

Cuadernos de Derecho Penal

7



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

Nº7

Director:

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Sección de Doctrina

- Acerca del concepto jurídico penal de acción. *Urs Kindhäuser*.
- La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros. *Helmut Satzger*.
- El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. *Renato Vargas Lozano*.

Sección de Jurisprudencia

- La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. *Fernando Velásquez V.*

Bibliografía

- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. Curso de política Criminal, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. *Renato Vargas Lozano*.
- POSADA MAYA, RICARDO: *Delito continuado y concurso de delitos*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2012. *Juan Pablo Sierra Piñeros*.
- BOU FRANCH, VALENTÍN/JUSTE RUIZ, JOSÉ (DIRS.)/VIANA DE ARAUJO, BRUNO MANOEL/VARGAS LOZANO, RENATO (COORDS.): *El medio ambiente como objeto de tutela del derecho internacional*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011. *Jorge Abello Gual*.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 1ª edición para Colombia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez*.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N^o. 7

DIRECTOR

Fernando Velásquez V.

COORDINADORA

Lizbeth Barrera Rodríguez.

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Profesores

Emiliano Borja Jiménez.

Luis E. Chiesa Aponte.

Juan Luis Gómez Colomer.

José Hurtado Pozo.

Renzo Orlandi.

Walter Perron.

Guillermo Portilla Contreras.

Mario Trapani.

John D. Vervaele.

Lotario Vilaboy Lois.

CONSEJO CONSULTIVO NACIONAL

Profesores

Nódier Agudelo Betancur.

Alfonso Cadavid Quintero.

Oscar Julián Guerrero Peralta.

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero.

Hernando León Londoño Berrío.

Ricardo Molina López.

Ricardo Posada Maya.

Claudia Helena Serje Jiménez.

Carlos Roberto Solórzano Garavito.

Álvaro Vargas.

Renato Vargas Lozano.

Christian Wolffhügel Gutiérrez.

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez V.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

Primera edición: Julio de 2012.

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 Fax: 3 17 75 29.

ISSN: 2027-1743

Contenido

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. DOCTRINA	
- Acerca del concepto jurídico penal de acción. <i>Urs Kindhäuser</i>	11
- La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros. <i>Helmut Satzger</i>	43
- El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. <i>Renato Vargas Lozano</i>	59
III. JURISPRUDENCIA	
- La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravian a la humanidad. <i>Fernando Velásquez V.</i>	91
IV. BIBLIOGRAFÍA	
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. Curso de política Criminal, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. <i>Renato Vargas Lozano</i>	109
- POSADA MAYA, RICARDO: <i>Delito continuado y concurso de delitos</i> , Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2012. <i>Juan Pablo Sierra Piñeros</i>	112
- BOU FRANCH, VALENTÍN/JUSTE RUIZ, JOSÉ (Dirs.)/VIANA DE ARAUJO, BRUNO MANOEL/VARGAS LOZANO, RENATO (Coords.): <i>El medio ambiente como objeto de tutela del derecho internacional</i> , Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011. <i>Jorge Abello Gual</i>	116
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: <i>El error sobre elementos normativos del tipo penal</i> , 1ª edición para Colombia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012. <i>Carlos Augusto Gálvez Bermúdez</i>	121



Presentación

Hoy ve la luz este nuevo número de los “Cuadernos” que, lenta pero de forma segura, se consolidan como un medio de difusión y crítica de las ideas penales en el medio y, lo que es más importante, órgano de expresión del grupo de trabajo en materias penales gestado en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda hace cinco años.

En la *sección de doctrina* se insertan tres trabajos: el primero de ellos de autoría del Profesor de la Universidad de Bonn URS KINDHÄUSER, intitulado “Acerca del concepto Jurídico penal de acción”, quien aprovecha esta ocasión para mostrar como la noción de conducta humana se constituye en un verdadero supraconcepto que engloba todas las transformaciones corporales de un ser humano en el espacio y en el tiempo y comprende, al lado de los movimientos activos, también la pasividad (léase la omisión); esto le permite afirmar que dicho concepto es un “constructo interpretativo” que depende de una descripción con ocasión de lo cual propone un modelo de imputación en dos niveles. A su vez, el Profesor HELMUT SATZGER, catedrático de la Universidad de München, en segundo lugar, en un trabajo dedicado a la “La europeización del derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros”, afirma que ese asunto ya no es sólo nacional sino que ha sido influido por los convenios internacionales que ingieren tanto en el derecho penal material como en el procesal; para él, ese Derecho penal europeo engarza con el de la Unión Europea y tiene diversas manifestaciones. Para concluir, en tercer lugar, el Profesor de nuestra Casa de Estudios, RENATO VARGAS LOZANO, en su trabajo “El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional” hace una crítica demoledora de la reciente transformación constitucional contenida en el Acto Legislativo 06 de 2011 que, a no dudarlo, trastoca la estructura del hasta entonces vigente proceso penal para dar cabida a una en la cual los titulares de la acción penal, amén de la Fiscalía General de la Nación, son otros.

La *sección de jurisprudencia* se dedica, en esta oportunidad, a un auto expedido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que revoca una providencia expedida por un Magistrado con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, quien se negó –de manera correcta– a aplicar retroactivamente las normas contenidas en el Título II del Libro Segundo del Código Penal, destinado a los “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. La Sala de Casación Penal, sin que mediara ningún salvamento o aclaración de voto, considera de forma injurídica que ello es viable porque se deben tornar “flexibles” los alcances del principio de legalidad cuando se trate de crímenes como los indicados; esta y otras afirmaciones motivan el comentario que –con autoría del suscrito– aparece inserto después de la transcripción parcial del susodicho proveído.

La *sección de bibliografía* se destina en esta oportunidad al análisis de cuatro obras de reciente aparición: en primer lugar, la segunda edición del Curso de Política Criminal del catedrático valenciano Emiliano Borja Jiménez, reseñada por el Profesor RENATO VARGAS LOZANO; así mismo, en segundo lugar, el libro destinado a la problemática del delito continuado y el concurso de delitos del Profesor de la Universidad de los Andes Ricardo Posada Maya, que es comentado por el estudiante de pregrado y colaborador del Departamento de Derecho Penal JUAN PABLO SIERRA PIÑEROS. Además, en tercer lugar, el Profesor de la Escuela de Derecho JORGE ABELLO GUAL, examina el texto colectivo publicado por nuestro Fondo Editorial del cual son directores los Profesores Valentín Bou Franch y José Fuste Ruiz y coordinadores los académicos Bruno Manoel Viana de Araujo y Renato Vargas Lozano, destinado al estudio de la problemática del medio ambiente como objeto de tutela del derecho internacional. Para culminar, en cuarto lugar, CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ, estudiante de la Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, aborda la obra del Profesor Miguel Díaz Y García Conlledo, sobre la siempre apasionante temática del error sobre los elementos normativos del tipo penal.

Para poner punto final en esta presentación quiero, una vez más, invitar a todos nuestros colaboradores y lectores a que se sumen al debate y nos ayuden a fortalecer esta publicación con sus aportes y su difusión.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director.



Doctrina

ACERCA DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ACCIÓN*

URS KINDHÄUSER**

RESUMEN: Para el autor la noción de conducta humana puede verse como un supraconcepto que cobija todas las transformaciones corporales de un ser humano en el espacio y en el tiempo y comprende, al lado de los movimientos activos, también la pasividad; para él la acción es un constructo interpretativo dependiente de una descripción. A partir de ello, después de hacer una crítica de las tradicionales formulaciones en esta materia, ensaya su propia elaboración en el ámbito del Derecho Penal gracias a un modelo de imputación de dos niveles.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal, imputación, responsabilidad, hecho punible, tipo, conducta, acción, omisión e intencionalidad.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las reflexiones que siguen se investigará, en el contexto de la imputación de responsabilidad, qué presupuestos tiene la suposición según la cual a una persona le habría sido posible hacer u omitir algo específico. Al respecto el concepto causal de acción –concepto de pobre contenido– pretendió que bastaba con que el autor simplemente hubiera actuado como un mero portador de voluntad. Que una conducta debiera ser portadora de voluntad parecería ser la exigencia mínima para la dirigibilidad de un suceso. Dicha exigencia se fundamentaría en el supuesto según el cual una conducta o sería portadora de voluntad o no lo sería, y en que de allí se dejarían delimitar fácilmente movimientos jurídico penalmente relevantes de movimientos jurídico penalmente irrelevantes. La

* Traducción del alemán ORLANDO HUMBERTO DE LA VEGA MARTINIS.

** Director del Instituto de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn y Profesor de Derecho Penal de la misma.

naturalidad con que los causalistas partieron del supuesto según el cual una conducta sería portadora de voluntad o no lo sería puede relacionarse con la imagen de la voluntad humana que RYLE llama irónicamente el mito del fantasma en la máquina¹: la voluntad pone los músculos en movimiento y, en consecuencia, los movimientos son, o aquellos que han sido causados por la voluntad, o aquellos frente a los cuales ese no es el caso.

Sin embargo un sencillo ejemplo muestra que una misma conducta puede ser, bajo un aspecto específico, portadora de voluntad y, bajo otro aspecto, no portadora de voluntad. Pues movimientos idénticos pueden interpretarse diferente, dependiendo de a cuáles circunstancias acompañantes esté referido su significado: A recibe un golpe de B, pierde el equilibrio, cae y en su caída arrastra con el brazo un florero, el cual se rompe. Es seguro que la caída no es en este suceso una conducta portadora de voluntad, de forma tal que a A *ceteris paribus* no podría imputársele daño de cosas por falta de acción (en el sentido del concepto causal de acción). Por el contrario, resulta más acertado interpretar lo sucedido como una acción de B, quien mediante su conducta portadora de voluntad, el golpe a A, dañó el florero. Pues la caída de A es en este contexto solo un factor causal del curso dañino, el cual está condicionado mediante *vis absoluta*. Aun así, supóngase que A hubiera tenido la capacidad de mover su brazo durante la caída de forma tal que hubiera podido evitar el contacto con el florero. Mediante esta posibilidad no se cambia nada en el curso causal, dado que la caída, tal como ella ocurrió, fue causada por el golpe y no por un acto voluntario de A. Es decir, no fue A quien movió su brazo de forma tal que a raíz de ese movimiento se hubiera llegado al contacto con el florero². El hecho negativo de que A no modificó la posición de su brazo es, a lo sumo, de importancia para la explicación causal. Pero entonces la intencionalidad estará referida no a la causación de aquello que es, sino a aquello que habría podido ser.

¹ RYLE, *The Concept of Mind*, capítulo 1 y pássim.

