estado miembro. De esta manera, los modelos de aplicación de la ley se han quedado atrás de la globalización financiera y fuera de la realidad de los mercados financieros integrados, dentro y fuera de la UE. Por lo tanto, se puede observar claramente que no sólo existe la necesidad de un aumento de la armonización en torno al acatamiento por parte de la UE de los sistemas nacionales de aplicación de la ley, sino también un modelo de aplicación supranacional que pueda coordinar y, eventualmente, tomar decisiones vinculantes e individuales al respecto.

Por consiguiente, las consecuencias jurídicas en el ejercicio de la investigación y fallo por cada jurisdicción de un Estado miembro individual en el ELSJ, están lejos de ser claras. El CEO del antiguo Banco Fortis actuó rápidamente para reclamar que las multas impuestas por Holanda impedirían más sanciones administrativas y penales en otros Estados miembros de la UE, basándose en el

principio *ne bis in idem* (Vervaele, 2013, pp. 211-229). Su estrategia no funcionó, pues el antiguo Banco Fortis y algunos CEO fueron multados en Bélgica y todos los directores ejecutivos están en el banquillo penal. Sin embargo, la pregunta jurídica que se plantea es si nuevas multas administrativas y sanciones penales son posibles en Bélgica contra las mismas personas jurídicas, o si están excluidos por la imposición de las multas administrativas holandesas. La dimensión transfronteriza no se limita a la cosa juzgada, sino que se extiende a la protección transnacional de los derechos fundamentales, como el principio de legalidad, las garantías procesales, incluido el derecho a guardar silencio, el privilegio a no auto inculparse, etc. (Gless y Vervaele, 2013, pp. 1-10), también en relación con la combinación del cumplimiento punitivo administrativo y penal.

En todos los sentidos es evidente, en primer lugar, que el sistema de persecución en estos casos no refleja una clara coordinación de la jurisdicción en el ELSJ. ¿Quién dice que, en el caso Fortis, el régimen de aplicación administrativa holandesa fue el mecanismo de aplicación más adecuado?, además, ¿por qué tuvieron estos la posibilidad de imponer las sanciones administrativas en primer lugar y, como consecuencia, restringieron otras sanciones administrativas o penales por parte de otras autoridades de los Estados miembros contra las mismas personas jurídicas?, y, por ello, ¿por qué no se ocuparon las autoridades belgas de los intereses de las personas jurídicas involucradas, que ahora se enfrentan a castigos múltiples por los mismos hechos en diferentes jurisdicciones nacionales, pero que estaban operando en un solo ELSJ?

En segundo lugar, debe decirse que las sanciones a las personas jurídicas parecen ser más bien modestas en relación con la magnitud de las víctimas (cientos de miles), la magnitud de los intereses públicos en juego (la integridad del mercado financiero de la UE) y la gran importancia de los mercados financieros referente a los fines del mercado interior. A pesar de la armonización del derecho sustantivo y la parcial aplicación de la ley de la UE, todavía parece posible que el organismo de aplicación que actúa primero es el principal regulador, con lo cual podría impedir más trámites a través del principio *ne bis in idem*. Pero así otros procedimientos no estuviesen prohibidos por el principio *ne bis in idem*, es muy ineficaz dominar la aplicación del interés común europeo en segmentos nacionales y dejar en manos de las autoridades de aplicación nacional la plena libertad de intervención, con el resultado de que

en algunos países no pasa nada y que en otros los procedimientos concurrentes están acaeciendo durante años. Está claro que, en la actualidad, no se puede hablar de un enfoque integrado de la aplicación administrativa y penal, ni en los Estados miembros ni en el ELSJ.

Por último, desde el escándalo de la falsificación de intereses del Libor/Euribor, también podemos concluir que las políticas y estrategias de aplicación de la ley juegan un papel muy importante en la obtención de los objetivos del ELSJ y del mercado interior. El hecho de que los organismos reguladores y ejecutores de los Estados Unidos hayan sido muy activos, es producto de que en las instituciones financieras europeas, es sin duda destacable la inactividad de una gran cantidad de organismos de aplicación que no cumplen sus funciones. Por ello, del ejemplo de Libor/Euribor, podemos concluir que entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley en la UE hay poca o ninguna coherencia estratégica en la materia. Es más, en algunos países ninguna jurisdicción de aplicación de la ley fue activada, mientras que en otros hubo una racha de actuación entre varias autoridades administrativas y judiciales. Desde el punto de vista del conjunto del ELSJ, el resultado es un mosaico con piezas de una actividad superior y con piezas de una baja actividad o ninguna en absoluto.

No obstante, desde la perspectiva del análisis de nuestros dos ejemplos, podemos seguir reflexionando sobre la relación entre los objetivos de las políticas, la regulación y la aplicación de la ley en el ámbito de los mercados financieros. Los objetivos del mercado interior incluyen la libre circulación de capitales y la protección de la integridad de los mercados financieros (artículo 26 (2), del TFUE); es más, la aplicación de la ley en el ámbito de los mercados financieros es claramente parte del ELSJ (Título V del TFUE). Ello está, por ejemplo, reflejado de manera explícita en el art. 75 TFUE, pero también en los objetivos de la ELSJ, contenidos en el artículo 67 (1-3), en el cual se afirma que “la Unión se esforzará por garantizar un elevado nivel de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia”. Los fines del mercado interior y el ELSJ están también coordinados en el artículo 3 del TUE, que establecen los principales objetivos de la Unión. Por ello, está asegurado el enlace entre la regulación y la aplicación en los Tratados. Sin embargo, cabe preguntar: ¿cómo surgió en la UE utilizar estas competencias?, ¿acaso la UE llegó a una estrategia para armonizar la aplicación

de la ley nacional?, ¿estableció la UE un régimen de aplicación supranacional? Para responder a estos interrogantes, en primer lugar abordamos las cuestiones desde el punto de vista general del mercado interno y, luego, lo aplicamos a los mercados financieros.

### **¿Hay un modelo de la aplicación de políticas de la UE para los sistemas reguladores en el mercado interior?**

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CE y en particular la Dirección General de Justicia, han adoptado una postura proactiva en el tema de una política de ejecución penal y también aquello relacionado con la ejecución administrativa. De esta forma, la Dirección General de Justicia en su página web<sup>3</sup>, detalla tres competencias específicas para el Derecho penal en el TFUE: en primer lugar, la UE puede adoptar directivas que establezcan normas mínimas relativas a la definición de las infracciones y de las sanciones penales, acorde con lo regulado en el artículo 83 (1) del TFUE. Asimismo, el Artículo 83 (1) TFUE contiene una lista de diez áreas criminales especialmente graves y con una dimensión transfronteriza; ella incluye el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

En segundo lugar, la UE también puede adoptar directivas, con arreglo al artículo 83 (2), que establezcan normas mínimas para la definición de las infracciones y las sanciones penales en el ámbito de que se trate, si son esenciales para garantizar la ejecución eficaz de una política armonizada de la UE. En tercer lugar, la Dirección General de Justicia, se refiere a la obligación de proteger los intereses financieros de la UE, en virtud de los artículos 310 (6), 325, 85 y 86 del TFUE que pueden incluir, si es necesaria, la protección mediante el Derecho penal.

En septiembre de 2011, la CE envió una Comunicación bajo el título Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal (CE, 2011), que trata específicamente de la competencia del artículo 83 (2), del TFUE. En su primera parte, la Comisión explica con detalle el alcance de la legislación penal de la UE y subraya que el artículo 83 (2) tiene como objetivo el fortalecimiento de la confianza

mutua, asegurar un cumplimiento efectivo de la legislación y la coherencia y consistencia en la propia legislación penal europea. El artículo 83 (2) del TFUE no enumera los delitos o ámbitos delictivos específicos. Por esta razón, la CE elabora esa Comunicación como una guía para las decisiones políticas, si desea o no utilizar el Derecho penal como un instrumento de ejecución, y, también, en relación con otras herramientas de ejecución, como la administrativa. La Comisión también se ocupa de las elecciones políticas de la UE que requieren el recurso al Derecho penal. Los criterios son la falta de aplicación efectiva o las diferencias significativas entre los Estados miembros, para prevenir una aplicación incoherente de las normas de la UE. Aun así, la CE tendrá que evaluar –caso por caso– los problemas específicos de aplicación y las opciones para aplicar las medidas administrativas y/o penales. Sin embargo, la Comisión indica aquellos campos prioritarios para la armonización del Derecho penal en virtud del artículo 83 (2), del TFUE. Se mencionan tres áreas seleccionadas:

Primera, el sector financiero, por ejemplo en lo relativo a la manipulación del mercado y al uso de información privilegiada (véase la Comunicación sobre Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros COM (2010) 716 de 8.12.2010); segunda, la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la UE; y tercera, la protección del euro contra la falsificación.

La Comisión menciona, además, un conjunto de áreas (no es una lista exclusiva) en el que la aplicación de ley penal podría desempeñar un papel: la economía ilegal y la delincuencia financiera; el transporte por carretera (Véase. Documento de trabajo de la Comisión SEC(2011) 391 de 28.3.2011, que acompaña al Libro Blanco Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, COM (2011) 144, de 28.3.2011); la protección de datos (Véase. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea, COM (2010) 609 de 4.11.2010); las normas aduaneras; la protección del medio ambiente; la política pesquera; y las políticas de mercado interno (la falsificación, la corrupción, la contratación pública).

Desde la publicación del documento de política, la Comisión también lo ha puesto en práctica. La primera iniciativa del artículo 83 (2) del TFUE, es ciertamente una de las tres áreas ya seleccionadas en la Comunicación de septiembre de 2011, es decir, el sector

financiero y las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado<sup>4</sup>. La CE utilizó criterios de política en la Comunicación de septiembre de 2011 para su evaluación y también al producir una comunicación sobre Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros en 2010 (COM (2010) 716 final), basada en una investigación comparativa de los tres comités de supervisores (Comité de Supervisores Bancarios Europeos –CEBS–, Comité de Supervisores Europeo de Seguros y Pensiones de Jubilación –CEIOPS– y el Comité de Reguladores de Valores Europeos –CESR–) sobre la equivalencia de los regímenes sancionadores en el sector financiero en los Estados miembros. La revisión por la CE en cooperación con los comités de supervisores explica detalladamente las discrepancias y debilidades fundamentales en los regímenes sancionadores nacionales.

En efecto, algunas autoridades competentes no tienen a su disposición los tipos importantes de la potestad sancionadora para ciertas violaciones; los niveles de las sanciones pecuniarias administrativas varían considerablemente entre los Estados miembros y son demasiado bajos en algunos Estados; algunas autoridades competentes no pueden hacer frente a las sanciones administrativas de las personas físicas y jurídicas. Además, las autoridades no tienen en cuenta los mismos criterios en la aplicación de sanciones; existen diferencias en la naturaleza (administrativa o penal) de las sanciones previstas en la legislación nacional; y, el nivel de aplicación de las sanciones varía según los Estados miembros.

En la evaluación de impacto de un nuevo conjunto de medidas reguladoras en materia de operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (CE, 2011, 1218), se identifica otra serie de problemas: no todos los productos y mercados financieros están cubiertos; los reguladores carecen de facultades para hacer cumplir de manera efectiva las regulaciones de abuso de mercado (acceso a los locales, el acceso a los datos de telecomunicaciones, incautación, el intercambio de datos, etc.); las desigualdades en la potestad sancionadora y en las sanciones impuestas son sustanciales. Además, no existe un efecto disuasorio de los regímenes de aplicación; y la aplicación de ley penal no concurre en todos los Estados miembros.

Los desacuerdos existentes en la aplicación de las normas de abuso de mercado pueden quebrantar el mercado único, dejando un margen de discrecionalidad regulatoria y debilitar la cooperación

transfronteriza de las autoridades policiales. Por ello, en octubre de 2011 la Comisión presentó dos nuevas iniciativas legislativas en materia de abuso de mercado. Estos han sido parte de un paquete normativo de reformas del sector financiero más amplios. Las dos iniciativas consisten en una propuesta para un reglamento sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) y una propuesta de directivas sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. El reglamento propuesto, sustituye a la Directiva 2003/6/CE, y se contempla en el marco normativo básico. Ésta contiene todas las definiciones, obligaciones y prohibiciones y, también, regula el régimen de ejecución administrativa aplicable, incluidas las sanciones administrativas de carácter punitivo y no punitivo. La propuesta de Directiva es el resultado de la evaluación de la Comisión sobre la necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad de la aplicación de ley penal en el sector financiero. De esta manera, la CE llegó a un resultado positivo en cuanto a los delitos graves referentes al abuso de mercado; por lo tanto, la propuesta de Directiva introducirá la obligación de que los Estados miembros establezcan sanciones penales para las violaciones más graves a la normativa del abuso de mercado.

Que estas propuestas sean capaces de alcanzar sus objetivos de, entre otros, aumentar la integridad del mercado y proteger a los inversores, así como de asegurar un único reglamento europeo y nivel en el campo de juego, aún está por verse. En los siguientes párrafos hacemos un análisis de ambas propuestas, en términos de su capacidad expuesta para establecer puntos de referencia en las diferentes autoridades nacionales, para llevar a cabo sus tareas por la dimensión europea (jurisdicción para prescribir e imponer).

## **El abuso de mercado - Análisis del marco propuesto**

### **Observaciones generales.**

El paquete legislativo sobre las normas del abuso de mercado se basa en dos artículos diferentes del Tratado de la Unión Europea. La base jurídica del Reglamento es el artículo 114 del TFUE<sup>5</sup>, mientras que la Directiva se basa en el artículo 83 (2), del TFUE<sup>6</sup>. Esta base doble es sorprendente, pues parece estar en contradicción con la ambición de establecer la igualdad de condiciones para los casos de abuso de mercado. La elección del artículo 83 (2) del TFUE como

base jurídica de la Directiva implica que Dinamarca no participará en la adopción de esta Directiva y que el Reino Unido e Irlanda tienen la opción de elegir, pero no tienen la obligación de formar parte de la Directiva (el Reino Unido optó por retirarse, mientras que Irlanda optó por aceptarla). En otras palabras, bajo la base jurídica elegida, es posible que las obligaciones de ejecución penal que se consideran necesarias para la aplicación efectiva de una política armonizada de la UE, no serán vinculantes en tres países de la UE, incluyendo su centro principal de servicios financieros. En este sentido, la propuesta es un paso hacia atrás y no hacia delante.

Como norma general, el ámbito de aplicación material de las normas de la UE sobre el abuso de mercado se define por la propuesta del reglamento. Este instrumento contiene una serie de disposiciones detalladas que determinan el ámbito de aplicación material del paquete normativo de la UE. En comparación con la actual Directiva 2003/6 (OJ EU 2003 L 96/16), el alcance de las normas se extiende en función de las actividades cubiertas, los instrumentos financieros y los sistemas de negociación. En el marco regulatorio dispuesto, la Directiva de 2003 se consideró fuera de fecha, debido a la aparición de nuevas plataformas de negociación, OTC de comercio y tecnologías, tales como la negociación de alta frecuencia (HFT). El nuevo paquete normativo también abarca los instrumentos financieros relacionados con identificadores de contratos de productos básicos y productos relacionados con las ventas de derechos de emisión. En cuanto a los centros de negociación, el paquete normativo ya no sólo cubre los instrumentos negociados en mercados regulados sino también en sistemas multilaterales de negociación (MTF) y otros sistemas organizados de negociación (OTF). El reglamento también debe incluir cualquiera otra conducta o acción que pueda tener un efecto sobre un instrumento financiero, con independencia de si se lleva a cabo en un centro de negociación (el art. 2 de la propuesta).

El Reglamento especifica además que, como la negociación de instrumentos financieros es cada vez más automatizada, las estrategias abusivas que se llevan a cabo, entre otras, la negociación algorítmica y de alta frecuencia, constituyen la manipulación del mercado. En vista de los esfuerzos para hacer un seguimiento al desarrollo de los mercados y de los objetivos centrales del Reglamento, esta modernización actual de las normas del abuso de mercado tiene sentido. No obstante, las propuestas originales, en sí mismas, ya han necesitado un ajuste durante el curso del

proceso legislativo, con el fin de incluir la manipulación con los puntos de referencia (como es el escándalo del Euribor/Libor) en las propuestas.

### **Aplicación de la ley administrativa.**

#### *Jurisdicción prescriptiva.*

El ámbito más ampliado del Reglamento significa que el alcance de la entidad de prohibiciones es también más extensa que el de la actual Directiva 3002/6/CE. El Reglamento obliga a las personas (jurídicas) a que se abstengan de, en resumen, realizar operaciones con información privilegiada y llevar a cabo la divulgación indebida de información (artículo 9) y la manipulación del mercado (artículo 10), de tal manera que creen mecanismos administrativos con el fin de detectar y prevenir la conducta prohibida. Se requieren ciertos actos para cumplir una serie de requisitos adicionales, que incluye unas obligaciones de divulgación a los emisores de los instrumentos financieros, la creación de listas de personas con acceso a la información privilegiada, notificaciones de las transacciones u órdenes realizadas por los directivos y unas obligaciones con respecto a las recomendaciones de inversión (Capítulo 3). Una vez que el Reglamento entre en vigor, estas normas no sólo serán vinculantes para los actores en los mercados financieros, sino que los Estados miembros también estarán obligados a cumplir estas normas a través de una serie de medidas punitivas y no punitivas (Capítulo 5), incluyendo, entre otras, la retirada o suspensión de la autorización de una empresa de inversión, prohibiciones temporales o incluso permanentes a los directivos de las empresas de inversión, y considerables sanciones pecuniarias, variando hasta al menos 5.000.000 €, para las personas físicas y 15.000.000 €, o el 15% de la facturación total anual de las personas jurídicas, en función del tipo de infracción (artículo 26.).

La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias administrativas que debían adecuarse al acuerdo sobre el Reglamento, provocó algunos problemas en ciertos Estados miembros. El Derecho constitucional austriaco, por ejemplo, no permite sanciones pecuniarias administrativas similares a la cantidad prevista en el Reglamento (Documento del Consejo 16512/12 de 10 de diciembre de 2012). Por esta razón, el artículo 26 (1) señala que los Estados miembros podrán decidir si establecen o no dichas normas en las sanciones

administrativas, siempre y cuando estas infracciones ya estén sujetas a sanciones penales en su legislación nacional. El resultado de ello es, como veremos, que los mecanismos deben establecerse con el fin de garantizar una cooperación eficaz en el área de los derechos administrativo y penal.

### *Jurisdicción de ejecución.*

El artículo 2 (5) del Reglamento establece que las prohibiciones y requisitos de este último se aplican en las acciones relativas a los instrumentos en los que el Reglamento es aplicable, llevadas a cabo dentro y fuera de la Unión Europea. El Reglamento, por tanto, no se limita al ámbito territorial de las normas sustantivas en un territorio nacional determinado. Sin embargo, eso no significa que las autoridades que son responsables de la aplicación de la ley no estén limitadas por las fronteras o hayan obtenido la competencia transnacional con base en el Reglamento. El artículo 16 establece que cada Estado miembro designará una autoridad administrativa única que asumirá las competencias relativas al Reglamento. Dichas autoridades se asegurarán de que las disposiciones del Reglamento se apliquen en todas las acciones llevadas a cabo en su territorio y también fuera del mismo (art. 16). Los casos transnacionales deben ser tratados en cooperación con otras autoridades competentes de los Estados miembros y con la Autoridad Europea de Valores y Mercado (en adelante AEVM). El Reglamento 1095/2010 crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), DO L 331 de la UE 2010/84.

Con el fin de ser capaz de operar con eficacia y hacer realidad la igualdad de condiciones en toda Europa con respecto a la aplicación de las normas de abuso de mercado, las autoridades competentes nacionales también deben tener un determinado conjunto (mínimo) de potestades, incluyendo, entre otras, el acceso a documentos y otros datos, la facultad de exigir información a las personas, llevar a cabo inspecciones *in situ* y el poder remitir asuntos para su procesamiento penal. Estas autoridades también deben tener la facultad de: entrar en los locales de las personas físicas y jurídicas con el fin de aprehender documentos y otros datos de cualquier tipo, cuando haya una sospecha razonable de que esos documentos y datos están relacionados con la materia objeto de la inspección o investigación, y pueden ser relevantes para probar un caso de abuso de información privilegiada o manipulación del mercado; además, requerir grabaciones de conversaciones telefónicas, las comunicaciones electrónicas u otros

registros de tráfico de datos en poder de las empresas de inversión, entidades de crédito u otras instituciones financieras existentes. Así mismo, demandar los registros de tráfico de datos en poder de un operador de telecomunicaciones, cuando haya sospecha razonable de un incumplimiento y cuando dichos registros puedan ser relevantes para la investigación de operaciones con información privilegiada o manipulación del mercado y solicitar la congelación y/o el secuestro de activos (el art. 17 (2)).

Como los últimos tipos de mecanismos constituyen interferencias graves con el derecho a la privacidad y la propiedad, estas mismas se establecen como medidas de investigación penal en muchos países. Por lo tanto, los Estados miembros podrán optar por atribuir directamente o no estas potestades a las autoridades administrativas competentes, pero estableciendo que estas potestades se ejerzan en cooperación mediante una solicitud a la autoridad judicial correspondiente (el art. 17 (1)). Como tal, este enfoque no es nuevo (ver también el art. 12 de la actual Directiva 2003/6/CE).

Sin embargo, el asunto plantea interrogantes en cuanto a qué medidas de protección deberían aplicarse en su lugar<sup>7</sup>. El reglamento remite a la legislación nacional sobre este punto. Se sugiere en la exposición de motivos que para el ejercicio de dicha competencia, la cual pueden constituir unas interferencias graves en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, a la propiedad y a las comunicaciones, los Estados miembros deben contar con garantías suficientes y eficaces contra cualquier abuso, por ejemplo, mediante previa autorización de las autoridades judiciales del Estado miembro del cual se trate. Los Estados miembros deben permitir la posibilidad de que las autoridades competentes puedan ejercer dichos poderes intrusivos bajo una extensión necesaria, para así proceder a una adecuada investigación de los casos graves donde no hay medios semejantes para lograr eficazmente el mismo resultado (Considerando el 31 a).

Además de las facultades para realizar investigaciones y de la potestad sancionadora de las autoridades, el artículo 29 prevé la posibilidad de la presentación de informes de violaciones de abuso de mercado, incluidas las disposiciones relativas a la protección de los datos del denunciante de las irregularidades. Los denunciantes deben recibir una protección adecuada contra las represalias, la discriminación u otros tipos de trato injusto como mínimo. Los Estados miembros también podrán ofrecer incentivos

financieros a las personas que ofrezcan información importante sobre los posibles incumplimientos del Reglamento, que se podrán conceder de acuerdo con la legislación nacional, siempre que esas personas no tengan obligaciones legales o contractuales de facilitar tal información, que esta información sea nueva, y que dé lugar a la imposición de una sanción o medida administrativa o de una sanción penal por infracción del presente Reglamento.

La igualdad de condiciones y afinidad en la supervisión que debería alcanzarse necesariamente, envuelven a los casos de la cooperación transnacional. Las autoridades competentes nacionales siguen limitadas por las fronteras de sus naciones, necesitan la ayuda de sus equivalentes en los otros Estados dentro (o fuera) de la UE. La designación de una única autoridad competente administrativa en cada Estado miembro, todas con funciones y competencias equivalentes, ayudaría a prevenir la fragmentación de las estructuras de ejecución y facilitaría la creación de un enfoque de red europea. Las autoridades competentes nacionales también trabajan mediante una estrecha cooperación con la AEVM (Art. 18). Dicha autoridad cumple un papel importante en la supervisión de la estructura administrativa supervisora, y puede en ocasiones también facilitar la coordinación entre las autoridades competentes nacionales, o la solución de conflictos entre ellos (Cfr. art. 27 (2)). Además, el artículo 19 del Reglamento exige a las autoridades correspondientes cooperar entre sí, es decir, con los equivalentes en otros Estados miembros, mediante el intercambio de información con previa solicitud o espontáneamente, ya sea para la realización de actos de investigación y ejecución, para investigaciones conjuntas, etcétera.

Sin embargo, el deber de cooperar no va a ir tan lejos como para obligar a las autoridades competentes a cooperar en los casos en que éstas están realizando también investigaciones o que el procedimiento judicial se inició en su jurisdicción, ya que puede dañar la investigación en su territorio (art. 19 (1 bis)). Significa que, bajo el nuevo Reglamento, las autoridades, en absoluto, están incitadas a cooperar en las situaciones esbozadas en la Sección 2. También está en relación con el artículo 27 (2) del mismo Reglamento, según el cual las autoridades en el ejercicio de sus potestades sancionadoras cooperarán, estrechamente, para garantizar que las competencias de supervisión e investigación y sanciones administrativas produzcan los resultados deseados en el Reglamento. Además, coordinarán sus acciones con el fin de evitar posibles duplicaciones y superposiciones

en la aplicación de su capacidad de supervisión e investigación y sanciones administrativas y multas, para traspassar los casos fronterizos de consentimiento con el artículo 19.

### **Aplicación de la ley penal.**

Como se ha dicho, la Comisión también presentó una propuesta de Directiva relativa a la aplicación obligatoria de la ley penal en los casos más graves de vulneraciones de las normas de abuso de mercado. Según la Comisión, la adopción de sanciones administrativas por parte de los Estados miembros ha demostrado ser insuficiente para garantizar el cumplimiento de las normas sobre la prevención y la lucha contra el abuso de mercado (Preámbulo de la Directiva propuesta, consideración 5º). Diferentes enfoques nacionales quebrantan la igualdad de condiciones en las operaciones del mercado interior y esto puede constituir un incentivo para que las personas cometan abuso de mercado en aquellos Estados miembros que no prevean sanciones penales para esos delitos. Según la Comisión, la introducción de sanciones penales por parte de todos los Estados miembros para aquellos delitos más graves, es esencial para garantizar la aplicación efectiva de la política de la Unión Europea en la lucha contra el abuso de mercado (Preámbulo de la Directiva propuesta, consideración 7º y 8º). La Directiva propuesta introducirá unas normas mínimas para la aplicación de las sanciones penales en las operaciones con información privilegiada, la divulgación ilegal de información privilegiada y manipulación del mercado. También obligará a los Estados miembros a tipificar como delito la incitación, contribución, instigación y el intento de la conducta prohibida. En línea con el principio de *ultima ratio*, en cuya virtud el Derecho penal debe ser un último recurso, sólo las disposiciones fundamentales más graves de la normativa del abuso de mercado deben ser criminalizadas. No obstante, los Estados miembros son libres de utilizar la vía penal para otras violaciones (una armonización mínima) (Preámbulo de la Directiva propuesta, consideración 15º).

La Directiva está estrechamente relacionada con el Reglamento (Ver art. 2). Los cumplimientos de las obligaciones que se derivan de la misma, no significan que los Estados miembros estén ahora obligados a aplicar sólo por la vía penal todas las vulneraciones graves del abuso de mercado. La Directiva no creará obligaciones respecto a la aplicación de dichas sanciones o cualquier otro sistema disponible para hacer cumplir la ley en los casos individuales. Además,

los Estados miembros no están exentos de la obligación de prever sanciones administrativas y medidas para las infracciones establecidas en el Reglamento, a menos que hayan decidido consignar únicamente sanciones penales para cualquiera de las infracciones en su legislación nacional (Propuesta de la Directiva, las consideraciones 11a y 15a). Por tanto, el conjunto de medidas introduce un régimen dual (a menos que un Estado opte por el Derecho penal por sí solo), lo que deja la opción a las autoridades involucradas de elegir entre la aplicación de la ley administrativa o penal. El principio de *ne bis in idem*, que figura en el artículo 50 CFR, debe impedir que el sospechoso esté bajo un doble enjuiciamiento o sanción (Propuesta de la Directiva, la consideración 15b).

Debido a que el proyecto de Reglamento y la Directiva propuesta son un conjunto de medidas reguladoras, la propuesta de Directiva se refiere a las definiciones de instrumentos financieros y de información privilegiada en el Reglamento propuesto (Cfr. el Preámbulo, consideración 15b: El ámbito de la presente Directiva se define de una manera tal que se complemente y garantice la aplicación efectiva de las disposiciones establecidas en el Reglamento [MAR]). Sin embargo, curiosamente, se reformulan las definiciones de operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (Art. 4.3). Esto significa que tan sólo puede esperarse el aumento de interpretaciones divergentes de las autoridades nacionales. En relación con las ambiciones demostradas por alinear los sistemas jurídicos nacionales a otro diseño, se puede decir que esta perspectiva es sorprendente. Además, la Directiva obliga a los Estados miembros a tipificar como delito sólo los casos graves y cuando se cometan intencionalmente (descripciones provisionales de lo que podría constituir una infracción grave se encuentran en el Preámbulo, consideraciones 10 bis y 10 ter). Se introduce, así, un elemento moral (*dolo*) en la definición de las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, que es lo referente a los poseedores primarios, podría decirse que en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y la práctica actual de los Estados miembros que ya aplican las reglas de abuso de mercado mediante el Derecho penal<sup>8</sup>. Los problemas probatorios que surgirán como resultado de esto no se abordan en la Directiva y tan sólo de forma limitada por el Reglamento<sup>9</sup>.

Por último, con respecto a las sanciones que deben establecerse, la propuesta original de la Directiva señalaba que las sanciones

penales serían eficaces, proporcionadas y disuasorias, en lo que respecta a las personas físicas. En relación con las personas jurídicas, las sanciones deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias también, a pesar de que no tienen por qué ser necesariamente de carácter penal. Precisamente, la Comisión optó por un perfil bajo con respecto a la armonización de las sanciones. Este sencillo enfoque no sólo es sorprendente en función de la Comunicación de la Comisión de 2001 sobre la Política Criminal (COM, (2011) 573 final), sino también a la vista de la reconsideración por la Comisión en cooperación con los comités de supervisores del cumplimiento de los mercados financieros, la que explica detalladamente las discrepancias sustanciales y debilidades en los regímenes nacionales de sanciones penales (COM, (2010) 716 final). En comparación, la Comisión propuso una Directiva sobre la protección del euro y otras monedas frente a la falsificación, por medio de las leyes penales que originalmente preveía para la armonización del tipo y el nivel de las sanciones penales, incluida la imposición de una privación de la libertad mínima de 6 meses para infracciones graves (COM, (2013) 42 final. Esta disposición ha sido eliminada en las versiones posteriores de la propuesta, véase el documento 14671/13 del Consejo de Bruselas de 11 de octubre 2013). Los razonamientos de la Comisión en la exposición de motivos de esta propuesta, eran que el nivel existente de las sanciones se tornaba en uno de los motivos para una disuasión insuficiente y una protección desigual en toda la Unión Europea de su moneda. Las sanciones mínimas contribuyen, en opinión de la Comisión, a la disuasión y a un sistema a escala comunitaria consistente para la protección del euro. La Comisión también indicó otras ventajas en el punto 18 de la Exposición de Motivos de la propuesta de la falsificación:

La pena mínima de seis meses, ayuda a garantizar la misma prioridad por parte de las fuerzas del orden y las autoridades judiciales hacia los delitos de falsificación del euro y otras monedas y, a su vez, facilita la cooperación transfronteriza. Asimismo, contribuye a aminorar el riesgo de *forum-shopping*. Además, permite que los autores condenados puedan ser entregados a otros Estados con la ayuda de una orden de detención europea, por lo que la pena o la medida para la custodia puede ser ejecutada.

Fue el Parlamento Europeo quien impulsó medidas de mayor alcance en el *dossier* del abuso de mercado. En efecto, el 19 de octubre de 2013, el Comité del Parlamento Europeo sobre Asuntos

Económicos y Monetarios (ponente Arlene McCarthy) modificó la propuesta de Directiva sobre abuso de mercado e introdujo las sanciones privativas de libertad con penas máximas de prisión de al menos cinco y dos años, respectivamente, para las personas físicas, en función del tipo del delito (Parlamento Europeo, 2011, 0297). No obstante, el texto no introdujo condiciones mínimas de prisión, y también se mantuvo en silencio con respecto a las sanciones financieras y a las demás sanciones penales que podrían o pueden imponerse a las personas físicas. Cuando se trata de personas jurídicas, el tenor literal se limita a la responsabilidad que es punible mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Ya el día siete de diciembre de 2013, el Consejo JAI alcanzó un enfoque general sobre el texto (Archivo 17895), a cuyo efecto se mantuvieron las enmiendas de la Comisión del Parlamento Europeo sobre Asuntos Económicos y Monetarios relacionados con los niveles mínimos obligatorios para la pena máxima de prisión. Ahora, las consideraciones se refieren explícitamente a los casos graves de la manipulación del índice de referencia (Euribor y Libor) y a la necesidad de sistemas de sanciones penales comunes en toda la Unión Europea. Todo ello, pese a que esta propuesta deja todavía el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas abierto a la responsabilidad penal o no penal, aunque se establece que las sanciones financieras deben establecerse y, además, contiene una lista opcional de las sanciones que puedan imponerse en ambos regímenes. Es más, el proyectado articulado tampoco sujeta ninguna obligación relativa al nivel mínimo de sanciones penales; y, aunque tanto la Comisión (en sus planes de política) como el Parlamento Europeo hicieron un alegato a favor de regímenes comunes de sanciones penales en este ámbito, es gracias al PE que el tipo y el nivel de las sanciones penales se ha armonizado hasta cierto punto en la presente Directiva.

### **Las disimetrías en las estructuras de aplicación.**

Es difícil evaluar los efectos de un sistema que aún no está en su lugar. Sin embargo, ya dimos cuenta de que el paquete normativo propuesto no parece hacer frente a todas las necesidades planteadas por la propia Comisión. Una igualdad de condiciones entre los agentes de la ley europea, por ejemplo, no es aprovechada con las opuestas definiciones de las infracciones en las distintas naciones. No se promovió la cooperación policial entre naciones, siempre las

autoridades nacionales competentes están en la posición de proteger unilateralmente sus propias investigaciones, por no cooperar con otras autoridades. Las diferencias en los niveles de sanción se mantendrán también después de la introducción de sanciones penales obligatorias. Y la creación de elementos morales para la definición de delito, puede quizás servir al principio de *última ratio*, pero también implica el recurso –por ejemplo– a ciertas autoridades de investigación con el fin de eludir los problemas probatorios previsibles.

En nuestra opinión, los planes de la Comisión con respecto a la relación entre el Reglamento y la ejecución en el sector financiero, así como las ambiciones de la UE con respecto a la ley penal, aún no toman plenamente en cuenta lo que debería ser el principal centro de coordinación de las políticas de la UE en este ámbito. Ese punto focal es cómo el conjunto de contribuciones ayuda a la elaboración de los objetivos del mercado interior y del ELSJ. Ambos objetivos, que están relacionados entre sí, promueven fuertemente la libre circulación de particulares y empresas, económicamente activas o no, matizando al mismo tiempo un marco para la protección del bien común, incluyendo el crecimiento económico y la creación de empleo, y también la prevención y detección del delito. En el resto de este artículo, vamos a argumentar que es difícil lograr estos objetivos, a no ser que se diera atención a tres puntos de interés los cuales se discuten con más detalle en las siguientes (sub) secciones.

### *La cooperación transnacional y la coordinación efectiva.*

La UE es un ordenamiento jurídico integrado, donde la cooperación leal entre las autoridades del orden público, ya sea entre diferentes jurisdicciones nacionales, o entre ellas y las de la UE, es vital. La Unión Europea, desde hace mucho tiempo, es activa en la facilitación de estas estructuras. Hemos visto ejemplos de ello anteriormente, con respecto a la cooperación transnacional entre las autoridades administrativas competentes en los casos de abuso de mercado. Estas estructuras también existen en el ámbito del Derecho penal a propósito de, por ejemplo, la entrega de personas para su enjuiciamiento o la ejecución de sanciones (Decisión marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002 sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO L 190/1 de la UE), o la recogida y traslado de pruebas (Decisión Marco 2008/978 / JAI de 18 de diciembre de 2008 sobre el exhorto europeo con el fin de recabar objetos, documentos y datos

destinados a procedimientos en materia penal, DO L 350/72 de la UE. El exhorto será reemplazado en su momento por el denominado exhorto europeo de investigación, que ha sido aprobado en diciembre de 2013, por la EP/Comisión LIBE). Esas disposiciones no se limitan a los abusos de mercado, sino que afectan de toda la gama de la ley penal.

La existencia de una gran cantidad de acuerdos internacionales y europeos para la cooperación no significa que una cooperación fluida siempre sea posible, especialmente no en la interfaz de la legislación penal y administrativa. El sistema actual gira en torno a la estructura de la organización de dichas autoridades, en lugar de aquellas tareas que cumplen (Luchtman, 2008, pp. 128-137; Vervaele & Clip, 2002). Los fiscales y los órganos de investigación (también los competentes para conocer los casos de abuso de mercado) pueden cooperar a través de acuerdos de asistencia judicial recíproca en materia penal (en adelante MLA) o instrumentos de reconocimiento mutuo (en adelante MR); organismos de supervisión financiera (que poseen la facultad de imponer sanciones punitivas o para remitir asuntos a los órganos jurisdiccionales nacionales), tienen sus propios acuerdos (asistencia administrativa bilateral, en adelante MAA), como hemos visto anteriormente. Al mismo tiempo, nos dimos cuenta de que el paquete normativo propuesto sobre el abuso de mercado, introduce un régimen de doble vía, o, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, un régimen de Derecho penal solo.

Así puede ocurrir que las investigaciones de un Estado miembro A se lleven a cabo por los reguladores financieros, mientras que en el Estado B los mismos hechos o relacionados con ellos llamen la atención de la policía y del ministerio público. En ese tipo de situaciones las autoridades involucradas tendrán dificultades para cooperar, ahora que mutuamente no se reconocen como autoridades competentes en el marco del respectivo MLA/MR y en el régimen de MAA. Sobre todo en aquellos casos de abuso de mercado que implican múltiples Estados miembros y las diferentes autoridades nacionales, por tanto, no estarán en la posición de cooperar entre sí directamente. Las autoridades judiciales que buscan información o asistencia de un supervisor financiero en otros lugares de la Unión Europea, entonces, tendrán que acercarse a su supervisor financiero nacional y solicitarle que pida al supervisor de otro Estado miembro su cooperación, o requerir su homólogo judicial en el otro Estado para acercarse a su supervisor nacional; y, luego transferir los datos

adquiridos de nuevo a él. Esto no sólo requiere mucho tiempo; también es problemático en términos de responsabilidad y la elusión de las garantías legales, sobre todo en los casos en que la asistencia requerida implica interferencias con los derechos fundamentales de las personas afectadas.

El conjunto de medidas reguladoras del Reglamento y la Directiva no se pronuncia sobre esta cuestión. No existen disposiciones que aborden específicamente estos problemas, con la excepción de la situación en la que un Estado miembro concreto ha optado por la aplicación del Derecho penal solamente. En esa situación, el Estado miembro tiene que adoptar las medidas apropiadas que estén en su lugar, para que las autoridades competentes dispongan de todos los poderes necesarios para mantener contacto con las autoridades judiciales dentro de su jurisdicción y, así, poder recibir información específica relacionada con las investigaciones y procesos criminales, partiendo de posibles vulneraciones de este Reglamento y proporcionando al mismo tiempo información a las demás autoridades competentes y a la AEVM, para cumplir con su obligación de cooperar entre sí y con la AEVM a efectos del presente Reglamento (art. 19 (1)). Por supuesto, no está claro por qué esta disposición carece de sistemas que utilizan un régimen de doble vía.

Tampoco está claro cómo este sistema, que se refiere a la cooperación transnacional entre las autoridades penales y las autoridades administrativas, como dos vías separadas, se relaciona con el principio de *ne bis in idem*. Este principio, recuérdese, establece todas las barreras para un segundo enjuiciamiento por el mismo delito, a condición de que el primer y el segundo procedimiento sean de naturaleza punitiva, y que se refieran al mismo (presunto) delincuente; y ello, téngase en cuenta, aun cuando el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CFR) respeta a la Unión Europea en su conjunto, y aunque el principio también cubre combinaciones de Derecho penal y sanciones de Derecho administrativo en el contexto nacional (Véase. TEDH, 10 feb 2009 Zolotukhin vs. Rusia; TJCE 28 de febrero 2013, asunto C-617/10, Åklagaren vs. Hans Åkerberg Fransson.; y Vervaele, 2013b, pp. 113-134), aún no está claro si el principio abarca también combinaciones de Derecho penal y sanciones de Derecho administrativo en un contexto transnacional (Luchtman, 2011; Vervaele, 2013, pp. 211-229).

El Preámbulo de la Directiva propuesta parece confirmar esta última interpretación, cuando señala que los Estados miembros de

la UE deben garantizar la imposición de sanciones penales sobre la base de los delitos previstos por la Directiva y de las sanciones administrativas de conformidad con el Reglamento, que no debe dar lugar a una violación del principio de *ne bis in idem*<sup>10</sup>. Esta intelección del asunto también tiene sentido en vista de los objetivos antes mencionados de la Unión Europea y teniendo en cuenta el principio de cooperación leal. Después de todo, una falta de cooperación entre las autoridades administrativas y penales no debe realizarse a expensas de esos actores que están haciendo precisamente lo que la UE trata de estimular, es decir, el uso de sus derechos de libre movimiento para promover una mayor integración europea (e induciendo de este modo las competencias de las distintas autoridades nacionales).

Así las cosas, las posibles consecuencias organizativas de una interpretación tan transnacional del principio, no deben pasarse por alto. Verdaderamente, el principio *ne bis in idem* requiere una estructura para evitar la distribución de los asuntos de una forma injusta *first come, first served* (primero en llegar, primero en servirse), y el *forum shopping* por los demandados o las autoridades. Se fortalecerá así la relación entre los derechos penal y administrativo y requerirá, por lo menos, la posibilidad de una coordinación efectiva de los esfuerzos llevados a cabo por todas las autoridades encargadas de las tareas en el ámbito del Reglamento de abuso de mercado, independientemente de su estructura institucional. Actualmente, se carece de estas normas, como ya lo hemos advertido. Por su propia definición, esta parece ser una tarea del legislador europeo<sup>11</sup>.

### *Supervisión integral.*

La aplicación de la ley en un orden jurídico integrado no sólo implica un sistema de cooperación rápida y eficaz entre todos los organismos nacionales que participen, sino también la existencia de un mecanismo u órgano que vigila el sistema en su conjunto, en particular, con respecto a los asuntos operacionales. No es difícil imaginar que las diferentes autoridades nacionales competentes pueden tener otros intereses en el desempeño de sus funciones, según demuestra el caso Fortis. Esto, por ejemplo, lleva a situaciones en las que las solicitudes de cooperación no se ejecutan debido a que la autoridad requerida también está llevando a cabo una investigación, o cuando no hay una autoridad nacional competente dispuesta a acceder a una investigación. También, podemos pensar en situaciones en las que las investigaciones se reducen a actores o hechos

específicos, que afectan directamente a los intereses nacionales. En todas estas situaciones, la pregunta es ¿quién vigila los objetivos del conjunto de medidas reguladoras en su total y cómo el paquete normativo actual se ocupa de los conflictos positivos y negativos de competencia entre las autoridades nacionales competentes?

Debe tenerse en cuenta que las mejoras sustanciales se han hecho, en este sentido, con la entrada de la ESMA (*European Securities and Markets Authority*). Esta agencia no sólo tiene jurisdicción en lo relativo a las facultades de coordinación entre las autoridades nacionales de supervisión, sino que también puede imponer decisiones individuales vinculantes en situaciones que puedan comprometer gravemente el correcto funcionamiento y la integridad de los sistemas financieros de la UE (Ídem, artículos 18-21 del Reglamento propuesto). El Reglamento de abuso de mercado, también, encomienda a la AEVM la tarea de recoger información sobre todas las medidas administrativas, sanciones y multas impuestas, y otros datos pertinentes (art. 30 (1)). Cuando los Estados miembros han optado por imponer sanciones solamente mediante el Derecho penal, entonces éstos también tienen ciertas obligaciones de información (art. 30 (1a)). Además, a la AEVM se le dará una función para la solución de los conflictos que puedan surgir entre las autoridades administrativas competentes. ESMA dispone de facultades de coordinación con arreglo a la normativa en casos de conflictos reales o potenciales de intereses entre los supervisores nacionales (cf. art. 19 (5) y (6)). Cuando las autoridades competentes, en cuestión, no consiguen llegar a un acuerdo, puede incluso tomar una decisión en el sentido de que deben establecerse medidas específicas, ya sea abstenerse de toda actuación, con el fin de resolver el asunto para garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria.