² La responsabilidad de A *sub specie* daño de cosas debe, por esa razón, rechazarse: A no derribó activamente el florero, pues él no causó mediante un movimiento de su brazo el peligro de daño para el florero. En consonancia con ello, es decir por falta de creación del peligro, tampoco debe él en virtud de ingerencia mover su brazo en retirada para evitar el daño. A lo más puede pensarse *ceteris paribus* en una omisión de socorro.

El ejemplo aclara que en el contexto de imputación de responsabilidad lo relevante no puede ser que una conducta como tal sea portadora de voluntad o no, sino solo que la persona en cuestión hubiera podido, en un modo y manera determinado –esto es, relativo a circunstancias específicas del suceso– comportarse distinto, o más concretamente, que hubiera podido intencionalmente comportarse distinto. Por ello, la mera posibilidad de que A después de todo aún hubiera podido voluntariamente mover un poco su brazo sería, en el contexto dado, irrelevante en tanto que la percepción de esa posibilidad no habría llevado a evitar el contacto con el florero. El momento potencial de la intencionalidad no se refiere a la movilidad del brazo como tal, sino a la movilidad del brazo en relación con la evitación intencional del derribamiento del florero.

Por esta razón, también la pregunta de los causalistas sobre si alguien realmente se ha comportado como portador de voluntad, esto es, sobre si alguien quiso con su conducta realizar una intención cualquiera, carece por lo pronto de importancia como base de imputación jurídico penal. Pues un mismo acontecimiento corporal puede tener un significado distinto dependiendo de las circunstancias externas a las que esté referido en un contexto de imputación.

La poca solidez que comporta fundamentar la responsabilidad jurídico penal en una intencionalidad vaciada de contenido y en una causalidad desnuda fue ya demostrada por HONIG³; según él debía adaptarse una evitabilidad final del suceso típico.⁴ Sin embargo, dividió esa finalidad en tratándose de delitos de acción. Así, en los delitos de acción debía bastar para la imputación en el nivel de tipicidad un propósito objetivo, mientras que el autor concreto solo debía tenerse en cuenta en el marco del reproche de culpabilidad. En tratándose de delitos de omisión, por el contrario, era evidente lo incorrecto de esta división, pues en los delitos de omisión no puede ser de relevancia una observación generalizada, sino solo la capacidad del autor concreto de impedir la entrada del resultado. Por ello HONIG exigía en casos de delitos de omisión ya en el nivel de tipicidad una respuesta afirmativa a la pregunta acerca de si al autor le era posible “en lugar de permanecer inactivo, emprender una actividad contrarrestante de la entrada del resultado”⁵. Es decir,

³ Frank-FG, pág. 174 y ss.

⁴ Frank-FG, pág. 187 y ss.

⁵ Frank-FG, pág. 192.

si resultaba necesario que “el permanecer inactivo pueda pensarse, en relación con el resultado, como unido a un fin”⁶.

Las reflexiones de este expositor dan pie para determinar de otra forma la función del concepto jurídico penal de acción en la estructura de imputación y para referirlo a la evitabilidad de la realización típica (evitabilidad conforme a la norma). Objeto del reproche no es, entonces, haber realizado el tipo mediante un comportamiento con cualquier intención. Presupuesto de la responsabilidad es, por el contrario, que al autor pueda reprochársele el no haber evitado o impedido intencionalmente la entrada del resultado. En lo que sigue se abordará la pregunta relativa a la solidez de un planteamiento tal. No obstante, ello exige antes una breve mirada sobre los elementos constituyentes del concepto de acción.

II. LA ACCIÓN COMO UN CONSTRUCTO INTERPRETATIVO

A. Acción y conducta. El concepto de conducta (humana) puede verse como el supraconcepto para todas las transformaciones corporales de un ser humano en el espacio y el tiempo y comprende, al lado de los movimientos activos, también la pasividad. En este sentido siempre puede identificarse fácilmente una conducta: son los movimientos ejecutados (o no ejecutados) por un ser humano entre dos momentos. Aquí no juega ningún rol que el movimiento tuviera lugar conscientemente. También un movimiento durante el sueño, un movimiento reflejo o el llanto de un recién nacido puede designarse como conducta. Por esta razón no se diferencia la conducta humana, considerada en su pura dimensión espacio temporal, de la conducta vegetal o animal.

Una conducta determinada se deja describir de distintas formas. Así, las siguientes dos oraciones “A corre hacia la estación del tren” y “A huye de la policía” pueden referirse, respectivamente, a una conducta determinada de la persona A en un momento preciso. No obstante, las dos descripciones le dan a la conducta un sentido diferente. Esta diferencia no solo resulta de las circunstancias diferenciadoras bajo las cuales la conducta en cuestión es vista y expuesta. Por el contrario, con la presentación diferenciada del suceso también se interpreta la conducta de A en la forma específica correspondiente. Estas interpretaciones específicas de la conducta pueden, a su turno, designarse como acciones. En esta medida, en el

⁶ *Ibidem.*

ejemplo mencionado dos acciones tienen una misma conducta como objeto de referencia.

Hay verbos que pueden usarse tanto para la descripción de acciones como también para la mera descripción de conductas, y verbos que siempre interpretan una conducta como acción. Entre los últimos se cuentan principalmente verbos a cuyo sentido pertenecen actitudes mentales o voluntativas, o el seguimiento de reglas o destrezas especiales, como por ejemplo “mentir” o “tocar piano”. Adicionalmente, también verbos apropiados para una mera conducta pueden devenir, mediante complementos adverbiales, en descripciones de acción. Ello es así, principalmente, cuando el adverbio implica una manera de proceder corporal necesariamente consciente, deseada o especial, como por ejemplo “golpear intencionalmente” o “callar educadamente”. También caracterizaciones morales –como “correcto” y “malo”– conducen necesariamente a descripciones de acciones.

El elemento esencial que debe contener la descripción de una acción es la intencionalidad⁷. Un movimiento “indeseado” no es una acción. La intencionalidad debe estar contenida de manera expresa o tácita en la descripción de la acción. En este contexto la intencionalidad siempre está dirigida a un objetivo que sobrepasa el mero movimiento: la descripción de una acción interpreta una conducta en la medida en que la une con un objeto que la sobrepasa y que funge como objetivo o finalidad. O, formulado de otro modo: la conducta obtiene su sentido como acción mediante la unión con un objetivo que es perseguido por el actor.

Si la intencionalidad es un elemento esencial de las acciones, entonces pertenece a las condiciones de verdad de la descripción de una acción que el actor mismo interprete su conducta de forma intencional, o que por lo menos pueda hacer suya la interpretación intencional de su conducta mediante un tercero. Así, a título de ejemplo, la descripción de una acción como “A huye de la policía” sería incorrecta si A no sabe que es perseguido por un policía y, en consecuencia, no entiende su conducta como huir de la policía. Interpretaciones de acciones por un tercero son, por esta razón, necesariamente hipotéticas pues el actor puede, en principio, debilitar la imputación. Por el contrario, la posibilidad de interpretar conceptualmente su propia conducta en una forma determinada es para el actor constitutivo de su propia intencionalidad y consciencia.

⁷ Al respecto también ARISTÓTELES, *Ethica Nicomachea*, VI 2, 1139a, págs. 31-33.

Las acciones, como interpretaciones de conductas dependientes del lenguaje, son de cuño objetivo en la medida en que el sentido de las expresiones usadas en una descripción se fundamenta en las reglas generales de su uso. Esto es, así como no se puede decir “a b c d e” y opinar con ello “la calefacción está muy caliente”, de la misma manera no puede tampoco decirse “yo toco trompeta” y opinar con ello “yo tomo vino”. Las acciones están constituidas idiomáticamente de forma irreducible. Ellas son constructos interpretativos.

B. Tipos de acción. La interpretación de una conducta como acción se refiere a una situación que está caracterizada por una relación entre dos estados (o procesos): la oportunidad de acción. Un ejemplo típico es el siguiente. Bajo la condición de que la luz de un cuarto esté apagada, la persona A tiene la oportunidad de ejecutar dos acciones. Ella puede con un movimiento (oprimiendo el interruptor) causar la transformación del estado “la luz está apagada” en el estado “la luz está prendida”, y ella puede omitir causar esa transformación. Aquella transformación que no habría tenido lugar si A hubiera echado mano de la alternativa contrafáctica correspondiente puede designarse como el resultado (éxito) de la acción. Este resultado es, al mismo tiempo, el evento mediante el cual la acción en cuestión es definida en caso de su suceso⁸. Entonces, A solo ha prendido la luz en el cuarto cuando la lámpara ilumina.

La descripción de una acción implica la hipótesis según la cual la transformación de estados –denominada como resultado– no habría entrado si lo hecho hubiera sido omitido o, respectivamente, si lo omitido hubiera sido ejecutado, y de allí que presuponga la posibilidad de una alternativa⁹. Solo puede hacerse aquello que también puede omitirse y viceversa. En este punto se diferencia sustancialmente la interpretación de una conducta como acción de la mera descripción de esa conducta.

Sistemáticamente se pueden distinguir cuatro constelaciones que, respectivamente, ofrecen una oportunidad para actuar u omitir: (1) Un estado *e* no existe y no existirá, salvo que sea creado; (2) Un estado *e* no existe pero entrará, salvo que se contenido; (3) Un estado *e* existe pero desaparecerá, salvo que sea conservado; y, (4) Un estado *e* existe y continuará existiendo, salvo que sea destruido.

⁸ ANSCOMBE, *Intention*, pág. 37 y ss.; v. WRIGHT, *The Varieties of Goodness*, pág. 123 y ss.

⁹ v. WRIGHT, *Norm and Action*, pág. 45 y ss.

A estas constelaciones les corresponden los cuatro tipos siguientes de acción: creación, contención, conservación y destrucción. De esta forma una acción y su correspondiente omisión se refieren, respectivamente, solo a un tipo concreto de acción. Así, por ejemplo, la omisión de matar a un ser humano implica como su contraste sistemático solo la posibilidad de causar la muerte de ese ser humano, pero no la posibilidad de contener la muerte del mismo¹⁰.

C. *Acciones básicas y efecto acordeón*. Las transformaciones de estados que, como resultados, encuentran lugar en las descripciones de acción están, como eventos en el mundo, unidas causalmente con otras transformaciones de estados. Estas transformaciones son asimismo tenidas en cuenta como resultados de otras descripciones de acción. Si un actor hace *x*, a raíz de lo cual causa *y*, con lo cual, por su parte, se causa *z*, entonces se le puede adscribir la causación de *x*, *y* o *z* como consecuencias de su acción. Conforme a ello, las oraciones “A oprime el interruptor de la luz”, “A prende la luz” y “A despierta al durmiente D” pueden referirse al mismo curso causal del suceso. Sin embargo, no solo eventos situados en líneas causales rectas entran en consideración como resultados de una acción, sino también ramificaciones. Así, mediante su encendida de la luz, A puede poner en movimiento el contador de corriente, espantar al ladrón L que justo en ese momento irrumpía por la ventana, etc. Esta posibilidad de expandir y contraer secuencias causales bajo la descripción de una acción puede designarse como el efecto acordeón de las descripciones de acción¹¹. El efecto acordeón puede extenderse a segmentos cortos de un suceso, pero también a períodos completos de una vida (como por ejemplo: “O estudió derecho”).

Las consecuencias causales de una conducta comprendidas por el efecto acordeón como resultados potenciales de una acción se dejan presentar con ayuda de núcleos topológicos de acción. Un núcleo de acción tal siempre tiene como raíz una transformación, la cual es simplemente causada por el actor en la medida en que intervenga (o no intervenga) en el curso del suceso de una manera determinada. En el ejemplo A despierta a D en la medida en que prende la luz, y prende la luz en la medida en que cambia la posición del interruptor. Con respecto al cambio de posición del interruptor, sin embargo, A no puede hacer nada distinto a oprimir con un dedo el interruptor de

¹⁰ v. WRIGHT, *Norm and Action*, pág. 48 y ss.

¹¹ DAVIDSON, *Agency*, pág. 16 y ss.; FEINBERG, *Action and Responsibility*, pág. 134 y ss. y 146.

forma tal que su posición se modifique. Es cierto que el movimiento que tiene como resultado el oprimir el interruptor también puede descomponerse en estadios sucesivos, pero un análisis tal carecería de significado si el movimiento total ha de ser entendido como una condición de la modificación posterior de la posición del interruptor. Este, relativamente fácil, hacer u omitir como condición de un posible resultado puede denominarse acción básica¹².

Las acciones básicas son relativamente sencillas en tanto que su forma resulta solo de su relación con el correspondiente resultado de la acción. Entre tanto, la ejecución de acciones básicas puede acusar un cierto grado de complejidad, así como también la ejecución de una acción puede exigir una pluralidad de acciones básicas, lo que ocurre, por ejemplo, al tocar una sonata para piano o al escribir un libro.

Al efecto acordeón de resultados potenciales de acción le corresponde la relatividad de la interpretación intencional del curso del suceso¹³. Dado que cada transformación en el núcleo de acción puede presentarse como causada por una modificación anterior, entonces la determinación del objeto intencional de la acción depende de la elección del resultado que ha de ser imputado. Ello se puede expresar lingüísticamente mediante el cambio de la conjunción causal “dado-que” por la conjunción intencional “para”. De esta forma, la descripción causal de una conducta como “A despertó a D dado que prendió la luz” puede reformularse como la acción “A prendió la luz para despertar a D”. Con esta interpretación intencional del suceso se nombra, al mismo tiempo, una razón de por qué A se ha comportado de una manera determinada –prendiendo la luz–. Si, por el contrario, se elige una transformación diferente como objeto intencional, entonces se obtiene una acción también diferente, por ejemplo: “A prendió la luz para espantar al ladrón L”.

Para que un evento pueda designarse como objeto intencional dicho evento debe ser también, en todo caso, la razón de la conducta del autor. No solo sería lingüísticamente impreciso, sino también falso, adscribirle a A la intención de espantar al ladrón L si ese evento no fue la razón de que prendiera la luz. Incluso si espantar a L fue para A un efecto colateral de su conducta altamente bienvenido, aún así la actitud positiva hacia ese resultado no explica en ningún modo la

¹² Detallado KINDHÄUSER, *Rechtstheorie* 11 (1980), pág. 479 y ss., con ulteriores referencias.

¹³ ANSCOMBE, *Intention*, pág. 37 y ss.

conducta concreta. Puede ocurrir, no obstante, que un actor tenga muchas razones para una conducta concreta.

D. Acción y responsabilidad. En el uso cotidiano del lenguaje la función principal de las oraciones que tienen acciones como objeto no es una función descriptiva sino una adscriptiva¹⁴. En la descripción de una acción siempre tienen lugar elementos descriptivos, en la medida en que, de una parte, se refieren a formas de conducta y, de otra, pueden designar transformaciones concretas como objeto intencional. Sin embargo, la descripción de una acción implica, dependiendo del tipo de acción, que el actor tuviera la posibilidad de permitir la entrada, como objeto intencional, de la alternativa contrafáctica del estado realizado, en lugar de este último. De esta forma, la entrada de un evento unido causalmente con una conducta se identifica como dependiente de la voluntad del actor. En este contexto, la interpretación de una conducta como acción es el camino adecuado *per se* para adscribir responsabilidad por la entrada de una transformación. No obstante, la adscripción de responsabilidad solo tiene sentido en un contexto normativo en el que se trate de alabanza o reproche.

E. Identidad de acciones. Es dudoso si la identidad de acciones se ajusta a la conducta correspondiente o a su interpretación como acción, es decir, si en caso de múltiples descripciones (correctas) de acción que se refieren a una misma conducta solo está dada una acción o están dadas múltiples acciones no idénticas. Según DAVIDSON todas las transformaciones que de conformidad con el criterio del efecto acordeón se pueden ubicar en un núcleo de acción tienen como objeto una acción idéntica, siempre que con respecto a por lo menos una transformación haya una descripción intencional de la conducta en cuestión¹⁵. Así, las siguientes dos frases: “Edipo mata a un viajero ‘obstinado’ en la encrucijada” y “Edipo mata a su padre Layo en la encrucijada” tienen ambas una acción idéntica como objeto, pues ellas se refieren a una misma conducta de Edipo como objeto de referencia y porque dicha conducta puede interpretarse intencionalmente bajo su descripción de muerte del viajero.

Por el contrario, si las acciones se definen como constructos interpretativos, entonces para su identidad solo puede ser decisivo

¹⁴ HART, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949), pág. 171 y ss.

¹⁵ *The Journal of Philosophy* 60 (1963), pág. 685 (686); el mismo, *Agency*, pág. 7 y ss. y 16.

el sentido semánticamente irreducible de la descripción, es decir, su contenido *intensional*. Debido a la dependencia entre la intención y su descripción es que solo bajo el aspecto *intensional* puede mostrarse el contexto de sentido que una conducta tiene para una persona en relación con una transformación concreta del mundo. La elección de una descripción puede tener, además, repercusiones esenciales en las consecuencias (personales o sociales) que están unidas a la acción. Así, descripciones de acciones que no coinciden en su sentido conceptual, es decir, en sus *intensiones*, no pueden entenderse tampoco como descripciones diferentes de un evento idéntico. La muerte de un viajero es una acción diferente de la muerte de Layo, y de allí que Edipo haya caído en desgracia con los dioses solo por esta última. Por consiguiente, las acciones no pueden identificarse con transformaciones de estados específicos, sino que su construcción lingüística reproduce la actitud que una persona tiene, en virtud de su conducta, frente al significado de transformaciones específicas y sus supuestos de hecho contrafácticos¹⁶.

III. EXPLICACIONES DE ACCIÓN

A. Silogismo práctico. Dependiendo de si, en el contexto de un núcleo de acción, las relaciones entre las transformaciones se presentan con ayuda de la conjunción “dado-que” o con ayuda de la conjunción “para”, se obtendrán dos posibilidades diferentes de explicación de esas transformaciones. En tratándose de la conjunción “dado-que” se explica causalmente el evento posterior mediante uno antecedente. Así, en el ejemplo antes mencionado¹⁷, del conjunto de hechos dados y de las leyes naturales pertinentes puede deducirse lógicamente, según los parámetros del modelo de explicación nomológico deductivo¹⁸, por qué D se despierta con la prendida de la luz. El interés epistemológico está entonces referido aquí a responder la pregunta de por qué entró la transformación consistente en que D se despertó en el momento t. Por el contrario, mediante la información propia de una conjunción “para” se nombra una razón de por qué A se comportó en la forma en que lo hizo: su conducta sirvió como medio para la realización del respectivo objeto intencional dado.

¹⁶ KENNY, *Action, Emotion and Will*, capítulo 8; TAYLOR, *The Explanation of Behaviour*, pág. 27 y ss.; WARNOCK, *Actions and Events*, pág. 69 y ss.; v. WRIGHT, *The Logic of Action*, pág. 121.

¹⁷ Arriba II. C.

¹⁸ HEMPEL y OPPENHEIM, *Studies in the Logic of Explanation*, pág. 245 y ss.

Por esta razón, la interpretación intencional de una conducta como acción puede ser entendida como el resultado de una deliberación, para cuya exposición formal puede recurrirse al esquema del silogismo práctico¹⁹, el cual se remonta a ARISTÓTELES²⁰. En este modelo una conducta concreta interpretada como acción básica es el medio para un fin y, con ello, el punto final de una deducción (conclusión), cuya premisa mayor nombra el suceso intencional. La premisa mayor y la conclusión están unidas por la información acerca de la actitud epistémica y cognitiva del actor, particularmente por su apreciación de las condiciones (causales) con las que la intención puede realizarse²¹. Un ejemplo típico es el siguiente: premisa mayor: una persona P quiere causar e (en el momento t_y); premisa menor: P supone que puede causar e si hace h (antes del momento t_x); y, conclusión: en consecuencia, P hace h (antes del momento t_x).

La deducción de la conclusión a partir de las premisas (previas a la ejecución de la acción allí mencionada) en el caso de un silogismo práctico no es lógicamente necesaria, al contrario de lo que ocurre en una deducción lógica. Así, puede ser que la persona P tenga una intención y sepa que su realización depende de la ejecución de h y, sin embargo, no haga h. En esta medida la conclusión solo proporciona una necesidad práctica en el sentido en que P debería hacer h si él quiere causar e. Por el contrario, si P ejecutó h, entonces la conclusión se sigue conceptualmente de las premisas.

B. Explicaciones causales. Una conducta (externa) que sea objeto de la descripción de una acción puede, como evento, ser usada, sin más, para explicaciones causales de otros eventos (posteriores). Así, por ejemplo, la pregunta de por qué en un cuarto determinado la luz ilumina en el momento t_y puede contestarse mediante la indicación de que A *ceteris paribus* oprimió el interruptor de la luz en el momento t_x . Aquí la conducta de A (oprimir el interruptor de la luz) y el evento consistente en que la luz se enciende e ilumina, son dos hechos contingentes que pueden estar en la relación recíproca de causa y efecto.