Sin embargo, la división de la Ley administrativa-penal es preocupante una vez más. El problema es, en primer lugar, que las facultades de ESMA de intervención directa se aplican sólo a las autoridades competentes, como se define en el Reglamento. Dichas autoridades son los supervisores financieros, mencionados en el artículo 16 (autoridades competentes), que se establecerá en virtud del Derecho administrativo (supra sección IV.2.2); ESMA, téngase en cuenta, no tiene competencias con respecto a las autoridades judiciales o policiales. La segunda preocupación, está relacionada con que no existe el equivalente desde la perspectiva de la ley penal de un organismo que realice tareas similares como ESMA, y mucho

menos que haya una consulta o coordinación entre esa contraparte y ESMA. Eurojust podría desempeñar un papel en la coordinación de las investigaciones nacionales y en la combinación de la elección más apropiada de jurisdicción en materia judicial, pero los casos de abuso de mercado no pertenecen a la competencia de Eurojust todavía. A pesar de que están incluidos en la propuesta de reforma reciente de Eurojust [COM (2013) 535, que contiene una propuesta de Reglamento relativo a la Agencia Europea para la Cooperación en Justicia Penal (Eurojust). Información privilegiada y manipulación del mercado financiero se incluyen en las listas del Anexo 1 que ocupan las competencias materiales definidas en el artículo 3 de la propuesta], las agencias de la UE no estarán en condiciones de emitir decisiones vinculantes para las autoridades nacionales en los casos de conflicto de jurisdicción. Eurojust radica en una fuerte presión de grupo, que se puede ejercer sobre los órganos judiciales nacionales (Groenleer, 2009, pp. 319-320; Herrnfeld, 2012, pp. 147, 149, 155-156; Mitsilegas, 2009, pp. 153-154; ), pero, en última instancia, las autoridades judiciales nacionales tomarán una decisión sobre si van a iniciar las investigaciones penales o no.

La situación general que se desprende es, una vez más, que las decisiones nacionales en el Derecho administrativo y/o penal tienen un impacto directo en el funcionamiento del sistema en su totalidad, y las disposiciones para la aplicación de la vía del Derecho penal tras lo que establece la ley administrativa en el área de abuso de mercado. En caso de surgir conflictos, ni ESMA, ni Eurojust son competentes para resolver los conflictos de jurisdicción en la interfaz de la legislación penal y administrativa. El resultado no es tan solo que todavía no haya un mecanismo para evitar un crecimiento de la carga en la persecución y sanción para la persona en cuestión, sino también una pérdida potencial y el uso ineficiente de los recursos.

### *La protección de los derechos fundamentales.*

El conjunto de medidas reguladoras, en particular el Reglamento, recoge las capacidades que deben estar disponibles para las autoridades administrativas competentes, posiblemente en cooperación con otros organismos nacionales, como las autoridades judiciales. Ya nos dimos cuenta de que algunas de estas potestades son muy intrusivas en función de su capacidad de interferir con los derechos y las libertades de los ciudadanos y en las personas jurídicas, sospechosas o no. Sin embargo, la regulación en sí es casi silenciosa sobre las garantías

que deberían aplicarse para evitar la interferencia arbitraria o ilegal en la posición de las personas (naturales o jurídicas). Estas garantías se dejan a cargo de la legislación nacional, pues el artículo 17 del Reglamento establece qué competencias están disponibles y también si ellas guardan conformidad con la legislación nacional. La única garantía que uno puede encontrar en la propia norma es que, en determinadas funciones de la investigación, debe existir una sospecha razonable de que los resultados que se obtendrán en el ejercicio de estas facultades pueden ser relevantes para probar el caso o para la investigación. Independientemente de si es necesaria una autorización de una autoridad judicial, ello corresponde a la normativa nacional.

La exposición de motivos también establece que mientras la regulación:

(...) especifica un conjunto mínimo de competencias que las autoridades competentes deben tener, estas facultades han de ejercerse dentro de un justo sistema de la legislación nacional que garantice el respeto de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la privacidad. Para el ejercicio de estas facultades, que pueden constituir interferencias graves en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y las comunicaciones, los Estados miembros deben tener unas garantías adecuadas y eficaces contra cualquier abuso, por ejemplo, la previa autorización correspondiente a la autoridades judiciales de un Estado miembro en cuestión. Los Estados miembros deben permitir la posibilidad de que las autoridades competentes puedan ejercer tales poderes intrusivos en la medida necesaria, para la adecuada investigación de los casos graves donde no hay medios semejantes para lograr efectivamente el mismo resultado (Consideración 31<sup>a</sup>).

Una vez más, el enfoque del legislador europeo se centra principalmente en la aplicación de estas normas en el contexto nacional. Si existen o no garantías adecuadas y lo que estas garantías constituyen (aprobación judicial, limitación de los fines, la existencia de indicios razonables, etc.) se deja a la legislación nacional. Cada uno de esos sistemas en sí mismo, puede ser totalmente compatible con los requisitos de la Convención Europea de Derechos Humanos o la Carta de la UE sobre los derechos fundamentales. No obstante, esto no quiere decir que estas garantías también funcionen correctamente en los casos de cooperación transnacional. Por ejemplo, la autoridad de un Estado miembro de la UE puede necesitar una autorización judicial previa para obtener ciertos datos de tráfico en su propio ordenamiento jurídico, mientras que otra autoridad podrá no necesitar esto, porque hay otras medidas de seguridad establecidas,

*verbi gratia*, la limitación estricta de la finalidad de los datos obtenidos. En los casos en que esta última autoridad pida recopilar y proporcionar los datos de tráfico, ¿cuál será el papel de la autoridad judicial que autoriza en el Estado requerido?, ¿tendrá esta autoridad que realizar un examen a fondo de la proporcionalidad y subsidiariedad de la solicitud extranjera, como ocurre en los casos nacionales, o va a asumir, de conformidad con el principio de confianza mutua entre los Estados, que dicha prueba ya ha sido realizado en el Estado solicitante, aunque no por un órgano judicial?<sup>12</sup>, ¿es incluso capaz de realizar un estudio en profundidad de la prueba, teniendo en cuenta la escasa información que tiene sobre el caso en sí, y que se llevó a cabo en el extranjero? Y si la autoridad otorga la autorización y los datos se recogen y se transfiere, ¿qué pasa con la situación en la que esos datos no podían haber sido inicialmente obtenidos en el Estado solicitante, debido a sus restricciones de limitación del objetivo?, ¿puede un requisito de limitación de tal objetivo dejar de lado las normas aplicables en el reglamento, donde dicha información debe estar disponible para la cooperación transnacional también? En casos como estos, consecuentemente, existe un riesgo real de que la autoridad requerida, en el supuesto de que el Estado requirente respeta los derechos fundamentales, no comprobará si las condiciones y garantías que están vigentes en el Estado solicitante son comparables a sus propias normas. El resultado es que las interferencias con el derecho a la privacidad son comprobadas por el requirente y el Estado requerido (sobreprotección) o nada (infraprotección) (Luchtman, 2008, pp. 162-169).

## **Conclusiones: desde un estado-nación hacia una perspectiva europea**

El análisis previo sobre los programas propuestos con respecto a la aplicación de las normas de abuso de mercado, revela la existencia de una tendencia en la que el legislador europeo no sólo se centra en un único código normativo europeo que regula normas para los agentes en los mercados financieros, sino también en la convergencia de la supervisión. Esta evolución va de la mano con el incremento de los poderes legislativos europeos en el ámbito de aplicación de la ley en general, incluido el Derecho penal. Con el fin de lograr un adecuado funcionamiento del mercado interior y un ELSJ, el conjunto propuesto de normas de abuso de mercado no sólo define las regulaciones para los agentes de los mercados financieros, sino que también introduce la obligación de hacer cumplir

estas reglas (punitiva) a través de los derechos administrativo y penal. Para alcanzar esto, es necesario que las estructuras organizativas para la creación de redes y la cooperación, las facultades de investigación y sanciones, se prescriban a nivel europeo.

Aunque se ha progresado con estas propuestas, nuestra opinión es que dichas proposiciones aún no tienen debidamente en cuenta el hecho de que los mercados financieros altamente integrados también necesitan estructuras y poderes sumamente involucrados en la aplicación de la ley, independientemente de la ley orgánica nacional y de las autoridades competentes implicadas (penal o administrativa). En vista de las ambiciosas declaraciones consignadas en los Tratados, en particular las relativas a la creación de un espacio común de justicia para todos los ciudadanos europeos, y el principio de cooperación leal, somos de la opinión de que el legislador europeo debe poner en marcha regulaciones que no sólo faciliten la cooperación efectiva y rápida entre las autoridades nacionales y europeas, independientemente de sus estatutos de Derecho administrativo o penal, sino que también debe asegurarse de que los derechos fundamentales estén protegidos de manera efectiva en los asuntos transnacionales.

Nuestro análisis muestra que todavía hay varios defectos en el sistema propuesto para la aplicación de abuso de mercado. En primer lugar, nos hemos dado cuenta de que las definiciones comunes de las normas sustantivas que definen las reglas del juego y, por lo tanto, el alcance operativo de las autoridades nacionales, siguen mostrando disconformidades. Eso significa que sólo pueden esperarse situaciones en las que las interpretaciones desiguales de las normas obstaculizan el objetivo fundamental de la igualdad de condiciones para los operadores económicos y agentes de la ley.

En segundo lugar, los aspectos propios de Derecho penal en torno al régimen de aplicación europea siguen estando poco desarrollados, tanto en relación con los poderes de investigación disponibles como en torno a las posibilidades de cooperación transnacional y, en particular, a la coordinación y a la supervisión. En tercer lugar, debe decirse que apenas hay disposiciones que se ocupen de la relación entre las medidas administrativas y penales, sobre todo en los casos transnacionales. Eso significa que no existe un organismo responsable en última instancia para el sistema en su conjunto. Por último, no hay atención de ningún tipo para el desarrollo de los derechos fundamentales más allá del contexto del

Estado-nación con la excepción, quizás, del principio *ne bis in idem*, que ya cuenta con combinaciones de Derecho penal y administrativo en las sanciones punitivas y se aplica en la UE como un todo.

En caso de presentarse la ocasión y que un tribunal, probablemente el Tribunal de Justicia, declarase que el artículo 50 CFR (*ne bis in idem*) se aplicara a este tipo de combinaciones, entonces, probablemente esto conducirá a nuevos instrumentos legislativos que tienen por objeto evitar la asignación de asuntos en el base a *first come, first served* (primero en llegar, primero en servirse). Ya vimos un desarrollo similar en el ámbito del Derecho penal, donde las decisiones históricas de la Corte sobre el Artículo 54-58 CISA (*ne bis in idem*) (esa jurisprudencia se inició con los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Gözütok y Brügge, [2003] ECR I-1345), fueron un importante impulso para una nueva decisión marco 2009/948/JAI de 30 de noviembre de 2009, sobre prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procedimientos penales (DO L 328/42 de la UE). Sin embargo, sería desaprovechar una oportunidad limitar el tema de la protección de los derechos fundamentales solo al principio de *ne bis in idem*. En vísperas de un nuevo programa de política plurianual de justicia penal (el sucesor del programa de Estocolmo), creemos que es hora de que el legislador europeo trate la aplicación de las normas de abuso de mercado como una cuestión que no sólo requiera la integración del sistema por todos los cuerpos de seguridad a nivel nacional, sino también por los órganos legislativos involucrados y no cuando el resultado se determina en gran medida por las barreras organizativas dentro de la Comisión y el Consejo.

Finalmente, el diseño de la ejecución de los intereses que requieren protección en el mercado interno y en el ELSJ, no sólo tienen una dimensión interna de la UE, sino también una dimensión externa de la UE. A partir del ejemplo Libor/Euribor parece haber un modelo de externalización de la ejecución de un único asunto de mercado en las autoridades estadounidenses. La autoridad de competencia comunitaria entró con sanciones fuertes, pero tarde y sólo relacionadas con la distorsión del mercado. Las autoridades nacionales no desempeñaron ningún papel o la mayoría lo hicieron dentro de su agenda nacional. Esto no parece ser una estrategia común, bien cuando se trata de la dimensión exterior de la ejecución de los mercados financieros. Esto es destacable a la vista de la existencia de un tipo de estrategias en el área del

campo de la competencia, donde se ha elaborado un convenio<sup>13</sup> para proporcionar a las reuniones bilaterales periódicas una serie de estrategias, como compartir información sobre las actividades de ejecución en curso y prioridades, discutir los cambios de política, y examinar asuntos de interés mutuo relacionados con la aplicación de las leyes de competencia.

## Notas

- <sup>1</sup> En general, la Fiscalía holandesa no publica ninguna de las comunicaciones sobre la apertura o no de investigaciones judiciales financieras o la existencia de investigaciones judiciales financieras en curso. Sin embargo, en Bélgica esto se hace en la práctica actual.
- <sup>2</sup> Este acuerdo forma parte de los esfuerzos en curso del presidente Barack Obama por la Unidad Especial de Control del Fraude Financiero. El presidente Obama estableció la interinstitucional Unidad Especial de Control Financiero para emprender un esfuerzo provocador, coordinado y proactivo para investigar y enjuiciar los delitos financieros. El grupo de trabajo incluye a representantes de una amplia gama de agencias federales, autoridades reguladoras, inspectores generales y las fuerzas del orden estatal y local que, trabajando juntos, aportan una amplia gama de recursos en la ejecución penal y civil. El grupo de trabajo labora para mejorar los esfuerzos de todo el poder ejecutivo federal, y con socios estatales y locales, para investigar y enjuiciar los delitos financieros significativos, asegurar un castigo justo y eficaz para aquellos que cometen delitos financieros, combatir la discriminación en los mercados de préstamos y financieros, y recuperar fondos para las víctimas de delitos financieros.
- <sup>3</sup> [http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_en.htm)
- <sup>4</sup> Para las otras propuestas sobre la protección penal de los intereses financieros de la UE y de la moneda única (euro), Véase. Vervaele, 2013a, pp. 43-72.
- <sup>5</sup> Véase, COM (2011) 651 para la propuesta original, modificada por la COM (2012) 421; para nuestro análisis, hemos utilizado el texto del documento 11384/13 del Consejo, de ocho de julio de 2013, que contiene la versión consolidada del acuerdo político con el Parlamento Europeo sobre el reglamento. El texto aprobado fue publicado como Reglamento (UE) No. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión Texto pertinente a efectos del EEE, *OJ L 173, 12.06.2014*

- <sup>6</sup> Véase, COM (2011) 654 para la propuesta original, modificada por la COM (2012) 420; para nuestro análisis, hemos utilizado el texto de compromiso final del documento del Consejo 17895/13 de 19 de diciembre 2013. El texto aprobado fue publicado como Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado), *OJ L 173, 12.06.2014*.
- <sup>7</sup> Véase, por ejemplo, las similares preocupaciones expresadas en la Declaración de Suecia, Austria, República Checa y Alemania en el documento del Consejo 11384/13 de 27 de junio de 2013: Cualquier expansión en el acceso a los datos de tráfico fuera de los procedimientos judiciales establecería un peligroso precedente para otros expedientes de la UE.
- <sup>8</sup> En *Spector Photo Group*, el Tribunal de Justicia de la UE considera que esto se debe a la naturaleza específica de las operaciones con información privilegiada que permite una presunción de que el elemento de intencionalidad, una vez que los elementos constitutivos mencionados en esta disposición están presentes y por la finalidad de la Directiva 2003/6, son para garantizar la integridad de los mercados financieros comunitarios y aumentar la confianza de los inversores en dichos mercados. El legislador comunitario, según el Tribunal de Justicia Europeo, optó por *un mecanismo de prevención y de sanciones administrativas* para operaciones con información privilegiada, cuya eficacia se debilitaría si los hechos objeto de un análisis sistemático diesen con la existencia de un elemento de intencionalidad; véase la sentencia de 45/08, *Spector Photo Group y Van Raemdonck*, [2009] ECR I-12073, p.p. 35-38.
- <sup>9</sup> En particular, a través de las técnicas de investigación que se introducen, y las disposiciones sobre la protección de denuncia de irregularidades; sección 4.2.2. Si la evidencia que se encuentra de este modo, puede ser utilizado como prueba en el proceso penal, estableciendo bajo qué condiciones, queda para la legislación nacional.
- <sup>10</sup> En el preámbulo, la consideración 15b. La Presidencia del Consejo también escribió que el Grupo de Trabajo sobre el Derecho Penal Sustantivo (DROIPEN) indicó que el principio *ne bis in idem* podría presentarse si las autoridades competentes de uno (o más) Estados miembros aplican a la misma conducta de una persona tanto las sanciones penales previstas en su legislación nacional para ese delito y las sanciones administrativas previstas por MAR (...). Cabe señalar, en este contexto, que el principio *ne bis in idem* se aplica a través de las fronteras de la UE.
- <sup>11</sup> Documento del Consejo 14598/12 de 17 de octubre de 2012, p. 4-5, revela que se deja a las autoridades nacionales evitar una situación en

la que, de conformidad con las normas de su ordenamiento jurídico, la aplicación simultánea de diferentes tipos de sanciones vulneren el derecho de la persona a no ser juzgado dos veces por el mismo delito en un caso concreto. Esta interpretación sólo es correcta, cuando el principio se limita a los casos nacionales. Ese mismo documento sugiere que sin embargo este no es el caso.

- 12 Situaciones como éstas han surgido en la legislación sobre competencia, en la que el Tribunal de Justicia ha desarrollado un modelo para una 'división del trabajo' entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo para el control de las medidas coercitivas; véase la sentencia de 94/00, *Roquette Frères*, [2002] ECR I-9011. Este modelo carece de otras áreas.
- 13 Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comisión de las Comunidades Europeas en relación con la aplicación de sus normas de competencia - Intercambio de cartas interpretativas con el Gobierno de los Estados Unidos de América. Diario Oficial L 095 de 27/04/1995 P. 0047-0.052

## Referencias

- Bovens, M.; Curtin, D.; Hart, P. (eds.) (2010). *The real world of EU accountability - What deficit?* Oxford: Oxford University Press.
- Busuioaciu, M. (2010). *The Accountability of European Agencies - Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon.
- Comisión Europea. (2010). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. (716). Bruselas.
- Comisión Europea. (2010). Comunicación «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», COM (2010) 609 de 4.11.2010, Bruselas.
- Comisión Europea (2010). Comunicación sobre «Regímenes sancionadores más rigurosos en el sector de servicios financieros» COM (2010) 716 de 8.12.2010.
- Comisión Europea. (2011). *Communication from The Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee and The Committee of The Regions. Towards an EU Criminal Policy: Ensuring The Effective Implementation of EU Policies through Criminal Law*. Bruselas.
- Comisión Europea. (2011). Documento de trabajo de la Comisión SEC (2011) 391 de 28.3.2011, que acompaña al Libro Blanco «Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible», COM 144, de 28.3.2011.

- Comisión Europea. (2011). *Commission Staff Working Paper Executive Summary of The Impact Assessment*. Bruselas.
- Comisión Europea, Dirección General de Justicia. (2013). Política en Derecho Penal. Bruselas.
- Comisión Europea. (2013). (Decisión 535). *Propuesta de Reglamento relativo a la Agencia Europea para la Cooperación en Justicia Penal (Eurojust)*. Bruselas.
- Consejo de la Unión Europea. (2002). (Decisión 584/JAI). *Relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*.
- Consejo de la Unión Europea (2003). Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).
- Consejo de la Unión Europea. (2008). (Decisión 978/JAI). *Sobre el exhorto europeo con el fin de recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal*.
- Consejo de la Unión Europea (2012). Documento del Consejo 16512/12 de 10 de diciembre.
- Consejo de la Unión Europea. (2013). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for insider dealing and market manipulation (17895/13)*. Bruselas.
- DNB en AFM onderzoeken manipulatie Libor-rente. (27 de julio de 2012). RTZL. Recuperado de <http://www.rtlnieuws.nl/economie/dnb-en-afm-onderzoeken-manipulatie-libor-rente>
- Euribor rate. (s.f.). Recuperado de <http://www.euribor-rates.eu/panel-banks.asp>
- FSA. (27 de junio de 2012). *Barclays fined 59.5 million for significant failings in relation to LIBOR and EURIBOR*. (FSA/PN/070/2012). Recuperado de <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/070.shtml>
- Gless, S. & Vervaele, J. (2013). Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice. *Utrecht Law Review*, 9(4) pp. 1-10. Recuperado de <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr>
- Groenleer, M. (2009). *The autonomy of European Union Agencies*. Delft: Eburon.
- Herrnfeld, H. H. (2012). Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Göttingen. En A. Sinn (ed.). *Osnabrück: V&R unipress*. Universitätsverlag Osnabrück.

- Luchtman, M. (2008). *European cooperation between financial supervisory authorities, tax authorities and judicial authorities*, 128-137. Antwerpen. Oxford: Intersentia.
- Luchtman, M. (2011). Transnational Law Enforcement in the European Union and the ne bis in idem principle, *Review of European Administrative Law* 4, pp. 5-29.
- Mitsilegas, V. (2009). *EU criminal law*. Oxford. Portland, Oregon: Hart.
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (2003). Directiva (2003/6/CE) *Sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (Abuso del mercado)*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:096:0016:0016:EN:PDF>
- Parlamento Europeo, Comité de asuntos económicos y monetarios/McCarthy, A. (2012). *On the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for insider dealing and market manipulation*.
- Parlamento Europeo y Consejo Europeo. (2014). Directiva (2014/57/UE). *Sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado)*.
- Treanor, J. (6 de julio de 2012). Serious Fraud Office to investigate Libor manipulation. *The guardian*. Recuperado de <http://www.theguardian.com/business/2012/jul/06/serious-fraud-office-libor-investigation>
- Vervaele, J. & Clip, A. (Eds.). (2002). *European Cooperation between Tax, Customs, and Judicial Authorities*. Den Haag: Kluwer.
- Vervaele, J. (2013). Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? En S. Gless & J. Vervaele (Eds.), *Special on transnational criminal justice, Utrecht Law Review*, 9, no. 4, pp. 211-229.
- Vervaele, J. (2013a). Harmonised Policies and the harmonization of substantive criminal law. En F. Galli y A. Weyembergh (Eds.), *Approximation of substantive criminal law in the EU*. (pp. 43-72). Bruselas: Ediciones UBL.
- Vervaele, J. (2013b). The Application of the EU Charter of Fundamental Rights and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU. *Review of European Administrative Law*, 6, 2013-1. 113-134.
- Unión Europea. Directiva 6/2003 / CE de 28 de enero de 2003 sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), OJ EU L 96/16.
- Unión Europea (2002). Decisión marco 2002/584 / JAI de 13 de junio de 2002 sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DO L 190/1 de la UE.

U.S. Commodity futures trading commission. (27 de junio de 2012). *CFTC Orders Barclays to pay \$200 Million Penalty for attempted manipulation of and false reporting concerning LIBOR and Euribor Benchmark Interest Rates*. Recuperado de <http://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr6289-12>

Zolotukhin v Rusia. (2009, febrero 10). Tribunal Europeo de Derechos Humanos-[TEDH].



## La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas\*

*Emiliano Borja Jiménez\*\**

### Resumen

El texto muestra la crisis que soporta la dogmática jurídico-penal tradicional, alejada de los cuestionamientos político-criminales; en este contexto esa disciplina no cumple las funciones que se le han encomendado. En su lugar, se debe abogar por una disciplina que se ocupe de un derecho penal que vele por la protección de bienes jurídicos, la seguridad jurídica, la proporcionalidad de las medidas de intervención penal en relación con el conflicto originado, los límites del poder punitivo en las garantías constitucionales, etc.

### Palabras clave

Crisis, concepto de acción, Deconstrucción, Derecho penal, Dogmática, Política Criminal, sistema abierto.

### A modo de introducción

Tengo que reconocer que nunca he sido relator de un congreso. He mirado varios modelos, y no me he decidido a seguirlos en este evento. Es por ello que, dadas las circunstancias de este encuentro, he preferido romper la ortodoxia y plantear este relato como el de un espectador. Pero no un espectador objetivo y aséptico, sino más

---

\* El presente texto se corresponde con la relatoría que hizo el autor del Seminario organizado por la Universitat Jaume I y por la Universitat de València, a través de sus respectivos Departamentos de Derecho Público, los días 19 y 20 de junio de 2014, dirigido por la Profa. Dra. María Luisa Cuerda Arnau y Coordinado por el Prof. Dr. Antonio Fernández Hernández y la Profa. Dra. Elena Górriz Royo.

\*\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, España.

bien como alguien que no interviene entre los ponentes, cuya obra y personas conoce, pero que participa del objeto y del debate desde hace muchos años. Y por ello, este relator explicará al lector el objeto y las reflexiones del presente congreso, pero no de una forma fría y alejada, sino con la perspectiva de quien estuvo allí, y que también, internamente, tomó posición. No sé hacer las cosas de otra forma. He realizado traducción simultánea del alemán al español en varias ocasiones en relación con ponencias y conferencias de otros colegas alemanes. Y en esa traducción, además de expresar literalmente en castellano el contenido expresado, no podía evitar realizar algunos comentarios contextualizando la exposición y acercándola más a las expectativas y conocimientos del público. Y esta es la forma en que veo el sentido del presente relato. La explicación y la contextualización del contenido de este congreso por parte de quien también estuvo allí.

### **Objeto del congreso**

El título del congreso ya nos adelanta gran parte de lo que fueron las exposiciones y debates. *La crisis de la Dogmática: Nuevas perspectivas*. En efecto, se trataba de analizar la crisis de la Dogmática desde tres perspectivas distintas. Desde la perspectiva planteada por la metodología de la concepción significativa de la acción, y aquí se incardinan las exposiciones del mismo Vives Antón, de Busato y de Martínez-Buján. Desde la perspectiva de las relaciones entre el Derecho y la persona, y sobre ello reflexionó Ramos Vázquez. Y, finalmente, desde la perspectiva política en relación con la Dogmática, que fue objeto de la conferencia de Muñoz Conde. Ciertamente, dados el lugar donde se celebraba el evento (Universidades Jaume I y Valencia), los organizadores del mismo (discípulos de Vives Antón) y los propios conferenciantes (que, siendo o no formalmente doctores del Maestro valenciano, aceptan en gran medida la doctrina de la acción significativa), las reflexiones sobre la crisis de la Dogmática penal tuvieron muy presente las formulaciones vivesianas llevadas a cabo en las dos ediciones de sus *Fundamentos del sistema penal* y otros trabajos posteriores.

En este sentido, destaco la introducción realizada por la Directora, Cuerda Arnau, que en la presentación de su maestro delimitaba la razón de ser y el objeto de este evento académico. En este sentido, señalaba que el objetivo del presente seminario es reflexionar sobre la situación a la que nos ha conducido la Dogmática y sus verdades, eso sí, tomando como hilo conductor la

concepción significativa de la acción de Vives Antón. Y ciertamente, como se verá más adelante, dicha doctrina no pretende ser una nueva formulación de la Dogmática, sino que busca una aplicación más racional del Derecho penal. Esta aplicación más razonable del Derecho penal requiere un mayor respeto al texto de la ley penal y una mayor tutela de las garantías constitucionales que estructuran el entero sistema punitivo. Sin embargo, las modernas tenencias metodológicas de la Dogmática, por el contrario, han ido elaborando un entramado conceptual que, lejos de auxiliar al intérprete a un mejor conocimiento del significado y alcance de la norma penal, han usurpado dicho conocimiento por una teoría que, en muchos casos, queda fuera y por encima del marco de la ley penal.

La cuestión fundamental, por tanto, se sitúa en torno a la satisfacción de las clásicas funciones que se le atribuyen a la construcción teórica y sistemática del Derecho penal. Si auxilia al operador jurídico a una más razonable aplicación de la ley penal. Si otorga al intérprete un mayor conocimiento sobre el contenido y alcance de los preceptos penales. Si contribuye al incremento de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos. Si fortalece la protección de las garantías constitucionales de aquellos que, de una u otra forma, se ven inmersos en el sistema de justicia penal. Si es un instrumento eficaz en manos del legislador para llevar a cabo mejoras en la reforma penal. Si ofrece a la cátedra una metodología que facilite el estudio del Derecho penal en la Universidad. Si es capaz de proporcionar un modelo teórico que resuelva los conflictos de los seres humanos sin servir a ninguna ideología. Si, en definitiva, nos ofrece posibilidades reales para poner en práctica en la vida social el valor Justicia. En el apartado de conclusiones se dará respuesta, o al menos se intentará, a todas estas dudas y preguntas.

## **Formato**

El formato que se otorgó a este congreso consistía en la exposición de cinco conferencias, distribuidas en dos días (en sesiones matinales). La intervención del ponente venía precedida de una introducción realizada por el moderador. Tras la respectiva conferencia, tuvieron lugar debates centrados en las cuestiones más controvertidas que se habían planteado en la correspondiente exposición. El congreso fue inaugurado por el Sr. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaime I, Prof. Dr. Rafael Lapiedra Alcamí, y fue clausurado por el Sr. Director del

Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia, Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer.

Me gustaría destacar en este punto la diferencia de optar entre dos o tres ponentes en una mañana. En efecto, el día 19 de junio actuaron como conferenciantes Vives Antón y Busato, y los debates, moderados respectivamente por Cuerda Arnau y Fernández Hernández tras estas intervenciones, fueron largos y profundos. Sin embargo, al día siguiente, 20 de junio, intervinieron Martínez-Buján, Ramos Vázquez y Muñoz Conde (actuando como moderadores, respectivamente, Carbonell Mateu, Górriz Royo y González Cussac). Al añadirse una ponencia, aparte de las normales dilaciones que tolera la cortesía académica, los debates fueron menos intensos, si bien siempre interesantes.

De esta experiencia podemos derivar la siguiente conclusión: si además de la conferencia magistral queremos mantener un diálogo crítico y profundo con el ponente, es conveniente no superar dos intervenciones por sesión (mañana o tarde). Claro está que esto no siempre es posible, pues los compromisos y las agendas de los expositores y organizadores, obligan en muchas ocasiones a la concentración de la actividad académica.

## **Desarrollo**

En este apartado voy a realizar un breve resumen de los puntos más relevantes de cada una de las exposiciones de los ponentes, así como de los debates correspondientes. De nuevo advierto al lector que se trata de una interpretación, que pretendiendo ser objetiva, muestra la visión de un espectador implicado. No he querido, por ello, entrecomillar ninguna frase, sino expresarlas de forma distinta (salvo alguna expresión que es conocida por todos), buscando esa contextualización en relación con el objeto del seminario. Se advertirá que se dedica una mayor extensión a la posición de Vives Antón, por las razones que se apuntan más adelante, y relacionadas con el mismo objeto del presente congreso.

### **Deconstrucción y reconstrucción de la Dogmática penal.**

El día 19 de junio, Tomás S. Vives Antón impartió la primera conferencia en este seminario con el título *Deconstrucción de la Dogmática y bases para su reconstrucción*. La segunda acepción del Diccionario de la lengua española (DRAE) define el vocablo *deconstrucción* como

“(…) desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades”. Precisamente dicha actividad en relación con la Dogmática penal ha sido la llevada a cabo en la obra de las dos últimas décadas del autor valenciano. En esta intervención, el desenmascaramiento de las ambigüedades, contradicciones y excesos a los que conduce el pensamiento dogmático fuerte, se examinan, a título de ejemplo a través de tres instituciones que han sido elegidas, y que perfectamente podrían haber sido otras distintas.

Así, en primer lugar, en el marco de la doctrina de la acción, se realiza una crítica a las diferentes concepciones. De esta manera, hace un repaso de las deficiencias de la doctrina causal y final atendiendo al hecho de que no se toma en consideración el significado del aparente comportamiento humano, sino datos ontológicos como el movimiento corporal o el contenido de la voluntad (lo que dejarían sin explicación, por ejemplo, la naturaleza de los delitos contra el honor). Esta crítica, en principio, no podría extenderse a la teoría social de la acción, puesto que ésta otorga relevancia a la conducta por constituir la misma una unidad de sentido social. Dicho sentido social se determina por un juicio objetivo de previsibilidad y dominabilidad del comportamiento. Y aquí reside la gran crítica vivesiana que ya había sido apuntada por Cuerda Arnau en su introducción: la doctrina social en realidad traslada la relevancia penal de la acción a la responsabilidad del sujeto. No toma en consideración el sentido derivado del significado de las palabras definitorias del comportamiento humano, sino de la atribución del resultado al sujeto con base en su responsabilidad. No es lo mismo castigar al sujeto A porque mata al sujeto B, que hacerlo porque A es responsable de la muerte de B. De este modo se extiende el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto más allá del comportamiento descrito por las palabras de la ley. Instituciones como la imputación objetiva combinadas con la comisión por omisión pueden contribuir a alcanzar estas consecuencias si no se someten al filtro del límite del significado de las acciones descritas por el legislador a través de términos lingüísticos.

Un segundo exceso de la creación dogmática que se utiliza como ejemplo es la teoría del dominio del hecho en materia de autoría, de Roxin, y su concreción para resolver los crímenes de Estado perpetrados a través del aparato de poder. El recurso a la utilización de la autoría mediata con instrumentos dolosos para fundamentar la responsabilidad penal de los sujetos que ocupan

la más alta jerarquía, puede ser idóneo en relación con el sistema penal alemán, si lo que se quiere es cubrir algunas deficiencias en la regulación legal de esta institución. Ahora bien, cuando existen figuras como la cooperación necesaria (en el modelo español, con gran influencia en Latinoamérica), que resuelven de forma razonable la cuestión de la responsabilidad penal de estos sujetos desde el punto de vista legal y político-criminal, resulta absurdo recurrir a estos planteamientos foráneos (y se señala como ejemplo la sentencia de condena en el Perú de Alberto Fujimori). Y se pregunta nuestro autor si la adopción por parte de una alta instancia judicial de una de estas construcciones dogmáticas en un país como el Perú constituye una victoria de la ciencia penal. Y el mismo Vives responde que si queremos un Derecho penal que sea Derecho, los jueces tendrán que aplicar la ley conforme a la Constitución. Pues de lo contrario, si se escatima la aplicación de la ley en favor de criterios dogmáticos, se está recurriendo a una máscara que disfraza la realización de la justicia que se quiere hacer (y no la que marca el texto legal).

Un tercer ejemplo de los excesos de la Dogmática se centra en la aplicación de la categoría de la comisión por omisión. El autor recuerda que, para que el comportamiento pasivo equivalga al activo, este debe de interpretarse conforme al tenor literal de las palabras de la ley. Es decir, si la madre deja de alimentar a su hijo de pocos meses de edad, y éste muere de inanición, la responsabilidad penal de la mujer deriva de que su comportamiento, aun siendo omisivo, satisface las exigencias del verbo típico 'matar'. Pero la doctrina, de nuevo, se suele olvidar de esta exigencia del artículo 11 del texto legal, e intenta resolver el problema, no recurriendo a la conducta del sujeto, sino a la atribución de la responsabilidad penal a ese sujeto por el resultado acaecido. Esto ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ha demostrado recientemente en un seminario celebrado en la Universidad de Valencia sobre la omisión la profesora Huerta Tocildo, a extender la comisión por omisión a muchos delitos que no la admiten por los propios requisitos de la acción típica. La Dogmática continúa, de nuevo, deconstruyéndose. Está sustituyendo un sistema de justicia penal de las garantías sometidas a la Constitución por un sistema de especulación que se aleja de aquellas, o que, al menos, las oscurece.

Hasta aquí, Vives Antón nos muestra, a través de varias instituciones (concepciones de la acción, autoría y participación y co-

misión por omisión) cómo la Dogmática penal se ha deconstruido. En un segundo momento de su exposición, el profesor de la Universidad de Valencia nos desvela las razones y el trasfondo de este proceso.

La especulación dogmática ha incurrido en todos estos excesos, ambigüedades y contradicciones por ese afán de perseguir la quimera cientificista. La Dogmática no es una ciencia ni tampoco los juristas hacemos ciencia. Esa ilusión viene determinada, en parte, por la influencia del pensamiento kantiano en el mundo jurídico. Para salir de la botella, el Maestro se separa del filósofo alemán en el ámbito epistemológico y retorna a él en lo que se refiere a su concepto de libertad. Es decir, postula en favor de un alejamiento, en algunos aspectos, del pensamiento derivado de la Crítica a la Razón Pura, para retomar las ideas de la Crítica a la Razón Práctica o a la Metafísica de las Costumbres, al menos en el plano jurídico.

El ámbito epistemológico planteado por la filosofía kantiana nos presenta un mundo cartesiano lleno de conceptos apriorísticos que, desde la esfera interna del sujeto, definen la realidad empírica. Sin embargo, para Vives Antón el contenido y significado de esa realidad no se aprehende a través de conceptos internos, sino por medio del lenguaje y su realización a través de las prácticas estables. Aquí escapa nuestro autor de Kant y se sitúa en espacio de Wittgenstein. Pues la interpretación y el alcance de la ley se obtienen de forma más razonable a través del conocimiento del lenguaje que la define y de su aplicación por medio de la experiencia externa. Y por el contrario, al jurista no le sirven las definiciones extraídas por encima de la ley, previas y fuera de la realidad a la que teóricamente vienen llamadas a regular, tal y como propone la Dogmática tradicional.

Vives Antón, sin embargo, vuelve a Kant en lo que se refiere a su concepción de la libertad en relación con el Derecho. O mejor dicho, retorna a la idea de libertad en el filósofo alemán que no se puede entender fuera del Derecho. En su propia definición, como coexistencia de los arbitrios según una ley general de libertad, encontramos la relación íntima entre estas dos categorías en el pensamiento kantiano. De esta forma, el Derecho, especialmente el Derecho penal, podría ser definido, según Vives, como aquellos límites de la libertad que, paradójicamente, hacen posible la libertad de todos. Estos límites que hacen posible la libertad para todos son, entre otros, las garantías constitucionales. Dichas garantías

constitucionales, por tanto, constituyen el auténtico fundamento del sistema penal. Y no sólo desde el punto de vista axiológico, sino también lógico. De tal forma que la elaboración conceptual del sistema penal, en todo caso, debe ser abierta, pero ha de sustentarse sobre ese núcleo duro de los derechos fundamentales. Y respetando este núcleo duro que viene aportado por la Constitución, el sistema penal debe extenderse en un campo más difuso que pueda permitir las diferentes posibilidades de regulación legal concreta.

Estos son, desde mi punto de vista como espectador implicado, los puntos fundamentales sobre los que reflexionó Vives Antón. He querido desarrollar más ampliamente su intervención por entender que el seminario se centraba, en gran medida, en su crítica a la Dogmática penal. Sin embargo, para no extender demasiado este relato, voy a ser más breve en la explicación del resto de intervenciones.

Tras la ponencia, hubo un debate en torno a cuestiones que suscitó el profesor valenciano. Paso a llevar a cabo una descripción sucinta de las mismas:

Un primer ámbito de discusión giró en torno a la concepción de un sistema penal abierto, como el que mantienen el mismo Vives o Roxin, y la influencia epistemológica de Kant. En este punto nuestro conferenciante consideraba incompatible esta postulación metodológica.

También el Maestro volvió a reforzar su idea de que la Dogmática no puede sustituir a la ley ni reformarla cuando ésta es imperfecta. La regulación de la autoría en el StGB alemán es una buena prueba de ello, pues la obligada rebaja punitiva de toda forma de participación, que conduce a consecuencias político-criminales insatisfactorias en muchos casos (supuestos, por ejemplo, de cooperación necesaria), ha determinado tal desarrollo dogmático para salvar un defecto legal, que acaba extendiendo la punibilidad más allá de lo expresado en la norma. La consecuencia todavía es más irracional cuando estas teorías se exportan a países que tienen legalmente resuelto el problema, como es el caso de España o Perú.

Se trataron otros límites en la elaboración dogmática del Derecho penal, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y aquí de nuevo se concluyó que no existe una imposibilidad dogmática del establecimiento de dicha responsabilidad, sino más bien un problema de constitucionalidad. También se abogó en favor

de preservar un fundamento liberal al sistema de justicia penal frente a criterios de utilidad que, por razones políticas, tiende a limitar las garantías constitucionales (se puso como ejemplo la prohibición de portar banderas republicanas el día de la proclamación del Rey).

Un último debate, se centró en la comparación de sistemas jurídicos; su mayor o menor dogmatismo o virtualidad práctica, y el recurso a la conceptualización técnico-jurídica. En este sentido hubo una primera referencia al derecho anglosajón. Aquí Vives Antón quiso defender este sistema jurídico ante la crítica de la deficiente conformación dogmática de sus instituciones del derecho sustantivo (así, trajo a colación una sentencia de la Corte Suprema en la que se absolvió a un sujeto que pretendía atracar un banco porque fue detenido antes de que comenzara la ejecución del hecho, es decir, porque ni siquiera había tentativa de robo).

Finalmente, se discutió sobre la conveniencia de la utilización del lenguaje técnico o del lenguaje común tanto en la propia ley como en el marco de la sistematización del Derecho. Vives Antón, coherente con su planteamiento, prefiere el uso de conceptos comunes y huir de las definiciones legales o doctrinales, pues los problemas se resuelven, no con un buen concepto o definición, sino mediante prácticas estables en la aplicación de la ley. La última intervención de un reconocido magistrado llamó la atención sobre una función que debería llevar a cabo la doctrina, cual es la de otorgar soluciones viables cuando la ley, sobre todo en el proceso, no regula con la suficiente precisión el ámbito para el cual fue creada. En este sentido, se postuló, no en favor de suprimir la metodología dogmática, sino por una construcción teórica que ayude a una mejor aplicación de la ley y más ajustada al texto constitucional. Aquí se trajo a colación la perversa influencia de corrientes doctrinales funcionalistas en la futura reforma penal, como es el caso de la inclusión en el reciente anteproyecto de Código Penal de la nueva regulación de la peligrosidad. Se concluyó señalando que una dogmática de la peligrosidad es difícilmente conciliable con un Derecho Penal de las garantías.

### **La concepción significativa de la acción y el acercamiento de los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law*.**

La segunda intervención de este primer día de congreso corrió a cargo de Paulo César Busato, bajo el título *La Teoría de la Acción Significativa como elemento de conexión entre los sistemas de imputación*

*del Civil Law y del Common Law: conexiones entre las teorías de la acción de Vives y Fletcher.* En su conferencia, el profesor brasileño nos invitó a reflexionar sobre la pertinencia de acercamiento entre los sistemas jurídicos anglosajones y continentales por medio de la concepción significativa de la acción, en el marco penal, y en las versiones de Vives y Fletcher.

Comenzó su exposición llevando a cabo un paralelismo en el estudio doctrinal de la acción penal en los sistemas jurídicos continentales y del *common law*. Para ello recurre a la expresión gráfica de una parábola matemática, una especie de U más o menos grande, más o menos cerrada, que refleja el objeto y la intensidad del tratamiento de la conducta punible en los derechos continental y anglosajón.

En efecto, en el primero, las concepciones clásica y final del delito fundamentarían la estructura del sistema penal con base en el concepto de acción. Ulteriormente dicho interés sería ya menor con la concepción social, quedando finalmente desplazado por otras categorías como la realización del tipo, el tipo de injusto o la imputación objetiva. Sin embargo, en los últimos tiempos renacería de nuevo en la Europa continental la investigación de la categoría de la acción por autores como Roxin o el mismo Vives. Me gustaría reforzar la idea de nuestro colega brasileño, que considero totalmente acertada, señalando que, en efecto, a finales de la década de los ochenta autores como Jakobs, Roxin y Gimbernat, dedicaron amplios e interesantes trabajos a la acción penal, que se desarrollaron hasta la primera mitad de la década de los noventa, que fue justamente cuando apareció la concepción significativa de la acción de Vives Antón en la primera versión de sus *Fundamentos del sistema penal*.

Aunque de forma distinta, Busato mantiene también que, a partir del caso *Robinson v. California*, se iniciaría en EE. UU. un proceso de estudio de la acción como componente fundamental del sistema de justicia penal. A *Robinson* se le castigó en las dos primeras instancias con *civil imprisonment* por ser adicto a las drogas. Ulteriormente, la Corte Suprema le absolvió por no existir acto alguno, por, en definitiva, ausencia de acción con relevancia y significado punible. A partir de este caso, comenzaron en este país a estudiarse las teorías de la acción, desde una perspectiva decimonónica muy semejante a la concepción causal, evolucionando en las últimas tendencias a teorizaciones subjetivas similares al

finalismo. Sin embargo, el conferenciante nos ilustra sobre nuevas tendencias que distan de otorgar relevancia a la acción penal, para situarse en otros requerimientos establecidos por la ley. Tal sería el caso del ingente número de delitos de posesión en el Derecho penal anglosajón, que, para un sector de la doctrina de este país, determinaría la poca relevancia de esta categoría del delito. Aquí estaríamos situados en el punto más bajo de la figura parabólica. El tramo ascendente comenzaría con las contribuciones del autor estadounidense Fletcher, quien otorgándole relevancia a la acción, rechaza que el sustrato de la misma se sitúe en la finalidad, para proponer que se indague sobre el significado de esos fines. Más tarde encontraría ese significado en la estructura del lenguaje. En este punto el autor aceptaría los presupuestos epistemológicos de la filosofía del lenguaje aportados por Vives Antón y su tesis de otorgar relevancia al comportamiento humano a través del sentido que adquiere aquél por el seguimiento de una regla. De esta forma, acción y norma se sitúan para ambos autores en el momento más relevante de la imputación de la responsabilidad penal.

En la parte final de la exposición, Busato llega a algunas conclusiones reveladoras. La concepción significativa de la acción de Vives y Fletcher posibilitan una crítica a los excesos de la Dogmática, y especialmente a ciertas formas de tipificación de los delitos. Estas concepciones, en la medida en que otorgan toda la relevancia al significado del comportamiento humano, al seguimiento de la regla según prácticas estables, proporcionan un punto de encuentro entre el *civil law* y el *common law*, provocando, de esta forma, un mayor acercamiento entre teoría y práctica.

En su última conclusión, creo que la más discutible, plantea una crítica al creciente recurso a los delitos de posesión. Según el autor, muchos de estos hechos punibles carecen de legitimidad por ausencia de acción según los criterios de la concepción significativa. En el debate ulterior se puso de manifiesto que los problemas que podrían presentar algunos delitos de posesión no están relacionados con una cuestión de acción, sino de ofensividad de un comportamiento existente. Es decir, no se trataría tanto de si existe acción, sino de si esa acción ya existente adquiere la relevancia suficiente en la ofensa del bien jurídico protegido por la norma.

En torno a esta última cuestión giró el debate posterior, con las precisiones apuntadas en el apartado anterior. También se trataron temas abiertos sometidos a la reflexión por parte del conferenciante,

como los puntos de conexión del *civil law* y el *common law*, la necesidad de acercar el Derecho penal sustantivo y procesal en sus vertientes teórica y práctica, o, entre otros, los relativos al Derecho Penal intercultural y la globalización.

### **Reconstruyendo la Dogmática: consecuencias sistemáticas de la concepción significativa del delito.**

Tengo que llevar a cabo una breve reflexión sobre la intitulación de este apartado. Carlos Martínez-Buján Pérez, en su conferencia *El contenido de la antijuridicidad a la luz de la Concepción Significativa*, la primera impartida el día 20 de junio en la Universidad de Valencia, expuso con extraordinario esfuerzo sistemático las más relevantes repercusiones de la concepción de los fundamentos vivesianos en la teoría jurídica del delito, con una minuciosa equiparación de categorías con la Dogmática tradicional. Fue mucho más lejos de lo que anunciaba su ponencia. Llevó a cabo una auténtica traducción, profunda y compleja, de la propuesta de Vives al rompecabezas conceptual de la teoría jurídica del delito en sus versiones más modernas.

La denominada por el propio Martínez-Buján Pérez concepción significativa del delito presentaría una clara y coherente ordenación de sus categorías, que conduciría a unas razonables consecuencias político-criminales totalmente compatibles con el ordenamiento jurídico español.

Categoría fundamental es la antijuridicidad, que expresa en la concepción significativa la pretensión de ofensividad dentro de la pretensión de relevancia. La clásica distinción entre antijuridicidad material y formal quedaría traducida bajo los términos, respectivamente, de *ofensividad* e *ilicitud*, aunque nada se opone a la utilización de aquellos u otros similares (lesividad, antijuridicidad en su sentido más genuino, etc.).

En el examen de la pretensión de relevancia, en su vertiente más conceptual y fáctica, vendrían incardinados los términos del tipo objetivo clásico. Los auténticos elementos subjetivos del injusto conformarían el tipo de acción. El tradicional tipo subjetivo (dolo o imprudencia) integran la pretensión de ilicitud, pues otorgan antinormatividad al comportamiento humano (es decir, empleando la terminología tradicional, otorgan relevancia a la antijuridicidad formal).

La ofensividad, por tanto, refleja el desvalor objetivo, general e impersonal del hecho en la norma. De ahí se extraen consecuencias prácticas muy relevantes. La imputación del resultado se formula también en términos objetivos, como afección al bien jurídico, atendiendo a la predictibilidad del mismo conforme a los conocimientos del autor y del saber público de la humanidad en el momento de la acción. En la medida en que la ofensividad se asienta en el desvalor del resultado, en materia de tentativa inidónea sólo se castigará la relativamente inidónea, pues sólo ésta es fuente de peligro para el bien jurídico.

El tradicionalmente denominado error de tipo invencible, dado que niega el dolo, excluye la antinormatividad del hecho. Y ocurre que la intención, el dolo, no forma parte de la misma acción (error en el que incurrió el finalismo), sino que dota a esa acción, ya lesiva por poner en peligro o lesionar un bien jurídico, del carácter contrario al ordenamiento jurídico. Es decir, el dolo y la imprudencia no constituyen instancias definitorias de la acción, sino de atribución de la responsabilidad penal en la medida en que confieren al comportamiento humano su carácter de comportamiento prohibido por ser contrario a la norma.

El conocimiento de la ilicitud, en cambio, forma parte de la pretensión de reproche, es decir, de la culpabilidad. Su exclusión ya no afectará a la antijuridicidad, sino al mismo reproche. Por esta razón, esta consecuencia se adhiere a la teoría de la culpabilidad en materia de error sobre la ilicitud del hecho (error de prohibición).

La otra cara de la antijuridicidad es la licitud. Ahora bien, las causas que excluyen la ilicitud no excluyen la ofensividad del hecho sino tan sólo su contrariedad con el ordenamiento jurídico. Éstas vendrían constituidas por los permisos fuertes (las tradicionales causas de justificación) y permisos débiles (las tradicionales causas de inexigibilidad). Para el catedrático de la Universidad de A Coruña, una de las consecuencias más relevantes es la consideración de estos permisos como causas personales de desconexión de la antijuridicidad. Por consiguiente, la causa que confiere al tipo de acción la licitud, constituida como permiso personal, no alcanzará al partícipe.

Centrado ya en materia de participación y de actuaciones defensivas de terceros, interpreta Martínez-Buján que el ámbito de consideración común en relación con el autor tiene que circunscribirse a

la realización de un tipo de acción ofensiva al bien jurídico. Se trata, por tanto, de una accesoriedad mínima y objetiva, en la que no se tienen en cuenta los aspectos subjetivos del autor. Ello proporcionaría una solución sencilla para resolver algunos supuestos conflictivos que se han destacado en el marco del Derecho penal económico. Se está pensando, entre otros, en aquellos casos en los que el dominio de la situación está en manos del administrador de hecho o de derecho, y el obligado tributario, representado por aquél, actúa sin conocimiento de los hechos.

Atendiendo al criterio apuntado de la accesoriedad mínima y objetiva, dicho obligado tributario, que dejaría en manos de otra la administración de sus bienes, si incurre en fraude fiscal, no será responsable penal de este tipo de acción por faltarle el dolo y la intención defraudadora. En cambio, al gestor material de sus negocios, en quien concurren estas tendencias subjetivas, en la medida en que su participación se circunscribe al tipo de acción ofensiva y objetivamente considerada, incurriría en responsabilidad penal (si bien podría beneficiarse de la atenuación del art. 65.3 aunque esto es otra cuestión sobre la que nos ilustró más tarde Muñoz Conde). Frente a las dificultades que encontró el finalismo para resolver casos similares, esta tesis es muy respetuosa con los requerimientos del ordenamiento jurídico español, y sus resultados podrían calificarse como muy razonables desde la perspectiva político-criminal.

La consideración de las causas que excluyen la ilicitud del hecho como permisos personales conduce a otra consecuencia importante. Y ocurre que, precisamente por ese carácter personal de la autorización, es posible castigar la participación aun cuando el hecho esté justificado para el autor, en los casos en los que dicho partícipe desconozca la situación de licitud que amparaba la actuación del agente. Por las mismas razones, no habría mayor problema para extender la punición a la participación dolosa en el hecho imprudente del autor.

Con una inagotable capacidad de sistematización, el profesor gallego extrajo muchas otras consecuencias y conclusiones en las que no voy a entrar ahora para no hacer demasiado prolijo este relato. Hubo también un rico debate en el que tan sólo voy a destacar un par de referencias (otra intervención relativa al origen histórico de la atenuación del partícipe *extraneus* en un delito especial se reprodujo en la última conferencia, a la que me remito).

Se trajo a colación algún caso de participación en el que, de una u otra forma, se había recurrido a un planteamiento práctico que resolvía el asunto conforme a las reglas apuntadas de la accesibilidad mínima y objetiva. De nuevo se ponía de manifiesto la virtualidad de esta interpretación para proporcionar soluciones a casos reales respetando el espíritu y la letra del Código Penal español. También se apuntó y valoró la enorme tarea de sistematización de la concepción significativa de la acción llevada a cabo por la obra del profesor Martínez-Buján. Finalmente, se puso de manifiesto por el propio moderador que, en la medida en que la sistemática derivada de los *Fundamentos del sistema penal* de Vives Antón era abierta, algunas de las consecuencias dogmáticas traducidas por el ponente podían ser combatidas e interpretadas de forma distinta. Esta puntualización fue compartida por el propio conferenciante quien confirmaba, en efecto, que algunas de las conclusiones vertidas respondían a una perspectiva personal.

### **Persona, Derecho y Dogmática penal.**

El segundo ponente del día 19 de junio en la Universidad de Valencia fue el profesor de la Universidad de A Coruña José Antonio Ramos Vázquez. En su conferencia, bajo el título *¿Un Derecho penal para personas?*, se reflexionó sobre cuestiones relativas al concepto de persona en Derecho penal y su utilidad, a las relaciones entre persona y Derecho penal, y otras similares.

Si he interpretado bien a nuestro compañero, una primera conclusión que se extrae de su análisis es la gran dificultad para encontrar un significado unívoco de persona en Derecho penal. Nos ilustra con la presentación de un ente multiforme, que adquiere perfiles poco definidos y muy diferentes en materias tales como aborto, maltrato de animales, responsabilidad penal de las personas jurídicas o Derecho penal del enemigo.

La definición de persona, por tanto, se hace muy difícil por la problemática constitución de sus características fundamentales, sobre las que nos ilustró Ramos Vázquez. Ahora bien, el hecho de que no tengamos un claro concepto sobre esta categoría, no significa que el Derecho penal no esté apegado a la misma. Se pone como ejemplo el hecho punible de maltrato de animales, cuyo bien jurídico se conforma, según la mayoría de la doctrina, no por derechos propios de los mismos, sino por intereses más o menos difusos de los seres humanos. Muy atinadamente el autor

señala una contradicción de la Dogmática en este delito. Pues si no hay delito sin ofensa a bien jurídico, y si todos los bienes jurídicos de una u otra forma constituyen valores o intereses de la persona, la conclusión contradictoria es que estamos ante una infracción penal que no tutela ningún bien jurídico. Este mismo argumento lo traslada el autor a ciertas formas de castigo de la profanación de cadáveres, que no se justifica nítidamente por afectar a bienes personales.

Estos serían algunos aspectos que reflejarían el poco rendimiento del concepto de persona en el Derecho penal. Sin embargo, en otros ámbitos, como el que afecta al límite al poder punitivo en la persecución de determinados objetivos, dicha categoría podría tener mayor sentido. Explica así que la crítica más fuerte a la concepción del Derecho penal del enemigo de Jakobs tiene su origen precisamente en la consideración del enemigo como no-persona. Aquí la institución sería útil como muro de contención para afrontar los violentos empujes al Estado de Derecho.

Es un concepto humano, contradictorio, útil en unas esferas, inútil en otras, sirve para delimitar y proteger a unos grupos, para dejar indefinidos y desprotegidos a otros, intuimos su esencia, pero somos incapaces de definirla... Es tan humano, y al mismo tiempo tan sacralizado. Por ser tan humano habría que llenar de vida a este concepto, quizás con las palabras. Salvo la última, éstas no son locuciones de Ramos Vázquez, son mis vocablos con sus ideas, que (creo) el ponente podría haberlas expresado de este modo.

Tras la ponencia, hubo dos intervenciones. Una de la propia moderadora, relativa al bien jurídico protegido en el delito de maltrato de animales, que corroboraba la opinión de otro autor dirigida en el mismo sentido que la expresada por Ramos Vázquez. La otra, del propio Vives, que reiteraba este pensamiento de que las definiciones y los conceptos cerrados no resuelven nada, pues su significado queda acreditado por las prácticas estables, idea que casaría perfectamente con el análisis de la categoría de persona.

### **Dogmática penal e ideología.**

La última conferencia del congreso corrió a cargo de Francisco Muñoz Conde, cuyo título, *Sobre el supuesto carácter 'apolítico' de la Dogmática jurídico-penal*, nos aproximaba de forma nítida al contenido de su exposición.

El autor vertebró su ponencia en tres partes. En la primera analiza las relaciones entre Derecho y Política. En la segunda, reflexiona en torno a la validez y vigencia de la conocida afirmación de Von Liszt sobre si el Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal. La tercera, va dedicada a la posible superación de una Dogmática sustentada *a priori* sobre bases ontologistas, fuera de la realidad política y social, totalmente acrítica con el sistema jurídico y su ideología. Como estas temáticas interaccionaron entre sí a lo largo de la ponencia, trataré de realizar una exposición continuada sin un corte preciso en cada una de las partes señaladas.

El Maestro sevillano comienza señalando que el ejercicio de todo poder, que se encuentra en la idea misma de lo político, siempre se somete a reglas que lo limitan y, por tanto, lo legitiman. La regulación de la convivencia humana, que necesariamente tiene que llevarse a cabo a través de determinados objetivos políticos, se realiza por medio del Derecho. Dada la vocación de permanencia de este último, cuando la Política pretende variar de rumbo, puede entrar en conflicto con lo jurídico. El conflicto entre Derecho y Política, en realidad, se encuentra estructuralmente anclado en las relaciones entre ambos. Y, pese a ello, en el Estado actual, no se puede concebir el uno sin el otro, y viceversa (aun cuando algunas experiencias históricas recientes, como la correspondiente al nacionalsocialismo ejercieran el poder sin Derecho).

En el Estado de Derecho encontramos cierta armonía entre Derecho y Política, al menos en el plano teórico. Es cierto que existe un Derecho de la vida cotidiana, relacionado con el ámbito civil, laboral, mercantil, etc., que no entra en colisión con lo político, pues apenas afecta a esta esfera. Sin embargo, cuando hablamos de intereses mayores, cuando el poder público encuentra un obstáculo en los principios y reglas fundamentales, aquí el operador jurídico se enfrenta ante varias alternativas. Es muy difícil entender que el Derecho, que nace de la Política, constituya al mismo tiempo un límite de la misma. Salvo que se quiera crear un sistema más o menos permanente de reglas y principios que no se vea afectado por decisiones de poder coyunturales e históricas, tarea que resulta muy difícil, si no imposible.

Así nació la Dogmática, como un modelo que técnicamente ordenaba y estructuraba los principios rectores del Derecho positivo, pero con una mayor vocación universal en el ámbito temporal y espacial. Esta metodología adquiere mayor relevancia en el marco

del Derecho penal, especialmente en el desarrollo de la teoría jurídica del delito de autores como Beling o Mezger. La definición de delito, como acción u omisión típica, antijurídica y culpable representa un buen ejemplo de estos logros de la Dogmática penal. Bajo estos presupuestos, la Dogmática constituiría la gramática universal del Derecho penal, ordenada y estructurada con criterios técnico-jurídicos, y sólo técnico-jurídicos, de tal forma que quedaría ayuna de componentes coyunturales vinculados a la realidad social o política.

Sin embargo, la evolución histórica del pensamiento penal nos indica lo contrario. Un constructor de la Dogmática penal alemana como Mezger estuvo vinculado fuertemente con la Política Criminal del régimen nacionalsocialista. Prueba de ello son los trabajos del mismo Muñoz Conde, quien, con una documentación y fundamentación incuestionable, demuestra la implicación del propio Mezger y también de Exner, en los proyectos de creación de campos de concentración para el tratamiento y exterminio de aquellos que se entendían como extraños a la comunidad (vagos, mendigos, homosexuales, pequeños delincuentes). Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, el mismo Mezger propone volver a la Dogmática fuerte, y discutir problemas relacionados con la estructura causal o final del delito. Otro gran dogmático alemán, Welzel, no tan implicado como aquél con el nacionalsocialismo (aunque mantuvo siempre su cátedra durante el predominio del Tercer Reich), también se preocupa por desarrollar una ciencia penal fuertemente ontologista, y vacunada frente a cualquier ideología.

Con estos precedentes, para el profesor de la Universidad Pablo de Olavide no es extraño que esta dogmática ontológica y apolítica tuviera gran éxito en países católicos que habían sufrido, o sufrían, regímenes autoritarios, como España, Italia, Portugal o la mayoría de los países latinoamericanos. En el caso particular de España, la controversia entre causalismo y finalismo fue desatada por discípulos de una u otra doctrina, como Rodríguez Muñoz, Del Rosal o Antón Oneca entre los primeros, y Cerezo Mir o Juan Córdoba entre los segundos. Esa polémica entre causalismo y finalismo tuvo gran repercusión en el mundo académico (ninguna en la práctica), y al régimen franquista le interesaba en la medida en que quedaba vedada la injerencia ideológica. Los jóvenes penalistas españoles se enfrascaron en estos debates hasta que aparece otro joven penalista alemán, Claus Roxin, quien denuncia el poco rendimiento de estas discusiones y propone un sistema abierto de la Dogmática a la Política

Criminal. La influencia de Roxin sería decisiva en autores españoles como el propio Muñoz Conde, y a partir de aquí se inicia en España una nueva Dogmática más abierta a la Política Criminal. Entiendo que, desde otra perspectiva, la constitucional, en este nuevo movimiento más comprometido con el recién nacido Estado democrático resaltan los manuales de otros autores, el entonces joven Mir Puig, también muy influido por Roxin, Cobo del Rosal y Vives Antón, y Rodríguez Mourullo. A partir de aquí se originan otros planteamientos que se fundamentan en postulados ideológicos derivados de los principios constitucionales y se abandona, poco a poco, el modelo ontologista de la Dogmática anterior. En Latinoamérica, sin embargo, el debate entre causalismo y finalismo todavía pervive.

La excusa de la Dogmática para huir de la Política era su pretendido carácter científico, extraño a lo coyuntural, a lo interesado o a lo influido por el poder. Es decir, solo una Dogmática apolítica puede ser una Dogmática científica, y sólo una Dogmática científica puede ser una Dogmática universal. Y aquí el Maestro andaluz se adhiere al Maestro valenciano, cuando considera, trayendo a colación ese párrafo de los Fundamentos del sistema penal que tantas veces hemos leído, y que niega que la Dogmática penal pueda ser una ciencia, porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él.

Por ello finaliza su conferencia señalando que la concepción significativa de la acción de Vives, que supera el ontologismo de versiones anteriores de la Dogmática, rebaja sus pretensiones de científicismo, universalidad y apoliticismo. Esta doctrina se acerca más a la naturaleza del ser humano, como ente que interacciona y se comunica con los demás a través del lenguaje, posibilitando así una razonable convivencia humana a través del Derecho. Constituiría, por tanto, un planteamiento mucho más apto para explicar un Derecho penal de personas, tanto en lo que se refiere al delito, como a las reacciones sociales ante el mismo.

Tras la conferencia, no hubo debate, pero sí una nueva intervención de Muñoz Conde. Nos explicó el origen histórico del art. 65. 3 del Código Penal español en Alemania, de donde deriva. Y aquí el profesor de la Universidad Pablo de Olavide nos sorprendió de nuevo desvelándonos, una vez más, las razones ideológicas del precepto legal. Fue introducido en el StGB alemán en los años sesenta para buscar la prescripción de los delitos más graves perpetrados por los ejecutores de las órdenes de los jefes nazis

(que la jurisprudencia consideraba cómplices con base en la teoría subjetiva de la autoría) durante el gobierno del Tercer Reich. Si a la complicidad se le añadía una atenuación específica por carecer el sujeto de las condiciones personales del autor, la pena, aun cuando el delito fuera el más grave en esta época (asesinato), se aminoraba considerablemente, y el proceso finalizaba con la absolución por prescripción. Precisamente esta fue la razón que llevó a Roxin a elaborar su doctrina de la teoría de la autoría mediata en los delitos perpetrados utilizando los aparatos estatales de poder, combatiendo así esta vergonzosa impunidad de los más horrendos crímenes nazis. Muñoz Conde nos muestra, una vez más, que la pretendida asepsia de la Dogmática encubre en realidad una perversión de naturaleza política, totalmente ilegítima. Pues este origen ideológico no aparece en ningún manual de Derecho penal alemán, y menos todavía, en España.

## Conclusiones

En el apartado dedicado al objeto de este encuentro, he apuntado las funciones que normalmente se le atribuyen a la Dogmática penal. Ahora voy a recordarlas de nuevo, una a una, y voy a ensayar las respuestas que los conferenciantes de este congreso han aportado en sus ponencias, trasladándolas a este ámbito común de las conclusiones.

### **Sobre la contribución de la Dogmática penal a una más razonable aplicación de la ley penal.**

Aquí encontramos dos respuestas muy críticas. Vives nos muestra como el metalenguaje y la construcción ontológica de conceptos se impone por encima de las exigencias legales y constitucionales, no respetando el texto de la norma. De esta manera se suele extender la responsabilidad penal más allá del ámbito limitado por los vocablos de la ley. Muñoz Conde llega a denunciar que las controversias entre causalismo y finalismo ocultaban la utilización ideológica del Derecho y sus reformas no siempre obedecían a una mejora técnica de los preceptos.

Por el contrario, una aplicación razonable del Derecho penal se consigue, no, desde luego, con la creación de conceptos cerrados a los que se somete la realidad. Es preferible el recurso al desvelamiento del significado del comportamiento humano descrito a través del lenguaje indagando las prácticas externas y estables.

### **Sobre su rendimiento en cuanto otorga al intérprete un mayor conocimiento sobre el contenido y alcance de los preceptos penales.**

Continuando con la conclusión anterior, la Dogmática crea sus propias instituciones prescindiendo del derecho positivo. La doctrina se ha esforzado más en amoldar ese derecho positivo a su propia concepción, que a interpretar de forma rigurosa las normas penales conforme a la práctica jurisprudencial. En este punto, también destacan dos intervenciones que ponen de manifiesto la acertada crítica, en este sentido, de la concepción significativa de la acción. Por un lado, permite orientar el conocimiento del Derecho a través de la experiencia de los tribunales en un acercamiento entre los sistemas del *civil law* y *common law* (Busato). Por otro lado, posibilita –como ha señalado Martínez-Buján– una clara y coherente ordenación de las categorías del sistema penal, que conduciría a unas razonables consecuencias político-criminales totalmente compatibles con el ordenamiento jurídico español.

### **Sobre el fortalecimiento de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos por parte de la Dogmática penal.**

También íntimamente relacionada con las anteriores consideraciones, aquí se ha respondido de nuevo negativamente. La mayoría de los conferenciantes, de una u otra forma, han puesto de manifiesto el constante y progresivo incremento de todo tipo de teorías para cualquier mínimo problema de interpretación de la ley. De tal suerte que un ciudadano no siempre puede predecir con anterioridad al acto que le vincula al sistema penal, cuáles van a ser las consecuencias que el mismo le va a acarrear. Esto permite a la jurisprudencia, en ocasiones, acogerse a una u otra doctrina sin necesidad de someterse a las exigencias del Derecho positivo, como han mostrado alguno de los ejemplos vertidos en las exposiciones (en materia de autoría y participación, comisión por omisión, imputación objetiva, atenuación en la participación, etc.).

### **Sobre la protección de las garantías constitucionales de aquellos que, de una u otra forma, se ven inmersos en el sistema de justicia penal.**

Si se examina el índice de un manual de Derecho penal alemán, es muy difícil encontrar apartados específicos que se dediquen

a explicar los principios constitucionales del sistema penal. Ello es así porque en el país en el que nace la Dogmática penal, se ha pretendido tecnificar sus conceptos e instituciones, olvidando en muchos casos su origen en la norma fundamental. Así la Dogmática retrocede, cada vez más, ante el avance de una Política Criminal punitivista. La Dogmática ha sustituido el Derecho penal de las garantías por el Derecho penal del sistema, y es capaz de justificar cualquier planteamiento. Entre ellos, los conferenciantes e intervinientes en los respectivos debates, trajeron a colación el Derecho penal del enemigo (Ramos Vázquez, Muñoz Conde) y la Dogmática de la peligrosidad (Vives, Carbonell).

### **Sobre la capacidad de la Dogmática para ofrecer al legislador una adecuada orientación en la reforma de la legislación penal.**

La mayoría de los países del ámbito occidental continental recurren a la academia universitaria para obtener informes que mejoren técnicamente los proyectos de ley, y que éstos puedan adecuarse a los objetivos político-criminales conforme a la Constitución. Pero de nuevo la pretendida caracterización universal de la Dogmática introduce categorías e instituciones propias de otros países, sin tomar en consideración la razón de ser de su concreto origen ni tampoco la tradición jurídica nacional. Es cierto que los profesores universitarios han elaborado excelentes textos punitivos merced a su buen conocimiento del Derecho positivo, de la jurisprudencia que lo aplica y de las teorías que lo explican. Pero también es verdad que, bajo criterios dogmáticos del empleo de una mejor técnica jurídica, o de la introducción de una institución novedosa, se han cometido, o se van a cometer, grandes errores. Muñoz Conde ponía el ejemplo de cómo un gran penalista, Dreher, fue el responsable de que se introdujera en el StGB la atenuación del partícipe *extraneus* en un delito especial, pero con una finalidad ideológica que buscaba la impunidad de graves crímenes nazis. La futura reforma del texto punitivo español, en la que también están contribuyendo algunos expertos penalistas, ya ha mostrado la pretensión, en algún momento, de introducir medidas jurídico-penales extrañas a nuestra tradición y que han sido dura y justificadamente criticadas, como la custodia de seguridad o la prisión permanente revisable, y en general, el Derecho penal de la peligrosidad.

## **Sobre la función de la Dogmática de favorecer el estudio del Derecho penal en la Universidad.**

No se puede negar que el estudio del Derecho penal en las universidades europeas continentales es muy similar. La distribución entre Parte General y Parte Especial, la división interna de cada una de éstas, la utilización de una terminología especializada facilita la ordenación y sistematización de los conceptos y principios del Derecho penal. Sin embargo, se puso varias veces de manifiesto en el congreso, que las dificultades afloran cuando se intenta explicar con estos parámetros los sistemas penales anglosajones o el vecino francés. Y también se destacó que no por ello los estudiantes de Derecho franceses, británicos o estadounidenses son peores que los alemanes, españoles o italianos. Esta Dogmática facilita el estudio del ordenamiento jurídico positivo, pero dicho estudio no se acerca a la práctica jurídica. En este sentido, Vives criticaba el conceptualismo jurídico-penal de la Dogmática, que determinaba que otros colegas u órdenes jurisdiccionales no nos entendiesen. Muñoz Conde apoyaba esta idea señalando con su fina ironía lo felices que podían vivir los juristas anglosajones o franceses sin la influencia de la Dogmática alemana.

## **Sobre la aptitud de la Dogmática penal para proporcionar un modelo teórico que resuelva los conflictos de los seres humanos sin servir a ninguna ideología.**

La pretendida asepsia política de la Dogmática es una falacia. Desde su nacimiento hasta hoy en día, se ha querido introducir, como algo conforme a su idiosincrasia, las características de la universalidad y el carácter científico. Pero el propio Vives ha demostrado en muchos de sus trabajos que el cientificismo esconde una ideología perversa. El propio pensamiento político de la globalización se encuentra acurrucado bajo el cientificismo y el efectivismo. Muñoz Conde nos ha mostrado como la Dogmática ha cubierto y tapado las perversidades de la actuación política que favorecía a criminales nazis. Mejor sería rebajar las pretensiones de la Dogmática y desvelar los fundamentos político-criminales de sus conceptos, categorías e instituciones. Por ello se prefieren aquellas propuestas que presentan sistemas abiertos, bien a la Política Criminal, bien al ámbito comunicativo proporcionado por el lenguaje a través de las prácticas estables. En ambos casos no se excluye un anclaje del Derecho penal con la ideología, más bien se

rechaza un modelo ideológico concreto y se acepta cualquiera que pudiera derivar del Estado Constitucional.

### **Sobre las posibilidades reales de la Dogmática para poner en práctica en la vida social el valor Justicia.**

El pretendido carácter científico de la Dogmática arrastra su excesiva abstracción y alejamiento de la realidad. Se olvida que nos encontramos ante un Derecho penal de la persona, y aunque se ha puesto de manifiesto la difícil semántica de este último término (Ramos Vázquez), el Derecho no deja de ser un producto humano para resolver conflictos entre los humanos. Y si se acepta, como se ha dicho en este congreso siguiendo al Maestro Vives, que el Derecho penal no es una ciencia, porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él, entonces, o la Dogmática cambia de pretensión, o nada aportará para resolver los conflictos de la vida social, de forma racional y legítima. Sin embargo, concebido el Derecho penal como el estudio del significado y alcance de las acciones humanas y sus consecuencias bajo el prisma de la norma jurídica, entonces aparecerá el Derecho de las personas. Un Derecho que persigue una convivencia razonable en la que imperen valores de Justicia, o realizaciones parciales de la misma, algo difícil de definir, pero que todos sabemos de qué se trata. Algo así como protección de bienes jurídicos, seguridad jurídica, proporcionalidad de las medidas de intervención penal en relación con el conflicto originado, límites del poder punitivo en las garantías constitucionales, etc.

## **La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia**

*Thereza Cristina Coitinho das Neves\**

### **Resumen**

Las políticas criminales postmodernas están, en gran parte, dotadas de una rigidez excepcional pero sin alcanzar resultados positivos en el combate al delito. Sin embargo, la sociedad las apoya convencida de que esa es la mejor forma de tener protegida su seguridad. Alarmada por los mensajes sensacionalistas propagados por los medios de comunicación, dicha sociedad legitima políticas fallidas e, incluso, socialmente nocivas, y acaba por exigir, de forma gradual, más dosis del mismo remedio (la represión penal). Sin embargo, dichas políticas no son eficaces pues se basan más bien en el temor social que en las causas del delito. Urge, por lo tanto, un proceso de resistencia al discurso securitizante, a fin de poner en práctica alternativas que logren una real disminución de la criminalidad. Aquí se plantea de qué maneras los actores sociales podrían resistirse a la securitización, a cuyo efecto se sugieren posibles estrategias que viabilicen dicha resistencia.

### **Palabras clave**

Posmodernidad, Política Criminal, securitización, sectores sociales, resistencia.

---

\* La autora es licenciada en Derecho (Universidade Salvador–UNIFACS, Brasil), Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca; candidata a Doctor en Derecho Penal de esta última casa de estudios. Se desempeña como asesora jurídica de la Fiscalía Federal en Salvador, Bahía. Dirección electrónica: teka248@hotmail.com

## Introducción

La Política Criminal postmoderna es, cada vez más, delineada en clave de seguridad, para dar cabida a un fenómeno llamado por algunos autores securitización. Muchas veces, con el auxilio de los medios de comunicación, los políticos logran que la sociedad legitime políticas estrictamente represivas, en razón de una supuesta protección a la seguridad social.

El discurso de que existe, cualquiera sea el objeto de referencia, una amenaza verdaderamente para la sociedad, posibilita que sean adoptadas medidas excepcionales para tratar de erradicarlas como principales estrategias de diversas políticas criminales. Dichas políticas pasan a ser deformadas, flexibilizándose los principios del Derecho penal democrático, y dejándose atrás los avances de la Criminología en el estudio de la respuesta al delito. Los resultados de ese proceso son verdaderamente caóticos, una vez que los actos de represión penal justificados más bien en un temor social que en datos científicos, además de no contener las cifras delictivas, limitan un debate abierto y legítimo respecto de las causas de algunos fenómenos criminales y aún traen situaciones de verdadero riesgo a muchas comunidades. Todo eso acaba por generar cada vez más, justamente, lo que se dice combatir: la inseguridad.

Por tratarse de un proceso político, que envuelve a diversos actores sociales, en un círculo vicioso a través del cual se movilizan discursos y prácticas convenientes a los sentimientos de la sociedad, se torna muy difícil su deconstrucción. Sin embargo, es necesario buscar otras alternativas, toda vez que la mayoría de estas políticas son ineficaces y traen con ellas diversas consecuencias negativas en muchos ámbitos de la convivencia en sociedad.

Siendo así, con base en estas anotaciones previas, el presente artículo tiene por objetivo plantear algunas estrategias de resistencia por parte de los propios actores sociales al proceso securitizante. Por lo tanto, inicialmente, se contextualiza dicho proceso en el momento histórico actual y se delimita un concepto que describa ese fenómeno a fin de dejar claro cuál es el objeto del presente texto. Enseguida, se enumeran los efectos de las políticas criminales securitizadas, para demostrar la necesidad de un cambio de paradigma en el ámbito del control del delito. Finalmente, se sugieren algunas estrategias para resistir a la securitización, posibilitándose así abrir el camino para alternativas más eficaces en el combate del delito.

## Securitización

Para entender mejor el proceso que ciertos autores denominan securitización, que fundamenta un endurecimiento en el ámbito político-criminal en nombre de la seguridad, es interesante remitir a sus posibles orígenes, contextualizándolo.

### Entorno.

Observándose el panorama histórico-económico-social que envuelve el proceso securitizante, se pueden apuntar algunos aspectos que están estrechamente conectados con el fenómeno. Inicialmente, es posible citar el momento histórico en el que hubo una transición del paradigma de la libertad al de la seguridad. Conforme se observa, esa transformación coincide con el declive del Estado de Bienestar (*Welfare State*), surgido en el siglo XX después de la Gran Depresión<sup>1</sup> y, más fuertemente, en el período de la posguerra en los Estados Unidos, Gran Bretaña y algunos otros países europeos, sobre todo los nórdicos, cuya prioridad era asegurar a los ciudadanos condiciones para una vida digna, de bienestar. Para ello, el Estado tenía un papel central en la regulación de la economía y promovía la justicia social, lo que nutría la confianza por parte de la sociedad en relación con las respuestas estatales.

Según Garland (2005, pp. 81-83), dicha confianza ha propiciado lo que él llama el welfarismo penal; tal modelo ha sido estructurado bajo el principio central de rehabilitación, seguido coherentemente por los operadores del sistema penal que actuaban de manera encadenada. Además, las instancias correccionales tenían un carácter individualizante, indeterminado y, en gran medida, discrecional, que posibilitaba que las autoridades penales trabajaran con más libertad a la hora de ajustar las respuestas a cada delincuente, de acuerdo con sus necesidades rehabilitadoras. Dicha indeterminación abría, entonces, una brecha de actuación, haciéndole creer al público que los elementos penales eran más fuertes de lo que de hecho se configuraban. Así, se lograban saciar las demandas punitivas de la sociedad y, al mismo tiempo, se podía fortalecer la toma de decisiones por los expertos y profesionales, que tenían en cuenta estudios criminológicos y empíricos sobre las causas del delito.

No obstante, a mediados de la década de 1970, hubo un giro en la opinión progresista en torno a las medidas correccionalistas. Se pasó a un discurso de desconfianza incesante en torno a la capacidad del

Estado para promover el bienestar y controlar el delito (Garland, 2005, p. 134). Eso, en razón de los cambios políticos, sociales y económicos que habían ocurrido a finales del siglo XX<sup>2</sup>; es decir, hubo una transformación en toda la estructura que daba sustento al control moderno del delito, basado en el welfarismo estadounidense y europeo.

De esta manera, el escenario económico pasó a ser protagonizado por el neoliberalismo, modelo de economía en el cual el Estado empieza a interferir mucho menos que en los tiempos del Estado de Bienestar, dándole más libertad a las iniciativas privadas y a la búsqueda del lucro. Todo eso, sin preocuparse tanto de las condiciones sociales igualitarias; sino, por el contrario, admitiendo la existencia de la exclusión social como ineludible (Brandariz, 2004, p. 51).

De esta manera, el desarrollo del capitalismo en su forma neoliberal, al desprenderse por completo del bienestar social como prioridad, provocó cambios en el control del delito cuyo ideal correccionalista cedió lugar a un imaginario retributivo y de mayor control social. Así, encubriéndose intereses también económicos<sup>3</sup>, fueron generadas las políticas de seguridad pero apenas en protección de los sujetos con los cuales el Estado obtuviera determinada renta. Así lo explica Böhm:

El sujeto protegido por las políticas de seguridad actuales es un animal rentable: sólo cuenta como cuerpo adinerado o endeudado, empleado, pagador de impuestos, en todos estos casos el Estado lo entiende económico y protegible. Quienes no son rentables para el Estado y los mercados (ni adinerado ni endeudado, desposeído, desempleado, indocumentado, rebelde, detractor) generan sensación de inseguridad. Las políticas de seguridad no dialogan con colectivos, con seres humanos socializados y socializables, con sujetos políticos entramados en las dinámicas sociales (Böhm, 2013a).

Así es que, con el nuevo sistema, se logra perpetuar una propuesta de exclusión social<sup>4</sup> que es aun fácilmente promovida por el proceso de globalización, una vez que el globalismo traduce la ideología de la economía neoliberal, pues limita la mundialización al aspecto económico (a través del globalismo, se quiere que un Estado y todo su aparato social sean encarados como una empresa, como señala Beck (2001, p. 27)). Como se sabe, el proceso globalizante promueve una transnacionalización del capital, con operaciones que desbordan las fronteras de los países, permitiendo la libre circulación de bienes, personas y servicios. De esta forma,

(...) la globalización introduce otras formas de riesgo o incertidumbre, especialmente las relativas a la economía electrónica globalizada, los riesgos de degradación medioambiental, los riesgos de tipo sanitario-alimentario, los derivados de la siniestralidad, los derivados de las patologías del presente, entre las que se incluyen las pandemias aún no superadas en cuanto a perturbaciones novedosas. El resultado es que el mundo en lugar de estar cada vez más bajo nuestro control está fuera de él. Es más, el progreso de la ciencia y la tecnología, que se suponía que harían la vida más segura y predecible para nosotros, tienen a menudo un efecto contrario (Pérez, 2007, p. 30).

De acuerdo con Beck (2008), vivimos actualmente en una sociedad del riesgo, que sería aquella en la cual “el trato con el miedo y con la inseguridad se convierten biográfica y políticamente en una cualificación civilizatoria clave” (p. 56). En tiempos denominados postmodernos, o de ‘modernidad tardía’ –conforme los suele llamar el sociólogo Garland<sup>5</sup>– en los cuales vivimos hoy, es flagrante, como se ha visto, la remisión a la seguridad o a la falta de ella. Por eso ocurre que, a pesar de existir hoy, de hecho, nuevos riesgos, la sensación de inseguridad es más bien fabricada que real y no parece guardar fiel correspondencia con la realidad<sup>6</sup>.

Sin embargo, al elegir objetos de referencia, y con la ayuda de los medios de comunicación para promover el miedo y una sensación de vulnerabilidad, el poder político logra la legitimación social de criminalizaciones, bien como de otras medidas penales, incluso en carácter excepcional. Siendo así, delante de lo que se ha visto, el Estado contemporáneo, marcado por la economía neoliberal, es un modelo de Estado mínimo en lo socioeconómico y máximo en el control social (Pérez, 2007, p. 34). Por ello, Wacquant (2000), le atribuye las siguientes características al referido modelo estatal: “borramiento del Estado económico, debilitamiento del Estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal” (p. 22). Es, pues, en ese contexto que se da la securitización de diversas políticas criminales, cuya noción se desarrolla en las siguientes líneas.

### **Concepto.**

El concepto de *securitization* (securitización)<sup>7</sup> ha permeado, inicialmente, las relaciones internacionales, según las líneas de investigación danesa e inglesa que le tenían por objeto de estudio (Buzan, Waever & de Wilde, 1997). Con la incorporación de la línea francesa al Colectivo de Enfoques Críticos sobre la Seguridad en

Europa<sup>8</sup>, se pasó a ver tal proceso también a través de los ámbitos sociológico y político, de la migración, criminológico y jurídico, de manera que la idea de securitización pasó a ser tratada no sólo dentro de las relaciones internacionales sino, también, en muchos otros campos incluido el sistema penal (Böhm, 2013a).

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el objetivo del presente escrito es ese último ámbito citado, se debe trasladar el concepto de securitización, específicamente aplicado a las actuales políticas criminales. En este campo, en efecto, el proceso securitizante se desarrolla en unas fases que pueden ser simultáneas entre sí<sup>9</sup>.

En primer lugar, se elige un objeto de referencia. Es decir, se selecciona un tema conflictivo y los sujetos envueltos con determinada problemática, a fin de establecer una protección (o un discurso de protección) a la seguridad de éstos, como por ejemplo la tutela de los jóvenes en relación con las drogas. En ese caso, se plantea que es necesario proteger la salud de estos jóvenes indefensos en relación con el mal que traen las sustancias psicoactivas ilegales, que estaría acabando con la vida de millares de niños y adolescentes.

En ese punto, debe resaltarse que, *a priori*, cualquier asunto es securitizable; la gran cuestión es si los detentores del discurso securitizante están en un rango de poder que les permite llegar a una audiencia relevante. Ese es el otro paso del proceso: es necesario alcanzar a un público no solamente amplio, sino también que tenga el poder de hacer reclamos, sensibilizándolo sobre la vulnerabilidad de los sujetos que inevitablemente tendrán su seguridad amenazada (conflictividad transformada en un problema político), en caso de no tomarse una actitud enérgica y urgente en el ámbito penal (transformación de un problema político en un problema de seguridad).

Para lograr dicha transformación con éxito, los detentores del poder (políticos) se valen del apoyo de los medios de comunicación masivos<sup>10</sup> a fin de difundir la idea de miedo e inseguridad en la sociedad. Así, se pasa de utilizar una escala discursiva que transforma el problema de seguridad en verdadera amenaza existencial. De esa manera, la sociedad se ve sin otra alternativa que la de exigir de las autoridades estatales respuestas realmente fuertes, aptas para lidiar con una cuestión de vida o muerte. Y, como se sabe, el instrumento vendido como lo más fuerte por el Estado es el sistema penal<sup>11</sup> y, así, se camina hacia la excepcionalización<sup>12</sup> de medidas penales, fuertemente apoyada por la sociedad en general.

Ante las consideraciones anteriores es posible, pues, delinear un concepto en torno al proceso securitizante en el sistema penal. La securitización en el ámbito político-criminal es, entonces, una técnica de gobierno de la que echan mano las autoridades estatales con elevado rango de poder (políticos), que, con la ayuda de los medios de comunicación, aireando el miedo y la inseguridad, logra una despolitización de los conflictos seleccionados, para los cuales se legitima una respuesta penal excepcional, una vez que el conflicto inicial se transforma, más que en una cuestión de seguridad, en una amenaza existencial.

### **Efectos.**

Antes de ocuparse de este tópico es importante destacar que tal sistema, presente en el modelo de control del delito contemporáneo, trata más bien de rellenar lagunas políticas inherentes al contexto neoliberal; es decir, suplir la falta de políticas públicas serias en varios sectores que demandan una actuación positiva del Estado, en el sentido de proveer dignidad y bienestar<sup>13</sup>.

En razón de eso, conforme se ha dicho previamente, de forma contraria a los tiempos de welfarismo penal, no se tuvieron en cuenta los estudios empíricos y criminológicos respecto de las causas del delito a la hora de dibujar muchas de las políticas criminales. Eso, tal como era de esperarse, ha generado consecuencias muy dañinas a la sociedad, una vez que no se supo o quiso lidiar con los fenómenos criminales de manera racional. Dichas consecuencias pueden ser divididas en dos clases, que aquí se llamarán materiales y formales.