¹⁹ BROADIE, *Analysis* 29 (1968-1969), pág. 26; KENNY, *Analysis* 26 (1966), pág. 65 y ss.

²⁰ *Ethica Nicomachea*, VII 5, 1147a, con el siguiente ejemplo: se debe probar lo dulce.

²¹ BRENNENSTUHL, *Ziele der Handlungslogik*, pág. 35 ss.; BUBNER, *Handlung, Sprache und Vernunft*, pág. 238 y ss.; MÜLLER, *Praktisches Folgern und Selbstgestaltung nach Aristoteles*, pássim; v. WRIGHT, *Acta Sociologica* 15 (1972), pág. 39 y ss.

Si, por el contrario, se desea explicar la conducta misma, entonces entran en consideración principalmente dos tipos de explicación. En primer lugar, los eventos empíricamente perceptibles que preceden al movimiento del brazo (procesos en el cerebro, impulsos nerviosos, movimientos musculares, etc.) se pueden comprender como condiciones antecedentes que de conformidad con leyes generales explican causalmente la conducta de A en el sentido del modelo nomológico deductivo. La factibilidad práctica de una explicación tal depende, así, de conocimientos empíricos suficientes y de presupuestos técnicos, los cuales no afectan la posibilidad de principio de dicha explicación. Por esta razón puede recurrirse a la distinción usual entre explicación y comprensión para esclarecer terminológicamente las distintas formas en que se explicita una conducta humana. Una conducta puede usarse para la explicación causal de un evento (que aquí es contingente), mientras que la descripción de una acción sirve a la comprensión de una conducta mediante su interpretación intencional.

Como forma distinta de explicación, el silogismo práctico entra en consideración mediante la intención y el estado de conocimiento de A. Esta explicación también ofrece una respuesta a la pregunta del porqué de la conducta, pero no remite a las condiciones antecedentes causales sino a la finalidad que A le da a su propia conducta. Por ejemplo: despertar al durmiente D mediante esa conducta. De esta forma, la intención que hace comprensible la conducta en su orientación final no es un evento contingente causal, sino que une conceptualmente la conducta con el resultado perseguido de la acción²².

Lo anterior también significa que las descripciones de acción no son adecuadas para la explicación causal de los eventos a los que están dirigidas conceptualmente como objeto intencional, pues dichas descripciones de acción no suministran información adicional para la explicación del evento. Si se dijera, a título de ejemplo, que D fue despertado porque A quiso despertarlo, entonces no se estaría ofreciendo ninguna explicación sobre cómo se despertó D, pero sí se aclararía, por ejemplo, que A no oprimió el interruptor de la luz por equivocación. Que oprimir el interruptor de la luz fue querido para despertar a D no aporta nada para explicar causalmente que D se

²² ANSCOMBE, *Intention*, pág. 19; DAVENEY, *Analysis* 27 (1966), 23 y ss.; MELDEN, *Free Action*, pág. 53; TAYLOR, *Inquiry* 13 (1970), pág. 54 y ss.; WHITE, *The Philosophy of Mind*, pág. 147; WITTGENSTEIN, *Zettel*, §§ 53 - 60; v. WRIGHT, *Explanation and Understanding*, pág. 94.

despertó. D se despertará con la prendida de la luz independientemente de si oprimir el interruptor fue querido para despertarlo o de si ocurrió por equivocación. Mediante la intencionalidad atribuida a A se explica su conducta finalmente interpretada, pero el despertar de D no se explica causalmente sabiendo la intención de A.

C. *El nuevo dualismo*. Sin embargo, a favor de la posibilidad de retrotraer (en líneas básicas) interpretaciones intencionales de acción a modelos causales de explicación podría hablar el que la conexión entre una transformación en un núcleo de acción y la intención con la que se interpreta una conducta como una correspondiente acción básica puede exponerse con ayuda de la conjunción causal “porque”. Por ejemplo: “D está despierto porque A quiso despertarlo oprimiendo el interruptor de la luz”. Aquí se tiene la impresión de que el querer sería un evento independiente del accionar el interruptor de la luz, esto es, un acto de voluntad que en cierto modo precede a la conducta corporal y que además causa el movimiento. Ahora, es cierto que a una conducta le pueden preceder reflexiones que conducen a una decisión, la cual A convierte en realidad con su conducta. Pero ni las reflexiones ni la decisión como tal causan por sí mismas el movimiento del brazo. Más bien, A solo puede realizar su decisión en la medida en que ejecute el movimiento consistente en oprimir el interruptor de la luz. El acto de voluntad –si se quiere conservar esta denominación, la cual sugiere una mecánica sicologicista– es entonces idéntico con la conducta interpretada intencionalmente como acción (básica). Y esta caracterización intencional de la conducta es en términos semánticos irreduciblemente *intensional*. Su significado se determina con independencia de si al movimiento le precede o acompaña una excitación neuronal concreta. En todo caso, dicha excitación neuronal no pertenece a los presupuestos de la adscripción lingüísticamente correcta de una intención que se exprese con ayuda de la conjunción “para”²³.

Que formas de conducta idénticas puedan interpretarse tanto causal como también intencionalmente, sin que por ello un uso del lenguaje pueda reducirse al otro, como si uno de los dos fuera fundamental, es algo que ya WITTGENSTEIN ilustró con la siguiente reflexión: “Pero no olvidemos una cosa: cuando ‘yo levanto mi brazo’ se levanta mi brazo. Y surge el problema: ¿qué es aquello que subsiste cuando al

²³ SEHON, *Pacific Philosophical Quarterly* 78 (1997), pág. 195 (195 y 225 y ss.).

hecho de que yo levante mi brazo le sustraigo el que mi brazo se levanta? (¿Son solo las percepciones cinestéticas mi querer?)²⁴.

Es posible realizar un experimento encaminado a que yo pueda observar cómo se mueve de abajo a arriba mi brazo a consecuencia del estímulo, mediante un aparato, de una de las regiones de mi cerebro. Quizá es incluso posible seguir de cerca en un monitor la conexión causal entre excitación neuronal y movimiento. La descripción de ese acontecimiento rezaría entonces: “mi brazo se mueve”. Por el contrario, sería opuesto al lenguaje decir en ese caso: “yo muevo mi brazo”. Y ello sería opuesto al lenguaje también si yo pudiera establecer en el monitor que al momento de mi movimiento mi cerebro estuvo activo de la misma forma en que lo estuvo al momento del estímulo mecánico. Las dos oraciones “yo levanto mi brazo” y “mi brazo se levanta” se excluyen recíprocamente –referidas a un mismo hablante–, pues ellas tienen sentidos incompatibles entre sí. Es evidente que esta diferencia en el significado de ambas oraciones no tiene nada que ver con la pregunta sobre qué ocurre de hecho en mi cuerpo. Pues es sencillamente posible que mi actividad cerebral sea observada en un monitor por un tercero, con la consecuencia de que mi oración “yo levanto mi brazo” sea igual de correcta a la suposición del tercero según la cual mi brazo se levanta. Así como un mismo planeta puede designar en un caso al lucero matutino y en otro caso al lucero vespertino, de la misma forma tampoco está lógicamente excluido que un mismo acontecimiento corporal pueda ser descrito mediante expresiones con distinta *intensión*. Ahora, circunscritos al significado (extensional), que exista una identidad fáctica en el objeto de referencia es algo que puede quedar abierto en este contexto ya que esa pregunta no roza el sentido de la interpretación (*intensional*).

Si ahora, con la mirada puesta en el experimento, se comparan las dos oraciones “yo levanto mi brazo” y “mi brazo se levanta”, entonces es posible que en ambos casos pueda reformularse el suceso también con el verbo “comportarse”, por ejemplo “yo me comporté en una forma determinada” y “mi cuerpo se comportó en una forma determinada”. Es decir, una conducta corporal puede por igual describirse correctamente desde la perspectiva del yo y desde la perspectiva del observador. Esto no ocurre, por su parte, con el verbo “actuar”. Pues solo puede decirse “yo actué en la medida en que levanté mi brazo”, pero no “mi cuerpo actuó en la medida en

²⁴ *Philosophische Untersuchungen*, § 621.

que mi brazo se levantó”. Esto justifica la diferenciación conceptual, ya tomada desde el inicio, entre el concepto de conducta, el cual puede ser usado por igual en contextos causales e intencionales, y el concepto más limitado de acción, el cual tiene por objeto una conducta según el criterio de una interpretación definida (II.A.).

Bajo la hipótesis de que los usos causal e intencional de una conducta son compatibles el uno con el otro pero no reducibles uno sobre otro, no se pueden considerar mente y cuerpo como dos entidades distintas. Antes bien, el ser humano ha de ser comprendido como una unidad. Ahora, su experiencia de sí mismo como un ser dotado mentalmente, capaz de reflexión, se refleja, de una parte, en el lenguaje con que él interpreta su acción y sus estados mentales mientras que, de otra parte, un lenguaje lógicamente distinto de aquel ofrece el marco con el cual los procesos neurofisiológicos de la conducta humana pueden ser causalmente explicados. En esta medida, siguiendo a LANDESMAN, se podría hablar –en una continuación de la distinción kantiana entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*, a la que habría que volver lingüísticamente– de un “nuevo dualismo” en la comprensión del ser humano²⁵.

La suposición según la cual la comprensión de una acción sería teleológicamente irreducible encuentra oposición, sin embargo, en la teoría de la acción. Particularmente DAVIDSON insiste en la prioridad de las explicaciones nomológicas y defiende la posibilidad de un retroceso de las interpretaciones teleológicas frente a las explicaciones causales (*Davidson’s challenge*)²⁶. DAVIDSON solo considera una razón como explicación de la acción si esa razón también puede verse como la causa de la acción. Otras razones se dejan usar como justificaciones de una acción, pero en realidad no la explican. Una razón que explique una acción –DAVIDSON habla también de una razón primaria de acción– se compone de dos elementos: un deseo (el cual da forma al motivo) y la convicción de que una acción determinada es adecuada para la realización del objetivo. Por ejemplo: A se sirve en un vaso un líquido cualquiera y se lo toma. Para esta conducta puede haber distintas razones. Por ejemplo, A quiere calmar su sed, él quiere conocer el sabor del líquido hasta ahora desconocido para él, él quiere prevenir un ataque de tos que lo amenaza, él quiere impedir que B se tome el líquido. Entre estos deseos, que pueden todos ser más o menos

²⁵ *Review of Metaphysics* 19 (1965), pág. 329 y ss.

²⁶ *The Journal of Philosophy* 60 (1963), pág. 685 y ss.

correctos, solo aquel que explique causalmente la conducta de beber será parte decisiva de la razón primaria. Y esto significa, una vez más, que la razón ha de identificarse mediante su función causal. Sin embargo, para ello deba quizá tenerse en cuenta la aseveración de A de que uno de esos deseos fue en su caso realmente eficaz para la acción, de forma tal que aún no se ha encontrado ningún criterio substancial de identificación que rebase la plausibilidad de la psicología cotidiana.

Además, las intenciones se refieren precisamente al futuro y no a la historia previa de una conducta. Con el conocimiento de una intención se interpreta la conducta como medio para alcanzar un objetivo. De allí que una explicación causal presuponga necesariamente que el vocabulario teleológico pueda ser transformado, con ayuda de leyes-puente adecuadas, en uno no intencional (retrospectivo). Una de las dificultades que se presenta (y que difícilmente puede superarse) en la búsqueda de tales leyes-puente consiste en que las leyes causales tienen como objeto regularidades generales, mientras que en tratándose de razones que orientan acciones no pueden encontrarse hipótesis legaliformes de validez general. Con ello está estrechamente relacionado el problema semántico planteado por el punto de partida causal: si, de la mano de DAVIDSON, se determina extensionalmente la identidad de las acciones, entonces es indiferente si se describe una misma conducta de Edipo como muerte del viajero o como muerte de su propio padre. Pues las leyes empleadas se refieren, con independencia de ello, también a acontecimientos neuronales concretos y a la forma en que son descritos. Pero entonces el mero suceso causal tampoco puede contribuir al esclarecimiento de cuál muerte, la del viajero o la de su propio padre, fue la intención determinante.

Un argumento adicional en contra del punto de partida causal se deja formular en relación con los así denominados cursos causales irregulares, en los cuales la intención del actor se ve realizada en condiciones bajo las cuales el suceso no puede de ningún modo interpretarse como acción intencional. Un ejemplo típico es el siguiente: A quiere derribar con su brazo el valioso florero de B para hacerle daño a este, pero se pone tan nervioso a raíz de su proyecto que derriba el florero mediante un movimiento involuntario de su brazo. En este caso se ha iniciado –si se acepta la premisa causalista– mediante la intención una cadena causal que conduce al daño deseado, aunque la conducta no llena los demás

presupuestos de una acción debido a la falta de control²⁷. DAVIDSON le hace frente a esta objeción reivindicando que la cadena causal debería desarrollarse en la forma correcta²⁸. Con ello, sin embargo, se introduce una observación normativa, la cual es incompatible con un punto de partida completamente empírico.

La dificultad de los causalistas para explicar adecuadamente cursos causales irregulares radica también en un problema profundo, del cual ya se habló en el contexto de las acciones básicas (II. C.). Mientras que una causa provoca *ceteris paribus* una consecuencia, una intención no es un evento que, a raíz de un marco de condiciones dado, conduzca necesariamente a una conducta concreta. Si A desea calmar su sed con un vaso de agua y, además, está convencido de que en la cocina hay una botella de agua mineral y un vaso, de ninguna manera significa ello entonces que A “automáticamente” se pondrá en movimiento, se servirá un vaso de agua y se lo tomará. Por el contrario, A debe ejecutar cada paso adicional direccionándolo intencionalmente para que de esa forma se llegue al resultado anhelado²⁹. La realización de la intención mediante una conducta no es en ningún momento algo que se desarrolle por sí mismo sino que, al contrario, la acción es una conducta controlada bajo una descripción intencional. Las razones no causan, como tal, absolutamente nada, sino que son simplemente interpretaciones de una conducta que una persona ejecuta bajo una descripción. En este sentido puede pensarse, también, en la posibilidad de que una persona inicie la ejecución de una acción por una razón determinada, pero que después cambie de opinión y entonces se comporte distinto de como deseaba originalmente³⁰. Por ejemplo, A quiere telefonear a B, pero mientras marca cambia de opinión y llama a C.

Finalmente, un punto de partida causal se ve confrontado con el siguiente problema: las valoraciones normativas con las que se sopesan razones contrapuestas y se ponen en relación unas con otras no pueden ser tenidas en cuenta en un idioma absolutamente empírico. Las razones devienen en directivas de acción cuando son vistas por el actor como sensatas, ventajosas, obligatorias, etc., y

²⁷ FRANKFURT, *American Philosophical Quarterly* 15 (1978), pág. 157 y ss.

²⁸ *Essays on Actions and Events*, pág. 78 y ss.; véase también MELE, *Nous* 34 (2000), pág. 279 y ss.

²⁹ FRANKFURT, *American Philosophical Quarterly* 15 (1978), pág. 157 y ss.

³⁰ WILSON, *Reasons as Causes for Action*, pág. 65 y ss.

cuando, dado el caso, están ubicadas en una dirección axiológica determinante para la vida³¹.

D. *Intenciones de nivel superior.* En contextos en los que una persona es hecha responsable a título de mérito o de reproche por la entrada de un evento, la imputación de la acción correspondiente implica dos hipótesis contrafácticas. De una parte, que el evento en cuestión no habría entrado si la persona de que se trata se hubiera comportado en una forma que pudiera ser vista como la omisión del tipo de acción correspondiente. Y, de otra parte, que la persona de que se trata, por el deseo de evitar el evento respectivo, hubiera podido echar mano de esa alternativa de conducta. En caso de que una persona sea hecha responsable por una omisión, ambas hipótesis valen con su correspondiente inversión de contenido. Con estos supuestos contrafácticos se pone de manifiesto el criterio decisivo para la imputación de acciones y omisiones: el control del suceso de conformidad con preferencias normativas. Este control, una vez más, depende de la capacidad de la persona de organizar la realidad orientándola al deber, especialmente actuando de conformidad a exigencias normativas de acción.

Un modelo analítico que quiera abarcar adecuadamente las estructuras de imputación de responsabilidad debe exponer los dos supuestos contrafácticos y los criterios relevantes para su verificación en dos niveles³². Esto puede aclararse con facilidad atendiendo al seguimiento de una norma de conducta. En un primer nivel del modelo entra en juego la capacidad de llevar a cabo la intención –intención que está sujeta a su propia dirección– de comportarse de conformidad con la norma. En esta medida se puede hablar de una capacidad de acción. En un segundo nivel, el cual se refiere al primero desde un plano superior, se localizan los criterios que tienen por objeto la capacidad de llevar a cabo esa intención –mediante su materialización efectiva en una acción– por el deseo de seguir la norma. Esta capacidad puede designarse como capacidad de motivación.

Un ejemplo típico es el siguiente: A le promete a su novia N recogerla en la estación del tren en un momento preciso y llevarla a casa³³. Aquí

³¹ SCHUELER, *Action Explanations: Causes and Purposes*, pág. 251 ss.; SEHON, *Pacific Philosophical Quarterly* 78 (1997), pág. 195 y ss.

³² Básico al respecto FRANKFURT, *The Journal of Philosophy* 68 (1971), pág. 5 y ss.

³³ Sobre el acto de habla-promesa, véase SEARLE, *Speech Acts*, pág. 57 y ss.

la norma relevante es el mandato moral de honrar las promesas o, respectivamente, la prohibición de quebrantarlas. La acción ofrecida por A es realizar la intención consistente en dirigirse a la estación del tren en un momento preciso, esperar allí a N y después acompañarla a casa. Para poder llevar a cabo esa intención A debe llenar por lo menos dos presupuestos: él debe poseer los conocimientos necesarios (ubicación de la estación del tren, hora de arribo, etc.) y debe ser físicamente capaz de ejecutar los movimientos corporales necesarios. Si al momento de la promesa le faltan a A los conocimientos necesarios, entonces surge de su promesa la exigencia adicional de procurarse a tiempo esos conocimientos. En caso de que no se aparezca, A no podrá exonerarse con el argumento de que le era desconocido el camino a la estación del tren. La promesa presupone, en consecuencia, que A es al momento de la promesa capaz de acción, es decir, que de hecho posee el conocimiento necesario y la capacidad física para la realización de la acción prometida en una situación concreta, o que se ocupará de conseguir a tiempo dicho conocimiento necesario y dicha capacidad física.

Sin embargo, la capacidad de acción no basta por sí misma para el cumplimiento de la promesa. Para que A pueda realizar la intención de ir a la estación del tren debe, además, formar esa intención en un momento determinado y preferirla como razón para su acción frente a otras posibles intenciones rivales³⁴. En todo caso A, en el momento en que debería iniciar su marcha hacia la estación del tren, no tiene derecho a querer realizar compras, visitar un amigo o simplemente quedarse durmiendo en casa. Es así como la promesa de llevar a cabo una acción intencional concreta implica, al mismo tiempo, la capacidad de formar la intención correspondiente a la acción prometida y de realizarla por encima de otras posibles intenciones rivales. Sería auto contradictorio prometer la realización de una intención concreta y, no obstante, dejar abierto si realmente se tiene el deseo o si se está en la capacidad de realizar esa intención. La intención que selecciona, dentro de un círculo más o menos amplio de posibles acciones intencionales, una acción concreta según el punto de vista de las preferencias, de una parte, y, de otra, que la prefiere como razón para la acción frente a intenciones rivales, puede denominarse intención de nivel superior. Y la capacidad de formar

³⁴ Acerca del compromiso consigo mismo, véase GUTMANN, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, pág. 23 y ss.

intenciones de nivel superior y de realizarlas se denomina, por contraposición a la capacidad de acción, capacidad de motivación.

En el ejemplo se espera de A que prefiera la intención de ir a recoger a N en la estación del tren frente a deseos rivales, precisamente porque él prometió la realización de esa intención de acción y, con ello, la reconoció vinculante y preferente para él. La capacidad de motivación es el presupuesto decisivo para poder seguir normas. Y aquí vale una vez más lo siguiente. Mediante la promesa A no solo se obliga, justo en el momento en que él debería ir a recoger a N, a preferir frente a otras la correspondiente intención como razón para la acción. Sino que además, también, él debe ocuparse de ser motivacionalmente capaz en el momento preciso. Pues él no estaría exonerado frente a N si explicara su ausencia en la estación del tren en el momento acordado con argumentos como haberse quedado dormido o haber perdido el conocimiento embriagado.