Las materiales, serían los impactos negativos causados en la sociedad en general que pasó a convivir en un ambiente de cada vez más riesgo e inseguridad; siendo ese, por lo tanto, el principal costo social de las políticas securitizantes. Además, tales políticas no lograron contener las cifras delictivas de los delitos objeto de estrategias securitizadas y la generación de una criminalidad subsidiaria fue flagrante. Remitiéndose al ejemplo de la política de drogas, la criminalización del narcotráfico ha producido otras fuertes modalidades de criminalidad, como el tráfico de armas, la corrupción y el blanqueo de capitales (Hulsman, 1987, p. 49).

Otra consecuencia dañosa a la sociedad fue, sin duda, la criminalización de la pobreza (Pérez, 2007, p. 35). A través de una política neoliberal, como se pudo ver, sólo se han profundizado la

discriminación y la exclusión social. Los procesos securitizantes fueron complementarios en el sentido de que se pasó a segregar, de hecho, a algunos sectores sociales (como inmigrantes, drogadictos, terroristas, etc.), aislándoles en cárceles o en ambientes marginales.

Aún, hay que comentar del aumento vertiginoso ocurrido en los últimos años en la población carcelaria mundial. Conforme el ejemplo más que ilustrativo del tráfico de drogas, a partir de la entrada en vigor de la Nueva Ley de Drogas brasileña (Ley 11.343/2006), se computa un aumento masivo del número de presos relacionados con tal delito, que subió de 47.472 a 106.491 (124%) en el período correspondido entre 2006 y 2010 (Marques de Jesús *et al.*, 2011, p.15), aunque la nueva Ley haya quitado la respuesta de la prisión para la posesión de drogas para consumo propio.

Pero un impacto negativo material fue la falta de acceso a la información verdadera sobre el tema objeto de referencia de la política. Los discursos fundados en clave de seguridad han limitado enormemente la búsqueda de información de calidad respecto del delito por parte de la sociedad y de todo el proceso sociológico-cultural que lo envuelve, filtrando las que sólo interesan al mantenimiento de las propias políticas (así como del poder de sus promotores). A través de la propagación de informaciones distorsionadas, el gobierno impide no sólo una revolución social en contra de sus estrategias fallidas, sino que también consigue limitar bastante la evolución social, lo que sería inevitable mediante el libre acceso a informaciones basadas en evidencias científicas.

Un ejemplo bastante claro que demuestra esa última cuestión fue la restricción de investigaciones y experimentos científicos sobre las drogas consideradas ilícitas, impuesta por el prohibicionismo. Con una gradual flexibilización de esa política de drogas prohibicionista, se pudo, poco a poco, retomar investigaciones que estaban congeladas principalmente desde la época en que se dictó la *War on Drugs* (década de los 70 del siglo pasado), y en los últimos años se han descubierto, por ejemplo, grandes efectos benéficos del aceite de marihuana en relación con el cáncer (Gardner, 2013) y a la epilepsia (Ericson, 2013).

En ese punto, es importante comentar que la política de drogas, tan utilizada aquí como un gran ejemplo de política securitizada que genera diversas consecuencias dañosas, ha sufrido en épocas recientes cambios relevantes. En efecto, a finales de 2012 los esta-

dos de Washington y Colorado legalizaron el comercio y uso de marihuana para fines recreativos y, para fines medicinales, ya se podía adquirir marihuana con receta médica en California desde 1996 (Araujo, 2014). Actualmente, más de una veintena de estados americanos legalizaron la marihuana medicinal (Globo.com, 2014) y existe un movimiento en el sentido de que todos los Estados Unidos regulen la marihuana de forma similar al alcohol y al tabaco (Drug Policy, 2014), a pesar de que la legislación federal aún se mantiene en la línea prohibicionista.

En ese panorama, Uruguay es el país pionero en legalizar (y, por lo tanto, regular) la producción, venta y uso de marihuana (La Vanguardia, 2014) devolviendo al área de la salud pública el tema que, desde hace un siglo, es tratado en el ámbito penal por medio de una política criminal securitizada. El modelo uruguayo de regulación del cannabis toma por premisa la de que el mercado de la droga ya existe (y siempre va a existir), debiendo el Estado regularlo y ofrecer políticas públicas para disminuir los riesgos y daños generados por su consumo abusivo, a través de la promoción de educación y salud.

Siendo así, teniendo por delante el giro que se ha dado en la política de drogas en Estados Unidos y, sobretodo, en Uruguay, cabe preguntarse: ¿estamos asistiendo, en últimas, a una propuesta des-securitizante? Eso es lo que parece, al menos en la medida en que el Estado retira del sistema penal una cuestión que debe ser tratada con estrategias realmente eficaces que tengan en cuenta los aspectos científicos, históricos y sociales que envuelven el tema, volviéndolo a politizar. Se espera, desde luego, que el experimento a que se refiere el presidente uruguayo José Mujica sea llevado en serio e influya fuertemente en el cambio radical de muchas de nuestras políticas criminales. Mientras no se tengan a mano los resultados de la nueva política uruguaya, sólo nos resta retomar el asunto de los efectos de las políticas securitizadas.

Se puede citar, todavía, como consecuencia material de la securitización, el descrédito del sistema judicial y penal por parte de la sociedad, lo que genera una inestabilidad institucional. Aunque se compre la idea de que la mejor respuesta a una serie de conflictos es la penal, se desconfía que las instituciones investidas de poder realmente funcionen, una vez que, obviamente, no se asiste a una disminución de delitos; máxime si, por el contrario, la práctica de

ellos sólo aumenta, en razón de no tomar las precauciones debidas, fundadas en las reales causas delictivas.

Por otro lado, se encuentran los efectos dañinos aquí denominados formales, una vez que impactan a la dogmática penal propiamente dicha, creándose enigmas cada vez más difíciles de resolver para el Derecho penal contemporáneo. Como ejemplos de ellos tenemos: la promulgación de nuevas legislaciones penales y procesales especiales; la tipificación de actos meramente preparatorios; la tipificación de delitos de peligro abstracto; socavamiento de principios del Derecho penal; la flexibilización de criterios de imputación penal; el debilitamiento de las garantías penales del individuo; la priorización de intereses colectivos antes que de los individuales, etc. (Pariona, 2009, p. 175). Obsérvese que estas medidas excepcionales muchas veces lesionan derechos fundamentales de los ciudadanos criminalizados<sup>14</sup>.

Por todo lo expuesto en el presente apartado, se puede concluir que son muchos los malos efectos del fenómeno de la securitización, por lo cual urge resistirlo.

### **El papel de los actores sociales y lineamientos para un proceso de resistencia**

Conforme lo que se ha visto hasta entonces, la securitización en el ámbito político-criminal es un modelo que, al dislocar la respuesta política para el ámbito de seguridad, además de permitir violaciones de derechos y garantías constitucionales, no logra contener el delito. Así, promueve su propia retroalimentación<sup>15</sup>; pues causa justamente lo que se quiere combatir –la inseguridad–. En vez de rechazar las políticas criminales dominadas por el discurso securitizante debido a su flagrante ineficacia, la sociedad exige más recrudescimiento en las medidas penales, pues tiene enraizada la idea de que sólo a través del sistema penal se podrá combatir enemigos que representen una amenaza existencial.

Siendo así, uno se puede plantear, con cierta dosis de pesimismo, si ese sistema traería una “inercia imparable” (Barriuso, 2000, pp. 140-159) en la agenda política en relación con los delitos objeto de políticas securitizadas, no siendo posible el desmantelamiento de las estrategias construidas bajo un discurso de seguridad. Sin embargo, en el afán de que se proceda a un real cambio político-criminal, se entiende que, aunque no se tenga mucha idea de por dónde empezar,

es necesario creer que ello es posible. Así, cabe preguntarse: ¿de qué maneras se puede salir de ese círculo vicioso y promover el apoyo social a políticas públicas eficaces, que no se valgan de medidas penales excepcionales? Es con base en esa indagación, que se pasa a plantear estrategias que puedan viabilizar un proceso de resistencia al discurso securitizante.

La securitización, tal cual fue descrita anteriormente, requiere la actuación de algunos sujetos, llamados aquí actores sociales. De un lado, están los agentes políticos, detentadores del poder que quieren poner en práctica las políticas que les permitan mantener su *status quo* de poderosos; de otro, aparece la sociedad en general, también comprendidas en ella algunas autoridades institucionales, como jueces, fiscales, abogados, miembros de la academia, etc. Y, actuando en una plan de intermediación, se encuentran los medios de comunicación, responsables por hacer llegar los mensajes de los políticos a la sociedad y viceversa (aunque bien es verdad que esto último en menor grado).

El rol de los medios de comunicación es, por lo tanto, central, en el proceso securitizante (Coitinho das Neves, 2013). De esa manera, la primera estrategia a ser planteada consiste en una democratización de los medios de comunicación. No se trata de una tarea fácil, toda vez que son los políticos quienes detentan poder sobre los recursos mediáticos, pero aquí entra en juego un deber para los actores del órgano legislativo, que poseen gran poder de cambio en las distintas materias sociales, pues, como dice Larrauri (2006, p. 19), existe una suficiente base social para que el legislador se oponga al populismo punitivo.

Siendo así, se entiende que los países deben, en sus ámbitos internos, proclamar leyes que regulen estos medios<sup>16</sup> combatiendo toda forma de monopolio mediático, y dándose posibilidades para que se emitan noticias diversificadas y de calidad. De esta forma, se estaría posibilitado el debate libre sobre diversos temas hoy securitizados, combatiéndose el sentimiento generalizado de inseguridad que ha sido fabricado por los medios de comunicación.

Otro paso para un proceso de resistencia sería la lucha por una repolitización de los diversos conflictos sociales que hoy están criminalizados, pero cuya respuesta, según indican algunos estudios criminológicos, sería más adecuada en otros ámbitos. En estos casos, la estrategia principal del Estado sería establecer políticas públicas

asistenciales, de salud, educación, trabajo, mejor situadas en un ámbito administrativo, a fin de que fueran realizados y llevados a la realidad los derechos sociales de muchas minorías hoy segregadas por el sistema penal.

Una vez posibilitado el libre acceso a informaciones basadas en estudios y evidencias científicas, sin prevalecer la manipulación política de selección de noticias, no es ilógico pensar que la sociedad civil va a luchar contra las estrategias que no contemplen sus derechos<sup>17</sup>. Se aboga, aquí, por estrechar la relación entre los políticos y la sociedad civil, lo que puede ser posible a través de los movimientos sociales que exijan plebiscitos, más transparencia y una democracia directa.

Aún más: también parece interesante presionar al Legislativo para crear un cuerpo de expertos, dotados de poder, especializados en varias áreas que demanden políticas públicas, que puedan actuar como una especie de intermediarios entre los políticos y la opinión pública<sup>18</sup>. Esa estructura parece completamente necesaria, toda vez que ni los políticos ni la sociedad civil, pueden emitir respuestas frente a un fenómeno criminalizable, sin fundamentarse en las evidencias científicas que sólo un experto le puede proporcionar. Si hubiera una comisión integrada por técnicos en los parlamentos, que tuvieran derecho al voto y a interferir con peso en las reformas penales, eso sin duda aceleraría el proceso de resistencia a la securitización. No obstante, hay que pensar en cómo tornar factible la introducción de una comisión como la propuesta, que acabaría por limitar el poder político.

En la falta de la creación de leyes progresistas o de la introducción de un sistema que cuente con un cuerpo de expertos, aún es posible hablar de resistencia. No hay que perder de vista la importancia del papel de los que actúan en las diversas agencias que componen la red del sistema de justicia penal, pues son éstos quienes confieren efectividad a las decisiones legislativas. No se puede olvidar que, en el ejercicio de la persecución penal, los operadores jurídicos adoptan decisiones que tienen alcances político-criminales; por ello, es relevante que dichos operadores, como por ejemplo los jueces y fiscales, tengan la conciencia de que pueden, mediante su trabajo, aumentar o disminuir el punitivismo (De Carvahlo, 2010, p. 60).

Finalmente, se debe hacer referencia a una cuestión que pasa por la propia academia la cual, muchas veces, al estudiar el discurso

securitizante, acaba por reforzarlo, una vez que lo reproduce sin ofrecer argumentos para su deconstrucción (Böhm, 2013a, pp. 16-17). Por ello, el objetivo del presente artículo consiste justamente en indicar posibles formas que de hecho fomenten la adopción de nuevas políticas criminales. Siendo así, se espera que la comunidad académica se sienta invitada a realizar más producciones científicas sobre el tema, sin olvidar ofrecer alternativas para el discurso securitizante, pudiéndose, en fin, hablar de un verdadero proceso de resistencia.

## Conclusiones

La política criminal postmoderna sufre, desde el declive del Estado de Bienestar, un proceso denominado securitización. Contextualizado en los ideales neoliberales, tal fenómeno ha logrado el recrudescimiento del tratamiento penal de diversos delitos. La sociedad, embriagada por el discurso securitizante propagado por los medios de comunicación, legitima la adopción de medidas penales excepcionales en razón de un clima de inseguridad y miedo.

Ocurre que, al ignorar las reales causas de los delitos, dicho fenómeno no consigue controlar las cifras delictivas, causando, todavía, consecuencias dañosas a la sociedad. Así, no solo se multiplica la inseguridad sino que se legitima un Derecho penal excepcional direccionado a eliminar las amenazas existenciales.

Una vez descrito el referido panorama, aquí se intentan trazar algunos lineamientos para adelantar todo un proceso de resistencia frente al fenómeno securitizante, a fin de posibilitar la adopción de políticas criminales alternativas basadas en evidencias científicas, y no en el mero temor social. De esta forma, se sugieren las siguientes estrategias: democratización de los medios de comunicación, posibilitándose el libre acceso a la información de calidad; la movilización de la sociedad civil en la lucha por sus derechos; la repolitización de diversos conflictos securitizados, con el establecimiento de políticas públicas fuera del ámbito penal; la creación de una estructura estatal que soporte un cuerpo de expertos con el poder de intermediación entre el gobierno y la opinión pública, para la adopción de políticas criminales que demuestren ser, de hecho, eficaces; concienciar tanto a los integrantes del órgano legislativo como a los operadores jurídicos sobre su papel determinante a la hora de incrementar o disminuir el punitivismo; y, por fin, la concienciar a la academia en torno a la manera de abordar

el fenómeno securitizante, a fin de proponer más alternativas que ayuden a combatir el fenómeno, huyéndose de la mera reproducción de su discurso que, como se pudo ver, es extremadamente perjudicial para el bienestar general.

## Notas

- <sup>1</sup> Se denomina “Gran Depresión” o “Crisis de 1929” al peor período de recesión económica (que ha durado de 1929 hasta el final de la Segunda Guerra Mundial) por el cual han pasado los Estados Unidos y cuyos efectos se han sentido en todo el mundo.
- <sup>2</sup> Garland (2005, p. 141) sintetiza dichos cambios en cuatro epígrafes: “(1) la dinámica de la producción capitalista y del intercambio de mercado y los correspondientes avances en la tecnología, el transporte y las comunicaciones; (2) la reestructuración de la familia y el hogar; (3) los cambios en la ecología social de las ciudades y los suburbios; (4) el surgimiento de los medios electrónicos de comunicación y (5) la democratización de la vida social y cultural”.
- <sup>3</sup> Es importante no perder de vista que el giro al paradigma de la seguridad, así como cualquier política pública, esconde determinados intereses de quién detenta el poder. De acuerdo con la reflexión de Garland (2005, p. 141), el actual control del delito es fruto de “un proceso complejo en el que siempre entran en juego visiones diferentes de los problemas y las soluciones, así como intereses y sensibilidades distintos”.
- <sup>4</sup> “Se construye socialmente el control y la vigilancia como obsesiones, y la segregación (de grupos de riesgo), la fortificación y la exclusión como urgencias” (Pérez, 2007, p. 34).
- <sup>5</sup> El autor (Garland, 2005, pp. 140-141) cuenta que, en verdad, llama a este estadio como modernidad tardía por conveniencia; no obstante, atendida la vaguedad del término, prefiere llamarlo más bien como “modernidad de fines del siglo XX” que es más específico, además de no dar por supuesto que estamos llegando al final o al punto más alto del proceso de modernización.
- <sup>6</sup> Según Díez (2005, p. 4), eso ocurriría por tres razones: la cobertura mediática, que sobre ilumina los hechos delictivos; la dificultad del ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico; y, la generalización de la percepción social de que la sociedad tecnológica conlleva una transformación de los valores y una disminución de la solidaridad colectiva.
- <sup>7</sup> Que consistiría, según la traducción de Böhm (2013), en “procesos en los cuales el ‘acto de habla’ de etiquetar un tema en forma social y

políticamente exitosa como un 'tema de seguridad', desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como 'amenaza existencial', que evoca y justifica medidas extremas"; el original inglés, en Williams, 1998, p. 435.

- 8 Originalmente denominado C.A.S.E. (*Critical Approaches of Security in Europe*), que era un colectivo de estudios realizados por investigadores activos conformado en Europa después de la publicación de la obra "*Security: a new framework for analysis*".
- 9 En ese punto, se remite a la caracterización del proceso securitizante en el ámbito del sistema penal y sus fases, que hace Böhm, 2013a, pp. 12-13.
- 10 Hoy existen algunas líneas de investigación ya consagradas en el escenario criminológico, que estudian justamente el rol de los medios de comunicación en un proceso de recrudescimiento penal, como el 'Populismo Punitivo' (L. F. Gomes) y la 'Criminalidad Mediática' (E. R. Zaffaroni).
- 11 Se dice, entonces, que "supone una cohesión que, ante una sensación que ya no es de angustia, sino propiamente de miedo, revierte de nuevo en exigencias específicamente normativas hacia el Estado, el cual, pese al carácter novedoso de la nueva amenaza, puede desenvolverse en el «cómodo» y conocido campo semántico de la amenaza criminal" (San Martín, 2006, p. 71 y ss.). De todos modos, se debe tener en cuenta que "sólo es securitizable con perspectivas de éxito un tema sobre el cual pueden ofrecerse pretendidas *soluciones de corto plazo*. Procesos securitizantes que requieran largos términos para la neutralización de la temida amenaza existencial, no resultan políticamente sostenibles, ni rentables", siendo la criminalización un proceso rápido, y el sistema penal una estructura portadora de importante carga simbólica, que sacia, sin demoras inadecuadas, las demandas punitivas de la sociedad (Böhm, 2013a, p. 9).
- 12 Por ejemplo, la expedición de leyes penales especiales para determinados sujetos que permitan la violación de derechos y garantías procesales asegurados por los procesos regulares.
- 13 En ese sentido, diserta Pérez (2007): "Se antepone el valor de la seguridad a cualquier otro valor utilizándolo como pretexto para no hacer cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social en el mundo" (p. 57).
- 14 Según dice Böhm (2013a, p. 12), lo que ocurre con estos procesos securitizantes es la aplicación del Derecho Penal del Enemigo (Jakobs) y de la criminología del otro extraño (Garland); según los cuales el sujeto que comete delitos no tiene los mismos derechos que los considerados ciudadanos.

- <sup>15</sup> Así, pues, “el proceso securitizante resulta finalmente concluido cuando se reclama por parte de los agentes sociales e institucionales, en una suerte de retroalimentación discursiva, el combate de la amenaza existencial mediante la implementación de medidas excepcionales dentro del ámbito penal” (Böhm, 2013a, p. 16).
- <sup>16</sup> Recientemente, se ha reconocido la constitucionalidad de la Ley de Medios Argentina; decisión esta inspiradora de que es posible, poco a poco, democratizar los medios de comunicación. Se ve que, más allá del Legislativo, el órgano Judicial también ha cumplido su papel en un proceso de resistencia (La Nación, 2013).
- <sup>17</sup> En ese punto, es interesante remitirse a las palabras de Zaffaroni proferidas en un Congreso realizado a inicios de 2013 en Río de Janeiro, intitulado: “Drogas: dos perigos da proibição à legalização”. En esa ocasión, el Ministro de la Suprema Corte Argentina y gran jurista afirmó que “la sociedad no es suicida, ella es lo que es informada. La lucha hoy es por la información, por la comunicación”.
- 18 Larrauri (2006, p. 19) defiende, como factor protector del populismo punitivo la “existencia de un cuerpo de técnicos que asesoran acerca de la eficacia e impacto de las reformas penales y que actúan como institución ‘intermedia’ entre la opinión pública y los políticos”.

## Referencias

- Araujo, T. (2012) *Maconha legalizada nos EUA. E agora?* En *Folha de S.Paulo*, quince de noviembre. Recuperado de: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/78092-maconha-legalizada-nos-eua-e-agora.shtml>.
- Barriuso, M. (2000). Las Naciones Unidas y la política internacional de control de drogas: factores para una inercia prohibicionista. En: Arana, X.; Márkez, I. y Vega, A. (Coord.), *Drogas: Cambios sociales y legales ante el tercer milenio* (139-162). Madrid: Dykinson.
- Beck, U. (2001). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. (trad. de B. Moreno y M. R. Borràs) Buenos Aires: Paidós.
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad* (trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borràs), Barcelona: Paidós.
- Böhm, M. L. (2013). Securitización. En *Revista Penal*, Julio (32), 72-90.
- Böhm, M. L. (2013a). Políticas de seguridad y neoliberalismo. En: Fernández Steincko, A. *Delincuencia, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Brandariz, J. A. (2004). Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. En

*Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J. A., Puente Aba, L.M., (coords), Valencia: Tirant lo Blanch.

Buzan, B., Waever, O. & de Wilde, J. (1997). *Security: a new framework for analysis*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

Coitinho das Neves, T. C. (2013). El control penal de drogas y los medios de comunicación: aliados para un sistema autorreferencial. En Pérez, F., *Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Salamanca: CISE.

De Carvalho, S. (2010) *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Díez, J. L. (2005). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (7), 1-37.

Drug Policy Alliance (2014, 2-10). *Marijuana Legalization and Regulation*. Recuperado de: <http://www.drugpolicy.org/marijuana-legalization-and-regulation>.

Ericson, J. (2013). *Medical Marijuana Returns Life To 6-Year-Old: Cannabis Oil Stopped Charlotte Figi's Severe Seizures*. Recuperado de: <http://www.medicaldaily.com/medical-marijuana-returns-life-6-year-old-cannabis-oil-stopped-charlotte-figis-severe-seizures>.

Gardner, F. (2013). *Drugs. As Anecdotal Reports of Anti Cancer Effects from Cannabis 'Oil' Pile Up, Doctors Stress Need to Document Its Effects*; Recuperado de: <http://www.alternet.org/drugs/anecdotal-reports-anti-cancer-effects-cannabis-oil-pile-doctors-stress-need-document-its>

Garland, D. (s.f.). *La cultura del control: crimen y orden social en la cultura contemporánea*, Barcelona: Gedisa.

Globo.com (2014, 2.5). *Flórida é 22º estado americano a permitir o uso medicinal da maconha*; Recuperado de: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/05/florida-e-22-estado-americano-permitir-uso-medicinal-da-maconha.html>

Hildebrand, A., Lagatta, P., Marques de Jesus, M. G., Thadeu, T. et al. (2011). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da violência.

Hulsman, L. (1987). La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión. En *Nuevo Foro Penal*, enero-marzo (35), 49-77.

- Lanación.com (2013, 29.10), *La Corte Suprema declaró constitucional la Ley de Medios*. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1633615-la-corte-suprema-declaro-constitucional-la-ley-de-medios>
- Larrauri, E. (2006). Populismo Punitivo...Y cómo resistirlo. En *Jueces para la Democracia*, (55), 15-22.
- La Vanguardia. Internacional (2013, 11.12). *Uruguay: primer país en legalizar la marihuana*. Once de diciembre 2013. Recuperado de: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20131211/54395393175/uruguay-primer-pais-legalizar-comercio-marihuana.html>.
- Pariona, R. (2009). Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales, en: Julio B. J. Maier y J. B y Córdoba, G. E. (compiladores), *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad Hoc. 155-174.
- Pérez, A. I. (2007) *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. Madrid: Iustel.
- San Martín, D. (2006). Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo, en: Bernuz/Pérez, *La tensión entre la libertad y seguridad*. La Rioja: Universidad de La Rioja.
- Wacquant, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*, Madrid: Alianza.
- Williams, M. C. (1998). Modernity, Identity and Security: A Comment on the 'Copenhagen Controversy', en: *Review of International Studies* 24, 433-437.

# III

## Documentos





## El Papa Francisco y el Derecho penal\*

### Comunicación del Santo Padre a los participantes en el XIX Congreso de la AIDP

Vaticano, 30 de mayo de 2014.

Señor Presidente y señor Secretario Ejecutivo:

Con estas letras, deseo hacer llegar mi saludo a todos los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, dos importantes foros que permiten a profesionales de la justicia penal reunirse, intercambiar puntos de vista, compartir preocupaciones, profundizar en temas comunes y atender a problemáticas regionales, con sus particularidades sociales, políticas y económicas. Junto con los mejores deseos para que sus trabajos obtengan abundantes frutos, les quiero expresar mi agradecimiento personal, y también el de todos los hombres de buena voluntad, por su servicio a la sociedad y su contribución al desarrollo de una justicia que respete la dignidad y los derechos de la persona humana, sin discriminación, y tutele debidamente a las minorías.

Bien saben Ustedes que el Derecho penal requiere un enfoque multidisciplinar, que trate de integrar y armonizar todos los aspectos que confluyen en la realización de un acto plenamente humano, libre, consciente y responsable. También la Iglesia quisiera decir una palabra como parte de su misión evangelizadora, y en

---

\* Estos textos han sido cedidos a la Revista por el Prof. John A. E. Vervaele, Director de la AIDP, y se corresponden con la Audiencia que el Papa le concedió a las Asociaciones de juristas el día 23 de octubre de 2014.

fidelidad a Cristo, que vino a “anunciar la libertad a los cautivos” (Lc 4, 18). Por eso, me animo a compartir con Ustedes algunas ideas que llevo en el alma y que forman parte del tesoro de la Escritura y de la experiencia milenaria del Pueblo de Dios.

Desde los primeros tiempos cristianos, los discípulos de Jesús se han esforzado por hacer frente a la fragilidad del corazón humano, tantas veces débil. De diversas maneras y con variadas iniciativas, han acompañado y sostenido a quienes sucumben bajo el peso del pecado y del mal. A pesar de los cambios históricos, han sido constantes tres elementos: la satisfacción o reparación del daño causado; la confesión, por la que el hombre expresa su conversión interior; y la contrición para llegar al encuentro con el amor misericordioso y sanador de Dios.

### **La satisfacción.**

El Señor ha ido enseñando, poco a poco, a su pueblo que hay una asimetría necesaria entre el delito y la pena, que un ojo o un diente roto no se remedia rompiendo otro. Se trata de hacer justicia a la víctima, no de justiciar al agresor.

Un modelo bíblico de satisfacción puede ser el buen samaritano. Sin pensar en perseguir al culpable para que asuma las consecuencias de su acto, atiende a quien ha quedado al costado del camino malherido y se hace cargo de sus necesidades (Cfr. Lc 10, 25-37).

En nuestras sociedades tendemos a pensar que los delitos se resuelven cuando se atrapa y condena al delincuente, pasando de largo ante los daños cometidos o sin prestar suficiente atención a la situación en que quedan las víctimas. Pero sería un error identificar la reparación solo con el castigo, confundir la justicia con la venganza, lo que solo contribuiría a incrementar la violencia, aunque esté institucionalizada. La experiencia nos dice que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales ni logra disminuir los índices de delincuencia. Y, además, se pueden generar graves problemas para las sociedades, como son las cárceles superpobladas o los presos detenidos sin condena... En cuántas ocasiones se ha visto al reo expiar su pena objetivamente, cumpliendo la condena pero sin cambiar interiormente ni restablecerse de las heridas de su corazón.

A este respecto, los medios de comunicación, en su legítimo ejercicio de la libertad de prensa, juegan un papel muy importante

y tienen una gran responsabilidad: de ellos depende informar rectamente y no contribuir a crear alarma o pánico social cuando se dan noticias de hechos delictivos. Están en juego la vida y la dignidad de las personas, que no pueden convertirse en casos publicitarios, a menudo incluso morbosos, condenando a los presuntos culpables al descrédito social antes de ser juzgados o forzando a las víctimas, con fines sensacionalistas, a revivir públicamente el dolor sufrido.

### **La confesión.**

Es la actitud de quien reconoce y lamenta su culpa. Si al delincuente no se le ayuda suficientemente, no se le ofrece una oportunidad para que pueda convertirse, termina siendo víctima del sistema. Es necesario hacer justicia, pero la verdadera justicia no se contenta con castigar simplemente al culpable. Hay que avanzar y hacer lo posible por corregir, mejorar y educar al hombre para que madure en todas sus vertientes, de modo que no se desaliente, haga frente al daño causado y logre replantear su vida sin quedar aplastado por el peso de sus miserias.

Un modelo bíblico de confesión es el buen ladrón, al que Jesús promete el paraíso porque fue capaz de reconocer su falta: "lo nuestro es justo, pues recibimos la paga de nuestros delitos: éste en cambio no ha cometido ningún crimen" (Lc 23, 41).

Todos somos pecadores; Cristo es el único justo. También nosotros corremos el riesgo de dejarnos llevar en algún momento por el pecado, el mal, la tentación. En todas las personas convive la capacidad de hacer mucho bien con la posibilidad de causar tanto mal, aunque uno lo quiera evitar (Cfr. Rm 7, 18-19). Y tenemos que preguntarnos por qué algunos caen y otros no, siendo de su misma condición.

No pocas veces la delincuencia hunde sus raíces en las desigualdades económicas y sociales, en las redes de la corrupción y en el crimen organizado, que buscan cómplices entre los más poderosos y víctimas entre los más vulnerables. Para prevenir este flagelo, no basta tener leyes justas, es necesario construir personas responsables y capaces de ponerlas en práctica. Una sociedad que se rige solamente por las reglas del mercado y crea falsas expectativas y necesidades superfluas, descarta a los que no están a la altura e impide que los lentos, los débiles o los menos dotados se abran camino en la vida (Cfr. *Evangelii Gaudium*, 209).

## La contrición.

Es el pórtico del arrepentimiento, es esa senda privilegiada que lleva al corazón de Dios, que nos acoge y nos ofrece otra oportunidad, siempre que nos abramos a la verdad de la penitencia y nos dejemos transformar por su misericordia. De ella nos habla la Escritura Santa cuando refiere la actitud del Buen Pastor, que deja a las noventa y nueve ovejas que no requieren de sus cuidados y sale a buscar a la que anda errante y perdida (cf. *Jn* 10, 1-15; *Lc* 15, 4-7), o la del Padre bueno, que recibe a su hijo menor sin recriminaciones y con el perdón (cf. *Lc* 15, 11-32). También es significativo el episodio de la mujer adúltera, a la que Jesús le dice: “Vete y en adelante no peques más” (*Jn* 8, 11b). Aludiendo, asimismo, al Padre común, que hace salir el sol sobre malos y buenos, y llover sobre justos e injustos (cf. *Mt* 5,45), Jesús invita a sus discípulos a ser misericordiosos, a hacer el bien a quien les hace mal, a rezar por los enemigos, a poner la otra mejilla, a no guardar rencor....

La actitud de Dios, que primerea al hombre pecador ofreciéndole su perdón, se presenta así como una justicia superior, al mismo tiempo ecuánime y compasiva, sin que haya contradicción entre estos dos aspectos. El perdón, en efecto, no elimina ni disminuye la exigencia de la rectificación, propia de la justicia, ni prescinde de la necesidad de conversión personal, sino que va más allá, buscando restaurar las relaciones y reintegrar a las personas en la sociedad. Aquí me parece que se halla el gran reto, que entre todos debemos afrontar, para que las medidas que se adopten contra el mal no se contenten con reprimir, disuadir y aislar a los que lo causaron, sino que les ayuden a recapacitar, a transitar por las sendas del bien, a ser personas auténticas que lejos de sus miserias se vuelvan ellas mismas misericordiosas. Por eso, la Iglesia plantea una justicia que sea humanizadora, genuinamente reconciliadora, una justicia que lleve al delincuente, a través de un camino educativo y de esforzada penitencia, a su rehabilitación y total reinserción en la comunidad.

Qué importante y hermoso sería acoger este desafío, para que no cayera en el olvido. Qué bueno que se dieran los pasos necesarios para que el perdón no se quedara únicamente en la esfera privada, sino que alcanzara una verdadera dimensión política e institucional y así crear unas relaciones de convivencia armoniosa. Cuánto bien se obtendría si hubiera un cambio de mentalidad para evitar sufrimientos inútiles, sobre todo entre los más indefensos.

Queridos amigos, vayan adelante en este sentido, pues entiendo que aquí radica la diferencia entre una sociedad incluyente y otra excluyente, que no pone en el centro a la persona humana y prescinde de los restos que ya no le sirven.

Me despido encomendándolos al Señor Jesús, que en los días de su vida terrena, fue apresado y condenado injustamente a muerte, y se identificó con todos los encarcelados, culpables o no (“Estuve preso y me visitaron”, Mt 25,36). El descendió también a esas oscuridades creadas por el mal y el pecado del hombre para llevar allí la luz de una justicia que dignifica y enaltece, para anunciar la Buena Nueva de la salvación y de la conversión. Él, que fue despojado inicualemente de todo, les conceda el don de la sabiduría, para que sus diálogos y consideraciones se vean recompensadas con el acierto.

Les ruego que recen por mí, pues lo necesito bastante.

Cordialmente,  
(Firmado, Francisco).

### **Discurso del Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en representación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC)**

Santo Padre:

Llego a esta audiencia en representación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

No puedo ocultar a SS que lo hago bajo un profundo sentimiento de tristeza y horror. Desde hace semanas no puedo apartar de mi mente la masacre de estudiantes por parte de una gavilla de sicarios y policías en el Estado de Guerrero, en México, llevada a cabo con crueldad y ensañamiento inauditos.

Nuestra región padece altos índices de homicidios y de violencia institucional. Donde la violencia es baja, los medios concentrados crean una realidad violenta. Donde es alta, la disimulan, normalizan o desvían la atención a causas ajenas. Detrás de la masacre de Iguala está el entramado de cocaína que parece que a nadie le interesa acabar, salvo a las víctimas.

Nuestras sociedades estratificadas demandan modelos de inclusión social, con todos los defectos y falencias humanas que pudieren

tener. La viabilidad de esos modelos hace necesario intensificar el sentimiento general de solidaridad social.

Pero esto choca contra un poder económico que, al jugarse por negocios transnacionales que dejan beneficios a unos y muertos a otros, y por modelos de sociedades excluyentes, insta a la venganza, a crear una categoría de “malos” y “perversos”, un “ellos” extraño que convierte a nuestros adolescentes de barrios precarios en “enemigos naturales” de un “nosotros” de privilegiados.

El poder punitivo de nuestra región se mueve en ese sentido, y la experiencia histórica nos señala que cuando una sociedad se divide en un “nosotros” orgánico de “buenos” y un “ellos” de “enemigos naturales”, marcha hacia el genocidio. La masacre guerrerense es un signo letal alarmante.

El urgente convocar a la solidaridad y controlar un poder punitivo que se desborda hasta el crimen, al compás de una creciente pulsión vindicativa de muerte.

El poder punitivo debe servir para evitar la muerte evitable, no para provocarla. Cuando el poder punitivo se superpone y se confunde con el crimen, toda ley se vuelve ilegítima y toda autoridad pierde el mínimo ético requerido para demandar respeto.

Santo Padre: Su palabra tiene poder en nuestra región.

Más allá de lo que cada quien crea, desde lo sociológico la religión es siempre una síntesis cultural. Aún el ateo debe reconocer esta realidad: niega un Dios, pero es el Dios de la cultura en que se ha formado. Es diferente el ateo en una sociedad hinduista, judía, budista, islámica o cristiana.

Santo Padre: Más que desde una Iglesia, desde una religión, su palabra es la de una cultura y por eso llega a todos los habitantes de nuestra región, cualquiera sea la forma en que cada cual se vincule con lo Absoluto. Su palabra pesa en nuestros dirigentes, en nuestros jóvenes, pero también debe pesar en la conciencia de quienes no llevamos la peor parte, porque somos privilegiados.

En nuestras sociedades estratificadas somos privilegiados todos los que nos salvamos del aborto, de las enfermedades infantiles, de la carencia proteínica, del analfabetismo, de la violencia dictatorial e institucional, y hasta logramos ir a una universidad. Desde ese privilegio se nos impone el deber de solidaridad.

Su palabra convocando a la solidaridad es un fuerte contrapeso frente a las letales pulsiones vindicativas que se mueven en pos de sociedades excluyentes.

Tanto lo manifestado en la carta que nos hizo el honor de remitirnos, como varios párrafos de la Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*, demuestran su sensibilidad y preocupación en el sentido que hoy nos atrevemos a expresarle. Nos reconforta sabernos acompañados nada menos que por su palabra, que le agradecemos profundamente. Por los pibes martirizados en Guerrero ya no podemos hacer nada, pero hay millones que esperan que hagamos algo por ellos.

Suele Ud. pedir que recen por Ud., tal vez tengamos que pedirle que rece por nosotros, porque cuando decimos estas cosas molestamos a fuerzas muy poderosas, pero más le pedimos que no deje de decir su palabra y que rece por los millones de pibes por los que podemos hacer algo.

Gracias Santo Padre y que Dios lo bendiga.

### **Discurso del Profesor John A. E. Vervaele presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP)**

Su Santidad:

Como Presidente de la más antigua Asociación Internacional de Derecho Penal - AIDP (fundada en 1889 y refundada en 1924 tras la Primera Guerra Mundial)- le agradezco mucho su mensaje de mayo pasado dirigido a nuestro XIX Congreso Internacional de Río de Janeiro y al tercer Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (Alpec), y también le doy las gracias por su amable invitación a esta audiencia privada.

A la vista de la importancia de su mensaje sobre el delito, la culpabilidad, la pena y la función de la justicia penal para el campo de las ciencias penales, creímos conveniente compartir su invitación con la plataforma de organizaciones científicas del mundo en el ámbito de la justicia penal, aquí hoy representada.

Su Santidad, su mensaje aborda los principales temas de la misión de nuestra organización desde sus inicios. La justicia penal es el fundamento jurídico-institucional de la investigación del castigo del

delito, pero sólo es verdadera justicia cuando respeta la dignidad humana, los derechos de las personas en el Estado de Derecho y los derechos humanos. La justicia penal tiene una espada, pero también un escudo protector. Los Estados tienen el poder de castigar (*ius puniendi*). La ley concede el uso de este poder, pero también está sujeto a la dirección y control por parte de la ley. Esta moderación a través del control es la esencia misma del Estado de Derecho y de los derechos humanos, ya que el Estado tiene que garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos. Los principios de humanidad y dignidad humana deben estar en el centro de la satisfacción entre el delito y la pena. De hecho, las situaciones de conflicto que fomentan la violencia y el delito no se resuelven mediante una pena excesiva, sino todo lo contrario. Muchas veces la pena también es discriminatoria, ya que las cárceles están llenas de los más pobres y los más débiles, los excluidos y los desprotegidos de la sociedad. En su discurso de 1969 dirigido a nuestro X Congreso Internacional, Su Santidad el Papa Pablo VI dijo en un francés elocuente: “A l’égard de tous il faut agir avec humanité et justice”. Insistió en que esta se aplica especialmente a los sospechosos de haber cometido delitos, con el fin de evitar un trato arbitrario, y a los condenados, para asegurar su reintegración a la sociedad.

Esta es también la razón por la que el trabajo de la AIDP ha prestado mucha atención a la excesiva criminalización de los excluidos, a las penas excesivas, al populismo punitivo de los medios de comunicación y los políticos y a la restricción excesiva de los derechos humanos y las libertades individuales que ponen en peligro la dignidad humana, todo ello abordado en su mensaje de mayo pasado. Una justicia penal que niega la dignidad humana, convirtiendo a los sospechosos en no-personas, enemigos, *hostis*, es incompatible con la misión de nuestra organización.

Por otro lado, la justicia penal no sólo trata del exceso de criminalización y de las penas. También se ocupa de la impunidad en la que quedan los delitos de los poderosos y la infraprotección de las víctimas de delitos graves, incluidas las víctimas de la delincuencia organizada y de las graves violaciones de los derechos humanos. En su mensaje de 1953, con motivo de nuestro VI Congreso Internacional, Su Santidad Pío XII abordó este tema de una manera muy explícita (a la luz de las dos guerras mundiales) e insistió en la necesidad de elaborar un sistema de justicia penal internacional para proteger a las personas y a los pueblos de la injusticia y las

violaciones de sus derechos básicos y evitar la impunidad de los crímenes contra la humanidad. La razón de su discurso fue que vio en la guerra y en otros conflictos un comportamiento y un trato tan inhumano que parecía que los adversarios no fueran seres humanos o parte de la humanidad. La negación de su humanidad y dignidad humana se justificó indebidamente en el conflicto. Sin embargo, Su Santidad Pío XII también era muy consciente del hecho de que los principios generales de la justicia penal internacional deben aplicarse a los elementos de los delitos, a sus sanciones y a la construcción de la responsabilidad penal. Incluso abordó cuestiones como la cadena de mando y la responsabilidad penal. Está muy claro que el mismo razonamiento puede aplicarse a los esfuerzos actuales dirigidos a hacer frente a la delincuencia organizada y al terrorismo. Y es aquí donde viene su segundo mensaje sobre la confesión. ¿Cómo puede conciliarse el castigo de los autores del crimen organizado con la protección de las personas vulnerables? Nuestra organización ha estudiado las formas en que se puede conciliar la responsabilidad penal (y la confesión de la misma) con la protección de las víctimas, en unas ocasiones personas y en otras la sociedad como ente colectivo.

Por último, Su Santidad, si la justicia quiere ser humanizadora y conciliadora tiene que contribuir a resolver los orígenes de la violencia y el conflicto y tiene que encontrar formas de rehabilitación y reinserción. Una justicia penal basada en la exclusión de la sociedad niega la dignidad humana. No sólo la ejecución de la pena de muerte, sino también la imposición de la cadena perpetua sin una perspectiva real de reintegración en la sociedad se basan en un modelo de exclusión que niega la dignidad humana. Si no hay espacio para el arrepentimiento y la penitencia se excluye *a priori* la voluntad y la capacidad potencial del condenado para reintegrarse.

Muchas gracias, Su Santidad, por sus palabras de aliento dirigidas a nuestra Asociación y por guiarnos en la tarea hacia un sistema de justicia penal mejor que tenga por objeto la inclusión de todos los seres humanos.

**Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine***

Sres. Presidentes y autoridades de la Asociación Internacional de Derecho Penal,  
de la Sociedad Internacional de Criminología,  
de la Sociedad Internacional de Defensa Social,

de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria,  
de la Sociedad Mundial de Victimología,  
y de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Crimi-  
nología

Destacados juristas:

## **Introducción.**

### *Incitación a la venganza.*

En la mitología, como en las sociedades primitivas, la multitud atribuye poderes maléficos a algunos de sus miembros, a quienes acusan de las desgracias que golpean a su comunidad, y que, por ello, serán sus víctimas sacrificales. Sin embargo, la realidad muestra que el hecho de que existan los medios legales y políticos necesarios para afrontar y resolver conflictos interpersonales, no garantiza que unos pocos individuos al alcance de la mano no sean responsabilizados por los problemas de todos.

La vida en común, estructurada en torno de comunidades organizadas, requiere de reglas de convivencia cuya libre violación merece una respuesta adecuada.

Sin embargo, vivimos tiempos en que, tanto desde ciertos sectores de la política como desde algunos medios de comunicación, se incita a la violencia y a la venganza, pública y privada, no solo sobre quienes son responsables de haber cometido delitos, sino también sobre quienes recae la sospecha, fundada o no, de haber infringido la ley.

### *Neopunitivismo y populacherismo penal.*

En este contexto, se ha expandido en las últimas décadas la creencia de que a través de la pena pública pueden resolverse los más diversos problemas sociales, tal como si para las más diversas enfermedades se nos recomendase la misma medicina. No se trata ya de la creencia en alguna de las funciones sociales tradicionalmente atribuidas a la pena pública, sino de la creencia de que con ella pueden obtenerse los beneficios que requerirían la implementación de otro tipo de políticas sociales, económicas y de inclusión social.

A este cuadro, se suma el creciente desprecio público –fomentado por los medios masivos de comunicación– por el saber de los

especialistas y por todo dato de la realidad que permita conocer el problema que se pretende solucionar.