Según FRANKFURT el modelo de intenciones escalonadas está también en capacidad de suministrar un aporte al concepto de libertad de voluntad. Una persona será entonces libre en su voluntad cuando la intención de primer nivel, que ella realiza como razón de su acción, se corresponda con la respectiva intención dominante de segundo nivel³⁵. Libre en su voluntad es entonces, según esta teoría completamente subjetiva, aquel que realiza la intención que, además, quiso tener. En consecuencia, no es libre únicamente quien sea consciente de que no puede preferir la intención deseada por él –por razones internas (por ejemplo adicción) o externas (por ejemplo coacción)– frente a la intención realizada de hecho como razón de la acción.

Un punto de vista tal, sin embargo, difícilmente se corresponde con la idea intuitiva según la cual también aquellos obstáculos de los que el actor no sea consciente han de verse como limitaciones de su libertad de voluntad³⁶. Esta objeción es, de todas formas, únicamente plausible si se piensa en la posibilidad de manipular externamente a un ser humano de tal manera que el sujeto en cuestión prefiera precisamente las intenciones que le sugiere su controlador. Por el contrario, la objeción no afecta el poder explicativo del modelo y de allí que con dicho modelo se reconstruyan los criterios decisivos para la imputación de responsabilidad. Pues en este contexto lo decisivo no es preguntar por las intenciones que el actor mismo

³⁵ FRANKFURT, *The Journal of Philosophy* 68 (1971), pág. 7 y ss.

³⁶ KANE, *The Significance of Free Will*, pág. 64 y ss.

quiere tener, sino preguntar si el actor está en la capacidad de preferir como razón para la acción la intención prevista en la norma –y, con ello, acreditada como preferente– frente a otra intención cualquiera y, principalmente, frente a la intención realizada de hecho. Dicho en términos más precisos. Si lo decisivo es responsabilizar a A por la muerte de B, entonces preguntar si A tuvo por correcto formar y realizar la intención de matar a B no concierne al problema de la libertad. Sí concierne a dicho problema preguntar si, por el deseo de seguir la prohibición de matar, le hubiera sido posible a A formar como razón para la acción la intención de no matar a B. Con ello se presenta el problema –por igual en la Moral y en el Derecho– de cuáles presupuestos positivos o negativos deben llenarse para, en el nivel de la capacidad de motivación, afirmar suficiente libertad que fundamente la responsabilidad o insuficiente libertad que la excluya.

IV. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL

A. El problema y sus enfoques. El hecho punible puede definirse, según opinión generalizada, como una acción que realiza un tipo (delictual), no está justificada y puede imputársele al actor como culpable. En esta construcción la acción es el elemento base del delito, a la que se integran los predicados de típica, antijurídica y culpable. De esta forma, la “acción” es vista como una entidad que ya existe independientemente de su caracterización como delito. Pero, obviamente, una comprensión tal no es compatible con un concepto de acción intencional en el sentido de la teoría analítica de la acción. Si la acción es un constructo interpretativo dependiente de una descripción, entonces la acción punible apenas se constituirá mediante los elementos conceptuales de la tipicidad y mediante los elementos conceptuales de los demás niveles del delito. En consecuencia, antes de la tipicidad solo puede existir como *factum brutum* una conducta, la cual se interpreta como un hecho punible concreto solo mediante los predicados del delito respectivo.

Pero incluso si no se tiene a la acción como el concepto base del hecho punible sino a la conducta, la que solo mediante la imputación de los elementos conceptuales del delito obtiene la cualidad de acción definida, aun así se presenta el problema adicional de si el resultado de dicha imputación puede verse siempre como acción. La respuesta resulta inequívocamente negativa, como a continuación lo muestra un sencillo ejemplo: A, quien desde una altura considerable se encuentra pintando la pared de una casa en un andamio, patea por descuido un balde de pintura, el cual cae y lesiona a un peatón en la

calle. El delito imprudente de lesiones corporales, el cual se presenta indiscutiblemente en este caso, evidentemente no se basa en la imputación de una acción. En la lesión corporal no se materializa la realización de una intención, es decir, la lesión del peatón no fue objeto intencional de A, así como A tampoco pensó que su conducta pudiera llegar a ser causa de una lesión. Por el contrario, bien puede suponerse que A habría omitido el movimiento que llevó a la caída del balde si él hubiera contemplado las consecuencias potencialmente dañinas.

El así denominado concepto de acción causal define la acción como una conducta portadora de voluntad, con lo cual la conducta comprende movimientos activos así como también sus omisiones³⁷. En el ejemplo del pintor, según este punto de partida debería negarse al momento de evaluar la culpabilidad un control intencional sobre el curso dañino. La patada al balde no ocurrió conscientemente ni fue querida, y de allí que no sea dolosa. Y el reproche por imprudencia se fundamenta en la verificación de la oración condicional irreal, según la cual A habría podido evitar la patada al balde si él hubiera estado atento a las exigencias de cuidado generadas por la respectiva situación. Pero él no estuvo atento y tampoco tuvo el suceso *ex hypothesi* bajo su control intencional. Una vez más, la conducta que podía esperarse de A si hubiera desplegado su atención con esmero no es un mero movimiento portador de voluntad, sino una acción intencional: encausar el comportamiento de forma tal que el peatón no sea lesionado, es decir, omitir intencionalmente el tipo de acción crear. Pero esto significa, entonces, que la teoría causal de la acción propaga un concepto de acción –mera conducta portadora de voluntad– que no contiene el núcleo del reproche jurídico penal, a saber, la evitabilidad del daño mediante acciones conformes a la norma. Una conducta portadora de voluntad no basta para seguir la norma. Por el contrario, para poder ser realizada, la norma debe ser un motivo con contenido concreto y de allí que exija para su seguimiento una conducta controlada intencionalmente.

El así denominado concepto de acción final ve lo propio de la acción en la dirección final del suceso y, con ello, se vuelve contra la comprensión de la acción vaciada de contenido de los causalistas pero, al igual que ellos, interpreta el hecho punible mismo como

³⁷ Véase solo BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 9; v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, pág. 104 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, pág. 91 ss.

una acción³⁸. Así, esta teoría no solo se expone a todas las objeciones que hablan en contra del punto de partida causal, sino que además debe, por añadidura, comprimir los elementos del delito en una estructura intencional. Que esto no es posible en tratándose de delitos imprudentes es algo evidente. Pues en ellos el autor persigue un objetivo que no incluye en la relación medio-fin el daño delictual. La solución consistente en exigir para los delitos imprudentes una acción con un objeto intencional cualquiera sería una contradicción con sus propias premisas. Si, en el ejemplo, la conducta de A puede interpretarse como un movimiento corporal encausado a la ejecución intencional de pintar, entonces no puede interpretarse al mismo tiempo como lesión intencional del peatón. Ambos hilos causales corren por ramas distintas del núcleo topológico de acción. De allí que el hecho punible –es decir, la conducta a la que se refieren los elementos delictivos de la lesión corporal como objeto de referencia– no sea una acción final. En el ejemplo: la lesión no fue la razón de la conducta.

También, en tratándose de dolo –el cual al lado de la intención comprende el así denominado *dolus directus* (conocimiento seguro) y el así denominado dolo eventual (posibilidad concreta de representación)– solo pueden comprenderse como intencionales aquellas consecuencias dañinas que estén unidas con el objeto intencional del actor en una línea causal, según la conjunción “dado-que”. Por el contrario, ramificaciones laterales del núcleo de acción no suministran ninguna razón para la acción incluso cuando el actor las pronostica como consecuencias seguras de su conducta.

La teoría del así denominado concepto de acción social intenta, de una parte, resolver la imposibilidad –afirmada por RADBRUCH³⁹– de unificar acción y omisión bajo un supraconcepto de acción común a ambos, para lo cual convierte la importancia social de una conducta activa o pasiva en su concepto base (definido disyuntivamente). De otra parte, es su deseo ofrecer un concepto de acción al cual puedan recurrir por igual delitos dolosos e imprudentes⁴⁰. La conformación de un concepto tal es, sin embargo, difícilmente utilizable, no solo por lo amplio e indefinido del predicado “socialmente importante”,

³⁸ Véase WELZEL, *ZStW* 51 (1931), pág. 703 ss.; el mismo, *Das Deutsche Strafrecht*, pág. 129 y ss.

³⁹ *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Rechtssystem*, pássim.

⁴⁰ Por todos véase JESCHECK, *Eb. Schmidt-FS*, pág. 139, 140 y ss.; MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, pássim.

el cual también se deja aplicar a procesos naturales, sino también porque al dotar con contenido la capacidad de acción alternativa conforme a la norma –implícita en el reproche de culpabilidad– lo hace tan pobremente como el concepto de acción causal.

B. *El hecho punible como contradicción a la norma.* De lo anterior resulta, en relación con la estructura jurídico penal del delito, lo siguiente. En caso de que el tipo penal prevea la causación de un daño y no se limite a la incriminación de una mera actividad, entonces apelar a una conducta humana (cualquiera) es necesario, pero también suficiente. Para esto no se necesita ni siquiera del presupuesto mínimo exigido por el concepto de acción causal, es decir, no se necesita que la conducta sea portadora de voluntad. En consecuencia, como punto de unión de la causalidad basta el evento consistente en que un ser humano se movió (o no se movió) de una forma determinada en un momento preciso. Pues las reglas de imputación jurídico penal no exigen, de ninguna manera, que la responsabilidad por una consecuencia dañina deba reconducirse a una conducta que, en el momento en cuestión, sirviera a la realización de una intención concreta. Así, por ejemplo, a alguien se le puede reprochar el haber dejado pasar la ejecución de una acción salvadora. Si el titular del deber no es capaz de ejecutar la acción mandada al momento del hecho, entonces ello también podrá pesar en su contra si él tenía la obligación de procurarse su capacidad de cumplimiento del deber mediante medidas apropiadas.

Bajo el presupuesto de que la imputación de responsabilidad se refiere a una relación contrafáctica entre un suceso y la ausencia de ese suceso en caso de acción conforme a la norma, entonces el hecho punible solo reprocha que el autor no evitó mediante una acción conforme a la norma el suceso causado por él mediante su conducta. Por su parte, la imputación de un hecho punible no reprocha que el autor realizó el suceso mediante una acción (que tendía a ello), a no ser que el injusto específico de un delito exija –como en los casos de estafa o hurto– precisamente una intención tal. Conforme a ello, la prohibición de matar exige que el titular del deber omita intencionalmente la muerte, mediante su conducta, de otro ser humano. En esta medida contraviene la prohibición de matar aquel que –sin que importe de qué manera– mediante su conducta causa (inmediatamente) la muerte de otro, pese a ser suficientemente capaz de omitir intencionalmente esa conducta por el deseo de evitar la muerte. Cada reproche jurídico penal presupone la capacidad del autor de realizar la intención conforme a la norma mediante acción. Por el contrario, que la realización del suceso antinormativo también pudiera ser interpretado como acción, incluso

como acción intencional, no es necesario para la fundamentación de la responsabilidad jurídico penal.

De estas reflexiones puede extraerse la siguiente conclusión, válida para una estructura jurídico penal del delito que se base en un concepto de acción intencional: de conformidad con el principio de culpabilidad solo puede reprochársele mediante pena a alguien la realización intencional de un injusto típico que le era evitable⁴¹. Es decir, por culpabilidad ha de entenderse que mediante el hecho se expresó un déficit de fidelidad al derecho merecedor de pena, de donde resulta, una vez más en relación con la evitabilidad, que solo es legítimo infligir una pena cuando el autor, en caso de que él hubiera sido lo suficientemente fiel al derecho en la medida que garantiza la pena, habría podido y debido evitar intencionalmente la realización de un tipo penal. Formulado de otra manera: el reproche de culpabilidad se fundamenta en la verificación de la hipótesis según la cual el autor habría podido y debido evitar la realización del correspondiente injusto típico en caso de haber desplegado la fidelidad al derecho que se espera de él. Por el contrario, si aún en caso de despliegue de la fidelidad al derecho que se espera de él, el autor no hubiera sido capaz de evitar intencionalmente el injusto típico, entonces no podrá hacérsele ningún reproche castigado con pena.

En esta interpretación el concepto de culpabilidad es normativo, en la medida en que no exige una prueba empírica de la capacidad individual real de desplegar suficiente fidelidad al derecho⁴². Al contrario, el reproche de culpabilidad parte, en el sentido de una hipótesis normativa, de la capacidad de motivación fiel al derecho, siempre y cuando déficits concretos –como por ejemplo una edad muy pequeña o incapacidades físicas fundadas biológicamente– o concretas situaciones de peligro físico (tipificadas) –como por ejemplo el estado de necesidad– impidan una motivación conforme a la norma en virtud de razones que excluyen la culpabilidad o de razones justificantes, respectivamente. En caso de una observación empírica, la realización de un tipo penal es un suceso bajo una descripción específica. Aquí el autor tiene representaciones y motivos concretos y se mueve de una forma determinada bajo específicas condiciones

⁴¹ Sobre la jurisprudencia correspondiente véase BVerfGE 20, pág. 323; 95, 96 y 131; BGHSt 2, págs. 194, 200.

⁴² Véase también BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo II, volumen 1, pág. 210 y ss.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, pág. 22 y ss.

marco externas. Dogmáticamente, no obstante, la imputación de la responsabilidad jurídico penal por este suceso tiene lugar en pasos individuales diferenciados analíticamente. Es decir, del suceso se entresacan aspectos individuales y se juzgan según las normas y las reglas de imputación correspondientes.

Al igual que con el cumplimiento de una promesa⁴³, también el reconocimiento de normas jurídico penales como razones para la acción presupone la capacidad del destinatario de la norma de llevar a cabo lo debido como querido. Por ejemplo, para que el papá P pueda salvar de morir ahogado a su hijo H, quien fue arrastrado por una ola mientras jugaba en la playa, y cumpla así el mandato contenido en los §§ 212 y 13 StGB, primero debe estar, justo en ese momento, en la capacidad de comprender la situación de peligro de muerte en que se encuentra H y de reconocer las posibilidades de salvamento que están a su disposición. Además, debe ser capaz de preferir, como la intención jurídicamente vinculante para él, la intención de salvar a H frente a otras intenciones –por ejemplo frente al deseo de asolearse sin contratiempos–. Para poder seguir la norma P, como su destinatario, debe, en primer lugar, estar en la capacidad física e intelectual de realizar lo debido, es decir, de evitar la realización del tipo. En segundo lugar, debe poder reconocer que para él lo jurídicamente debido consiste en impedir la entrada del resultado típico muerte de H, y debe poder convertir lo debido en el motivo dominante de su acción.

En lo que al método concierne, la diferenciación en el modelo analítico de intenciones escalonadas entre capacidad de acción y capacidad de motivación ofrece, en este contexto, no solo una posibilidad razonable para el análisis estructural de la conducta conforme a la norma, sino que, más importante aún, también concede un marco semántico para la averiguación de las contravenciones culpables a la norma. Con ayuda de estos dos criterios de la capacidad de seguimiento de normas se puede establecer si un suceso que realiza un tipo puede imputársele a un autor como injusto culpable. Como resultado se le debe poder reprochar al autor que él, en caso de suficiente motivación fiel al derecho, pudo y debió evitar intencionalmente la realización del tipo. Para la fundamentación debe, antes que nada, constatarse en el primer nivel de imputación que el autor era en suficiente medida intelectual y físicamente capaz de acción, es decir, capaz de formar y de realizar la intención consistente en evitar la realización

⁴³ Arriba III. D.

del tipo. Por ejemplo, si el papá P se quitó sus gafas para asolearse en la playa y por esa razón no reconoció el peligro de muerte de H, entonces falta un presupuesto cognitivo esencial para la formación de la intención de salvar a H. Incluso si P por casualidad justo en ese momento hubiera pensado que los padres están obligados a sacar del agua a sus hijos cuando estos se encuentran en peligro y, además, hubiera estado listo también a poner en juego su propia vida para cumplir esa norma, aun así no habría tenido razón para comportarse distinto a como de hecho se comportó. La causalidad de la propia conducta frente al resultado muerte –causalidad que realizó el tipo– no fue en ese momento reconocida y, por esa razón, incluso en caso de motivación subordinada a la fidelidad al derecho, no fue en ese momento evitable para P.

Ahora, si nada habla en contra de imputarle al autor la capacidad de acción necesaria, en términos intelectuales y físicos, para formar y realizar la intención dirigida a evitar la realización del tipo, entonces puede imputársele a él el injusto de su hecho subjetivamente como lesión del deber. De allí que en un segundo nivel de imputación deba preguntarse por qué el autor no formó y no realizó la intención dirigida a evitar la realización del tipo, pese a que era en suficiente medida capaz de acción. En el marco de este nivel de imputación debe averiguarse si hay razones que, según valoraciones jurídico penales, expliquen con suficiencia (exclusión de culpabilidad) o hagan comprensible (disculpa) el que el autor no haya formado como razón para su acción la intención conforme a la norma. Es decir, se supone así que cada destinatario de la norma es en suficiente medida capaz de formar –como razón para la acción– motivos para el seguimiento de normas, siempre que no se le contrapongan, en general o en la situación concreta, razones precisas entre las que se cuenta también la ignorancia inevitable de la norma.

El aquí bosquejado modelo de imputación en dos niveles asume que el autor, para evitar la realización del tipo, es, al momento relevante para la decisión, capaz de acción y de motivación. Es decir, todos los presupuestos necesarios para el seguimiento de la norma deben estar satisfechos, incluso la circunstancia de que el autor, sin razón aceptable, no formó la intención dirigida a evitar la realización del tipo. Justamente esta defectuosa formación, como razón para la acción, de un motivo de evitación por parte del destinatario de la norma, a quien se le adscribe suficiente capacidad de acción y motivación, constituye el contenido del déficit de fidelidad al derecho que fundamenta el reproche de culpabilidad. Si, por el contrario, la exigencia de suficiente

capacidad de acción y motivación no se ve satisfecha, entonces entra en acción el principio *impossibillium nulla est obligatio*: nadie está obligado por encima de sus capacidades (concretas).

No obstante, como ya se mostró en el análisis de la promesa⁴⁴, la carencia actual de capacidad de acción y motivación no descarga *per se*. Pues la incapacidad actual de evitar la realización del tipo puede verse como expresión de fidelidad al derecho defectuosa si el autor pudo pronosticar la realización evitable del tipo, pero no se preocupó por ser capaz de acción en la medida necesaria. Para un destinatario de la norma fiel al derecho sería una contradicción querer seguir una norma sin querer estar al mismo tiempo en la capacidad, física e intelectual, de poder seguir la norma. Por ello el derecho penal prevé múltiples reglas de excepción que fundamentan responsabilidad para casos en los que, si bien es cierto que el autor no puede actualmente evitar la realización del tipo, también es cierto que habría podido y debido ocuparse de asegurar en suficiente medida su capacidad actual de acción en caso de haber desplegado la fidelidad al derecho que se espera de él⁴⁵. En el ejemplo debería esperarse de un papá fiel al derecho que, dados los riesgos que implica para su hijo una estadía en la playa, no diezme su capacidad de evitar daños, por ejemplo quitándose las gafas. Estas constelaciones se incluyen en el nivel de la contrariedad al deber con la figura de la imputación imprudente⁴⁶ y tienen su correlato en el nivel de la culpabilidad, por ejemplo, con el error de prohibición evitable o con la cuestionada *actio libera in causa*.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANSCOMBE, G.E.M.: *Intention*, Oxford, Basil Blackwell, 1957.

ARISTÓTELES: *Aristoteles Werke*, H. Flashar (Traductor), tomo VI: *Nikomachische Ethik*, 9. Ed., Darmstadt, Buchgesellschaft, 1991.

BELING, ERNST: *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1906.

BINDING, KARL: *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo II, *Schuld und Vorsatz*, Vol. 1, *Zurechnungsfähigkeit, Schuld*, 2. Ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965 (año original de edición: 1914).

⁴⁴ Arriba III. D.

⁴⁵ Véase los §§ 16 párrafo 1 frase 2, 17 frase 2 y 35 párrafo 2 del StGB.

⁴⁶ Al respecto Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, pág. 23 ss.

BRENNENSTUHL, WALTRAUD: "Ziele der Handlungslogik" en: Lenk (Coord.), *Handlungstheorien interdisziplinär*, tomo I, München, Wilhelm Fink, 1980.

BROADIE, ALEXANDER: "The Practical Syllogism" en: *Analysis* 29 (1968-1969).

BUBNER, RÜDIGER: *Handlung, Sprache und Vernunft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982.

DAVENEY, T.F.: "Intentions and Causes" en: *Analysis* 27 (1966).

DAVIDSON, DONALD: "Actions, Reasons, and Causes" en: *The Journal of Philosophy* 60 (1963).

_____: "Agency" en: Binkley, Bronaugh y Marras (Coord.), *Agent, Action, and Reason*, Oxford, Basil Blackwell, 1971.

_____: *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

FEINBERG, JOEL: "Action and Responsibility" en: Black (Coord.), *Philosophy in America*, Ithaca, Cornell University Press, 1967.

FRANKFURT, HARRY: "Freedom of the Will and the Concept of a Person" en: *The Journal of Philosophy* 68 (1971).