### ***La construcción de enemigos.***

No solo se buscan *chivos expiatorios* que paguen con su libertad y con su vida por todos los males sociales, como era tradición en las sociedades primitivas, sino que, además, se construyen deliberadamente enemigos, figuras arquetípicas, estereotipadas, que concentran en sí todos los caracteres que la sociedad puede percibir o interpretar como amenazantes. Los mecanismos de construcción de estas imágenes son los mismos que permitieron la expansión de las ideas racistas y judeófobas que eclosionaron hacia fines del siglo XIX. Los principales enemigos de hoy, en distintas regiones del planeta, son los inmigrantes y los jóvenes de barrios precarios, sobre quienes pesa el estigma de potenciales delincuentes.

### **Sistemas penales descontrolados y la misión de los juristas.**

#### ***El principio rector de la cautela in poenam.***

Así las cosas, el sistema penal abandona su función meramente sancionadora, y avanza sobre las libertades y derechos de las personas, sobre todo de las más vulnerables, en nombre de una finalidad preventiva cuya eficacia, hasta el momento, no se ha podido verificar ni siquiera para las penas más graves, como la pena de muerte. Ya ni siquiera se conserva la proporcionalidad de las penas, que históricamente reflejó la escala de valores protegidos por los Estados. Lejos quedó aquel derecho penal concebido como *ultima ratio*, como último recurso sancionatorio, limitado a los hechos más graves contra los intereses individuales y colectivos más valiosos. Lejos también quedó el debate sobre la sustitución de la cárcel por otras sanciones penales alternativas.

En este contexto, la misión de los juristas no puede ser otra que la de limitar y contener esta irracionalidad. Es una tarea difícil, en tiempos en que muchos jueces y operadores del sistema penal deben cumplir con su tarea coaccionados por las presiones de los medios masivos de comunicación, de algunos políticos inescrupulosos y de las pulsiones vindicativas que ellos fomentan en las sociedades. Quienes tienen tan altas responsabilidades están llamados a cumplir con su deber, puesto que no hacerlo pone en riesgo vidas humanas, que deben ser cuidadas con mayor compromiso que con el que a veces cuidan sus cargos.

## **Sobre la primacía de la vida y de la dignidad de la persona humana (*primatus principii pro homine*).**

### *Sobre la pena de muerte.*

Es imposible imaginar que los Estados no puedan disponer de otro recurso que no sea la pena capital, para defender del agresor injusto las vidas de otras personas.

San Juan Pablo II ha condenado la pena de muerte (*Evangelium Vitae*, 56), como también lo hace el Catecismo (*Constitución Apostólica Fidei Depositum*) en su No.2267, tercer párrafo.

Sin embargo, los Estados matan no solo por medio de la pena de muerte y de las guerras. También lo hacen cuando los servidores públicos se refugian en las potestades estatales para justificar sus crímenes. Las denominadas ejecuciones extrajudiciales o extralegales son homicidios deliberados cometidos por los Estados y sus agentes, muchas veces encubiertos como enfrentamientos con delincuentes o presentados como consecuencias indeseadas del uso racional necesario y proporcionado de la fuerza para hacer cumplir la ley. De este modo, aun cuando de los sesenta países que mantienen en su legislación la pena de muerte, treinta y cinco no la han aplicado en los últimos diez años, la pena ilegal de muerte se aplica en todo el planeta, en distintos grados.

Las ejecuciones extrajudiciales, incluso, suelen perpetrarse en forma sistemática, no solamente por Estados de la comunidad internacional, sino también por aquellos no reconocidos como tales, y constituyen verdaderos crímenes contra la humanidad aun cuando no encajen en la definición convencional que los propios Estados han aceptado para estas gravísimas violaciones a los derechos humanos.

Los argumentos en contra de la pena de muerte son muchos y bien conocidos. La Iglesia ha oportunamente enfatizado algunos de ellos, como la posibilidad de existencia de error judicial, y el uso que hacen de ella los regímenes totalitarios y dictatoriales, que la utilizan como herramienta de exterminio de toda disidencia política o de persecución de las minorías religiosas y culturales, todas ellas víctimas que para sus respectivas legislaciones son “delincuentes”.

Los Estados también matan por omisión, no solo cuando no controlan debidamente a sus agentes, sino también cuando no satisfacen las necesidades básicas de las personas.

La pena de muerte implica la negación del amor a los enemigos predicada en el Evangelio. Todos los cristianos y los hombres de buena voluntad, estamos obligados no solo a luchar por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal, y en todas sus formas, sino también para que las condiciones carcelarias sean mejores, en respeto de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

En ese sentido, cierto es que la pena de prisión perpetua – abolida el año pasado en el Estado Vaticano – así como aquellas que por su duración conlleven la imposibilidad para el penado de proyectar un futuro en libertad, son también penas de muerte encubiertas, puesto que con ellas no se pretende ya retribuir al culpable el daño que pudo haber obrado mediante la privación de su libertad, sino mediante la privación de toda esperanza. Y aunque el sistema penal pueda cobrarse el tiempo de los culpables, jamás puede cobrarse su esperanza. Ese intento perverso, que muchas veces se materializa en suicidios y autolesiones de los penados, constituye en sí un trato cruel, inhumano y degradante.

*Sobre las condiciones de encierro, los presos sin condena y los condenados sin juicio.*

Otra forma contemporánea de penas ilícitas, ocultas tras un halo de legalidad, lo constituye la prisión preventiva, cuando en forma abusiva opera como adelantamiento de la pena, previa a la condena, o como una medida que se aplica ante la sospecha más o menos fundada de que se ha cometido un delito.

Esta situación es particularmente grave en América Latina, donde el número de presos sin condena oscila entre el cincuenta y el setenta por ciento del total de las personas privadas de la libertad. Este fenómeno contribuye al deterioro aún mayor de las condiciones de encierro, situación que la construcción de nuevas cárceles nunca termina de resolver, puesto que toda nueva cárcel que se construye ya ha excedido su capacidad antes de ser inaugurada. Es causa, además, del uso indebido de instalaciones policiales y militares como lugares de encierro.

La resolución del problema de los presos sin condena debe hacerse con la debida cautela, pues se corre el riesgo de crear otro, tanto o más grave: el de los presos sin juicio, condenados sin que se respete el debido proceso.

Las deplorables condiciones de encierro que se verifican en distintas partes del planeta, constituyen a menudo auténticos tratos inhumanos y degradantes, muchas veces producto de las deficiencias del sistema penal, otras, de las carencias de infraestructura y de planificación, y otras, en no pocas oportunidades, no son más que el resultado del ejercicio arbitrario y despiadado del poder sobre las personas privadas de la libertad.

*Sobre la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes.*

Otra forma de tortura es la que se aplica a través del encierro en cárceles de máxima seguridad. Lejos de ofrecer una mayor seguridad a la sociedad o un tratamiento especial para las personas privadas de la libertad, su principal característica no es otra que el aislamiento externo. Esta forma de tortura, conocida como "tortura blanca", consiste en el encierro en minúsculas *microceldas*, con total aislamiento del mundo exterior. Como lo demuestran los estudios realizados por diversos organismos de derechos humanos, la falta de estímulos sensoriales, la total incomunicación y la falta de contacto con otros seres humanos, provocan padecimientos psíquicos y físicos tales como paranoia, ansiedad, depresión y pérdida de peso, e incrementan ostensiblemente la tendencia al suicidio de quienes los padecen.

Este fenómeno, característico de las cárceles de máxima seguridad, también se verifica en todo tipo de establecimiento penitenciario, junto con otras formas de tortura física y psíquica cuya práctica se ha naturalizado.

Las torturas ya no son suministradas solamente como un medio para la obtención de un determinado fin, como la confesión o la delación - prácticas características de la doctrina de la seguridad nacional - sino que constituyen auténticos *plus* de dolor que se adicionan a los males propios del encierro.

De este modo, se tortura no solamente en centros clandestinos de detención o en los modernos campos de concentración, sino también en cárceles, institutos de menores, manicomios, asilos, comisarías y demás centros e instituciones de detención y encierro.

La propia doctrina penal lleva una importante responsabilidad en esto, al haber ensayado discursos de legitimación de la tortura

ante ciertos supuestos, lo que, como suele ocurrir con este tipo de discursos, no ha tenido otra consecuencia que legitimar la totalidad de estas prácticas.

Muchos Estados son también responsables por haber detenido o tolerado el secuestro de personas en sus territorios, incluso ciudadanos de sus respectivos países, o de haber autorizado el uso de su espacio aéreo para la realización de traslados ilegales hacia centros de detención y tortura.

Esta locura solo podrá detenerse con el firme compromiso de la comunidad internacional, que reconozca el primado del principio *pro homine*, es decir, de la dignidad de la persona humana por sobre todas las cosas.

***Sobre la aplicación de sanciones penales a niños y ancianos y a otras personas especialmente vulnerables.***

Los Estados deben abstenerse de castigar penalmente a los niños, que aún no han completado su desarrollo madurativo y por eso no pueden ser responsabilizados. En cambio, ellos deben ser destinatarios de todos los privilegios que puede ofrecer el Estado, tanto en lo concerniente a políticas de inclusión como a las prácticas orientadas a infundir en ellos el respeto por la vida y los derechos de los demás.

Los ancianos, por su parte, son quienes a partir de sus propios errores pueden enseñar al resto de la sociedad. No solo se aprende de las virtudes de los santos, sino también de las faltas y de los errores de los pecadores y, entre ellos, de quienes, por el motivo que fuere, hubieren caído en el delito. Además, razones humanitarias imponen que, así como se debe excluir el castigo de quienes padecen enfermedades graves o terminales, de mujeres embarazadas, personas discapacitadas, madres y padres que sean únicos encargados de menores o discapacitados, igual tratamiento merecen los adultos mayores.

**Consideraciones sobre algunas formas de criminalidad que lesionan gravemente la dignidad de las personas y el bien común.**

Algunas formas de criminalidad, perpetradas por civiles, lesionan gravemente la dignidad de las personas y el bien común. Mu-

chas de ellas jamás podrían ser cometidas sin la colaboración, activa u omisiva, de las autoridades públicas.

### *Sobre el delito de trata de personas.*

La esclavitud, incluida la trata de personas, es reconocida en su faz de crimen contra la humanidad y como crimen de guerra, tanto por el derecho internacional como por muchas legislaciones nacionales. Sin embargo, aun cuando no se verifiquen ninguna de esas dos hipótesis extremas, estos crímenes integran las más graves afrentas a la dignidad de la persona humana.

Y puesto que no es posible cometer un delito tan complejo como el tráfico de personas sin la complicidad, por acción o por omisión, de los Estados, es evidente que, cuando los esfuerzos por prevenirlo y combatirlo no son suficientes, también estamos frente a un crimen contra la humanidad. Más aún cuando quienes deben proteger a las personas y garantizar su libertad, colaboran, protegen o encubren a quienes comercian con seres humanos; en esos casos, los Estados son responsables frente a sus ciudadanos y frente a la comunidad internacional.

Como es sabido, las definiciones acerca de qué es el delito de genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, son producto de la época en que fueron elaboradas, y expresan no solo las preocupaciones excluyentes de ese entonces, sino también la coyuntura política y la relación de fuerzas del momento.

No se trata de restar importancia al contexto en que se realizan las conductas que la comunidad internacional define como crímenes contra la humanidad, sino de reconocer que existen otros tanto o más graves que la existencia de un grupo de personas que se pretende destruir, o de una parte de la población civil a la que se dirige un plan de ataque generalizado o sistemático.

Más de mil millones de personas están atrapadas en la pobreza absoluta. Mil quinientos millones de personas no tienen acceso a saneamiento, agua potable, electricidad, educación básica o al sistema de salud, y deben soportar carencias económicas incompatibles con una vida digna<sup>1</sup>. Aunque el número total de personas en esta situación pudo haber disminuido en los últimos años, su vulnerabilidad se ha incrementado, debido a las mayores dificultades que deben enfrentar para salir de esa situación. Ello se debe a la cada vez ma-

yor cantidad de personas que vive en países en conflicto, estimada en mil quinientos millones. Cuarenta y cinco millones de personas se vieron forzadas a huir por situaciones de violencia o persecución solo en 2012; de ellas, quince millones son refugiados, la cifra más alta en dieciocho años.

El setenta por ciento de estas personas son mujeres. Además se estima que siete de cada diez personas que mueren de hambre en el mundo son mujeres y niñas<sup>2</sup>.

Este contexto constituye, claramente, una situación tanto o más grave que el ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil determinada: el ataque es dirigido, por acción o por omisión, contra un cuarto de la población total del planeta, la más vulnerable, y dentro de ella, especialmente contra los más débiles: las mujeres y los niños.

Tampoco resulta difícil encontrar a los responsables últimos de esta realidad, cuando la mitad de la riqueza global está en manos del uno por ciento de la población mundial.

### *Sobre el delito de corrupción.*

La obscena concentración de la riqueza global es posible, a su vez, por la connivencia de servidores públicos con los poderes concentrados. La corrupción es ella también un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción.

Pocas cosas son más difíciles que resquebrajar un corazón corrupto. “Acumula riquezas para sí y no es rico a los ojos de Dios” (Lucas 12, 21). Cuando la situación personal del corrupto se torna complicada, él conoce todas las coartadas para escabullirse como lo hizo el administrador sobornado (Lucas 16, 1-8).

El corrupto camina por la vida por los atajos del ventajismo, con cara de “yo no fui”, llegando a introyectar su personaje de hombre honesto. El corrupto no puede aceptar la crítica, descalifica a quien la hace, procura descabezar cualquier autoridad moral que pueda cuestionarlo, desvaloriza a los demás y arremete con el insulto contra quienes piensan distinto. Si la relación de fuerzas lo permite, persigue a quienes lo contradicen.

La corrupción se expresa en una atmósfera de triunfalismo porque el corrupto se cree un ganador. En ese ambiente, se siente

con ínfulas para rebajar a los demás. El corrupto no conoce la fraternidad o la amistad, sino la complicidad y la enemistad.

El corrupto no percibe su corrupción. Sucede lo que con el mal aliento: difícilmente se percate de ello el que lo tiene. Son otros quienes lo sienten y se lo deben decir. Por ello difícilmente el corrupto pueda salir de su estado por remordimiento interno.

La corrupción es un mal mayor que el pecado. Más que perdonado, el mal debe ser curado. La corrupción se ha naturalizado al punto de llegar a constituir un estado personal y social ligado a la costumbre, una práctica habitual en las transacciones comerciales, y financieras, en las licitaciones públicas, en toda negociación que involucre a agentes del Estado. Es la victoria de las apariencias sobre la realidad, y de la desfachatez impúdica sobre la discreción honrada.

Sin embargo, el Señor no se cansa de llamar a las puertas de los corruptos. La corrupción nada puede hacer contra la esperanza.

¿Y qué puede hacer el derecho penal contra la corrupción? Son muchas ya las convenciones y tratados internacionales en la materia, y han proliferado las figuras delictivas orientadas a proteger no tanto a los ciudadanos, que en definitiva son sus víctimas últimas - en particular, los más vulnerables - sino a resguardar los intereses de los actores de los mercados económicos y financieros.

El castigo penal es selectivo. Como he dicho en otras oportunidades, es como una red que atrapa solamente a los peces pequeños, mientras que deja a los grandes libres en el mar. Su aplicación, por lo tanto, debe ser hecha con cautela. Así, un mayor celo en la persecución de los delitos de corrupción de los servidores públicos puede derivar en una ola de procesos penales por llamadas telefónicas a familiares desde el lugar de trabajo, o por el hurto de algunas hojas de papel usadas para imprimir materiales de estudio.

Las formas de corrupción que deben perseguirse con la mayor severidad son aquellas que causan graves daños sociales, ya sea en cuestiones económicas y sociales - como ser, graves defraudaciones contra la administración pública o el ejercicio desleal de la administración confiada - como en todo tipo de obstaculización del accionar de la justicia con miras a procurar la impunidad por las fechorías propias o las de terceros.

## **Conclusión.**

La cautela en la aplicación de la pena pública debe ser el principio rector de los sistemas penales, y la plena vigencia y operatividad del principio *pro homine* debe garantizar que los Estados no estén habilitados, jurídica o fácticamente, a subordinar el respeto de la dignidad de la persona humana a cualquier otra finalidad, aun cuando se procure alcanzar algún tipo de utilidad social. El respeto de la dignidad humana no solo debe operar como límite a la arbitrariedad y los excesos de los agentes estatales, sino como criterio orientador para la persecución y represión de aquellas conductas que representan los más graves ataques a la dignidad e integridad de la persona humana.

## **Notas**

- <sup>1</sup> 2014 Human Development Report - Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience, UNPD.
- <sup>2</sup> Fondo de las Naciones Unidas para las Mujeres (UNIFEM).



# IV

## Jurisprudencia





## **La trata de personas y la explotación de menores de edad**

No existe coincidencia entre los tipos penales contenidos en los artículos 188A y 188B del Código Penal y los previstos en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011; la expresión “mendigue con menores de edad”, contenida en este último dispositivo legal, es constitucional de forma condicionada siempre y cuando se entienda que ella “tipifica exclusivamente la utilización de menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos”, este último comportamiento, dice la jurisprudencia de manera reiterada, no puede ser castigado en un Estado de Derecho.

*Fernando Velásquez Velásquez.*

### **Sentencia C-464/14**

Referencia: expediente No. D-9972

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 “*por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*”.

Demandante: María Eugenia Gómez Chiquiza

Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D. C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, la ciudadana María Eugenia Gómez Chiquiza solicita a la Corte

que declare la inexequibilidad de la totalidad del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”*. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada, publicada en el Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011:

*“LEY 1453 DE 2011 (junio 24). Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.*

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: (...) **ARTÍCULO 93. EXPLOTACIÓN DE MENORES DE EDAD.** *El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes. /La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

## III. LA DEMANDA

La ciudadana María Eugenia Gómez Chiquiza presentó acción de inconstitucionalidad contra el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 *“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”*, por presunta inconstitucionalidad en su contenido material.

A juicio de la actora la disposición legal demandada vulnera los artículos 9, 13, 17, 28, 29, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, el artículo 25 del Convenio No. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, el artículo 2° del Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, el artículo 2°, numeral 2° y el artículo 8° numeral 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1°, 2° y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 2°, numeral 2°, artículo 3°, numeral 1° y 2°, artículo 4°, artículo 19 numeral 1° y 2°, artículo 32, artículo 34, artículo 35, artículo 36 y artículo 41 de la Convención sobre Derechos del Niño, artículos 1° y 7° numeral 1° del Convenio No. 182 Sobre Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata Para su Eliminación y los artículos 3° literal C y 5° del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños.

La demanda fue inicialmente admitida mediante auto del 26 de noviembre de 2013 en lo correspondiente a los cargos por presunta vulneración del principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) y presunta vulneración del derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución). No obstante, en el mismo proveído se decidió inadmitir la demanda respecto a los cargos por presunta vulneración de los artículos 9, 17, 28, 44, 93 y 94 de la Constitución.

La actora presentó de manera extemporánea correcciones a la demanda, el día 04 de diciembre de 2013, por los cargos inadmitidos, por lo cual se procedió mediante auto fechado el 13 de diciembre de 2013 al rechazo de los mismos, sin objeto de controversia ante la Sala Plena de esta Corporación por la falta de interposición del recurso de súplica. En consecuencia, la presente acción de inconstitucionalidad se circunscribe a cargos por presunta vulneración al principio de igualdad y al debido proceso.

Los fundamentos para solicitar la inconstitucionalidad son:

1.- La conducta prescrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 relativa a la explotación de menores genera una confusión típica cuando se observa de conformidad con el artículo 188-A del Código Penal (Ley 599 de 2000) que consagra el tipo penal de trata de personas.

En palabras de la demandante *“la conducta típica descrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y que establece la explotación de menores de edad (en diferentes modalidades, por cuanto entraña su utilización, instrumentalización, comercialización o el ejercicio de la mendicidad), coincide con los aspectos fácticos, jurídicos y aún probatorios de la conducta punible que concibe el delito de trata de personas establecido en el artículo 188 A del Nuevo Código Penal, al configurarse este por la explotación de las personas (incluidos los menores de edad cuando en el artículo 188 B se prevén las circunstancias de agravación) en sus diferentes modalidades, creándose una confusión típica, toda vez que los dos tipos penales entrañan la misma conducta y buscan proteger el bien tutelado que es “la libertad individual y autonomía personal” –folios 8 y 9-.*

2.- En ese sentido, para la demandante, una vez analizados los verbos rectores de ambos tipos penales, el tipo penal demandado se encuentra subsumido totalmente por el tipo penal anterior contenido en el Código Penal colombiano. Este supuesto de hecho conlleva a una presunta vulneración del principio de igualdad (art. 13. C.P.) por cuanto el artículo demandado, referente a menores de edad, establece una protección inferior con una pena de 3 a 7 años para quien explote a los menores de edad, mientras el artículo 188-A en comparación, consagra una pena de 13 a 23 años frente al adulto que sea víctima de explotación por cualquiera de sus modalidades.

Según la actora, la nueva regulación es irrazonable y desproporcionada ya que el menor de edad por su condición de especial protección y debilidad manifiesta debería contar con una mayor protección que el adulto. En su

concepto, resulta reprochable constitucionalmente que *“quien en condición de superioridad o confianza se aprovecha del sufrimiento de pesar que produce un niño mendigando, y por tanto, resulta necesario que tal conducta reprochable sea sancionada penalmente atendiendo su gravedad, de tal forma que se castigue con más severidad al que mendiga con un menor de edad, que al que mendiga utilizando un adulto”* -folio 13-. Más adelante, indica otra presunta desigualdad ya que el nuevo tipo penal puede resultar excarcelable mientras el contenido en el artículo 188A del Código penal no.

3.- Partiendo del mismo presupuesto de la demandante (sic), es decir, de la subsunción de dos tipos penales, la demandante estima que el legislador desconoció el principio de non bis in ídem, contenido en el derecho al debido proceso, que supone en su criterio: *“el de prohibición o múltiple incriminación, prohibición de doble o múltiple valoración, el denominado principio del non bis in ídem material, cosa juzgada, prohibición de doble o múltiple punición y finalmente, el non bis in ídem material”* –folio 9-.

4. Para la actora esta dualidad normativa genera una tipificación vaga por parte del legislador que atenta contra el principio de legalidad, ya que no existe precisión y certeza en la ley penal, lo cual se refleja en la seguridad del ciudadano quien necesita conocer de antemano *“qué conductas son catalogadas por los jueces como delitos y qué sanciones jurídicas ocasionará la realización de tales conductas”*-folio 15-.

5.- De manera particular, la actora indica que la expresión *“o mendigue con menores de edad”* contenida en el artículo demandado vulnera el debido proceso al pretender tipificar la mendicidad con menores de edad, sin tener en consideración la realidad del país, en la que muchas familias por situaciones de extrema pobreza, desplazamiento o imposibilidad de encontrar empleo formal o informal, obtienen de esta forma ingresos para satisfacer necesidades básicas y optan por la mendicidad como único medio de subsistencia, sin la menor intención de explotar económicamente a sus hijos, a través de su acompañamiento. Por ello, la disposición demandada permite concluir que *“un padre o madre en las condiciones antes dichas que sea sorprendido ejerciendo la mendicidad propia pero en compañía de sus hijos menores de edad, puede ser judicializado por el delito de mendicidad ajena, constituyéndose esto en una forma de criminalizar la pobreza”* –folio 15. Al respecto, cita la sentencia C-040 de 2006 en la cual la Corte precisó que es legítimo el ejercicio de la mendicidad propia, pues la misma no afecta derechos de terceros y, por el contrario, puede constituir para la persona un elemento vital de realización personal.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio del Interior

El representante del Ministerio del Interior, Andrés Gómez Roldán solicita declarar **exequible** el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 por cuanto

la normatividad penal expone tipos punitivos diferentes, los cuales si bien impactan en cierta medida la conducta antijurídica de trata de personas, no se pueden estimar vulneratorios de la Constitución; ya que por el contrario, al tipificar conductas penales diferentes podrían construir para el ejecutor un marco integrador de la normatividad en la materia. Dentro de esas disposiciones cita: reclutamiento ilícito (art. 162); tráfico de menores (art. 188); trata de personas (art. 188A); tráfico de niñas, niños y adolescentes (artículo 188C); uso de menores de edad (art. 188D); prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141); turismo sexual (art. 129); demanda de explotación sexual y comercial de persona menor de 18 años (art. 217A); pornografía con personas menores de 18 años (art. 218); inducción a la prostitución (art. 213); proxenetismo con menor de edad (art. 213A) y; constreñimiento a la prostitución (art. 214).

Indica que los verbos rectores que configuran la conducta punible de explotación de menores de edad, *“utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar”* con menores de edad directamente, difiere de lo previsto en el artículo 188 A del Código Penal, el cual desarrolla las conductas atinentes a *“captar, trasladar, acoger o recibir”* a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación.

Por consiguiente, para esta entidad la disposición demandada se enmarca en la libertad de configuración legislativa, y *“se dirige a garantizar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como valores esenciales de la sociedad, configurando una conducta punible diferente a la prevista en el artículo 188A del Código Penal y demás normatividad que existe en la materia”* –folio 76-.

Finalmente, respecto de la particular expresión acusada *“o se mendigue con menores de edad”* el interviniente señala que la demandante además de ignorar el principio de libre configuración de la Ley, expone argumentos impertinentes e insuficientes, pues se trata de meras consideraciones subjetivas con el propósito de deslegitimar la sanción penal dirigida a penalizar la explotación de menores con fines de mendicidad.

## 2. Defensoría del Pueblo

El Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, Luis Manuel Castro Novia, solicita la **exequibilidad** del cargo por presunta vulneración del derecho a la igualdad y declarar la **exequibilidad condicionada** de la expresión *“o mendigue con menores de edad”*, contenida en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, *“bajo el entendido que la conducta reprochable es el ejercicio de la mendicidad utilizando o valiéndose de menores de edad, mas no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos”* –folio 93-.

Para la Defensoría del Pueblo el aparte acusado puede representar una forma de criminalizar la pobreza ya que incorpora elementos que constituyen un riesgo frente a la imputación de delitos a personas que por

su condición de extrema pobreza y miseria, se ven obligados a realizar acciones de mendicidad con el fin de cubrir en algún grado sus necesidades, en algunos casos, en compañía o en presencia de niños, niñas o adolescentes, acción que no implica necesariamente un acto de explotación hacia el niño o la niña que acompaña al adulto a realizar esta actividad.

Asimismo, según el interviniente el tipo penal demandado “no ofrece elementos para identificar si estos actos de mendicidad, en presencia de niños o niñas, son derivados de situaciones de extrema necesidad o urgencia manifiesta o efectivamente corresponden a actos de explotación infantil, que a juicio de la entidad, debe constituir el núcleo de este tipo penal” –folio 91-.

Respecto a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad, estima que no le asiste razón a la demandante por tres razones. En primer lugar, los tipos penales no son susceptibles de comparación teniendo en cuenta sus características y en atención a las finalidades que persiguen, “si bien estos tipos pretenden castigar “la instrumentalización o cosificación de las personas”, lo cierto es que sus elementos característicos son diferentes, pues aunque protegen el mismo bien jurídico, contienen distintos verbos rectores y distinto sujeto pasivo. (...) En esa medida, puede afirmarse que el delito de trata de personas consagrado en el artículo 188 A del Código Penal castiga la “explotación de personas” de una manera más amplia y detallada, ampliando las posibilidades de realizar esta conducta, mientras que el delito de explotación de menores, contenido en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, circunscribe la explotación a un ámbito específico, cual es, su realización en menores de edad. En consecuencia, al ser diferentes los tipos penales sujetos a comparación no es posible aducir la vulneración del derecho a la igualdad” –folio 89-.

En segundo lugar, la tipificación de la explotación de menores, lejos de desconocer el mandato contenido en el artículo 13 de la Carta Política, constituye un instrumento de protección a favor de los menores de edad y no debe verse bajo ninguna circunstancia como una disposición que minimice, relativice o desconozca las afectaciones de las que son víctimas, independientemente de que el tipo penal contenga una pena inferior a la contemplada en el delito de trata de personas.

Finalmente, considera esta entidad que la demanda carece de certeza ya que la conducta descrita en el delito de trata de personas no contempla diferenciación alguna de edad y, al usar la palabra “persona” se tiene claramente que los menores de edad pueden ser igualmente víctimas de esta conducta.

### 3. Ministerio de Justicia y del Derecho

La apoderada, Ana Beatriz Castelblanco Burgos interviene en la acción de inconstitucionalidad de la referencia con el fin de solicitar un fallo **inhibitorio** por cuanto la demanda carece de certeza al estar estructurada subjetivamente sobre el contenido de una norma acusada que no penaliza la mendicidad propia ni la comercialización de los menores.

Como antecedente legislativo de la disposición demandada la interviniente manifiesta que la disposición demandada surgió en tercer debate en la Comisión Primera de Cámara, como consecuencia de una proposición presentada por el Representante Juan Carlos Salazar Uribe “*sin que viniera incluida en la Ponencia y sin que hubiera sido objeto de discusión, propuesta o debate en las etapas previas en el Senado*” –folio 96-.

Sin embargo concluye, así no exista justificación, sentido, alcance y finalidad por parte del legislador que el contexto general del artículo 93 demandado no persigue penalizar la explotación de menores en el marco de la trata de personas, sino en el sentido de no utilizar menores en el marco de la misericordia o compasión que facilita la obtención de limosna.

Finalmente, aduce que la norma acusada no se está diversificando el delito de trata de personas para concentrarlo para el caso de explotación de adultos y excluirlo para el caso de explotación de menores, pues la explotación que se tipifique en el marco de cualquiera de los verbos rectores consagrados en el artículo 188-A del Código Penal aplica tanto para adultos como para menores.

#### **4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

La Jefe de Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –en adelante ICBF-, intervine para solicitar la declaratoria de **inexequibilidad** del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011.

Señala que este caso trata de dos normas con el mismo fin, que buscan proteger el mismo bien jurídico, la libertad individual y la autonomía personal. Del mismo modo precisa que la cuestión constitucional versa sobre niños quienes son considerados sujetos de especial protección constitucional, con derechos e intereses superiores y prevalentes

Aduce que “*el legislador sobrepasó los límites constitucionales fijados frente a la potestad de configuración legislativa, por cuanto al momento de crear la norma jurídica objeto de esta demanda, no tuvo en cuenta que ya existía en otro cuerpo normativo (Código Penal), una tipificación que incluye la explotación de menores de 18 años (artículo 188A), la cual resulta ser más garantista de los derechos de los niños y prevé una sanción acorde no sólo con la gravedad que representa para la niñez y la adolescencia este delito, sino que responde a la exigencia que se impone al Estado frente a los tratados y convenios internacionales.*

*Ahora bien, la sanción del Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos, debe ser proporcional el daño causado, por lo que es imperativo señalar que ningún estudio científico ni empírico, ha demostrado que las secuelas de las víctimas de trata, estén disminuyendo y por lo mismo una disminución de la pena carece de fundamento social, conceptual y ético”* – reverso folio 110-.

Además, cita la sentencia C-121 de 2012 para concluir que la sanción establecida en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 vulnera los principios

de razonabilidad, proporcionalidad y resulta poco idónea para proteger el bien jurídico pretendido.

## 5. Fundación Telefónica Colombia

El Director (E) de la Fundación Telefónica Colombia, Javier Uribe Blanco, interviene para solicitar la **inexequibilidad** de la norma demandada. En su criterio esta disposición desconoce la prevalencia que ha sido dada a los derechos de los niños por vía constitucional de acuerdo a los tratados suscritos por Colombia ya que establece una discriminación sin justificación. Lo anterior, contradice los estudios que indican que la sola acción del trabajo infantil ya es violatoria de derechos individuales y colectivos y que merece el mayor repudio punitivo para quien tipifique esta conducta.

*En palabras de la Fundación “la conducta descrita en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y que establece la explotación de menores de edad coincide con la conducta punible descrita por el delito de trata de personas establecido en el artículo 188 A del Código Penal, al configurarse este por la explotación de las personas. Este delito incluye a los menores de edad cuando en el artículo 188 B se prevén las circunstancias de agravación en sus diferentes modalidades, creándose una confusión en el tipo penal para la tipificación de la conducta punitiva. Esta situación, es contradictoria y genera confusión para el juez de conocimiento del caso, lo cual no sólo debilita el sistema penal como un todo, sino que genera la inseguridad jurídica para los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito afectando su preponderancia en la escala de derechos” –folios 115 y 116-.*

## 6. Universidad Nacional de Colombia

Mediante oficio No. VDA-35-2014, el Vicedecano Académico, Gregorio Mesa Cuadros, solicita que la Corte declare la **exequibilidad** del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, no obstante, suplica que se declare **inexequible** la expresión “o mendigue con menores de edad” al ser contraria a la Constitución.

En primer lugar, parte su exposición en denotar una diferenciación en cuanto a los verbos rectores de los tipos penales, para concluir que la trata de personas prevé un ingrediente subjetivo especial “con fines de explotación”, “de manera que para la configuración del delito es suficiente que se realice, alternativamente, uno de los verbos rectores con la finalidad de explotar a la víctima, aunque dicha explotación no se realice. En otras palabras, para la configuración de la conducta punible no se requiere la explotación propiamente en cualquiera de sus modalidades, si no que la acción se realice con ese fin” –folio 119-.

Por lo cual, la norma acusada no constituye una vulneración del derecho a la igualdad en sentido material, sino que protege de manera distinta a las víctimas de los delitos analizados, al establecer además del delito de trata de personas, un delito especial para la protección de los menores.

Frente a la violación del debido proceso, el interviniente funda la inexecutable del aparte demandado “o mendigue con menores de edad”,

en que su contenido es genérico, amplio y puede representar una forma de criminalizar la mendicidad al incorporar una conducta que en estricto sentido no se corresponde con el objeto de protección, sino que *“implica una norma selectiva que apunta a la criminalización de la población menos favorecida, aquella que por condiciones materiales o precarias se ve compelida a la mendicidad”* - folio 121-.

Indica que la realidad social del país muestra cómo las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, en condiciones de vulnerabilidad o en riesgo permanente por la pobreza, *“pueden verse obligados a ejercer la mendicidad, solos, en grupos familiares, en grupos de desplazados o en presencia de menores, entre otros, sin que con ello estén actuando con la intención final de explotar económicamente a éstos últimos. En ese sentido, la descripción típica presume el actuar doloso de quien ejerce la mendicidad con menores, como una mera conducta, cuando ello no siempre es así. Al estar proscrita la responsabilidad objetiva, el tipo penal desborda sin una razón válida los límites al poder punitivo impuestos desde la Constitución Política de Colombia”* –folio 121-.

Por lo anterior, al considerar que se desbordaron los límites impuestos a la libertad de configuración en materia político criminal y que se crea un riesgo objetivo al tipificar una conducta realizada por población vulnerable o en estado de pobreza solicita la declaratoria de inconstitucionalidad.

## **7. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social**

Lucy Edrey Acevedo Meneses, interviene en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, con el fin de solicitar la **exequibilidad** de la norma acusada.

Indicó que para la Corte Constitucional el legislador es quien debe regular la política criminal del Estado de manera amplia, lo cual incluye la facultad de crear, modificar o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de las penas, entre otras.

Ahora bien, respecto al delito de trata de personas señala que este tipo penal es pluriofensivo y tiene tres elementos constitutivos que pueden sintetizarse así: *“(i) la movilización de un individuo –mujer, hombre, niño y niña– fuera de su entorno social; (ii) los medios, o los métodos por los cuales una persona es limitada o privada de la libertad –a través del uso de la fuerza, la amenaza, la servidumbre por deudas, el fraude y la coacción, entre otros– y; (iii) los fines de explotación”* –folio 127-.

Sin embargo, para la interviniente así el tipo penal tenga como fin la explotación, el legislador tenía amplio margen para considerar que la conducta abarca de manera directa las situaciones que afecten directamente a los menores de edad. Es más, por el carácter de protección reforzada de la que son objeto era más beneficioso establecer la conducta cuando se cometa específicamente sobre menores de edad.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 242.2 y 278 del texto constitucional, el Procurador General de la Nación, el 25 de febrero de 2014, presentó concepto número 5734, en el cual solicitó a la Corte declarar la **exequibilidad** de la norma acusada por cuanto el tipo penal de trata de personas y el de explotación de menores tutelan bienes jurídicos distintos, castigan distintas conductas, y en suma, poseen espectros sancionatorios diferentes. Además, para el Ministerio Público la norma atacada no sanciona objetivamente la mendicidad del adulto.

En primer lugar, el Procurador General de la Nación indicó en su concepto que el tipo penal de trata de personas es un delito complejo no solo porque posee cuatro verbos rectores diferentes (captar, trasladar, acoger y recibir) sino porque contiene un ingrediente subjetivo concreto de realizar cualquiera de los verbos rectores con la intención de explotar. También contiene un ingrediente objetivo como es que los verbos rectores deben configurarse dentro del territorio nacional o hacia el exterior. Por su parte, en el tipo penal de explotación de menores de edad se establecen tres verbos rectores (instrumentalizar, comercializar o mendigar) distintos, que si bien pueden contener alguna relación con los ingredientes subjetivos del delito de trata, no por ello reprimen los mismos hechos, ya que en este tipo penal la conducta sancionada sí posee como resultado directo la explotación del menor de edad.

En segundo lugar, para la Vista Fiscal el delito de trata de personas catalogado como de esclavitud moderna, no tiene la finalidad de castigar el hecho de la explotación en sí misma, sino un tipo particular de ésta, en el cual *“el ser humano resulta cosificado al punto de llegarse a establecerse relaciones de dominio en las que se generan relaciones de señorío y el ser humano es tratado como un objeto que se capta, traslada, acoge o recibe con fines de explotación”* –folio 144-.

En tercer lugar, precisa el concepto que *“en la trata de personas no se castiga el resultado de explotación, sino la intención de explotar a través de la captación, traslado, acogida o recibimiento cosificado de seres humanos. En tal sentido, el delito referido no tiene por objeto la sanción de la explotación efectiva, con lo cual el delito se comete sin necesidad que la explotación se realice, pues lo que se debe configurar es el acogimiento, traslado, captación, recibimiento con dicho fin. En otras palabras, como el delito de trata de personas castiga la captación, traslado, acogida o recibimiento con fines de explotación, en nada se opone a que se presente en concurso con delitos que sancionen efectivamente la explotación ajena como verbo rector”* –folio 145-.

De otra parte, la intervención concluye en este punto con que la dogmática penal ofrece el fenómeno de la consunción que opera cuando el juicio de desvalor de una conducta punible se encuentra comprendida en

el juicio de desvalor de otra, que es aplicable en razón de su mayor riqueza descriptiva, contenido, etc., en otras palabras, el injusto más complejo absorbe los otros que en aquél se hayan consumado. Por lo anterior, no existiría confusión o verdadera coincidencia entre el tipo penal de trata de personas y el de explotación de menores de edad, por cuanto uno está llamado a sancionar la intención de explotar, desarrollada a través de acciones distintas a la explotación en sí misma, y el otro está destinado a reprimir directamente la conducta de explotar a otro ser humano.

Ahora bien, para el Ministerio Público el cargo por inconstitucionalidad de la expresión “*o mendigue con menores de edad*”, contenido en el artículo demandado deviene de una lectura parcial de la norma acusada, dando una interpretación errónea a la expresión con menores de edad. Si bien esta entidad reconoce que la expresión tiene una doble interpretación, ya que puede entenderse que se castiga el hecho de mendigar estando acompañado por un menor de edad, la frase debe entenderse correctamente de forma armónica con el resto del delito, es decir, de conformidad con su título explotación de menores de edad, concluyéndose que la conducta criminalizada es la de mendigar utilizando o instrumentalizando a un menor de edad para el despliegue de la actividad.

## **VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **1. La competencia y el objeto del control**

La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 “*por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad*”.

### **2. Planteamiento del caso y problema jurídico**

Mediante acción de inconstitucionalidad la ciudadana María Eugenia Gómez Chiquiza solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, por cuanto la conducta descrita, relativa a la explotación de menores genera una confusión típica cuando se confronta con el delito de trata de personas, contenido en el artículo 188-A del Código Penal. En criterio de la demandante, al analizar el ingrediente subjetivo del tipo penal contenido en la trata de personas, se puede entender subsumido el tipo penal de explotación de menores. En ese entendido, el tipo penal de explotación de menores transgrede el principio de igualdad al introducir al ordenamiento jurídico una pena menor para sancionar la explotación de menores, en comparación con la prevista para castigar el mismo acto en los adultos, lo cual vulnera la especial protección constitucional que merecen los niños.

Por otra parte, la actora también estima que el artículo demandado vulnera las garantías del debido proceso en lo relativo al principio de *non bis in ídem*, por cuanto al encontrarse la norma demandada subsumida en otra anterior, coexisten dos sanciones penales distintas para una misma conducta. Finalmente, según la demanda, la expresión “*o mendigue con menores de edad*” contenida en el artículo 93 demandado, pretende tipificar la mendicidad con menores de edad, sin tener en consideración la realidad del país. Por ello, para la demandante la disposición demandada permite concluir que “*un padre o madre en las condiciones antes dichas que sea sorprendido ejerciendo la mendicidad propia pero en compañía de sus hijos menores de edad, puede ser judicializado por el delito de mendicidad ajena, constituyéndose esto en una forma de criminalizar la pobreza*” –folio 15-.

Frente a tales cuestionamientos, el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Defensoría del Pueblo, la Universidad Nacional de Colombia y el Procurador General de la Nación, intervinieron con el fin de solicitar la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada por cuanto los dos tipos penales confrontados son claramente diferenciables, lo cual conduce a desestimar los cargos por violación del principio de igualdad y, por ende, del debido proceso.

No obstante, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fundación Telefónica de Colombia acompañan los argumentos de la demandante al considerar que el control constitucional debe producir una inexecutable de la norma acusada, toda vez que según los verbos rectores, la norma demandada puede subsumirse en el tipo penal de trata de personas, ambas protegen un mismo bien jurídico y, por tanto, ocasionan una graduación punitiva inferior y desproporcionada respecto de los derechos de los niños.

Con relación a la expresión “*o mendigue con menores de edad*” la Universidad Nacional de Colombia estima que debe declararse la inexecutable de la misma, en similar sentido, la Defensoría del Pueblo considera acertada una constitucionalidad condicionada del aparte demandado. Dichos intervinientes observan que una interpretación de la norma puede conllevar a criminalizar la mendicidad, lo cual constituye un riesgo frente a personas vulnerables que por su condición de extrema pobreza y miseria, se ven obligados a realizar actos de mendicidad para sobrevivir. En ese orden de ideas, para la Universidad el aparte analizado presume el actuar doloso de quien ejerce la mendicidad con menores, cuando perfectamente puede ocurrir que quien mendigue en presencia de menores no pretenda explotarlos. Para la Defensoría, de conformidad con la sentencia C-040 de 2006, se debería condicionar la norma bajo el entendido “*que la conducta reprochable es el ejercicio de la mendicidad utilizando o valiéndose de menores de edad, mas no la realización de tal actividad en compañía de los mismos, como quiera que esta última no constituye una conducta reprochable desde el punto de vista constitucional*” –folio 92-.

En atención a los cargos formulados en el escrito de la demanda, esta Sala Plena debe resolver, en primer lugar, si el artículo 93 de la Ley 1453

de 2011, que establece el tipo penal de explotación de menores de edad, se entiende subsumido completamente en el tipo penal de trata de personas (artículo 188-A y B del Código Penal). Determinado lo anterior, la Sala establecerá si el artículo demandado: i) vulnera el principio de igualdad, contenido en el artículo 13 de la Constitución y; ii) el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Finalmente, la Sala se detendrá en la expresión “mendigue con menores”, con el fin de ilustrar la interpretación constitucional de la locución, de conformidad con el principio de debido proceso.

Con el propósito de realizar el estudio respectivo, la Sala Plena de la Corte Constitucional se referirá en esta oportunidad a los siguientes temas: (i) comparación entre los tipos penales en conflicto; (ii) concurso de conductas punibles y principios penales de interpretación; (iii) aspectos constitucionales de la mendicidad y; (iv) finalmente abordará el análisis concreto de los cargos.

### **3. Análisis comparativo de los tipos penales en conflicto: explotación de menores y trata de personas**

En primer lugar, corresponde a la Sala describir los tipos penales en presunto conflicto constitucional con el fin de dilucidar individualmente su contenido, elementos y finalidad. En esa medida, esta Corporación expondrá la situación descrita en las normas de ambos tipos penales para desentrañar la calidad de los sujetos (activo y pasivo) involucrados en la conducta punible, su antijuridicidad y el bien jurídico-penal protegido.

#### **3.1. Explotación de menores de edad. Artículo 93, Ley 1453 de 2011**

El artículo demandado, contenido en el artículo 93, capítulo IV, relativo a “medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el código de la infancia y la adolescencia” de la Ley 1453 de 2011, “por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, comúnmente conocida como ley de seguridad ciudadana, tiene el siguiente tenor literal: “**ARTÍCULO 93. EXPLOTACIÓN DE MENORES DE EDAD.** El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes. /La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

De la redacción anterior, es posible extraer que el sujeto activo o sujeto agente, es indeterminado ya que puede ser indistintamente cualquier persona, según la misma locución utilizada por la Ley: “el que”. Por el contrario, el sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido es calificado,

por cuanto la conducta típica recae particularmente en este tipo penal de manera plural o singular sobre menores de edad.

En cuanto a la acción, observa la Sala que nos encontramos ante un tipo penal de conducta alternativa toda vez que presenta cuatro verbos rectores diferentes, a saber: utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar, los cuáles, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española significan: utilizar es “aprovecharse de algo”; instrumentalizar es “utilizar algo o a alguien como instrumento para conseguir un fin”; comercializar es “dar a un producto condiciones y vías de distribución para su venta” y; mendigar es “pedir limosna de puerta en puerta”.

Finalmente, se observa que el bien jurídico protegido en el delito de explotación de menores, aunque no se encuentre contemplado en el Código Penal dentro de un bien jurídico, obedece a la libertad individual, precisando que con respecto al delito de mendicidad con menores de edad, el legislador quiso proteger, en el texto original del artículo 231 de la Ley 599 de 2000 (derogado), el bien jurídico de la familia. Por tanto, en este delito puede coexistir más de un bien jurídico tutelado.

Finalmente, resta advertir que el tipo penal de explotación de menores de edad no contiene ingrediente subjetivo alguno.

### 3.2. Trata de personas. Artículos 188-A y B del Código Penal

El delito de trata de personas, por su parte, fue adicionado en el ordenamiento jurídico colombiano mediante Ley 747 de 2002 y consagrado en los artículos 188-A y B del Código Penal colombiano con el siguiente tenor: “**ARTÍCULO 188-A. TRATA DE PERSONAS.** *El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. /Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación./ El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.*

**ARTÍCULO 188-B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.** *Las penas para los delitos descritos en el artículo 188 y 188-A, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando: 1. Cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años. 2. Como consecuencia, la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez*

mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la salud de forma permanente. 3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. 4. El autor o partícipe sea servidor público. PARÁGRAFO. Cuando las conductas descritas en los artículos 188 y 188-A se realice sobre menor de doce (12) años se aumentará en la mitad de la misma pena”.

Del mismo se extrae que cuenta con un sujeto activo indeterminado, al igual que el anterior tipo penal de explotación de menores, ya que cualquier persona puede ser el que capte, traslade, acoja o reciba a una persona. Empero, a diferencia de la explotación de menores en donde existe sujeto pasivo calificado (menores de edad), en la trata de personas el sujeto pasivo es indeterminado al cometerse sobre cualquier persona, lo que incluye no solo adultos sino también menores.

En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> del mismo nombre jurídico del delito se puede entender que la inflexión “trata”, “conforme a sus dos principales acepciones corresponde a “Manejar algo y usarlo materialmente” o “Manejar, gestionar o disponer de algún negocio”, siendo entonces de elemental lógica concluir que la acción prohibida es la de instrumentalizar o cosificar a una persona como si fuera una mercancía. Aún más, el mismo diccionario define la palabra “trata” como “Tráfico que consiste en vender seres humanos”.

Acerca de los verbos rectores interpreta que “captar implica atraer a alguien, ganar su voluntad; trasladar es llevar a una persona de un lugar a otro; acoger equivale a suministrarle refugio, albergue, o techo; y recibir es tomar o hacerse cargo de alguien que es entregado por un tercero. Y tales acciones pueden ejecutarse, como lo prevé la norma internacional, mediante amenazas, a través del uso de la fuerza u otras formas de coacción, como el rapto, el fraude, el engaño, o abusando del poder o confianza que se detenta sobre la persona o aprovechando de la situación de vulnerabilidad en que se halla, medios que no son exigibles cuando la víctima es un niño”.

En el marco del delito de trata de personas se observa de la exposición de motivos del proyecto de ley que, “el problema de la Trata de Personas es muy grande y mucho más amplio de lo que se puede resumir (...). Colombia es el tercer país exportador de personas víctimas de la Trata a nivel mundial”<sup>2</sup>.

Se puede observar por la ubicación del tipo penal en el ordenamiento penal que la trata de personas protege el bien jurídico de la libertad y otras garantías (título III), no obstante, la trata tiene como particularidad ser un delito pluriofensivo contra la dignidad humana, que puede lesionar o poner en peligro múltiples bienes jurídicos simultáneamente como la libertad, la autonomía y la libertad sexual, entre otros. También tiene un carácter de tipo penal mixto, ya que pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se configura con la realización de una, cualquiera de las cuatro descritas anteriormente por sus verbos rectores.

Además, el delito de trata de personas cuenta con un ingrediente subjetivo relativo a la finalidad de explotación; el artículo claramente indica las prácticas mediante las cuales, regularmente, el sujeto activo de la acción somete al sujeto pasivo en procura de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para un tercero, a saber, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. Así, si bien el tipo penal no requiere que se obtenga el fin de explotar a la víctima para la configuración del tipo, por cuanto basta la realización de alguno de los verbos rectores para la configuración del delito, es cierto que para que el peligro ocasionado con la conducta del sujeto activo sea considerado como delito, debe existir un riesgo inminente, próximo, real y efectivo de que el hecho de vulneración ocurra.

Adicionalmente, respecto a la distinción dogmática entre el delito de trata de personas y otros delitos, o la llamada “confusión típica” planteada por la demandante, es claro que la trata de personas por su amplitud se puede presentar en concurso con otras conductas punibles. *“La línea divisoria entre el delito de trata de personas en comparación con otros tipos penales es muy tenue, por lo que en muchos casos no resulta tarea fácil hacer la adecuación típica”*<sup>3</sup>. De igual manera, lo reconoce jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, *“la Sala estima oportuno hacer énfasis en que el sujeto activo (plural o individual) de la conducta punible de trata de personas, al desarrollar el iter criminal, puede, y de hecho así ocurre en la práctica, incurrir en diferentes comportamientos lesivos de otros bienes jurídicamente tutelados, como por ejemplo, el secuestro, la falsificación de documentos, etc., sin que por ello desaparezca el fin último perseguido y concretado, esto es, la mercantilización o comercio de un ser humano, ni el real o efectivo concurso de tipos penales, cuya adecuada y completa atribución corresponde hacerla al órgano encargado de la persecución penal”*<sup>4</sup>.

Mediante Ley 800 de 2003, el Legislador colombiano aprobó el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000). El literal a) del artículo 3° de este Protocolo entiende como definición de la trata de personas *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*.

Con importancia para el caso objeto de estudio, el literal c) de la misma disposición señala que *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”*.

### 3.3. Conclusión preliminar

Con todo lo dicho, la Sala concluye que los delitos en comparación de explotación de menores, contenido en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y el delito de trata de personas estipulado en el artículo 188–A del Código Penal no tienen identidad típica por cuanto se diferencian en cuatro puntos cardinales. En primer lugar, por los *sujetos pasivos* de ambos tipos penales; en el artículo demandado –explotación de menores–, el sujeto pasivo es determinado al recaer exclusivamente sobre menores de edad, mientras que en la trata de personas el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, es decir, es indeterminado. En segundo lugar, aunque ambos delitos comprenden conductas alternativas, los *verbos rectores* son completamente distintos: la explotación de menores reprocha al que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad, por su parte, la trata pena a quien capte, traslade, acoja o reciba a cualquier persona. En tercer lugar, el tipo penal de trata de personas se diferencia de la explotación de menores al contener un *ingrediente subjetivo* o un carácter intencional distinto del dolo que se emplea para describir la conducta, en este caso, el delito de trata prevé como elemento adicional una finalidad de explotación, inexistente en el delito de explotación de menores. Finalmente, el delito de trata de personas presenta modalidades de agravación ausentes en el delito de explotación de menores.

### 4. Concurso de conductas punibles y principios interpretativos en materia penal

La Ley 599 de 2000 *“por la cual se expide el Código Penal”*, reguló en el título III, capítulo único, *“de la conducta punible”*, el concurso de conductas punibles en el supuesto que mediante una o varias conductas punibles se infrinjan varias disposiciones de la ley o varias veces la misma disposición: **“ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES.** *El que con una sola acción u omisión u con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. / En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. / Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.* **PARAGRAFO.** *En*

*los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.*

Así, el concurso efectivo de tipos se presenta cuando uno o varios comportamientos de la misma persona coetáneamente encuadran en varios tipos penales que, sin excluirse el uno del otro, deben aplicarse simultáneamente.

Por ello, la teoría del concurso tiene como finalidad determinar conforme a la ley vigente, la teoría de unidad y pluralidad de conductas y tipicidades y los criterios de política criminal como proporcionalidad, razonabilidad, necesidad, autonomía del bien jurídico, non bis in ídem e igualdad material, una sanción punitiva adecuada que refleje el verdadero grado del injusto penal y la culpabilidad existente, según las distintas estructuras de pluralidad normativa de tipos penales.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional:

*(...) “Rasgos determinantes de la figura del concurso de conductas punibles son la unidad de sujeto activo; la unidad o pluralidad de acciones u omisiones; la realización de varios tipos penales, o varias veces la misma infracción; y la unidad de proceso”<sup>5</sup>.*

De esta manera, será tarea del funcionario judicial precisar si la conducta prevista en la ley punible encaja de manera directa en un tipo penal determinado. No obstante, en el proceso de adecuación típica del comportamiento examinado, puede suceder que una misma persona realice una conducta penalmente relevante susceptible de ubicarse en dos o más tipos penales, o un número plural de conductas que encajen en idéntico supuesto de hecho o en varios; problemática penal que es denominada y resuelta por la doctrina en la teoría de los concursos o unidad y pluralidad de conductas típicas, que pasa la Sala a precisar sucintamente:

El *concurso material o real* se presenta cuando una persona realiza una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o en varios tipos penales. El Código Penal lo señala expresamente al contemplar el supuesto relativo a que *“con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición”*. En el caso que las acciones independientes se circunscriban a un mismo tipo penal, surge el concurso material homogéneo, por el contrario, cuando un mismo agente incurre en diversos tipos penales, acontece el concurso material heterogéneo.

En palabras de Reyes Echandía, *“esta modalidad se presenta cuando varias acciones u omisiones realizadas por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas y, por lo mismo, encuadran en varios tipos penales, o varias veces en el mismo tipo”<sup>6</sup>.*

En criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el concurso material es, *“el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales*

deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes<sup>7</sup>. Este tipo de concurso es considerado como la modalidad natural de los concursos, pues naturalmente varias acciones pueden dar lugar a varios delitos.

Este concurso implica una pluralidad de acciones independientes o separadas, sin vínculo alguno entre sí y con momentos diferenciables. Esta forma de proceder genera una multiplicidad de delitos que lesionan por más de una vez uno o varios bienes jurídicos.

El *concurso ideal o formal*, por su parte, se diferencia del anterior por la unidad de acción, en tanto el agente realiza una única acción que configura varios delitos, los cuales resultan aplicables de manera conjunta, “*hay concurso ideal o formal cuando una acción se adecúa a varias figuras típicas que no se excluyen entre sí*”<sup>8</sup>. Por tanto, el concurso ideal o formal es el único caso de concurso de tipos penales en una acción y conlleva una pluralidad de tipos penales.

El Código Penal consagra este tipo de concurso de manera expresa, “*el que con una sola acción u omisión infrinja varias disposiciones de la ley penal*”. El Profesor Posada Maya, expone como exigencias del concurso ideal: la unidad e identidad de conducta, la múltiple desvaloración penal de la conducta, la uniformidad del sujeto activo y la unidad o pluralidad de sujetos pasivos<sup>9</sup>.

De lo anterior, la Sala concluye que la dogmática del derecho penal se ha ocupado de establecer supuestos y fórmulas de resolución para situaciones que deben ser investigadas y juzgadas en un mismo proceso; así, cuando el autor mediante una misma acción ejecuta al mismo tiempo una pluralidad de tipos penales (concurso ideal o formal) o bien cuando el autor presenta una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser adecuadas a uno o varios tipos penales (concurso real o material), se configura en la práctica judicial un concurso de conductas punibles (art. 31, Código Penal), caso en cual, el funcionario judicial competente deberá imponer la pena más grave según su naturaleza, acumulable hasta en otro tanto.

A su turno, el *concurso aparente* se configura cuando ilusoriamente existe una concurrencia de tipos penales sobre una conducta. Por ejemplo, prima facie, se encuadra el caso en un concurso ideal, pero tras un estudio detenido de la tipicidad se llega a la conclusión de que no es así, por ello, se suele denominar este concurso como concurrencia de leyes, pues es lo que sucede: dos o más normas penales son aplicables aparentemente al caso concreto por una única acción.

Se entiende doctrinalmente por concurso aparente, “*el fenómeno en virtud del cual una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de manera que el juez, no pudiendo aplicarlo coetáneamente*

*sin violar el principio de non bis in ídem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio*<sup>10</sup>.

En el concurso aparente de delitos –que bien se ha clarificado como un aparente concurso–, una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción, ya que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable<sup>11</sup>.

Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina, posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes los principios que los regulan; con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal.

Las hipótesis de concurso aparente se presentan generalmente entre disposiciones de un mismo ordenamiento que suele ser el Código Penal y es común que dichas normas pertenezcan a la parte especial de dichos ordenamientos porque es allí donde se suele hacer la descripción de los distintos delitos. Sin embargo, también pueden predicarse concursos aparentes con relación a distintos ordenamientos, piénsese por ejemplo en normas penales militares y normas penales ordinarias semejantes. Así, suele existir concurso aparente entre peculado y hurto, hurto y estafa, homicidio y lesiones personales, homicidio simple y homicidio agravado, entre otros, hipótesis en las cuales las normas señaladas recogen el comportamiento investigado pero por tratarse de una sola acción solo puede ser aplicada una de ellas en respeto de los principios constitucionales de debido proceso y non bis in ídem<sup>12</sup>.

Esta problemática penal se circunscribe como una manifestación de la unidad delictiva que como característica relevante posee la de que existe pluralidad de tipos penales que efectivamente concurren en la descripción de la conducta única investigada. En ese orden de ideas, el concurso aparente se soluciona cuando el juzgador selecciona entre los varios tipos que realmente concurren cuál es el que debe ser aplicado por existir un solo delito, la figura se reduce entonces a un problema de interpretación de la ley penal que nada tiene que ver con los concursos real o ideal, en los cuales lo que existe no es una simple multiplicidad de tipos penales sino una pluralidad de hechos punibles. En efecto, aceptado que el fundamento del concurso aparente radica en el respeto al non bis in ídem, es decir, habida cuenta que la figura existe como un mecanismo para evitar que una sola acción sea valorada o sancionada varias veces, es innegable que lo que con ella se busca es que ante la presencia de un solo delito no se apliquen a su autor varios tipos penales que supondrían una pluralidad de sanciones.

Para Reyes Alvarado, “plantear que el concurso aparente es una manifestación de la unidad delictiva en la cual varias normas describen esa misma conducta hace pensar en que no es correcto que reconociendo de antemano la existencia de una sola acción que sólo puede generar una sanción penal, puedan concurrir una pluralidad de disposiciones que comprendan ese comportamiento dentro de su descripción; pues bien, esta afirmación es correcta y pone de relieve que lo que se ha venido denominando concurso aparente de hechos punibles es en la mayoría de los casos el producto de **fallas legislativas** que suelen derivarse de la equivocada pretensión legislativa de sancionar conductas de acuerdo con la forma de lesión del bien jurídico protegido en lugar de tener en cuenta solo la efectiva afectación al bien jurídico y el grado en que dicha lesión se haya producido”<sup>13</sup> –negrilla fuera de texto-.

Algunos autores sostienen que este fenómeno se confunde con el concurso ideal; sin embargo, la diferencia estriba en que en el concurso aparente una sola acción cometida por una misma persona parece adecuarse en dos o más tipos penales excluyentes, esto es, hay un único sujeto activo, unidad de acción y pluralidad de tipos. En el concurso ideal los tipos penales a los cuales se encuadra el comportamiento humano concurren y, por tanto, se aplican simultáneamente al caso. Por ello, mientras en el concurso ideal hay acumulación jurídica de penas, en el concurso aparente se impone la pena prevista en el tipo que resulte aplicable.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que “el concurso aparente de tipos penales tiene como presupuestos básicos (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente”<sup>14</sup>.

Adicionalmente, esta misma Corporación<sup>15</sup> ha destacado, coincidiendo con la doctrina, que la solución racional del concurso aparente de tipos –para obviar el quebranto del principio non bis in ídem–, en el sentido de seleccionar la norma que resulte adecuada, impone la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, ya que uno solo de ellos ha de ser llamado a ser aplicado, de lo contrario se violaría el principio de non bis in ídem constitucional, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser investigado o sancionado dos veces.

Dada la dificultad que se presenta cuando hay concurso aparente para efectos de realizar una correcta adecuación típica de la conducta, la doctrina ha formulado algunos principios interpretativos que ilustran a la demandante sobre los cargos formulados y facilitan a los jueces la forma de proceder en un caso de adecuación típica complejo. Para la Sala estos principios pueden ser usados por el juzgador como parámetro interpretativo en casos de difícil definición al encuadrar correctamente el tipo penal aplicable.

Así lo ha reconocido esta Corte, en sentencia C-121 de 2012 “(...) De cualquier modo, frente al concurso aparente de normas o tipos penales, el operador jurídico, en el ámbito de su autonomía, cuenta con herramientas interpretativas como los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, cuyo cometido es enfrentar, en el plano judicial, eventuales riesgos de vulneración del non bis in ídem”.

El principio de **especialidad** se deriva de la locución latina: “*lex specialis derogat lex generalis*”, adagio jurídico popular según el cual la ley especial debe ser aplicada de preferencia sobre la general, cuando un tipo penal reproduce en forma estructural los elementos de otro. Esto puede ocurrir cuando varias normas penales comprenden dentro de su descripción un comportamiento pero en diferente grado, así mientras una de ellas lo hace de forma general otra lo hace de manera específica y, por tanto, ésta última resulta aplicable.

Según la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, “una norma penal es especial cuando describe conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Por consiguiente, para que un tipo penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales: 1) que la conducta que describe esté referida a un tipo básico; b) Que entre ellos se establezca una relación de género a especie; y, c) Que protejan el mismo bien jurídico. Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad: *lex specialis derogat legi generali*”<sup>16</sup>.

Dicho principio ha sido consagrado legalmente, ya que la Ley 57 de 1887, artículo 5º, prevé que “si en los códigos que se adoptaren se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las siguientes reglas: 1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

El principio de **subsidiariedad** surge de la locución latina: “*lex primaria derogat legis subsidiariae*” e indica que el tipo subsidiario se inaplica ante el principal. La subsidiariedad puede aplicarse bien de manera expresa cuando el legislador se encarga de señalarla, o de forma tácita la cual debe deducirse de la ley. Según Velásquez, “este postulado opera cuando el analista debe resolver concursos aparentes de tipos motivados por la existencia de figuras que describen diversos grados de lesión o afectación de los bienes jurídicos, desde los más leves hasta los más graves, de tal manera que el supuesto de hecho subsidiario es interferido por el principal”<sup>17</sup>.

Para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “un tipo penal es subsidiario cuando solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico. Se caracteriza por ser de carácter residual, y porque el legislador, en la misma consagración del precepto, advierte generalmente sobre su carácter accesorio

señalando que solo puede ser aplicado si el hecho no está sancionado especialmente como delito, o no constituye otro ilícito, como acontece, por ejemplo, con el abuso de autoridad (art.152, modificado por el 32 de la ley 190 de 1995), o el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (artículo 198 ejusdem), entre otros”.

“De acuerdo con lo expresado, dos hipótesis pueden llegar a presentarse en el proceso de adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias: 1) Que la conducta investigada corresponda a la del tipo penal subsidiario exclusivamente; y, 2) Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico. En el primer supuesto ningún inconveniente se presenta, pues siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación. En el segundo, surge un concurso aparente de tipos que debe ser resuelto con exclusión de la norma accesoria, en virtud del principio de subsidiariedad”.

El principio de la **consunción** es aquel que interviene cuando un tipo penal determinado absorbe en sí el desvalor de otro y por tanto excluye a éste de su función punitiva. Dicho principio se enuncia de la siguiente manera: “*lex consumens derogat legi consumptae*”. En ese sentido, frente a dos supuestos de hecho se prefiere el más grave, amplio y complejo el cual absorbe al menos lesivo.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado respecto a este principio que “*se tiene el tipo penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar con éste una relación de extensión-comprensión, y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo penal complejo, en aplicación del principio de consunción.*

(...) *En virtud del principio de consunción -que no se ocupa de una plural adecuación típica de la conducta analizada- si bien los delitos que concursan en apariencia tienen su propia identidad y existencia, el juicio de desvalor de uno de ellos consume el juicio de desvalor del otro, y por tal razón sólo se procede por un solo comportamiento<sup>18</sup>. Es aplicable la consunción cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad<sup>19</sup>”.*

Finalmente, el principio de **alternatividad** que se aplica de manera accesoria a los anteriores, puede darse de manera propia e impropia. La alternatividad impropia hace referencia a la hipótesis en la cual el legislador ha descrito en dos tipos penales diversos la misma conducta, de tal manera que siendo idénticas las descripciones puede afirmarse que las varias disposiciones actúan como círculos secantes; de acuerdo con esta concepción doctrinal dicha forma de alternatividad se resolverá seleccionando la norma que prevea la sanción más alta aplicable. Según Reyes Alvarado ésta forma de alternatividad “*trata de plurales descripciones de una misma conducta que a*

*veces pueden aparecer dentro de una misma ley incluso con sanciones diversas; sin embargo debe reconocerse que no resulta frecuente que ello ocurra y en las pocas oportunidades en que se presente dicha hipótesis sólo puede obedecer a manifiestos errores legislativos”<sup>20</sup>.*

La alternatividad propia se presenta cuando dos o más normas penales protegen el mismo bien jurídico pero contra dos formas diversas de lesión. En este tipo de interpretación de la ley ocurre que los tipos penales se interfieren; cuentan con espacios comunes, que concentran los problemas de interpretación frente al principio de non bis in ídem y con espacios excluyentes que suponen la imposibilidad de aplicar de forma simultánea los supuestos de hecho de concurso efectivo.

## **5. Aspectos constitucionales de la mendicidad**

En este punto la Sala Plena se detendrá en la mendicidad, con el objeto de decantar la evolución legislativa del delito, cuándo nació, fue derogado y cuál es la interpretación auténtica del Legislador y la Corporación al respecto.

La mendicidad y el tráfico de menores fue una conducta punible inicialmente reprochada en la Ley 599 de 2000 o Código Penal, así, se consagró como un delito autónomo de lesión al bien jurídico de la familia, cuando estuvo contenido en el título VI de dicho estatuto penal. El artículo 231, actualmente derogado, penaba entonces *“el que ejerza la mendicidad valiéndose de un menor de doce (12) años o lo facilite a otro con el mismo fin, o de cualquier otro modo trafique con él. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando: 1. Se trate de menores de seis (6) años. 2. El menor esté afectado por deficiencias físicas o mentales que tiendan a producir sentimientos de conmiseración, repulsión u otros semejantes”*.

En sentencia **C-1068 de 2002** (unánime), la Corte, al estudiar una demanda presentada contra la expresión “de doce (12) años”, contenida en el artículo anteriormente citado, decidió declararla inexecutable por cuanto no existía justificación constitucional para excluir a los mayores de esta edad (12 años) y menores de 18 años de la protección penal. No obstante, la Corporación aprovechó esta oportunidad para sentar una posición respecto a la mendicidad propia, considerando que cuando se ejerce de manera personal y autónoma, no es un delito, *“sea lo primero señalar que el artículo 231 de la ley 599 de 2000 no establece como tipo penal el ejercicio de la mendicidad para sí, de manera autónoma y personal; vale decir, prescindiendo de la utilización del agente intermediario allí descrito, no constituye conducta punible el pedir limosna por decisión personal y valiéndose de su propia corporeidad y destreza. En otras palabras, con la salvedad expuesta, en Colombia no es delito pedir limosna”*. Más adelante señaló, *“la mendicidad resulta penalmente sancionable por la forma en que se ejerce y no por su naturaleza misma, en orden a salvaguardar los derechos fundamentales de los niños y la entidad misma de la familia en tanto núcleo fundamental de la sociedad”*.

Ahora bien, con la aprobación de la Ley 747 de 2002 se hicieron algunas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000); se creó un nuevo tipo penal de trata de personas (arts. 188 A y B) y se derogó el citado artículo 231 que consagraba el delito de mendicidad y tráfico de menores, entre otras disposiciones.

En la exposición de motivos<sup>21</sup> de esta ley, tramitada en la Cámara de Representantes bajo el proyecto de ley 173 de 2001, “por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el Capítulo “Trata de Personas” y se dictan otras disposiciones”, el legislativo consideró que hasta ese momento todo lo referente a la trata de personas se encontraba desarrollado de manera insuficiente únicamente en los artículos 215 (trata de personas) y 231 (mendicidad y tráfico de menores) del Código Penal:

*“El nuevo Código Penal en su artículo 215 tipifica la Trata de Personas con fines de prostitución y en el 231 se penaliza el tráfico de personas menores de doce años con fines de mendicidad. Teniendo en cuenta las diversas modalidades que está adoptando este flagelo a nivel nacional e internacional, se ajusta la tipicidad del mismo a la definición de ¿Trata de Personas¿ -sic- internacionalmente adoptada, adicionando un artículo nuevo que penaliza la comisión de este delito con fines de servidumbre, matrimonios serviles, trabajo forzado u obligatorio, esclavitud y tráfico de personas en cualquiera de sus formas dentro o fuera del país”<sup>22</sup>. Negrita fuera de texto.*

Esta posición del legislador se hizo más explícita en la ponencia para primer debate al proyecto de ley en el Senado de la República, presentada por el Senador Ponente Darío Martínez Betancourt, en la cual se resaltó que la mendicidad por estado de necesidad no debe ser punible. La Sala transcribe a continuación el aparte relevante de la ponencia para este juicio de constitucionalidad:

*“La realidad de aquel que se encuentra en el parque con los menores, con este tipo no requiere que sea aprehendido en flagrancia, como el tipo penal es rico en verbos se puede fácilmente encuadrar la conducta en el recorrido criminal.*

*Además que sin equivocarme, el sentir de la iniciativa no va dirigido a los pobres que tienen que hacerlo por necesidad, sino que va dirigido a los explotadores de menores que los obligan a la mendicidad. Esa realidad está descrita en el artículo 188A del proyecto, y es considerada como una trata de personas.*

*Dejemos que los alcaldes, el Estado, resuelvan de una forma social, o administrativa la realidad de la mendicidad de aquellos que acuden a ella para su sustento. No volquemos esa política social que reclama nuestra Nación, en una norma penal. No permitamos que nuestro trabajo serio, se pierda al dejar en vigencia el artículo 231 de la Ley 599 de 2000 y que el proyecto aprobado en la honorable Cámara, no se aplique. No dejemos puertas traseras abiertas para que burlen la ley.*

*Nos encontraríamos realmente en un limbo jurídico y legislar para que la norma sea burlada es mejor no hacerlo.*

*Y por último, la mendicidad predicada en el artículo 188A, no es limitada, no solo protege a los menores de doce años sino también a los menores en general, los discapacitados, a los enfermos mentales.*<sup>23</sup> –negrilla fuera de texto.

Posteriormente, la Corte Constitucional se pronunció nuevamente acerca de la mendicidad, en sentencia **C- 040 de 2006**, declaró inexecutable parcialmente los artículos 1° y 4° del Decreto ley 1136 de 1970 y reiteró la posición descrita en la sentencia precitada C-1068 de 2002, agregando que, *“la mendicidad ejercida por una persona de manera autónoma y personal, sin incurrir en la intervención de un agente intermediario a través de la trata de personas señalada; en momento alguno constituye delito, no es una conducta reprochada en un Estado Social de derecho como el nuestro y por lo tanto no debe ser sancionada”*.

En dicho fallo también se precisó que la mendicidad propia ni siquiera tiene el carácter de contravención, al haber sido excluida o derogada del ordenamiento jurídico:

*“En consecuencia, no siendo la mendicidad un delito ni tampoco una contravención, esta Corporación constata que no existe entonces un reproche jurídico por tal ejercicio. Por consiguiente, el establecer una sanción a una conducta no reprochada jurídicamente vulnera el artículo 29 de la Constitución que establece el principio de legalidad. El artículo 1° viola la Constitución por ser una norma indeterminada, ya que no señala cuál es la asistencia que se presta al mendigo. Es además una norma desproporcionada ya que por el solo hecho de ser mendigo sin haber realizado ningún otro acto, la persona puede ser recluida en asilo, hospital o clínica. Atenta contra la libertad del artículo 13 de la Constitución ya que se le recluye contra su voluntad. Atenta también contra la dignidad, ya que utiliza un lenguaje que cosifica al mendigo al disponer que será “entregado” como si el mendigo no fuera persona, sino cosa”*.

La sentencia además destaca que el principio fundamental de Estado Social de Derecho, contenido en el artículo 1° de la Constitución Política, como estructura básica de nuestro ordenamiento constitucional, implica que el Estado tiene un deber constante con los ciudadanos consistente en proporcionarles bienestar, lo cual se traduce en proveer un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, vivienda, educación, alimentos, etc.

Finalmente, la Ley 1453 de 2011, en su artículo 93, sin motivación en el trámite legislativo, estableció el tipo penal de “explotación de menores”, que reprocha nuevamente a quien “mendigue con menores de edad” con una pena de 3 a 7 años.

De las anteriores consideraciones y precedentes constitucionales, surgen tres conclusiones claras para la Sala Plena: i) la mendicidad es sancionable únicamente cuando se instrumentaliza o utiliza a otra persona o un menor para obtener lucro. Empero, desde el punto de vista

constitucional –en virtud de la cláusula de Estado Social de Derecho no existe justificación válida para reprochar penalmente la mendicidad propia o en compañía de un menor de edad, que compone parte del núcleo familiar; ii) este tipo de mendicidad propia con menores de edad, no tiene la intención de explotar o instrumentalizar al menor sino la finalidad de que grupos familiares en debilidad manifiesta satisfagan necesidades mínimas del ser humano y permanezcan unidos; iii) resulta evidente que la intención del legislador fue sancionar de manera autónoma los actos en los que se utilice un menor para mendigar, sin proscribir formas de mendicidad propia.

## **6. Análisis concreto de los cargos**

A continuación procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a resolver los cargos. Para ello analizará si el contenido normativo demandado del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, en comparación con el delito de trata de personas, establecido en los artículos 188-A y B del Código Penal, quebranta los principios de igualdad y debido proceso. Posteriormente, decidirá acerca de la constitucionalidad de la expresión “mendigue con menores de edad”, explícitamente acusada por la demandante –folios 14 y 15-, como vulneratoria del debido proceso y del principio de legalidad.

### **6.1. El artículo 93 contenido en la Ley 1453 de 2011 no desconoce el principio de igualdad**

El principio de igualdad contenido en el artículo 13 constitucional constituye un fundamento insustituible en el ordenamiento jurídico colombiano, que pretende principalmente reconocer dos situaciones: que todos los seres humanos tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato ante situaciones iguales, o un trato desigual para quienes se hallen en situaciones disímiles.

En esa medida, al abordar un juicio de igualdad la Corte ha establecido que lo primero que debe estudiar el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación *-tertium comparationis-*, las situaciones de los sujetos o normas bajo revisión son similares, ya que si se encuentra que son claramente distintas, no procede el test de igualdad. Por el contrario, en caso de predicarse un patrón de igualdad, el juez deberá entrar a analizar la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma acusada, exponiendo los fines perseguidos, los medios empleados para alcanzarlo y la relación medio-fin.

El caso que ocupa en esta oportunidad a la Corte Constitucional, no logra superar la totalidad del juicio de procedencia respecto al principio de igualdad por cuanto la explotación de menores regulada en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 demandado, es claramente diferenciable del

delito de trata de personas contenido en los artículos 188-A y B del Código Penal, por las siguientes consideraciones: i) los *sujetos pasivos*: en el delito de explotación de menores el sujeto pasivo es calificado, exclusivamente protege a los menores de edad, mientras que en el delito de trata de personas el sujeto pasivo es indeterminado; ii) los *verbos rectores*: en la conducta punible demandada se emplean los verbos: utilizar, instrumentalizar, comercializar y mendigar, los cuales son completamente disímiles a los verbos rectores consagrados en el delito de trata de personas, a saber: captar, trasladar, acoger o recibir; iii) el delito de trata de personas presenta un *elemento subjetivo*, distinto del dolo -“con fines de explotación”-, mientras el delito de explotación de menores no supone en el autor un determinado propósito, intención, motivación o impulso que se adicione al dolo y; iv) el delito de trata de personas presenta una *modalidad agravada* en el artículo 188-B, por ejemplo, cuando la conducta se realice en persona menor de 18 o 12 años, inexistente en el delito de explotación de menores.

Como corolario de lo anterior, a prima facie existen cuatro desigualdades relevantes en la tipicidad de las conductas punibles objeto de examen, que impiden a la Sala Plena de la Corporación adelantar un juicio o test de igualdad sobre la generalidad de la norma acusada. Contrario a lo expresado por la demandante, se tiene que el delito de explotación de menores, al ser confrontado con el delito de trata de personas, es indiscutiblemente distinto, por cuanto, se reitera, contiene un sujeto pasivo calificado dirigido exclusivamente a los menores de edad, conductas típicas descritas que no se traslapan por los verbos rectores en comparación, ausencia de un ingrediente subjetivo en el tipo, así como de modalidades de agravación.

Además, al profundizar sobre el ingrediente subjetivo del tipo en el delito de trata de personas, este se caracteriza –siguiendo la clasificación de Mezger- por ser un tipo penal de intención que se consuma formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, es decir, el tipo penal de trata de personas tiene un *resultado cortado*: “fines de explotación”, lo cual indica que se prescinde del acaecimiento del resultado para tipificar la conducta como punible. Así, a diferencia de lo establecido en el delito de explotación de menores, en la trata de personas la conducta es típica así no se concrete el resultado, intención o finalidad de explotación.

Todo lo anterior, conlleva a la Sala a concluir que el delito de trata de personas no se puede entender subsumido en el tipo penal demandado o viceversa, habida cuenta que en el delito en comparación el reproche penal recae en el solo hecho de captar, trasladar, acoger o recibir a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, sin que seas necesarias las finalidades o modalidades de explotación. Contrario sensu, al analizar el delito de explotación de menores se observa que este requiere obligatoriamente esa

finalidad de explotación materializada en la utilización, instrumentalización, comercialización o mendicidad del menor de edad.

Adicionalmente, la conducta típica demandada no representa un delito pluriofensivo, de carácter transnacional, conocido ampliamente como la nueva forma de esclavitud moderna. Tampoco requiere indefectiblemente de un movimiento o traslado de personas perpetrado por un grupo estructurado en el tiempo. En ese sentido, los tipos penales en comparación son completamente autónomos y se ubican en contextos de criminalidad distinta ya que operan en circunstancias de modo determinadas. Si bien los dos parten de la instrumentalización del ser humano (en este caso los niños), la trata de personas despliega su origen en el contexto internacional con un grado de lesividad mucho mayor, comoquiera que implica un tráfico de personas organizado por redes criminales a escala nacional o internacional en las que el ser humano se convierte en mercancía; de ahí que la reacción del legislador sea más severa. El tipo penal demandado -explotación de menores-, tiene un origen estrictamente nacional, menor riqueza descriptiva e inferior lesividad, además su finalidad concreta radica en brindar una protección exclusiva a los menores de edad en un contexto de seguridad ciudadana.

Esto, en enmarca en la intención del legislador, quien al establecer la trata de personas en la Ley 747 de 2002, pretendió acoger la definición de la trata de personas internacionalmente adoptada para desarrollar la figura:

*“El nuevo Código Penal en su artículo 215 tipifica la Trata de Personas con fines de prostitución y en el 231 se penaliza el tráfico de personas menores de doce años con fines de mendicidad. **Teniendo en cuenta las diversas modalidades que está adoptando este flagelo a nivel nacional e internacional, se ajusta la tipicidad del mismo a la definición de ¿Trata de Personas¿ -sic- internacionalmente adoptada, adicionando un artículo nuevo que penaliza la comisión de este delito con fines de servidumbre, matrimonios serviles, trabajo forzoso u obligatorio, esclavitud y tráfico de personas en cualquiera de sus formas dentro o fuera del país”**<sup>24</sup>. Negrilla fuera de texto.*

Por su parte, del artículo demandado se puede inferir que el legislador ordinario quiso proteger, con un tratamiento punitivo inferior al estipulado en la trata de personas, el fenómeno peculiar de la explotación de menores que se observa en las calles, el cual a todas luces carece de: i) perspectiva internacional; ii) tráfico de menores; iii) desplazamiento de menores y; iv) una relación accesoria con el crimen organizado.

A continuación, la Sala Plena de la Corporación presenta un cuadro comparativo de los tipos penales bajo análisis, con el fin de ilustrar las diferencias que claramente marcan la conducta demandada con relación al tipo penal de trata de personas:

Criterio diferenciador:	Explotación de menores (art. 93. L. 1453 de 2011).	Trata de personas (art. 188 A y B, Código Penal)
Sujeto pasivo	Calificado.	Indeterminado.
Verbos rectores	Utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar.	Captar, trasladar, acoger o recibir.
Ingrediente subjetivo	No presenta ingredientes especiales en el tipo.	Sí: “con fines de explotación”.
Tipo penal	De resultado.	De intención: resultado cortado.
Circunstancias de agravación	No existen.	Sí, están contenidas en el artículo 188-B (Código Penal).
Graduación punitiva	3 a 7 años.	13 a 23 años, sin circunstancias de agravación.
Bien jurídico	Familia y Libertad.	Libertad y otros.
Traslado	No exige movimiento de personas.	Sí implica movimiento de personas, “dentro del territorio nacional o hacia el exterior”.
Relación con el crimen organizado	No necesariamente cometido por el crimen organizado.	Cometido por el crimen organizado.

Así, en la actividad judicial se pueden diferenciar los tipos penales con un ejemplo práctico: piénsese en un adulto que utiliza menores de edad para que mendiguen todo el día en un semáforo de Bogotá D.C. a cambio de una remuneración, supuesto que correspondería al tipo penal demandado de explotación de menores. Por el contrario, ante un caso en el cual una empresa criminal organizada que opera en varias ciudades, capta y traslada menores de edad de un lugar a otro con fines de explotación, nos encontramos ante el delito de trata de personas.

Ahora bien, también puede ocurrir que en una determinada hipótesis de explotación de la mendicidad ajena con menores, se evidencie cierta semejanza con el tipo penal de trata de personas agravado, en tal caso, los jueces y fiscales correspondientes resolverán el aparente conflicto de leyes de acuerdo con la dogmática penal que ofrece soluciones al respecto bajo los diferentes tipos de concurso de conductas punibles y los principios interpretativos en materia penal, aplicables a la controversia, sin lesionar el principio constitucional de non bis in ídem.

En ese orden de ideas, se disipa la preocupación de la actora acerca de una supuesta desprotección de los derechos de los niños. Todo lo contrario, la consagración de dos tipos penales que protegen de manera diferenciada a los menores de edad permite concluir que el legislador tendió una doble protección para los niños –sujetos de especial protección constitucional-, toda vez que los operadores judiciales tendrán a su alcance mayores

elementos para encuadrar el caso a la norma verdaderamente aplicable y sancionar autónomamente dos conductas diferentes, las cuales incluso podrán concursar según las circunstancias fácticas. Contrario sensu, la inexequibilidad de la norma sí generaría una alta desprotección en los menores de edad, ya que las conductas que no abarquen la descripción del delito de trata de personas quedarían desprotegidas o, en su defecto, serían sancionadas desproporcionadamente como trata de personas sin serlo.

Por tanto, al comprobarse que las normas objeto de comparación no contienen un patrón común general de comparación sino, por el contrario, presentan notorias diferencias, el Tribunal Constitucional encuentra que no se predica una subsunción o similitud típica necesaria entre ambas conductas punibles para entrar a examinar el fondo del cargo por presunta violación al principio de igualdad.

## **6.2. El artículo 93 contenido en la Ley 1453 de 2011, no lesiona el debido proceso por violación al principio de non bis in ídem**

El debido proceso es un principio constitucional de acuerdo con el cual toda persona tiene derecho a unas garantías procesales mínimas, en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De conformidad con el artículo 29 constitucional y, en relación con el juicio que ahora nos ocupa, implica “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Tanto para la Corte Constitucional, como para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se vulnera el *non bis in ídem* cuando se presenta una triple identidad (objeto, causa y persona) en las dos imputaciones.

Este principio ha variado con el tiempo en el mundo jurídico, en un proceso de extensión continuo, pasó de ser meramente procesal, protegiendo exclusivamente el derecho una vez proferida una sentencia en firme, a un examen material, con independencia de si ello implica la existencia de un proceso judicial y de su ámbito de aplicación, que ha sido tradicionalmente asociado a la infracción jurídico procesal-penal, para convertirse en una garantía constitucional sustancial<sup>25</sup>, de aplicación en todo el ordenamiento jurídico en el cual exista potestad sancionatoria –penal, administrativa, tributaria, disciplinaria-.

En virtud de lo anterior, la violación al principio constitucional de *non bis in ídem* no solamente procede de manera práctica ante juzgamientos que derivan en sentencias definitivas, amparadas por la cosa juzgada, también puede evidenciarse y prevenirse por el máximo Tribunal Constitucional, por errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales. Así lo reconocen diversos autores como Del Rey Guanter o Belloch (sic), entre otros, quienes admiten dos vertientes del *non bis in ídem*, una procesal y otra material, según esta última “cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de la proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad

*de la primera y la segunda, [de ahí que] aplicar una nueva sanción, en el mismo orden punitivo o en otros distintos representaría la ruptura de esa consonancia, una sobrerreacción del ordenamiento Jurídico, que está infligiendo a un sujeto un mal sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico. En última instancia, el principio non bis in ídem está basado, como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia, esto es, en la concepción de que a cada uno el ordenamiento Jurídico debe compensarlo o punirlo según su conducta, de forma que iría en contra de la misma una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada”<sup>26</sup>.*

A su vez, este principio se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales como en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la República de Colombia el 29 de octubre de 1969, a cuyo tenor indica, *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*. También en el Convenio de Ginebra sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra de 1949, artículo 86, que reza: *“El prisionero de guerra no podrá ser castigado más que una sola vez a causa del mismo acto o por la misma acusación”*.

En el caso concreto, estima la Sala que la norma acusada tampoco vulnera el principio de debido proceso, en parte, por las mismas consideraciones anotadas anteriormente en el examen del cargo por vulneración al principio de igualdad, es decir, el tipo penal demandado, al no ser igual al comparado, no guarda relación con las tres identidades, que permitan configurar vulneración al principio de non bis in ídem en el plano teórico y práctico, esto, por cuanto así pueda existir perfectamente identidad de sujeto activo respecto de quien cometa los diferentes tipos penales, no concurren las demás identidades (objeto y causa) que permiten a la Corporación establecer una vulneración al principio de non bis in ídem, como parte del derecho asociado al debido proceso constitucional.

De acuerdo con los distintos verbos rectores que delimitan la adecuación típica a un caso u otro, no podrá coincidir el objeto de la disposición acusada con el delito de trata de personas, por cuanto por regla general ambos delitos presentan supuestos de hechos divergentes (identidad de objeto). Además, el origen, fundamento o motivación no corresponde para iniciar dos procedimientos penales a la vez (identidad de causa). Por ello, la duplicidad de sanciones o de valoración penal de la disposición acusada con el artículo 188-A del Código Penal, será improbable habida cuenta que las investigaciones y las sanciones tendrán fundamentos normativos y fácticos distintos en dos comportamientos distintos.

Adicionalmente, la problemática planteada en la demanda -más de índole legal y práctica, que de índole constitucional- es resuelta por la misma dogmática penal. En lo concerniente a la función del Tribunal Constitucional de guardar la integridad de la Constitución, interesa dejar suficiente-

mente claro que no es admisible constitucionalmente por ningún motivo que un operador judicial impute por la misma conducta ambos delitos a la vez, toda vez que quebrantaría la prohibición constitucional de juzgar dos veces el mismo hecho.

En casos de penumbra, el juzgador penal siguiendo el proceso interpretativo penal de adecuación típica, a través del análisis y la ponderación de la situación fáctica con los distintos delitos, debe dilucidar concretamente cuál tipo penal aplicar. Este proceso de adecuación e interpretación de las leyes penales en conflicto se tornará más complejo cuando el hecho humano que el juez deba examinar, se conforme por uno o varios comportamientos de la misma persona que simultáneamente infrinjan los delitos en comparación de explotación de menores y de trata de personas, en cuyo caso deberá tener en consideración el concurso de conductas penales, establecido en el artículo 31 del Código Penal.

También existirán casos concretos en los que se establezca un aparente concurso y se encuadre el caso en un tipo penal específico, así la conducta pareciera subsumirse a la vez en ambos dos tipos penales, el juzgador no podrá estimarlos al mismo tiempo sin violar el principio de *non bis in ídem* y, por ello, tendrá necesariamente que decidir fundamentadamente sobre en cuál de ellos imputar la conducta. Para lo anterior, el derecho penal prevé variados criterios de interpretación: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad en materia penal, expuestos en la parte considerativa de esta providencia, que contribuyen a resolver en derecho el concurso aparente de leyes penales.

### **6.3. Interpretación constitucional de la expresión mendicidad**

No obstante lo anterior, con el objeto de no lesionar la cláusula de Estado Social de Derecho y la garantía de la legalidad de la sanción penal, que orienta el debido proceso constitucional, la Sala Plena de la Corporación pasa a precisar la interpretación de la expresión “mendigue con menores de edad” acusada.

#### **6.3.1. Interpretación inconstitucional de la mendicidad en la norma demandada**

De conformidad con la demanda, la expresión “mendigue con menores de edad” pretende tipificar la mendicidad con menores sin tener en consideración la realidad del país, en la que muchas familias por situaciones de extrema pobreza, desplazamiento o imposibilidad de encontrar empleo, satisfacen sus necesidades básicas mediante la mendicidad en compañía de sus hijos, sin la intención de explotarlos económicamente.

Para la actora, la locución normativa se presta para una interpretación inadmisibles constitucionalmente ya que perfectamente *“un padre o madre en las condiciones antes dichas que sea sorprendido ejerciendo la mendicidad propia*

*pero en compañía de sus hijos menores de edad, puede ser judicializado por el delito de mendicidad ajena, constituyéndose esto en una forma de criminalizar la pobreza” –folio 15.*

En ese sentido, la Sala conviene con la demandante y las intervenciones emanadas de la Defensoría del Pueblo y la Universidad Nacional de Colombia en que una interpretación literal de la expresión demandada “*mendigue con menores*” conlleva un riesgo objetivo que puede sugerir una criminalización en el ordenamiento penal de la población menos favorecida, aquella que por condiciones económicas y sociales precarias se ve compelida a ejercer la mendicidad autónomamente en compañía de menores.

### **6.3.2. Interpretación constitucional de la mendicidad en la norma demandada**

De acuerdo con las consideraciones expuestas en el punto 5º, la Corte considera pertinente reiterar en este asunto que la mendicidad propia, ejercida de manera personal y autónoma por sujetos en estado de debilidad manifiesta, no es sancionable por un Estado Social de Derecho incapaz de proveer a todos sus ciudadanos condiciones mínimas de subsistencia digna. En ese sentido, la interpretación constitucional correcta únicamente admite proscribir la utilización o instrumentalización de menores de edad para la mendicidad, no la mendicidad propiamente dicha, la cual puede ser ejercida autónomamente o en presencia de menores, sin que con ello estén actuando con la intención final de explotar económicamente a estos últimos.

Esto, por cuanto el régimen penal de un Estado **Social** de Derecho debe valorar al momento de reprochar la mendicidad personal y autónoma, las condiciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema en el régimen penal<sup>27</sup>. Este Tribunal Constitucional al proteger en múltiples oportunidades “situaciones de vulnerabilidad”<sup>28</sup>, no ha dudado en considerar que la mendicidad propia, soporta una realidad en la cual personas desfavorecidas en la repartición de recursos económicos o marginados de la participación política y ciudadana, se ven obligados a pedir limosna como único medio de subsistencia, sin que por ello coexista una lesión de algún bien jurídico tutelado por la ley a un tercero, ni mucho menos culpabilidad alguna por obrar de esa manera. Lo cual, demuestra que a mayor marginación del sujeto agente de la sociedad, por cuenta de su precaria situación propiciada por diferentes fenómenos externos, menor reproche penal merece en el ordenamiento punitivo.

*“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la*

*decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio”<sup>29</sup>.*

Así, proscribir la mendicidad propia o en compañía de menores constituye un atentado contra la dignidad humana, las libertades públicas y los principios penales de última ratio y mínima intervención, por cuanto implicaría inmiscuirse sin justa causa en la supervivencia humana de población vulnerable que busca alimentos, como prerequisite necesario para gozar efectivamente de todos los derechos fundamentales y satisfacer necesidades de seres humanos.

En esa medida, se condicionará la expresión “o mendigue con menores” acusada en el entendido que el reproche penal recaiga exclusivamente en la utilización de menores para el ejercicio de la mendicidad, no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos.

## **7. Síntesis de la decisión**

En el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana María Eugenia Gómez Chiquiza, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 93 contenido en la Ley 1453 de 2011, al considerar que la descripción típica genera una total confusión o subsunción penal, violatoria del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y de non bis in ídem (art. 29 C.P.), con respecto al delito de trata de personas, consagrado en los artículos 188- A y B del Código Penal. De manera específica, suplicó declarar inexecutable la expresión “o mendigue con menores”, la cual pretende criminalizar la pobreza.

La Corte Constitucional encuentra que los cargos presentados por la actora no están llamados a prosperar íntegramente. En efecto, en rasgos generales, el tipo penal demandado referente a la explotación de menores, difiere del delito de trata de personas, por cuanto: i) presenta un sujeto pasivo calificado; ii) verbos rectores distintos; iii) no contiene un ingrediente subjetivo en el tipo y; iv) no presenta modalidades de agravación. Adicionalmente, la conducta descrita en la trata de personas siendo un tipo penal de resultado cortado, despliega un traslado de personas, que imposibilita la subsunción en el delito de explotación de menores. Y en caso de existir conflicto entre ambos, la dogmática penal resuelve el asunto bajo la teoría del concurso de conductas punibles y los principios interpretativos de especialidad, subsunción, alternatividad y consunción, los cuales podrán aplicarse por los operadores judiciales en todo momento.

No obstante, le asiste parcialmente la razón a la demandante respecto de la expresión “mendigue con menores”, contenida en la norma acusada, toda vez que literalmente entendida puede representar una forma de criminalizar la pobreza o re victimizar población vulnerable que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, en las calles en compañía de su núcleo familiar.

Por tanto, en relación con esta expresión, la Corte al examinar las dos interpretaciones posibles, considera necesario precisar la interpretación constitucional adecuada, con el fin de proteger los derechos fundamentales de esta población desfavorecida, la cual se reitera, no podrá ser perseguida cuando mendigue autónomamente en presencia de menores de edad, sino únicamente cuando utilice o instrumentalice a menores de edad para el ejercicio de la mendicidad.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

**Primero.-** Declarar **EXEQUIBLE** el contenido normativo del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido que la expresión “*mendigue con menores de edad*” tipifica exclusivamente la utilización de menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la misma en compañía de estos.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Presidente

*Con aclaración de voto*

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Magistrada

*Con aclaración de voto*

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Magistrado

*Con salvamento de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Magistrado

*Con salvamento de voto*

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO.  
Magistrada  
*Con salvamento de voto*

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.  
Magistrado  
*Con aclaración de voto*

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.  
Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS.  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.  
Secretaria General

## Notas

- <sup>1</sup> M.P. Eugenio Fernández Carlier. No. de proceso: 39257. 16 de octubre de 2013.
- <sup>2</sup> Ver Gaceta del Congreso No. 113 de 2001. Exposición de motivos. Representante a la Cámara autora del Proyecto Nelly Moreno Rojas.
- <sup>3</sup> López, Pinilla. Análisis jurídico penal del delito de trata de personas, artículo 188A del Código Penal Colombiano. Universidad EAFIT, Ministerio del Interior y Organización Internacional de Migraciones, página 19.
- <sup>4</sup> Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. M.P. Eugenio Fernández Carlier. No. de proceso: 39257. 16 de octubre de 2013. (F.J. 10.4).
- <sup>5</sup> C- 1086 de 2008.
- <sup>6</sup> Reyes, Echandía. Derecho Penal. Ed. Temis, 1994, página 143.
- <sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 25 de julio de 2007. Aprobado Acta No. 130. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- <sup>8</sup> Velásquez, Fernando. Derecho Penal Parte General. Ed. Comlibros. 4ª edición, pág. 1011.
- <sup>9</sup> Posada Maya, Ricardo. Delito continuado y concurso de delitos. Ed. Ibáñez, 2012, pág. 276 y siguientes.
- <sup>10</sup> Reyes, Op. cit., página 147.
- <sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 9 de marzo de 2006, radicación 23755 y de 10 de mayo de 2001, radicación

14605, entre otras. La Corte Constitucional lo define como aquel concurso que tiene lugar cuando “una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del non bis in ídem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio”. (Sentencia C-133/99).

- 12 El Código Penal colombiano consagra en su artículo 8° el principio de non bis in ídem, de la siguiente manera: “*Prohibición de doble incriminación*. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”.
- 13 Reyes Alvarado, Yesid. El concurso de delitos. Temis: Bogotá, 1990, página 97.
- 14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629.
- 15 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias 18 de febrero de 2000, radicación 12820, de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, y de 9 de marzo de 2006, radicación 23755, entre otras. En similar sentido, ver Corte Constitucional, sentencias C-133/99, C-121/12 y C-1086/08.
- 16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Proceso No. 37733. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Aprobado Acta No. 239, 27 de junio de 2012.
- 17 Velásquez, Op. cit., página 1009.
- 18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de junio de 2004, radicación 22415.
- 19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1996, radicación 10800.
- 20 Reyes Alvarado, Op. cit., página 119.
- 21 Exposición de motivos. Gaceta del Congreso No. 113 de 2001.
- 22 *Ibidem*.
- 23 Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 190 de 2001 – Senado. Gaceta del Congreso No. 210 de 2002
- 24 Exposición de motivos. Gaceta del Congreso No. 113 de 2001.
- 25 El Tribunal Constitucional Español, (STC 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3, reconoce la violación al non bis in ídem material: “*siempre que exista*

*identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal”.*

- <sup>26</sup> Ver: DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, pág. 121 y BENLLOCH PETIT, Guillermo, *El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*, en Revista del Poder Judicial No. 51, pág. 306.
- <sup>27</sup> El Código Penal establece en su artículo 56 que *“el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.*
- <sup>28</sup> Esta Corporación en diversas oportunidades ha amparado a los habitantes de la calle y a los indigentes como grupos poblacionales vulnerables que merecen la protección del Estado. Al respecto ver las sentencias de tutela: T-533/92, T-211/2004, T-166/2007, T-1098/08, T-057/11 y T-737/11.
- <sup>29</sup> C-365 de 2012.

### **Salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado a la Sentencia C-464/14**

1.- Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Sala, la suscrita Magistrada procede a sustentar el salvamento de voto que fue manifestado en la Sala Plena del día 09 de julio de 2014, respecto de la sentencia C-464 de 2014.

2.- En dicha providencia la mayoría decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 que tipifica la explotación de menores de edad por no haber constatado violaciones de los principios a la igualdad y de tipicidad. La posición mayoritaria consideró que el tipo penal demandado difiere del delito de trata de personas, de tal suerte que la pena establecida no es desproporcionada a pesar de ser menor en comparación con otros delitos que pueden parecer similares. La sentencia entendió que el delito de explotación de menores y otros semejantes, por ejemplo la trata, son conductas diferentes que, en caso de concurrencia, pueden analizarse bajo la teoría del concurso de hechos punibles y de varios principios interpretativos a fin de aplicar una pena acorde con la gravedad de las situaciones. Por otra parte, para evitar la criminalización de la pobreza -que podría darse en los casos de familias que se dedican a la mendicidad en compañía de los menores- la posición mayoritaria

consideró que sólo constituye delito la utilización o instrumentalización de los menores de edad para el ejercicio de la mendicidad y no el ejercicio autónomo de la actividad en compañía de éstos.

3.- En mi opinión el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 es inexecutable por dos razones ligadas por un elemento común: el carácter especial de la norma demandada dentro de delitos que hacen parte de un género más amplio. En primer lugar, considero que la norma es inconstitucional porque viola los artículos 13 y 44 superiores, en tanto que establece un tipo penal especial, dentro del género de delitos que pretenden castigar las diversas formas de “cosificación” de las personas por parte de individuos o grupos, con menor punibilidad por el sólo hecho de tratarse de la explotación de niños, niñas y adolescentes. El legislador desconoció la especial protección de los niños y de las niñas consagrada en la Constitución al establecer una sanción baja en el delito de explotación de menores de edad con respecto a sanciones determinadas en otras conductas punibles pertenecientes al mismo género. En segundo lugar, considero que la disposición acusada vulnera el principio de legalidad, pues el grado de indeterminación del tipo afectará a los eventuales sujetos activos que sean parte en este tipo de procesos.

4.- Sobre el punto del carácter de este tipo penal como norma especial considero que la explotación de menores de edad corresponde a una especie dentro del género de delitos que sancionan la “utilización” de las personas; de ahí que las supuestas diferencias a las que aludió la mayoría para considerar que se trata de tipos de criminalidad distintos realmente son especificidades sobre el sujeto pasivo de la acción y distinciones nominales sobre los verbos rectores. Efectivamente el delito de explotación de menores de edad no es un delito distinto de otros del mismo género porque sólo agrega la particularización de los sujetos pasivos de la acción. Es posible afirmar también que el mismo nombre del delito indica esa relación entre género y especie con respecto a los sujetos pasivos, en tanto que se trata de una conducta denominada “explotación de menores”, que puede ser considerada como parte del género de explotación de seres humanos en general. De hecho el tipo incluye verbos rectores que corresponden a acciones del mismo género de las incluidas en delitos como la trata de personas. La similitud en los verbos rectores puede verse porque aunque se trate de vocablos distintos (en trata captar, trasladar, acoger, recibir y en explotación de menores: utilizar, instrumentalizar, comercializar, mendigar) los verbos se subsumen entre sí pues el primer grupo de verbos sólo tiene sentido en función del segundo. Se trata de acciones que forman parte de la cadena de la “cosificación” de personas.

5.- Con base en esta relación entre género y especie, que permite entender la explotación de menores como parte del mismo grupo de delitos al que pertenece, concluyo que la norma es inconstitucional. El legislador excedió su libertad de configuración y desconoció la especial protección constitucional a niños, niñas y adolescentes. En efecto, aunque para tipificar

conductas penales existe una cláusula general de competencia que dota de una amplia libertad de configuración al legislador, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido en múltiples oportunidades que, no es absoluta porque debe proteger y respetar los derechos y principios constitucionales de los administrados. Así, el legislador debe respetar ciertos límites cuando establece delitos y penas a fin de expedir normas que, entre otros, respeten la dignidad humana, la igualdad y superen un juicio de legitimidad y proporcionalidad, que responderá a distintos niveles de intensidad según la protección constitucional de los bienes y de los sujetos involucrados.<sup>1</sup>

En este caso la norma que tipifica la explotación de menores no supera estos criterios. Efectivamente, en este tipo penal los sujetos pasivos son los niños, niñas y adolescentes, quienes tienen especial protección constitucional (art. 44 C.P.), sin embargo, la pena para quienes los usan como objetos no tiene el mismo rigor que las existentes frente a conductas similares que atentan los derechos de los adultos y adultas. Por eso resulta poco protector<sup>2</sup> de los niños, niñas y adolescentes que la pena en el caso de explotación de menores de edad sea inferior a la asignada en delitos similares a los adultos y adultas. Por ello, considero que la norma demandada contraría el mandato constitucional según el cual “Serán protegidos contra toda forma de (...) venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (art. 44 C.P.)

Esta situación configuraría una violación a la dignidad humana (art. 1 C.P.) de los niños, niñas y adolescentes pues si la norma tiene como fin la protección de los menores de edad, una pena inferior hace parecer menos grave su caso que el de otros sujetos pasivos de conductas de “cosificación”. Tal diferencia es inconstitucional porque los menores son sujetos de especial protección constitucional. La sanción menor respecto de la impuesta por conductas cometidas a personas adultas también viola el principio de igualdad (art. 13 C.P.), pues explotar menores es menos gravoso en términos punitivos que explotar adultos, lo cual pone a los niños, niñas y adolescentes en una situación diferenciada de desprotección punitiva.

Además de los problemas que tiene la norma al ser irrazonable por violación de la dignidad humana y de la igualdad, tampoco supera un juicio básico de legitimidad y proporcionalidad de la pena. Como la misma Corte lo ha afirmado, ese escrutinio es exigible en materia penal<sup>3</sup> y en este caso debe considerar que los menores son sujetos de especial protección constitucional y con ello se hace más riguroso el test de análisis de la libertad de configuración del legislador.

Efectivamente, la norma no es legítima porque no satisface el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes a través de la sanción penal. Considero que de la interpretación adecuada de los artículos 188A y 188B del Código Penal, es posible inferir que las conductas de explotación de menores de edad, se encuentran reprochadas y sancionadas penalmente,

incluso con agravación punitiva cuando se trata de afectar sus derechos. En efecto, los verbos rectores que se encuentran en el tipo penal estudiado, pueden subsumirse en la norma general. Así, los verbos rectores del delito de explotación de menores de edad: utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar con menores de edad, para efectos de ser explotados (no olvidemos que el *nomen* del tipo es parte integrante de él), son formas de captar, trasladar, acoger o recibir una persona, con fines de explotación, que son los verbos rectores del delito de trata de personas. Luego, la norma objeto de estudio de la Corte, lejos de proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, los desatiende.

Tampoco considero que la norma sea proporcional porque no existe razón alguna para que la pena se atenúe en relación con este grupo de sujetos pasivos, que nuevamente reitero, ostenta una protección especial constitucional. Por el contrario incluso podría justificarse una agravación punitiva cuando los sujetos de la explotación son menores de edad. Por tales razones la norma es irrazonable, resulta ilegítima y es desproporcionada al establecer una pena menor para quienes exploten a menores, teniendo en cuenta el estándar de pena en delitos similares.<sup>4</sup>

Finalmente considero que la norma no sólo es inconstitucional sino que envía un mensaje perverso a la sociedad: los niños, niñas y adolescentes pueden ser explotados más fácilmente, puesto que no sólo son más vulnerables sino que la pena por el delito es menor.

6. El segundo argumento por el cual considero que el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 debió ser declarado inexecutable es porque resulta violatorio del principio de legalidad, debido a la indeterminación del tipo penal. Como sostuve previamente, la norma analizada es especial dentro de un género de criminalidad más amplio y algunas razones sobre ese tema están directamente relacionadas con mi consideración sobre la violación del principio de legalidad.

En efecto, ya que el nombre del tipo es parte del mismo, a mi juicio la expresión “explotación de menores de edad” no aporta certeza sobre la conducta y menos aún lo hacen los verbos rectores. De hecho éstos parecen subsumirse pues los vocablos “utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar” no son claros en términos de lo que implica la conducta punible. Por ejemplo, utilizar e instrumentalizar podrían parecer conductas asimilables y en todo caso faltaría determinar en qué consiste cada cual. Piénsese por ejemplo en algunos tipos de trabajo infantil, en la colaboración en ciertas labores domésticas o de supervivencia de las familias, teniendo en cuenta además las especificidades entre áreas rurales, urbanas, y las características de los diferentes niveles socioeconómicos. ¿Bajo qué circunstancias corresponderían a la utilización o instrumentalización de menores? Claramente el tipo penal no aporta elementos para saber cuándo estamos en presencia de la conducta punible y cuándo no.

Sobre el deber de claridad en la tipificación de los delitos la jurisprudencia de la Corte ha sido contundente, como quiera que “el legislador está obligado a definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca”<sup>5</sup>. Por eso el ordenamiento proscribió puniciones imprecisas<sup>6</sup> a fin de respetar plenamente el principio de estricta legalidad que tiene como objetivo evitar que la definición de conductas punibles sea hecha por los jueces o por la administración ante la necesidad de precisar vaguedades establecidas en la ley.<sup>7</sup>

Este tipo penal no cumple con una descripción clara, precisa e inequívoca que permita a los ciudadanos saber qué comportamientos están prohibidos o permitidos (Art. 6 C.P.). Tal es la vaguedad de la norma que el mismo análisis hecho por la mayoría de la Corte tuvo que dedicar una parte significativa al esclarecimiento de las diferencias entre el delito de explotación de menores y otros delitos similares, con lo cual la norma revela varios equívocos. El artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 no es concreto, preciso ni específico con lo cual no supera el estándar mínimo que debe tener una norma penal para que la población entienda con claridad y de manera previa, qué conductas pueden tener como consecuencia una sanción penal. Esta indefinición da a los jueces un margen de discreción intolerable en nuestro ordenamiento constitucional con lo cual los derechos de los eventuales sujetos activos de este delito pueden ser violados por la propia administración de justicia.

7.- Sumado a la ambigüedad del tipo penal objeto de estudio, la Corte Constitucional introdujo un condicionamiento aún más confuso, pues se despenalizó “el ejercicio autónomo” de la mendicidad con menores de edad, en compañía de los padres. Ahora, aunque comparto plenamente la idea de que no es posible sancionar penalmente el ejercicio de la mendicidad como un instrumento de subsistencia humana, lo cierto es que el condicionamiento me deja la duda de si, ¿es penalmente reprochable la utilización de menores de edad por parte de sus padres, cuando tiene fines de explotación económica? La lectura literal del condicionamiento parecería favorecer una respuesta afirmativa, lo cual es realmente grave para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin duda, por regla general, a la Corte Constitucional no le corresponde configurar normativamente las conductas humanas que constituyen delitos ni describir los tipos penales.

8.- En consecuencia, no existen, para la suscrita Magistrada, razones de peso que permitieran mantener en el ordenamiento el artículo 93 estudiado, pues se trata de una norma que vulnera los artículos 1º, 13, 28 y 44 de la Constitución, al establecer: i) una pena desproporcionadamente menor para la explotación de menores de edad, en detrimento del deber de protección especial que el Estado debe brindar a las niñas, niños y adolescentes y, ii) un tipo penal indeterminado.

Fecha ut supra,

## Notas

- <sup>1</sup> La sentencia C-084 de 2013 se refirió al tema y dijo que la potestad de configuración normativa en materia penal incluye la posibilidad de hacer regulaciones con respeto la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.
- <sup>2</sup> La jurisprudencia ha reiterado que los tipos penales son mecanismos extremos de protección de derechos, ver la sentencia C-587 de 1992.
- <sup>3</sup> Por ejemplo la sentencia C-070 de 1996 explicó la posibilidad de inconstitucionalidad de una pena por exceso y la sentencia C-125 de 2003 aludió tanto al exceso como a la protección deficiente. En ambos casos la Corte ha enfatizado que sólo en el evento de desproporcionalidad e irrazonabilidad manifiestas podría este tribunal retirar del ordenamiento la disposición que fija una sanción penal. Del mismo modo, en esta última sentencia la Corte ha insistido en que existen límites constitucionales en el ejercicio de la política criminal.
- <sup>4</sup> Una situación análoga ya fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 1997 en la cual concluyó que una norma que establecía una pena menor en el caso de violencia sexual entre cónyuges con respecto a delitos de violencia sexual cometidos por sujetos pasivos indeterminados, era inexecutable por razones similares a las citadas hasta ahora en este salvamento de voto: irrazonabilidad, violación del derecho a la igualdad y violación de la dignidad humana.
- <sup>5</sup> La reconstrucción de esta línea jurisprudencial puede verse en la sentencia C-084 de 2013.
- <sup>6</sup> Ver la sentencia C-205 de 2003.
- <sup>7</sup> Ver la sentencia C-084 de 2013.

## Comentario

### **La disposición demandada y el Derecho penal complementario.**

La primera precisión que debe hacerse, de cara a pronunciarse sobre el interesante debate que propicia el tenor literal del artículo 93 de la ley 1453 de 24 de junio de 2011 (por medio de la cual se reforman el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad) y el pronunciamiento de constitucionalidad del cual ha sido objeto por medio de la Sentencia transcrita, que consagra dos normas penales completas con sus respectivos supuestos de hecho (tipos penales) y consecuencias jurídicas, es que el mismo no forma parte del Derecho penal fundamental sino del Derecho penal complementario (para algunos

llamado como accesorio, voz que se emplea como equivalente a la locución alemana *Nebenstrafrecht*: Roxin, I, 1997, p. 44; Roxin, I, 2006, p. 4). Esto es, esa normativa no pertenece al conjunto de normas penales organizadas en un solo cuerpo de ley, esto es codificadas, sistematizadas y dictadas por un único legislador (un verdadero sistema cerrado) –el primero de los citados– sino que, por el contrario, hace parte de aquellas leyes penales distintas del Código Penal, sean de vigencia anterior o posterior (como aquí), que consagran tipos penales y sus respectivas consecuencias jurídicas o bien se refieren a principios generales en materia penal de diversa índole –el segundo de los nombrados– (Velásquez, 2009, I, pp. 237-244; Velásquez, 2014, pp. 111-118).

La anterior precisión es importante porque uno de los temas más álgidos del debate es el atinente a si esas dos normas penales son o no reiteración de las contenidas en el Código Penal, en materia de trata de personas (art. 188A y 188B), asunto en el cual es necesario sentar una postura clara para evitar equívocos posteriores. Por lo demás, se debe tener en cuenta que todos y cada uno de los principios que rigen el Derecho penal fundamental se aplican al Derecho penal complementario.

### **El olvido de las teorías de la norma penal y del tipo penal.**

En la demanda, la providencia en examen y el salvamento transcrito, se evidencian falencias metodológicas que tocan con los rudimentos de la ciencia del Derecho penal, las cuales empiezan cuando la persona que confeccionó la demanda (Cfr. Transcripciones en III), la Corte (Cfr. este texto: “una vez analizados los verbos rectores de ambos tipos penales, el tipo penal demandado se encuentra subsumido totalmente por el tipo penal anterior contenido en el Código Penal colombiano” y los intervinientes (Cfr. IV), llaman tipo penal a todo el contenido normativo del artículo 93 de la Ley 1453 de 2011; en otras palabras, como ya es usual en el antitécnico debate nacional en esta materia, se confunde la expresión artículo del Código Penal con la de tipo penal (para los alemanes supuesto de hecho o *Tatbestand*) (Velásquez, I, 2009, p. 296); incluso, se pretende identificar esa inexistente noción de tipo con la de supuesto de hecho, como se infiere de lo afirmado en el aparte III. 2, al referirse al artículo 188A del Código Penal: “Este *supuesto de hecho* conlleva a una presunta vulneración del principio de igualdad” (cursivas propias).

Al respecto, debe recordarse que las construcciones dogmáticas más difundidas suelen entender esta locución de diversas maneras: en sentido sistemático, como un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas (Zaffaroni, III, 1981, p. 167). Además, fuera de esta noción estricta, se concibe también como tipo de injusto para referirse al conjunto de características que fundamentan la antijuridicidad de una acción; de tipo de culpabilidad, para comprender

las características que cimientan la culpabilidad del autor; de tipo de delito, para señalar tanto las características pertenecientes al tipo de injusto como al tipo de culpabilidad; y, para concluir, de tipo en la teoría general del derecho, o conjunto de presupuestos de los que depende la producción de una consecuencia jurídica, noción que aplicada al Derecho penal comprende tanto los tipos de injusto y de culpabilidad como de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad.

Esto, para no mencionar conceptos tan problemáticos como el de tipo de garantía, comprensivo de todos los elementos que participan de la función de garantía de la ley penal (principio de legalidad), o tan especializados como el de tipo total de injusto (que engloba tanto de las características fundamentadoras de la antijuridicidad como de las que la excluyen: causales de justificación), o el de tipo de permisión (equivalente a las causales de justificación), entre otros (Véase, Jakobs, 1997, pp. 191 y 192; Jescheck/Weigend, 2002, pp. 264; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, 2014, pp. 155-156; Velásquez, I, 2009, pp. 640-642).

Así las cosas, mucho ayudaría al debate en estas materias que tanto los accionantes e intervinientes (muchos de ellos mal reclutados o movidos por un innecesario y dañino protagonismo) como la propia Corte Constitucional respetaran, en toda su dimensión, el debate académico del cual se dice partir; en otras palabras, no se puede pretender hacer dogmática del Derecho penal irrespetando los esfuerzos que los constructores de esta disciplina han hecho durante décadas de decantados trabajos y una productiva construcción intelectual. Por eso, aquí debe empezarse por reprochar el indebido manejo que se hace de las categorías propias de la teoría de la norma penal y de la teoría de la tipicidad.

### **Sobre los alcances sustantivos del principio del *non bis in idem*.**

Tampoco es del todo afortunada la utilización del axioma citado cuando la demanda afirma la existencia de una 'confusión típica' entre los contenidos normativos de los artículos 188A y 188B del C. P. y la norma impugnada (véase la transcripción que aparece en III, 3 y la referencia de VI, 2 primer párrafo); en otras palabras, se entiende que como los tipos penales contenidos en esos artículos son en apariencia coincidentes se desconoce ese principio procesal que forma parte ineludible del debido proceso legal, a la vez expresión de las prerrogativas procesales que emanan del principio de legalidad como límite formal por excelencia al ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Se olvida, pues, que con este axioma se reputa que el juicio sobre la *litis* es inmutable, intocable, definitivo y no puede ser modificado por el juez, una vez que la decisión de fondo se encuentra en firme (Velásquez, I, 2009, pp. 214-216; Corte Constitucional: sentencias C-244, 1996, mayo 30; T-652, 1996, noviembre 27; T-162, 1998, abril 30; T-512, 1999, julio 15; T-537, 2002, julio 15; C-121, 2012, febrero 22 entre otras) y se le terminan dando unos inusuales alcances sustantivos (que de todos modos

los tiene) que desplazan, incluso, toda la teoría de la tipicidad penal y, dentro de ella y como problemática suya, la teoría de la unidad y pluralidad de acciones típicas.

Desde luego, nadie discute que es aceptable darle unos alcances sustantivos al axioma en mención (por ejemplo, Mañalich, 2011, p. 142; Orts & González, 2014, p. 140, con citas de la jurisprudencia española), pero todo ello de forma limitada como lo hace la providencia en comentario cuando lo liga con el principio de proporcionalidad (y, por supuesto, habría que hacerlo con el del acto); incluso la Sentencia va más allá hasta casi convertirlo en uno de los pilares de la técnica legislativa: “la violación al principio constitucional de *non bis in idem* no solamente procede de manera práctica ante juzgamientos que derivan en sentencias definitivas, amparadas por la cosa juzgada, también puede evidenciarse y prevenirse por el máximo Tribunal Constitucional, por errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales” (Ver, VI, 6.2).

### **El entendimiento del principio de taxatividad como componente del debido proceso.**

De igual forma, debe cuestionarse la forma como la demanda involucra el llamado principio de taxatividad o de determinación –que para nada tiene que ver con las prerrogativas procesales que emanan del principio de legalidad, no así con las de corte sustantivo de las cuales sí dimana– con el postulado del debido proceso legal (véase la afirmación que aparece en III, 5: «la actora indica que la expresión “o mendigue con menores de edad” contenida en el artículo demandado vulnera el debido proceso al pretender tipificar la mendicidad con menores de edad»); sobre ello, se han ocupado de manera profusa tanto la doctrina nacional (Velásquez, I, 2009, pp. 189-203) como la extranjera (Ferrajoli, 2006, p. 376) [que lo llama como principio de legalidad estricta] y la misma jurisprudencia (Véase. Sentencias C-205, 2003, marzo 11; C-238, 2005, marzo 15; C-996, 2000, agosto 2).

Debe, pues, quedar claro que el postulado en mención es una de las consecuencias del principio *nulla poena sine lege* en el plano sustantivo; por eso se dice que no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad sin una ley cierta: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege certa*. Esto significa que tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal (esto es, el supuesto de hecho, precepto o tipo penal) como las consecuencias que consagra el ordenamiento para ser impuestas a quienes trasgreden sus disposiciones (consecuencias jurídicas, sanciones), sea que se trate de penas o de medidas de seguridad, deben estar claramente consignadas en ella (Velásquez, 2009, I, pp. 189-203). Para nada, pues, este axioma es expresión del debido proceso legal porque ello supondría trastocar el programa penal de la Constitución (Véase, Berdugo *et al.*, 2010, p. 43 y ss.).

## **La exposición sobre la teoría de la unidad y pluralidad de acciones típicas.**

También discurre la providencia, de forma amplia, sobre la susodicha construcción llamada así por la doctrina nacional en la que se apoya (Velásquez, 2009, II, p. 1147) y lo hace de manera compartible; el problema radica, sin embargo, en que ese tribunal no tuvo en cuenta que los diversos autores citados hacen sus elaboraciones a la luz de concepciones harto diversas y que lo entendido por uno u otro instituto en esta materia, va a depender del punto de partida asumido (Véanse. Mir & Gómez, 2011, pp. 647-668; Orts & González, 2014, pp. 141-152; Roxin, II, 2014, pp. 939-1036). En otras palabras, no se pueden unificar las construcciones de Velásquez, Reyes E., Reyes A., Posada M., etc. porque cada uno de ellos, tiene un entendimiento propio del asunto.

Dicho de otra forma: de cara a enfrentar de mejor manera la discusión lo primero que se debe es precisar el concepto de acción (en sentido amplio: acción y omisión) para poder, a partir de allí, emprender la alzada teórica respectiva; esto, aunque no se crea, es fundamental porque de ello dependen los alcances que se le den a las arquitecturas del concurso material de delitos, el concurso ideal, el concurso aparente, el delito continuado y los llamados delitos masa.

## **Las figuras cuestionadas no son especies de las de trata de personas.**

El art. 188A (en armonía con el 188B), no prevé propiamente la explotación de las personas sino su captación con esa finalidad; son tipos penales con elementos subjetivos del tipo distintos al dolo y no se requiere que se realice ese plus adicional, representado por conductas como la explotación de menores que por eso son punidas en forma independiente; así las cosas, lo que se castiga es la conducta del que capte, traslade, acoja o reciba a cualquier persona (adulto o menor).

Los actos de explotación encajan en otras descripciones típicas (por ejemplo proxenetismo, turismo sexual, secuestro, desaparición forzada, etc.) y, si ello no sucede, debieran estar penados de forma independiente. El legislador, si se quiere y con base en las directrices de los convenios internacionales sobre el asunto, adelanta las barreras de punición para proteger el bien jurídico en los estadios más iniciales cuando empiezan a manifestarse los actos preparatorios de la explotación (la consecución de los seres humanos que se van a aprovechar).

Es más, esas complejas figuras de los artículos antedichos por sí solas pueden también comportar la realización de otras conductas típicas; dicho de otra manera, para aprontar las personas es necesario privarlas ilegalmente de su libertad (secuestrarlas), cambiarles su identidad (falsificar documentos), drogarlas para el transporte con el consecutivo daño en el cuerpo o en la salud (lesiones personales, por ejemplo), etc.

En fin, el delito de explotación de menores previsto en el art. 93 de la Ley 1453 de 2011 va más allá de las fases previas acabadas de señalar y castiga los actos de aprovechamiento propiamente; por eso se pune al que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad. Y ello, como es obvio, supone la actividad previa de captar al sujeto pasivo de la acción pues no se puede explotar al que no se tiene en su poder para esos fines. Esto último, por supuesto, no lo advirtió la demanda de inconstitucionalidad –y con ella el salvamento de voto– que confundió los dos momentos y las dos fases de los comportamientos; no es, pues, lo mismo realizar la trata de la persona que explotarla, sea menor o adulta. Tiene, pues, razón la providencia cuando asevera que:

“(…) los delitos en comparación de explotación de menores, contenido en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 y el delito de trata de personas estipulado (sic) en el artículo 188–A del Código Penal no tienen identidad típica por cuanto se diferencian en cuatro puntos cardinales” (Ver. VI, 3.3.).

En síntesis: se trata de grupos de figuras muy distintas así ambas estén en la cadena delictiva que se inicia con la trata de personas en sentido estricto y conducen hasta su explotación. Por ello, pues, las diversas precisiones que hace la providencia de cara a distinguir los diversos tipos de conductas involucrados en el debate son perfectamente compatibles y no ameritan reproche alguno.

### **El bien jurídico tutelado por la norma demandada.**

Pese a que la Sentencia señala como bienes jurídicos protegidos por el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011 (Ley de seguridad ciudadana) los concernientes a la familia y la libertad, debe decirse que ello no necesariamente es así. En efecto, téngase en cuenta que esa disposición aparece inserta en el Título IV de la Ley que se denomina Medidas para garantizar la seguridad ciudadana relacionadas con el Código de la Infancia y la Adolescencia, esto es, el legislador entendió que el comportamiento de explotar a los menores de edad pone en peligro ese inasible bien jurídico, de carácter colectivo y abstracto, que se llama seguridad ciudadana, un concepto que “se ha convertido en una mercancía que centra los debates políticos, a la vez que también se recurre como instrumento electoral a las promesas de mayor rigor y severidad penal” (Rivera y Monclús 2005, p. 19). Por ello, esa previsión legislativa es expresión del denominado Derecho penal de la seguridad ciudadana (Díez, 2007, p. 69); este último, un diseño propalado por las potencias para conjurar los brotes de delincuencia que asolan a la comunidad planetaria actual (Garland, 2005, pp. 9 y ss., 31 y ss., 179 y ss.), una de cuyas más crudas expresiones es el modelo de la Tolerancia cero puesto en ejecución, en los años noventa del siglo pasado, por R. Giuliani, el exalcalde de Nueva York (sobre ello, De Giorgi, 2005, p. 37 y ss., 153 y ss.; Wacquant, 2000, p. 32 y ss.) y diseminado a lo largo y ancho del continente en la primera década de este siglo. De ahí, pues, el nombre dado por el legislador vernáculo a la citada legislación, que

reproduce las mismas denominaciones y hasta los contenidos que se aprecian en reformas similares operadas en otros países y no sólo en el subcontinente latinoamericano (Velásquez, 2013, p. 297).

En fin, a la hora de precisar el bien jurídico, no se puede echar de menos que esa normativa –cosa que ni por asomo se le ocurrió decirlo a la Corte Constitucional aquí– aparece en el marco de un Derecho penal expansionista, no sólo en contravía de los dictados de la Constitución y de un Derecho penal liberal sino en el contexto de una marcada fragmentación social y con una notoria desigualdad económica, por lo cual debe entenderse como una manifestación más de un Derecho penal de enemigo, de ahí que no sea descabellado pensar –como lo propone la demanda y lo estima la Corte e incluso el Salvamento de voto que se estudia– que su intención era criminalizar de forma abierta la mendicidad, incluso la realizada por los parientes del menor, como se infiere del supuesto de hecho de la norma penal completa que aparece en el inciso 2° cuando reza: “La pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, esto es, se castiga con pena privativa de libertad que fluctúa entre cuatro años y medio y diez años y medio a quien, como sujeto activo pariente de la víctima, “utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros”. El propósito, pues, era claro: se trataba de castigar la mendicidad en ese preciso ámbito, como adujo la demanda.

### **Un indebido pronunciamiento de constitucionalidad condicionada.**

En el contexto indicado, pues, una ley que criminalice la mendicidad debe entenderse como contraria a la Carta Fundamental (así, Corte Constitucional, sentencias C-1068, 2002, diciembre 3; C- 040, 2006, febrero 1; C-365, 2012, mayo 16) y el análisis que aparece en VI, 5 y VI, 6.3.2.), no solo por ser expresión de un Derecho penal de la seguridad ciudadana, expansionista, que se lleva de calle toda la organización social diseñada por el constituyente de 1991 (preámbulo, parte dogmática de la Constitución Política) sino porque no pone en peligro los demás bienes jurídicos (la familia y la libertad) que se dicen proteger; es más, semejante normatividad es producto de un Derecho penal de autor no de uno de acto que es el plasmado en la Constitución, porque persigue a las personas no por lo que hacen sino por lo que son: por ejemplo, mendigos.

En estas condiciones, resulta desafortunado el pronunciamiento de la Corte cuando –al tomar el lugar del legislador y en contravía del principio de legalidad y, por ende, de todo el andamiaje constitucional amén de sus propios precedentes– decide declarar ajustado a la ley de leyes el aparte demandado, pero condicionado a una interpretación que está llamada a generar muchos equívocos. Lo procedente era, pues, declarar inexecutable ese aparte del tenor literal cuestionado por la demandante.

Este tipo de pronunciamientos, recuérdese, han sido rechazados por la propia Corte como se deduce de la sentencia C-238 de 2005 (que reitera lo dicho en la sentencia C-843 de 1999), lo siguiente:

“En este orden de ideas, ha señalado también que en caso de ambigüedad de la norma penal lo procedente no es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, para precisar la descripción de la conducta o el señalamiento de la pena de conformidad con la Constitución, pues dicha sentencia sería contraria al principio de legalidad en sentido amplio, por tratarse de una competencia exclusiva del legislador, y en cambio debe declarar su inexequibilidad.

Es más, recuérdese lo expresado en la sentencia C-996 de 2000:

[A] funcionario judicial no le corresponde la función de crear tipos penales, en razón de que esta labor conforme quedó antes expresado, corresponde al legislador, según las voces del numeral 2 e inciso 3 del artículo 150 de la Constitución. Por eso resulta importante resaltar que la actividad del funcionario judicial habrá de ser complementaria en la medida que debe constatar si los hechos legalmente establecidos y probados dentro del proceso penal, se adecuan a los elementos que se establecen en los tipos penales”.

En síntesis: la Corte debió declarar inconstitucional el aparte demandado y no acudir al odioso mecanismo del cual se ha valido porque, con ello, suplanta al legislador en su tarea y pisotea la Ley de Leyes.

### **Las conclusiones del Salvamento de voto.**

Si se observa esta pieza procesal (la única conocida hasta la fecha, pues nada se sabe los restantes dos salvamentos y de las tres aclaraciones anunciadas: en Colombia, de forma ilegal, también en esta materia se anuncian los fallos y sus adendas y se dan a conocer cuando a bien se tiene) se encuentra que la misma proclama la inexequibilidad de la norma demandada por dos razones: una porque desconoce los artículos 13 y 44 de la Carta fundamental, pues “establece un tipo penal especial, dentro del género de delitos que pretenden castigar las diversas formas de “cosificación” de las personas por parte de individuos o grupos, con menor punibilidad por el sólo hecho de tratarse de la explotación de niños, niñas y adolescentes”; y la otra, porque “la disposición acusada vulnera el principio de legalidad, pues el grado de indeterminación del tipo afectará a los eventuales sujetos activos que sean parte en este tipo de procesos”.

Sin duda, al demostrarse que no existe esa relación de género a especie entre los textos normativos debatidos, se derrumba toda la construcción académica que en torno a ello se hace, con lo cual el primer argumento se esfuma pues parte de premisas que no son ciertas; en cuando al segundo razonamiento, y es de suyo evidente que los dos tipos penales contenidos en el artículo 93 tienen visos de indeterminación en cuanto no respetan el postulado de taxatividad, parecería viable plantear la inconstitucionalidad

de los mismos. Sin embargo, si como dice la Corte “la presente acción de inconstitucionalidad se circunscribe a cargos por presunta vulneración al principio de igualdad y al debido proceso” (ver, III, cuarto párrafo), todo parece indicar que en ese escenario no cabía pensar en semejante declaratoria de inconstitucionalidad (la que atiende a la totalidad del texto) no así la correspondiente al aparte (que fue pedida de forma expresa); era, entonces, indispensable que la demanda hubiera enfocado sus cuestionamientos a la vulneración del principio de legalidad estricta.

La mala técnica observada por el impugnante ha dado al traste con la posibilidad de entablar un mejor debate sobre el asunto, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia ha sido clara al señalar que los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas consignadas en las normas penales no pueden ser indeterminadas, imprecisas, gaseosas, etc. (sentencias C-742 de 26 de septiembre de 2012; C-365 de 2012).

En efecto: en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley. No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (C-843, 1999, octubre 27).

### **Conclusiones.**

- Con independencia de que se compartan o no los planteos contenidos en la sentencia, no deja de ser saludable y reconfortante que –en medio de la apatía reinante por estos asuntos– providencias como esta acudan a las construcciones teóricas de la Dogmática penal para tratar de apuntalar las decisiones.

No obstante, es necesario reclamar un mejor manejo conceptual de los postulados propios de la Dogmática jurídico penal a la hora de emprender estos debates para que los mismos sean más productivos y se logre, de verdad, que ese organismo vele por la guarda e integridad de la Constitución.

Por ello, pese a que son compartibles los desarrollos que hace la providencia en materia de unidad y pluralidad de acciones, no debe perderse de vista que el debate por ella recogido responde a muy disímiles enfoques, lo que está llamado a generar equívocos. Nada aporta, pues, semejante eclecticismo doctrinario a la construcción de un sistema del Derecho penal desde la interpretación de la Constitución, como debiera hacerse.

Si, con base en los edificios propios de la Dogmática jurídico penal, se hace un análisis riguroso de los contenidos normativos de los artículos 93 de la Ley 1453 de 2011 y 188A y 188B, se puede concluir con toda certeza que los dos

grupos de las diversas descripciones típicas regulan conductas completamente distintas, así sea verdad que ellas formen parte la cadena de comportamientos que implica la realización de los delitos de trata de personas.

No hay, pues, una relación de género a especie entre las últimas previsiones típicas y las primeras, aunque sí se evidencia que las primeras prevén conductas que implican un desarrollo ulterior de las últimas.

Si lo anterior es así, no puede hablarse de un trato desigualitario a la hora de hacer las comparaciones entre las consecuencias jurídico-penales imponibles en los diversos casos, como lo reclama la demanda. Es más, si ello fuera cierto sería necesario extender ese estudio a todas aquellas disposiciones que pueden llegar a ser vulneradas por las redes que trafican con personas y, además, las utilizan o instrumentalizan, explotándolas.

Es posible pensar en los alcances sustantivos del principio del *non bis in idem*, pero ello no puede llevar a suplantar las construcciones de la Parte general de Derecho penal sino que, por el contrario, esos desarrollos deben estar ligados con ella; en ello, pues, acierta la providencia.

El proveído ha debido declarar la inexecutable del aparte demandado y no proceder, como lo hizo, a acudir a la figura de la constitucionalidad condicionada en el entendido de que se debe llegar a una interpretación determinada que, por lo demás y como lo asegura el Salvamento de voto, no deja de ofrecer graves dificultades. Los jueces constitucionales, pues, no deben ser legisladores.

El único Salvamento de voto que pudo ser examinado incurre, en su primer punto de partida (cuando habla de una relación de género a especie entre las figuras en cuestión), en el mismo yerro que el accionante; por ello, su planteamiento es equivocado y sus conclusiones deben ser desechadas.

En relación con su afirmación encaminada a pregonar la inexecutable de todo el texto de la norma demanda, debe decirse que se trata de una postura compatible cuando se parte de las elaboraciones propias del principio de taxatividad o de determinación, el problema es que hasta donde se entienden los alcances de la providencia semejante declaratoria desconocería los límites que tiene el juez constitucional en cuanto debe circunscribirse al objeto de la demanda de inconstitucionalidad (véase artículo 241 de la Constitución y normas concordantes).

## Referencias

- Berdugo, I. *et al.* (2010). *Curso de Derecho penal*. Parte general. (2ª ed.) Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- De Giorgi, A. (2005). *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control* (Prefacio de Toni Negri, Presentación y traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús). Barcelona: Virus Editorial.

- Díez, J. L. (2007). *La Política Criminal en la encrucijada*, Montevideo/Buenos Aires: B de F.
- Garland, D. (2005) *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (trad. de Máximo Sozzo). Barcelona: Gedisa Editorial.
- Ferrajoli, L. (2006) *Derecho y razón*. (Tr. P. Andrés Ibáñez et al.). Madrid: Trotta.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2ª ed.). (Tr. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts* (5ª ed.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal, parte general*, (traducción española y notas de M. Olmedo Cardenete). Granada: Editorial Comares.
- Mañalich, J. P. (2011). El principio ne bis in idem en el Derecho penal chileno. En: *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 139-169.
- Mir, S. y Gómez, V. (2011): *Derecho penal, Parte General* (9ª ed.) Barcelona: Editorial Reppertor.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general*, t. I (trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat (1ª ed.). München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. t. I (4ª ed.). Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre. München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal, Parte general*, t. II (trad. española de la 1ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña (director) et al.) Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Schönke, A. y Schröder, H. (2014): *Strafgesetzbuch. Kommentar* (29ª ed.). München: Verlag C. H. Beck.
- Sentencia C-244 (1996, mayo 30). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-843 (1999, octubre 27). Demanda de inconstitucionalidad M. P. Corte Constitucional. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia C-996 (2000, agosto 2). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.

- Sentencia C-1068 (2002, diciembre 3) Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional.
- Sentencia C-205 (2003, marzo 11). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-238 (2005, marzo 15). Demanda de inconstitucionalidad M. P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional.
- Sentencia C- 040 (2006, febrero 1). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional.
- Sentencia C-121 (2012, febrero 22). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia C-365 (2012, mayo 16). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Sentencia C-742 (2012, septiembre 26). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia T-652 (1996, noviembre 27). Sala de tutelas. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-162 (1998, abril 30). Sala de tutelas. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-512 (1999, julio 15). Sala de tutelas. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
- Sentencia T-537 (2002, julio 15). Sala de tutelas. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho penal, Parte general* (6ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*, t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*, t. II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2013). Seguridad ciudadana e inseguridad jurídica. En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (5), 290-318.
- Wacquant, L. (2000) *Las cárceles de la miseria* (trad. de Horacio Pons), Buenos Aires: Manantial.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal*, tomo III. Buenos Aires: Ediar.



V  
Bibliografía





Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. (Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña (Director) *et al.*). Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 1069 p.

Después de una muy larga espera de once años acaba de aparecer, a inicios del pasado mes de octubre (en pasta dura y en edición de lujo, aunque la calidad del papel no es la mejor; con la posibilidad de acceder electrónicamente al material impreso), la traducción española de esta obra que se basa en la primera edición alemana de 2003 a cargo de la Editorial C. H. Beck de München. El Director responsable de la misma es el Prof. Diego Manuel Luzón Peña, a quien acompaña un equipo conformado por sus discípulos Paredes Castañón, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, y otras personas de su entorno académico.

En este tomo II, el gran estudioso y sistematizador de la ciencia penal alemana se ocupa –como lo dice el subtítulo– de las formas de aparición del delito para lo cual la exposición comprende cuatro secciones (que se suman a las siete primeras del tomo I) dedicadas, respectivamente, a las siguientes problemáticas: la 8ª a la autoría y la participación en la cual el § 25 se destina a la teoría de la autoría, el § 26 a la participación, el § 27 a los elementos personales especiales. Relajamiento de la accesoriedad y responsabilidad del representante y, el § 28, a las fases previas de la intervención delictiva unipersonal; así mismo, la Sección 9ª está referida a la teoría de la tentativa que, a su vez, comprende el § 29 donde se examina la tentativa y el § 30 donde se consigna el desistimiento de la tentativa.

A su turno, la Sección 10ª versa sobre el delito de omisión que consta del § 31 donde se estudia el delito de omisión en general y sus divergencias respecto del delito comisivo o de comisión y, del § 32, en el cual se examina la equiparación de la comisión con la

omisión, uno de los frentes de batalla del funcionalismo radical que durante las pasadas décadas abanderó el Profesor G. Jakobs y que Roxin cuestiona al optar por un modelo bipartito de posiciones de garante en la línea de Schünemann (página 856). Para culminar, la Sección 11<sup>a</sup> se destina en un único § (el 33) a la teoría de los concursos; al final, y como sucede en el original, aparece el índice de materias. Por supuesto, la versión hispana contiene diversas notas en las cuales los traductores hacen precisiones, aclaraciones u observaciones en relación con los contenidos de su actividad.

Como es obvio, lo primero que llama la atención en la publicación es la intervención de un número tan elevado de académicos como traductores: quince profesionales, dentro de los cuales aparece la joven investigadora colombiana Susana Escobar Vélez; ello, obsérvese, priva a la obra de la necesaria unidad lingüística y expositiva que le hubiera brindado una tarea hecha por un número más reducido de personas e incluso por una sola. Las diferencias en la textura idiomática y hasta en el uso de los vocablos son evidentes, por más que la unificación y revisión de los textos –que los encargados del equipo aseguran haber realizado– hayan sido exhaustivas. Es más, en plan de mirar algún desacierto del que es responsable el editor, obsérvese cómo entre las páginas 46 a 57, en lugar de hablar del índice de abreviaturas como se hace en la página 45 (*Abkürzungen* en la lengua original), se alude al índice de materias, cuando es lo cierto que este aparece en las páginas 1037-1067 (en el original *Sachverzeichnis*).

Una anotación debe llevarse a cabo en relación con la estructura de este segundo tomo: si bien hay una continuidad entre la sistemática observada en el primero y la apreciada en este –con el cual, no obstante, no se logra completar la exposición de toda la Parte General, porque quedó pendiente el tomo III destinado originalmente a la determinación de la pena y el Derecho de sanciones: véase el Prólogo en su página 17–, lo cierto es que los doce años de diferencia que marcaron la aparición de uno y otro en su versión inicial (entre 1991 y 2003) también han incidido en la forma de plasmar los contenidos.

En efecto, mientras el primer volumen fue concebido como un verdadero manual para estudiantes o profesores universitarios que se aproximan al estudio del Derecho penal, a cuyo efecto goza de gran claridad expositiva, el volumen segundo tiene una

conformación atípica y sus acápites están redactados en forma de monografías especializadas que abordan los diversos temas con gran profundidad; así lo reconocen quienes lideran la empresa: “El tratamiento de muchas de estas cuestiones en la obra constituye prácticamente un estudio monográfico del tema” (página 13). Desde luego, el que los dos volúmenes sean distintos no les merma brillantez y profundidad.

En fin, también se debe advertir que como esta versión aparece once años después de que la obra hubiese nacido a la vida ello le quita actualidad y vigencia, pues durante este largo lapso la ciencia penal alemana ha avanzado de forma rauda: ahora hay múltiples manuales (cada vez más breves y escuetos), libros, monografías, artículos, etc. sobre las diversas temáticas tratadas; y, añádase, la jurisprudencia (que es un imparable motor del debate académico) ha continuado su tarea de creación e innovación. Ello, pues, lo debe tener muy en claro el lector cuando aborde éste que es, tal vez, el último gran tratado alemán de su género y, sin duda, el que domina la discusión actual.

Por supuesto, las anotaciones anteriores no le restan importancia a la construcción de Roxin que es la más relevante en lo que toca con las exploraciones de la Parte general de las últimas décadas. Y, como es obvio, lo dicho en relación con la versión española tampoco desdibuja el gran esfuerzo del equipo traductor pero, en definitiva, semejante división del trabajo sí afecta el texto original porque las diferencias entre los apartes se evidencian con una simple lectura; algo similar sucedió con el primer volumen a pesar de que el grupo de traductores convocados era reducido: hay párrafos muy bien vertidos a nuestra lengua pero hay otros (por ejemplo los §§ 11 y 12 destinados a la imputación objetiva) de los que no se puede decir lo mismo.

En conclusión: lo importante es que ya está aquí el ansiado volumen II del Tratado de Roxin para debatirlo, disfrutarlo y, como es obvio, para reflexionar y emprender la necesaria crítica académica sin la cual esta actividad no tendría sentido.

*Fernando Velásquez Velásquez.*  
Medellín, veinte de diciembre de 2014.

Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L. (2014). *Compendio de Derecho Penal, Parte General* (4 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 559 p.

El texto que tiene ante sí el lector es, como lo indica su lectura y lo enuncia su título, una exposición breve y sumaria de lo más sustancial de una materia, esto es, un verdadero compendio, dedicado a la Parte general del Derecho penal porque con muy pocas palabras quienes lo han escrito dicen mucho sobre las diversas materias de las cuales se ocupan; una obra didáctica, sencilla y muy profunda, como lo destaca el prologuista de su primera edición –el Profesor Tomás S. Vives Antón–, con la cual los dos catedráticos de la Universidad de Valencia y pertenecientes a la ‘escuela’ de este último académico, quieren continuar adelante con la propuesta jalonada por esa escuela de pensamiento a lo largo de las últimas décadas. En otras palabras, se logra a la perfección lo que sus autores dicen pretender con ella:

“(…) una exposición de la Parte General del mismo concisa, sencilla, comprensible y solvente a la par, una exposición que cumpla dos objetivos: que pueda ser seguida sin excesiva dificultad casi por cualquier persona con una mínima formación, de una parte, y que proporcione un nivel de conocimiento de la disciplina elemental, pero riguroso, de otra (p. 31)”.

Con tales miras, en cuarenta y cinco lecciones divididas en cinco partes (los fundamentos del Derecho penal; la teoría jurídica del delito; la teoría de las consecuencias jurídicas del delito; la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad; y, el Derecho penal de menores), se muestran todos los componentes de la disciplina en mención. Y como consecuencia de ello, aparte de las 82 obras generales en lengua castellana que se consignan en la bibliografía, no aparece ningún pie de página ni hay una sola recomendación monográfica para cada uno de los temas tratados; esto, por supuesto, no le resta científicidad al trabajo –muchos creen que la única manera de hacer un estudio riguroso en el ámbito de cualquier disciplina es mediante la colección de citas interminables y de obras en todos los idiomas que, a veces, ni se leen!– sino que, por el contrario, le brinda el anhelado rigor al libro.

Así las cosas, los autores en plan de llevar a la realidad la propuesta de su Maestro Vives Antón –desarrollada en todo su esplendor en sus *Fundamentos del Sistema Penal*–, parten de una

premisa fundamental: “la verdadera Parte General del Derecho Penal reside en la Constitución, en sus principios” (p. 33). Por ello es que en la Primera Parte, luego de exponer el concepto, la función y naturaleza del Derecho penal, sus relaciones con otras disciplinas, las fuentes, el Derecho vigente en su país, el ámbito de validez territorial de la ley penal y la interpretación de la misma –a la que, no en vano, se destina la lección número trece–, se dedica una gran atención –incluso un abundante espacio, en un trabajo caracterizado por su milimétrica concisión– a los principios constitucionales del Derecho penal (ver, lecciones 6-12).

Y, como es apenas de esperar cuando se asume el punto de partida indicado, toda la Segunda Parte (lecciones 14-37) destinada a la teoría jurídica del delito se apunala en la teoría de la acción significativa porque lo que se pretende es “una aproximación al estudio jurídico del delito desde los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, esto es, (se) busca recuperar la discusión acerca de la idea de justicia” (p. 204); a tal efecto, se parte de dos presupuestos: uno, para el Derecho la acción y la norma no pueden ser entendidos como objetos del mundo, como pertenecientes al mundo del ser, por lo cual el delito no es un objeto real; y, otro, las normas jurídicas no son exclusivamente mandatos sino que también necesitan ser justificadas desde la perspectiva racional, para que sean válidas dentro de un proceso de argumentación (pp. 204-206).

Con estos puntos de partida, entonces, se soporta todo el andamiaje plasmado en las lecciones destinadas a los diversos problemas de la teoría del delito: tipicidad en todas sus manifestaciones (16-22), ilicitud (23-24), reproche (25), necesidad de pena (26), defensas (27) y límites personales en la aplicación de la ley penal (28 que, obsérvese, de manera novedosa se sustrae de la teoría de la ciencia del Derecho penal donde se suele estudiar y se traslada hasta la teoría del delito); y, por supuesto, a la hora de abordar los aspectos negativos de las distintas categorías que siempre se miran con referentes constitucionales: ausencia de tipo de acción y caso fortuito (29), error (30), legítima defensa (31), estado de necesidad (32), cumplimiento de un deber y situaciones asimiladas (33), miedo insuperable (34), causas de inimputabilidad (35) y causas de exclusión de la pena (36 y 37).

Y, así, el camino queda abierto para continuar con la teoría de las consecuencias jurídicas del delito en la Tercera Parte (lecciones 38 a 44), según ya se dijo, oportunidad en la cual vuelven a las bases

constitucionales del Derecho penal para desentrañar el concepto, el fin y las funciones de la pena; por eso, de forma consecuente, advierten allí que “la función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho” (p. 420).

Luego, en una única lección (la 45) se tratará de acompasar la otra consecuencia jurídico penal propia de un derecho penal dualista, la medida de seguridad (entendida como “una forma de tratamiento dirigido a que el sujeto peligroso no delinca en el futuro” (p. 530), con el diseño que les sirve de punto de partida; desde luego, aquí cabría discutir si realmente esas formas de reacción del Derecho punitivo se avienen o no con el diseño propio de un Estado de Derecho social y democrático como, se supone es el español, o se trata de consecuencias a las que –como alguna vez dijo Rodríguez Devesa– se les debería empezar a decir adiós.

Para culminar, con el hilo conductor anotado, la última lección que integra la quinta parte se destina al Derecho penal de menores que también los autores se esfuerzan en acompasar con los postulados de la Constitución, sobre todo al ocuparse de los principios y las garantías fundamentales que lo presiden (pp. 548 a 550); por supuesto si lo logran o no, es una tarea que queda librada al examen de los estudiosos.

Llegados a estas instancias solo nos resta dejar en manos de los interesados, esta interesante e inmejorable exposición sobre la materia que se nos antoja es de mucha utilidad en la docencia y, por supuesto, en la práctica de los tribunales y en el ejercicio de la actividad profesional propia de los abogados penalistas.

*Fernando Velásquez Velásquez.*  
Medellín, veinticinco de diciembre de 2014.

Cano Jaramillo, C. A. (2014). *Oralidad, redacción, argumentación y texto jurídico*. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 933 p.

Examinada la vigencia de las temáticas planteadas por el autor en su investigación, oportuno es indicar que este texto se constituye en una valiosa herramienta para abogados, profesionales, docentes y estudiantes de Derecho, interesados en un ejercicio idóneo de su profesión. Ya desde su introducción, cosa que sucede a lo largo de los diez capítulos que la componen, esta publicación suscita una muy importante reflexión acerca del origen de los conflictos y en torno a la manera de abordarlos y, por supuesto, de prevenirlos.

En efecto, en el Capítulo I, denominado ‘competencias para asumir el conflicto y construir el texto’ que, a su vez, se compone de quince subcapítulos, se consignan desde la síntesis y lo interdisciplinario, herramientas estratégicas tanto para abordar los conflictos como para afrontar los problemas que presenta la realidad práctica del ejercicio profesional. Además, aborda con buen detalle la importancia de la conexión entre las varias disciplinas que hacen presencia a la hora de construir los hilos argumentativos en que se sustenta el texto jurídico, al tiempo que profundiza sobre los elementos necesarios para construir de forma correcta un texto; con ello le apuesta a empoderar, con amplio sentido humanístico, al lector de ese conjunto de competencias generales y específicas, que son necesarias para redactar la literatura jurídica y pronunciar discursos orales; lo que no ofrecen las prácticas forenses, porque –como lo advierte el autor– en ocasiones se limitan solo a reunir formatos.

El Capítulo II, a su vez, llama la atención por el respeto profesado hacia las reglas y principios de la Lógica, al mismo tiempo que insiste en la necesidad de desarrollar el pensamiento basado en ésta para no fracasar a la hora de argumentar. De la misma manera, señala las nociones básicas, necesarias en el proceso de activar el pensamiento y construir los hilos argumentativos. Entre las nociones de manejo necesario, el autor profundiza en las ideas de concepto, proposición, silogismo, pensamiento y lenguaje; y, por último, aborda las falacias, de las cuales, advierte, debe estar libre toda proposición.

A la ‘comunicación y el lenguaje’ destina el Capítulo III, en el cual desarrolla un estudio acerca de los componentes de estos conceptos y su importancia a la hora de comunicar el pensamiento en el discurso –en sus formas hablada o escrita–, según el propósito que se persiga. Respecto del primero, destaca que su escaso uso por parte

de quienes están inmersos en una diferencia es lo que le da origen a los conflictos; el segundo, advera, es esencial en la producción de un texto de calidad. Este acápite resulta de importancia suma pues aborda un tema trascendente, que en ocasiones se subestima en cuanto se cree que se dominan estos conceptos porque se aprendieron a temprana edad, y, en consecuencia, se subvalora la importancia de la palabra oral y escrita; se trata, pues, de conceptos que se erigen en herramientas de trabajo en el mundo del Derecho, como bien lo advierte el autor.

En el Capítulo IV denominado ‘La ciencia del texto’, se dedica al análisis del texto como verdadera ciencia; como un todo desde la perspectiva de las diferentes disciplinas sociales y sus aportes para la elaboración de discursos orales o escritos. Por ello, al tiempo que fija unas nociones generales, emprende el estudio de los elementos estructurales del texto (de utilidad a la hora de darle unidad y claridad), lo cual desarrolla también con ejemplos prácticos; para finalizar, aborda los diversos textos jurídicos.

La narración y la descripción son las problemáticas que se abordan en acápite V. Allí analiza las problemáticas de la narración y la descripción en el área del Derecho, porque entiende que son muy importantes en el discurso y cruciales a la hora de exponer adecuadamente los problemas jurídicos y plantear las tesis de solución. Además, afronta los aspectos estructurales de la narración como género de la literatura y parte esencial del discurso a través de la cual se cuentan los hechos, para lograr el fin persuasivo; asimismo, recoge el concepto de descripción que como advierte es útil en orden a destacar las características de las personas o las cosas que le interesan al Derecho. Ténganse muy en cuenta las conclusiones y recomendaciones que aparecen al final.

El Capítulo VI está dedicado a la noción de ‘problema jurídico’, sobre la cual consigna diversas ideas generales apoyado en otras construcciones académicas a cuyo efecto procede a destacar la importancia que para la tarea de argumentar en el ámbito del Derecho, tiene el delimitar correctamente el problema jurídico; sin ello, como afirma el autor, sería como navegar sin brújula. De igual forma, en esa sede analiza los métodos planteados por grandes filósofos a lo largo de la historia de la humanidad en este ámbito y, para terminar, destaca –entre otros importantes aspectos– las metodologías de análisis y construcción de las líneas jurisprudenciales.

La problemática relativa a la ‘prueba de los hechos’ se destina al acápite VII, donde con solvencia destaca algunos trabajos doctrinales y jurisprudenciales que se ocupan de la estrecha relación existente entre el objeto de la prueba y la confección del texto jurídico. En la parte final, examina cada uno de los pasos entre el momento inicial de tratamiento del conflicto por el sistema judicial, hasta que éste se decide; de igual forma muestra los principios que orientan la actividad probatoria (aunque como lo advierte, se trata de un aspecto del campo del Derecho probatorio que no se agota en su exposición).

El Capítulo VIII, en armonía con lo anterior, se dedica a auscultar la temática de ‘la argumentación y la interpretación’, a propósito de la cual presenta en un primer plano algunos aspectos generales de la teoría de la argumentación y sus antecedentes históricos enfocados a la práctica jurídica. Es más, con base en diversos trabajos doctrinales, destaca la importancia de fundamentar las decisiones al tiempo que ofrece diversos argumentos de utilidad a la hora de interpretar, decidir o discutir acerca de un problema jurídico específico; también, y esto es de mucho interés para el estudioso, destaca los errores más frecuentes al momento de fundamentar las decisiones judiciales. En un segundo plano, este apartado se destina a reflexionar sobre las dificultades más comunes en materia de la interpretación de la ley y evoca las teorías jurídicas más comunes. Al final, propone unas recomendaciones muy útiles para aquella labor de interpretación.

Así mismo, siguiendo una clara secuencia expositiva, el Capítulo IX se destina al análisis de ‘la conversación, el debate y la refutación’, temáticas vitales a la hora tanto de materializar ciertos derechos y principios fundamentales del Derecho procesal como para el manejo de un conflicto y su resolución. Respecto a la conversación, destaca que es un asunto que, a más de estar ligado a la esencia de la especie humana, es crucial para la convivencia y la resolución pacífica de los conflictos; por ello, advierte, cuando ella falta, las partes se desgastan. Además, plantea la estrecha relación existente entre la conversación y el debate, a los que les atribuye naturaleza democrática, al tiempo que profundiza sobre su presencia en el proceso judicial adversarial (con el cual, dice, se recupera el ejercicio de la palabra). También, presenta algunas pautas de conducta, indispensables para los actos comunicativos, entre las que vale destacar el autocontrol o manejo de las emociones –entendido como la facultad de regular la conducta personal y reaccionar de forma favorable–, de verdad una

competencia indispensable en las relaciones de distinto orden. En cuanto a la refutación, aborda sus aspectos primordiales y plantea ciertos pasos para este importante ejercicio; esta sección concluye con una magistral exposición de algunas reglas y recomendaciones aplicadas a la actividad procesal, que bien vale la pena leer una y otra vez.

Para finalizar, el Capítulo X se ocupa de los valores de 'la democracia', 'la justicia', 'la equidad' y 'los principios generales del derecho', oportunidad en la cual se plantean ciertos cuestionamientos sobre el tipo de sociedad en la que proyectamos vivir, al tiempo que el expositor expresa su preocupación por la crisis que afronta nuestra organización social y hace un llamado al rescate de estos valores, clama por la aceptación de unos fines comunes y propende por la determinación y definición de competencias para la vida y la convivencia, de cara al tratamiento de los grandes y diversos problemas sociales y para la reducción de los conflictos. En igual sentido, destaca la influencia que estos componentes tienen en la cultura organizacional de Estado y en la toma de decisiones a la hora de resolver los conflictos. En los siguientes apartes el autor destaca la importancia de los contenidos culturales que rodean el Derecho, el desarrollo moral, la Ética, los principios generales y sus límites, y, como es obvio, rescata la importancia de la ponderación de principios en la aplicación de soluciones a los conflictos.

Se trata, pues, de una obra de obligada consulta para quienes se quieran preparar de mejor manera en estas disciplinas y debe saludarse con regocijo que un expositor como Cano Jaramillo llame la atención sobre estas temáticas; ese era, justo es decirlo, lo que queríamos rescatar cuando seleccionamos este texto para la reflexión y el debate.

*Ingrid Bibiana Muñetones Rozo*  
Bogotá, diez de diciembre de 2014.

# VI

## Entrevista





## Profesor Kai Ambos

*María Alejandra Troncoso Torres*

### **Formación académica y profesional**

Nació el 29 de marzo de 1965 en Heidelberg, Alemania. Realizó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwig de Freiburg (Alemania), en Oxford (Gran Bretaña) y en München (Alemania). Presentó el primer examen estatal (1. *Staatsexamen*) en 1990 en München y el segundo examen estatal de juez (2. *Staatsexamen*) en 1994 en Baden Württemberg/Tribunal Provincial de Freiburg.

Obtuvo su doctorado el 9 de diciembre de 1992 en la Universidad de München, bajo la dirección del Prof. Dr. Schüler Springorum, donde también tramitó su trabajo post-doctoral (*Habilitation*, con los Profesores Dr. Volk y Simma; involucrados también los Profesores Drs. Roxin, Schöch y Schünemann), el cual terminó en julio de 2001. Obtuvo la *venia legendi* para las materias Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Internacional y Derecho Comparado.

Entre 1991 y 2003 se desempeñó, como responsable de las áreas Derecho Internacional Penal (incluyendo Derechos Humanos) e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Freiburg, así como Profesor Asistente en la cátedra del Prof. Dr. Albin Eser.

Fue profesor agregado (*Privatdozent*) en la Universidad de München y profesor suplente (*Lehrstuhlvertreter*) en la Universidad de Freiburg. Recibió llamados (*Rufe*) para ocupar cátedras en las Universidades Göttingen y Graz a comienzos de 2003. El 7 de mayo de 2003 fue nombrado catedrático de Derecho penal, Derecho

procesal penal, Derecho comparado y Derecho internacional penal en la Universidad Georg August de Göttingen.

Actualmente es Director del Departamento de Derecho penal extranjero e internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. El 24 de marzo de 2006 fue nombrado *Juez* del Tribunal Estatal de Göttingen. Luego, el 30 de abril de 2008 fue elegido Decano para Estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho.

### **Áreas de actuación**

Sus campos de investigación principales tienen que ver con el Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho internacional penal y Derecho comparado con énfasis en los países iberoamericanos y angloamericanos.

### **Experiencia Profesional**

Prof. invitado en Latinoamérica, España, Italia e Israel.

Consultorías sobre la reforma judicial en América Latina y la Justicia Penal Internacional/Justicia Transicional/Derecho Internacional Penal en Timor Oriental, Camboya, Antigua Yugoslavia, Macedonia, Kosovo y Colombia (proyecto GTZ-ProFis, apoyo a la Fiscalía colombiana en el proceso de paz)

Miembro de la delegación alemana en la Conferencia de la ONU para el establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente, Roma, Italia (del 15 de junio a 17 de julio de 1998); Miembro consultor de la Delegación Alemana en el "ICC Preparatory Commission Intersessional Meeting" en Siracusa, Italia (31 de Enero a 5 de Febrero 2000).

Miembro del círculo de trabajo "Humanitäres Völkerrecht" (Derecho Internacional Humanitario) de la Cruz Roja Alemana (del 12 de marzo de 1998 a 2002).

Miembro de un grupo de expertos establecido por el Ministerio Federal de Justicia para elaborar un proyecto ley sobre Derecho Internacional Penal, implementando el Estatuto de Roma para una Corte Penal Internacional (otoño de 1999 a mayo de 2001).

Miembro del consejo editorial de varias revistas científicas: "*Criminal Law Forum*" (Springer), "*International Criminal Law Review*"

(Kluwer), *“Lateinamerika Analysen”* (Institut für Iberoamerika-Kunde, Hamburg), *“Göttingen Journal of International Law”* ([www.gojil.eu](http://www.gojil.eu)), *“Revista Penal”* (editorial La Ley, España), *“Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”* (editorial ad hoc, Argentina), *“Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional”* (editorial Legis, Colombia), *“Revista Peruana de Ciencias Penales”* (editorial Idemsa, Perú), *“Ciencias Penales”* (Asociación de Ciencias Penales, Costa Rica), *“Revista de Derecho Penal”* (editorial Rubinzal Culzoni, Argentina), *“Política criminal”* (Universidad de Talca, Chile, [www.dpenal.cl/politcrim/portada.htm](http://www.dpenal.cl/politcrim/portada.htm)) y *“Revista Eletronica de Direitos Humanos e Política Criminal”* (REDHPC, Brasilien ([www.direito.ufrgs.br/dir1/revista.asp](http://www.direito.ufrgs.br/dir1/revista.asp))).

Responsable de la redacción internacional de la *“Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik”* [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)

Director *“Colección de Derecho Penal,”* Editorial Jurídica de Chile”, [www.dpenal.cl/CDP/index.htm](http://www.dpenal.cl/CDP/index.htm)

Coordinador Científico del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (auspiciado por Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho, desde 2002) [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html)

Co-editor de los *“Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften”* (Instituto de Ciencias Criminales), [www.uni-goettingen.de/de/33043.html](http://www.uni-goettingen.de/de/33043.html)

Miembro del Comité Ejecutivo del *“Círculo de Trabajo de Derecho internacional penal”* (Alemania, Austria, Suiza).

Miembro Comité de Selección de becarios de América Latina del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, nombrado en 2006) y de *“Becas Georg Forster”* Fundación Alexander von Humboldt (nombrado en agosto de 2007).

Miembro del Consejo Consultivo (Advisory Board) *“Forum for International Criminal and Humanitarian Law”* (FICHL), International Peace Research Institute (PRIO), Oslo, Noruega.

Editor *“Schriften zum internationalen und ausländischen Strafrecht”*, Duncker & Humblot, Berlin<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La información de curriculum del Profesor Ambos fue recuperada, según sus instrucciones, de: <http://www.uhu.es/revistapenal/CurriculumAmbos.html>

**C.D.P.: ¿Cómo se vinculó usted al mundo académico colombiano y por qué le gusta tanto visitar a Colombia**

**Prof. Kai Ambos:** Eso fue durante el doctorado que realicé sobre *control de drogas en Colombia*, el cual me permitió vivir aquí durante un año. Incluso antes, yo había conocido al Profesor Velásquez en el Max Planck en Freiburg. Después de esa visita a Colombia y esa relación con el Profesor Velásquez, siempre volví al país.

**C.D.P.: ¿Qué le puede contar a nuestros lectores de su experiencia como miembro de la delegación Alemana en el establecimiento de la Corte Penal Internacional, de carácter permanente?**

**Prof. Kai Ambos:** Yo creo que en general es una experiencia muy importante para saber cómo funciona la negociación de un Tratado Internacional y cuáles son los intereses involucrados; en este caso particularmente de la Corte Penal Internacional. Para el establecimiento de dicha Corte, hubo una participación amplia de la sociedad civil con organizaciones no gubernamentales, donde prácticamente todos los Estados podían tomar parte. Por ello, considero que fue un proceso muy democrático y una gran experiencia en el sentido de aprendizaje.

**C.D.P.: ¿Cuáles cree usted que son los principales retos para la Corte Penal Internacional en el desarrollo de su jurisdicción en el continente Latinoamericano? ¿Y, en concreto, respecto al caso colombiano?**

**Prof. Kai Ambos:** Evidentemente, la única nación hoy en América Latina donde existen posibles situaciones a estudiar por parte de la Corte, es Colombia. Aquí, se han producido diferentes tipos de actos criminales graves como secuestros, masacres, los falsos positivos, etc., que involucran a todas las partes del conflicto. En ese sentido, pues, Colombia tiene una relación bastante estrecha con la Corte como país que está bajo la mira de ella con algunas situaciones como esas.

En general, en América Latina la Corte tiene un apoyo prácticamente total. Todos los Estados Latinoamericanos importantes son Estados parte de la Corte Penal Internacional, solamente faltan Nicaragua, Honduras y El Salvador, que son estados menores. En ese sentido, entonces, el continente donde la Corte tiene más apoyo aparte de Europa es Latinoamérica.

**C.D.P.: ¿Qué implicaciones tiene para Colombia, la Declaración que hizo el país (en 2001) frente a crímenes de guerra, que excluye la competencia de la Corte Penal Internacional para investigar crímenes ocurridos en el país siete años atrás?**

**Prof. Kai Ambos:** Bueno, esa declaración fue del año 2001 y expiró en el año 2008. En ese sentido la declaración no tiene hoy en día más relevancia. De todos modos, lamentablemente, hay tantos crímenes en Colombia que no importa mucho que un número de crímenes de guerra fueran excluidos hasta 2008, porque incluso con anterioridad hubo algunas denuncias de crímenes de lesa humanidad. Entonces, ya desde el 2008 la Corte tiene plena competencia sobre la situación Colombiana, incluyendo crímenes de guerra; así las cosas, esas declaraciones ya perdieron toda relevancia.

**C.D.P.: Puede compartírnos su opinión acerca de las investigaciones iniciadas por el Fiscal de la Corte Penal Internacional respecto de Colombia (desde el 2006).**

**Prof. Kai Ambos:** Es muy difícil dar una opinión sobre eso, porque son varias las situaciones que han sido comunicadas a la Corte de diferente índole, de diferentes actores y de diferentes tipos de crímenes, y el tratamiento de esas situaciones en la Fiscalía de la Corte no es accesible desde fuera. Es un proceso interno de varias etapas, prácticamente un proceso preliminar secreto. En ese sentido es difícil dar una opinión profunda, pero tal vez es importante señalar que cada situación que tiene que ir a la Corte, o ser comunicada a la Corte, se refiere a la responsabilidad individual de ciertas personas. Nunca la Corte se ocupa de gestiones abstractas como la compatibilidad de una ley con el Estatuto de Roma, porque ese no es trabajo de la Corte; no es tampoco una Corte de derechos humanos, no es una Corte de Estados o de responsabilidad estatal, sino de responsabilidad individual y, por eso, todo lo que se le presenta a la Corte son denuncias concretas sobre personas concretas.

**C.D.P.: ¿Qué opina usted de la decisión tomada en la Conferencia de Kampala frente a las condiciones de entrada en vigor de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional con respecto al crimen de agresión? (particularmente, hasta el 1° de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción).**

**Prof. Kai Ambos:** Es un tema muy complejo, Alemania siempre ha estado a favor de codificar, de definir el crimen de agresión.

Personalmente, soy muy escéptico respecto a si ese crimen puede ser judicializado por su amplia complejidad; máxime si involucra a líderes de Estado, a varios Estados, al Consejo de Naciones Unidas. Por eso, entonces, tengo mis dudas frente a la judicialización de ese crimen.

Aparte de eso, creo que para la Corte es un regalo contaminado, por decirlo así, porque si ella realmente llega a investigar este crimen después de 2017 e incluso más tarde, necesariamente va a tener problemas con varios Estados. Para la Corte eso no es muy positivo; y, en ese sentido, es bueno que la jurisdicción se desplace, incluso algunos pensamos que sería mejor que se desplace más. Alemania ya ratificó, y se encuentra en favor de la judicialización del crimen de agresión pero, desde mi perspectiva, este es un crimen que trae diversos problemas.

**C.D.P.: ¿En qué casos considera usted que se pondría en funcionamiento el sistema de justicia internacional en torno al principio de complementariedad, en el marco de un proceso o acuerdo que pretenda poner fin a un conflicto interno?**

**Prof. Kai Ambos:** No es solamente un problema del principio de complementariedad, sino también de otras normas del Estatuto de Roma, que permiten tomar en consideración procesos de paz. La complementariedad es solamente el principio general que regula la relación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Uno de los elementos no explícitos sino más bien implícitos puede ser un proceso de paz, pero hay normas mucho más directas referentes a un proceso de paz. Por ejemplo, la cláusula de interés de justicia para el Fiscal de la Corte de acudir o no acudir a una situación; eso podría ser tomado en cuenta en relación con el acuerdo final que garantice la paz, en contra de una investigación. Es decir, hay varias normas del Estatuto que flexibilizan el tratamiento de esa particular situación, porque los Estados están conscientes de que la sociedad decide iniciar otro camino; por lo que se renuncia a su derecho y deber de perseguir ciertos delitos. La Corte debe tener en cuenta esa situación y, por ello, el Estatuto es bastante flexible en ese sentido.

**C.D.P.: Como académico y estudioso del Derecho penal, podría brindarnos su opinión acerca de la creación de Tribunales Regionales para la persecución de los crímenes.**

**Prof. Kai Ambos:** Considero que en lugar de crear más Tribunales más bien se podrían apuntar todos los esfuerzos en pro del

Tribunal existente que es la Corte Penal Internacional. Para el caso Latinoamericano me parece que no tiene mucho sentido crear un Tribunal Latinoamericano de Derecho Penal Internacional, a menos que tenga otras competencias; en ese caso se podría discutir si el Tribunal persigue la tortura o la desaparición forzada como crimen individual y no como crimen de lesa humanidad. De otro modo, si es la misma jurisdicción ese tribunal solo se estaría duplicando sus esfuerzos sin que existan los recursos, máxime si en el caso de la Corte Penal Internacional se observa que tiene un presupuesto muy limitado y los Estados Latinos pagan poco; el único que otorga pagos relevantes es Brasil.

Además, la creación de otra Corte sería solo tiras de papel que no sirven para la causa de los Derechos Humanos. En vez de que los Estados creen otro sistema no muy financiado, como la propia Corte Interamericana que tiene muchos problemas, deberían concentrar todos sus esfuerzos en la Corte Penal Internacional ya existente.

**C.D.P.: ¿Qué opina usted del estado actual de la Dogmática penal en el continente Latinoamericano y, en particular, en Colombia?**

**Prof. Kai Ambos:** Es una pregunta difícil para un extranjero invitado a Colombia con relaciones afectuosas, porque evidentemente Colombia no está a la vanguardia del Derecho Penal en el ámbito de la dogmática, si se le compara con países como Alemania, España o Italia.

No obstante, considero que en América Latina el país que en cuanto a su población y tamaño es más importante en el ámbito del Derecho Penal es Chile. Colombia yo lo situaría, si hubiera un ranking, en la mitad de los países. Esto porque hay países como Chile o Perú que están en una mejor situación, y algunos otros con menos conocimientos del Derecho Penal como Bolivia o Paraguay. En Colombia todavía hay mucho por hacer, eso es obvio.

**C.D.P.: Finalmente, Profesor AMBOS, podría compartir con nosotros el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.**

**Prof. Kai Ambos:** Yo diría que en términos de obras clásicas podríamos dirigirnos a Immanuel Kant o a Friedrich Hegel en lo que respecta a la función de la pena. En cuanto a otros libros, yo creo que la Parte General de Roxin o la Parte General de Jakobs, son

obras de gran importancia; y, evidentemente en Colombia, la Parte General del Profesor Velásquez.

**C.D.P.:** Profesor, queremos agradecerle por su amable atención y por el gran aporte que constituye para los estudiantes de Derecho Penal el conocer más acerca de un académico tan importante como usted.

## INSTRUCTIVO AUTORES\*

La Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en el área de Derecho Penal. Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas en los ámbitos nacional e internacional.

### Tipo de artículos

Para efectos de hacer prevalecer la calidad de la revista, solamente se recibe documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado avance parcial o final, de proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico.
- c) Estados del arte o artículos de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- d) Reseña bibliográfica.
- e) Traducciones.
- f) Recensiones bibliográficas.
- g) Entrevistas.
- h) Comentarios Jurisprudenciales.

Todo lo anterior, enmarcado siempre dentro de las siguientes áreas de conocimiento: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Política Criminal, Investigación Criminal, Derecho Penal Económico, Historia de las Ciencias Criminales y Derecho Internacional Penal.

---

\* Las siguientes pautas se aplican desde el número 10; y, a partir de este número y en virtud del proceso de Indexación, se cambió del formato de citación Icontec a las normas APA en su 6ta. Edición, 2009.

## Recepción de artículos

La aceptación del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: [cuadernos.der.penal@usa.edu.co](mailto:cuadernos.der.penal@usa.edu.co).

Información del estado del artículo. Se informará al autor sobre el estado del trámite del trabajo en un plazo máximo de doce meses. Se podrá solicitar el retiro de un artículo mediante solicitud electrónica dirigida al Director o al Editor de la revista, el cual se hará efectivo luego de la respuesta escrita por el mismo medio.

Aspectos formales y estructura del artículo: Los trabajos deben presentarse en letra palatino 10 y ceñirse a las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.

El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Si fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras clave, que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex – Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.

## Referencias

- a) Al final del artículo se incluirá un acápite de referencias bibliográficas ordenado alfabéticamente, con base en las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.
- b) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- c) Una vez publicado el trabajo, los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

## Proceso de selección

Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *par ciegos*.

El proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados a pares ciegos se hará conforme a las siguientes indicaciones:

a) Todo original será sometido a dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.

b) Para la revisión de artículos se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.

c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos supone un examen preliminar por el los Comités Editorial y Científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación; posterior a esto, se envía el artículo a dos pares ciegos, y, una vez aprobado, se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso.

El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez éste conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del Comité Editorial y Científico propongan al autor y del concepto de cada par evaluador externo. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir las modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

d) Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

Agradecemos su atención,

**FERNANDO VELÁSQUEZ V.**  
Director.

**CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ**  
Coordinador.

**BIBIANA MUÑETONES ROZO**  
Gestora Técnica.

# Cuadernos de Derecho Penal

## DOCTRINA

- Aplicación del régimen de abuso de mercado (operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado): ¿hacia un modelo integrador de la aplicación de la ley penal y administrativa en la UE? *Michiel J. J. P. Luchtman y John A. E. Vervaele.*
- La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas. *Emiliano Borja Jiménez.*
- La securitización de la política criminal postmoderna y lineamientos para un proceso de resistencia. *Thereza Cristina Coitinho das Neves.*

## DOCUMENTOS

- El Papa Francisco y el Derecho penal.

## JURISPRUDENCIA

- La trata de personas y la explotación de menores de edad. *Fernando Velásquez Velásquez.*

## BIBLIOGRAFÍA

- Roxin, C. (2014). Derecho Penal, Parte General, tomo II. Especiales formas de aparición del delito. *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Orts Berenguer, E.; González Cussac, J. L. (2014) Compendio de Derecho Penal, Parte General (4 ed.). *Fernando Velásquez Velásquez.*
- Cano Jaramillo, C. A. (2014). Oralidad, Redacción, Argumentación y Texto jurídico. *Ingrid Bibiana Muñetones Roza.*

## ENTREVISTA

- Profesor Kai Ambos. *María Alejandra Troncoso Torres.*