_____: "The Problem of Action" en: *American Philosophical Quarterly* 15 (1978).

GUTMANN, THOMAS: *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, München, C. H. Beck, 2001.

HART, H.L.A.: "The Ascription of Responsibility and Rights" en: *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949).

HEMPEL, CARL y OPPENHEIM, PAUL: "Studies in the logic of Explanation" en: Hempel (Coord.), *Aspects of Scientific Explanations and other Essays in the Philosophy of Science*, New York, Free Press, 1965.

HONIG, RICHARD: "Kausalität und objektive Zurechnung" en: Hegler (Coord.), *Frank-FG*, tomo I, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930.

JESCHECK, HANS-HEINRICH: "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung" en: Bockelmann y Gallas (Coord.), *Eb. Schmidt-FS*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

KANE, ROBERT: *The Significance of the Free Will*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

KENNY, ANTHONY JOHN PATRICK: *Action, Emotion and Will*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

_____: "Practical Inference" en: *Analysis* 26 (1966).

KINDHÄUSER, URS: "Basis-Handlungen" en: *Rechtstheorie* 11 (1980).

LANDESMAN, CHARLES: "The New Dualism in the Philosophy of Mind" en: *Review of Metaphysics* 19 (1965).

MAIHOFFER, WERNER: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1953.

MELE, ALFRED: "Goal-Directed Action" en: *Nous* 34 (2000).

MELDEN, ABRAHAM I.: *Free Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1961.

MEZGER, EDMUND: *Strafrecht*, München, Duncker & Humblot, 1931.

MÜLLER, ANSELM WINFRIED: *Praktisches Folgern und Selbstgestaltung nach Aristoteles*, Freiburg i. Br., Karl Alber, 1982.

RADBRUCH, GUSTAV: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, Guttentag, 1904.

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM: *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1969.

RYLE, GILBERT: *The Concept of Mind*, Londres, Hutchinson & Co., 1949.

SCHUELER, G.F.: "Action Explanation: Causes and Purposes" en: Malle, Moses y Baldwin (Coord.), *Intentions and Intentionality*, Cambridge, MIT Press, 2001.

SEARLE, JOHN R.: *Speech Acts*, Londres, Cambridge University Press, 1969.

SEHON, SCOTT R.: "Deviant Causal Chains and the Irreducibility or Teleological Explanation" en: *Pacific Philosophical Quarterly* 78 (1997).

TAYLOR, CHARLES: *The Explanation of Behaviour*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1964.

___: "Explaining Action" en: *Inquiry* 13 (1970).

TOEPEL, FRIEDRICH: *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

V. LISZT, FRANZ: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2. Ed., Berlin, Guttentag, 1884.

V. WRIGHT, GEORG HENRIK: *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

___: *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

___: "The Logic of Action. A Sketch" en: Rescher (Coord.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1966.

___: *Explanation and Understanding*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1971.

___: "On So-Called Practical Inference" en: *Acta Sociologica* 15 (1972).

WARNOCK, G.J.: "Actions and Events" en: Pears (Coord.), *Freedom and the Will*, Londres, Macmillan, 1963.

WELZEL, HANS: "Kausalität und Handlung" en: *ZStW* 51 (1931).

___: *Das deutsche Strafrecht*, 11. Ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1969.

WHITE, ALAN R.: *The Philosophy of Mind*, New York, Random House, 1967.

WILSON, GEORGE: "Reasons as Causes for Action" en: Holmström-Hintikka y Toumela (Coord.), *Contemporary Action Theory*, tomo I, Dordrecht, Kluwer Academic, 1997.

WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Schriften*, tomo I: *Tractatus logico-philosophicus*, *Tagebücher 1914-1916*, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1963.

___: *Schriften*, tomo V: *Das Blaue Buch, Eine Philosophische Betrachtung*, Zettel, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970.

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL. LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

HELMUT SATZGER*

RESUMEN: El Derecho penal en los Estados de la Unión Europea ya no es un asunto sólo nacional sino influido por los convenios internacionales que inciden tanto en el derecho penal material como en el procesal. El autor muestra como ese Derecho penal europeo engarza con el de la Unión Europea y examina las diversas formas de la europeización del mismo, todo lo cual le permite concluir que los tiempos en los cuales a este ordenamiento se le consideraba una materia nacional han pasado a la historia.

PALABRAS CLAVES: Unión Europea, convenios internacionales, derecho penal, derecho procesal penal, ordenamiento nacional, sanciones penales, personas jurídicas, interpretación, legalidad, abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Derecho penal en los Estados de la Unión Europea ha dejado de ser un asunto puramente nacional, pues esta materia está influida a nivel mundial por los Convenios internacionales. Sin embargo, un rasgo común de los Estados miembros es que el desarrollo de su Derecho penal está cimentado en el Derecho de la UE y, por lo tanto, lo que hoy se caracteriza como una “europeización del Derecho penal” experimenta numerosas influencias. La europeización del Derecho penal toma múltiples formas y los patrones europeos se dirigen, igualmente, tanto al legislador como al operador jurídico y afectan tanto al Derecho material como al Derecho procesal penal.

* Profesor de Derecho penal y derecho procesal penal alemán, Derecho penal europeo, Derecho internacional y Derecho penal económico de la Facultad de Derecho de la Ludwig-Maximilian-Universität München, Munich/Alemania.

Incluso, la europeización es un fenómeno que no solo se manifiesta en la rama de lo penal, sino en todos los ámbitos del Derecho de cada Estado miembro.

En seguida quiero referirme a las doctrinas consolidadas en el Derecho de la UE y, entretanto, también a la amplia discusión en el marco del ordenamiento jurídico alemán. Además, les voy a exponer las formas más importantes de la europeización relacionadas respectivamente con el Derecho penal material y con el Derecho procesal penal.

II. EL DERECHO DE LA UE Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL NACIONAL

Cuando trato el tema de la influencia del Derecho europeo, me refiero principalmente al Derecho de la Unión Europea. Además, merece especial mención el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) firmado en Roma el cuatro de noviembre de 1950 bajo los auspicios del Consejo de Europa. Este Convenio creó un original sistema de protección internacional de los Derechos Humanos al ofrecer al individuo el beneficio de un control judicial de sus derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que tiene su sede en Estrasburgo (Francia). Todos los Estados miembros de la Unión Europea han ratificado el Convenio. Como la adhesión a la Unión Europea presupone la ratificación del Convenio de 1950, se puede afirmar que existe un paralelismo de hecho entre la adhesión a la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, el derecho de la CEDH en un futuro formará parte del ordenamiento jurídico de la UE ya que ésta, según el art. 6.2 TFUE, se adherirá a la CEDH. Con la entrada en vigor del protocolo adicional N° 14 de la CEDH también el Consejo de Europa estableció una base legal para la adhesión; esta Convención tiene mucha importancia para el Derecho penal y, en especial, para el Derecho procesal penal. Contiene Derechos humanos relevantes para el Derecho penal como por ejemplo la prohibición de la tortura, el Derecho a un proceso equitativo o –en términos internacionales– el principio de “*fair trial*” y, además, el principio de aceleración de los procesos penales. Estos derechos y principios tienen diferente rango en los Estados miembros de la UE: en parte se sitúan por encima de las constituciones nacionales (como es el caso, por ejemplo, de los Países Bajos y Luxemburgo), en parte son de rango constitucional (como por ejemplo en Austria) o, por lo menos, un rango entre la constitución y las leyes parlamentarias.

En Alemania la CEDH se supedita a la Constitución al mismo nivel que la Ley, sin embargo el Tribunal Constitucional Federal le da una especial importancia a la hora de interpretar el ordenamiento interno.

Para ver el auténtico efecto de la europeización en un sentido moderno deseo poner el Derecho de la UE en un primer plano. En efecto, antes de que entrara en vigor el Tratado de Lisboa la Unión se componía, hablando en sentido figurado, por tres pilares: la Comunidad Europea; la política exterior y la seguridad común (PESC); y, finalmente, la cooperación policial y judicial en materia penal.

Para el Derecho penal el Derecho de la UE era importante desde dos puntos de vista: tanto el primer como el tercer pilar constituían el marco para la europeización del Derecho penal, en el cual existía una gran diferencia. De un lado, el Derecho comunitario (del primer pilar) era un derecho supranacional que podía tener un efecto directo en el país miembro, es decir no había necesidad de que los Estados miembros dictasen actos de transposición para integrar las normas europeas en el ordenamiento jurídico interno. Además, gracias a las decisiones por mayoría, se podía promulgar un acto jurídico de la UE incluso con la oposición de uno o más Estados miembros. Por otro lado, el tercer pilar tenía un carácter intergubernamental (y con ello se caracterizaba como Derecho internacional público).

El Tratado de Lisboa elimina la estructura de los tres pilares; se “comunitariza”, lo que era intergubernamental (es decir, el tercer pilar de la UE), caracterizado por el Derecho internacional público, y lo que requería la unanimidad en la cooperación en asuntos penales entre los Estados miembros. Es decir, en concreto desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se aplica el principio de la mayoría, con lo que así uno o varios Estados miembros pueden ser vencidos por mayoría de votos. Al mismo tiempo, el Tratado de Lisboa ha dado un papel importante al Parlamento Europeo en el procedimiento de legislación en los asuntos del pasado tercer pilar. Antes del Tratado de Lisboa el Parlamento no tenía casi ninguna influencia, por eso este cambio ha sido muy bien recibido por la mayoría de los autores y los políticos en Europa que lo interpretan como una mejora evidente de la legitimación democrática.

III. LA EUROPEIZACIÓN Y SUS FORMAS

Si examinamos qué efectos de la europeización son determinables, se constata que procede diferenciar entre la europeización del Derecho material y la del Derecho procesal.

A. *El Derecho penal material.* Indudablemente, la europeización del Derecho penal se manifiesta en su forma más fuerte, en el logro de un **Derecho penal verdadero**, con la aplicabilidad directa de los tipos penales del Derecho europeo. Imaginémoslo, por ejemplo, un Reglamento europeo –que es más o menos la ley de la Unión europea, porque se aplica directamente en todos los Estados miembros– que contenga un tipo penal de “fraude a cuenta del presupuesto de la UE” que conlleve, por ejemplo, una “pena de prisión no menor de un año”. La consecuencia sería que cada defraudador europeo podrá ser castigado del mismo modo en cada Estado miembro, directamente con base en el Reglamento europeo. Así, el tipo penal no se transpondría primero al Derecho nacional, sino que existiría el tipo penal europeo paralelamente junto al código penal alemán, francés, español y demás códigos de los Estados miembros. Sin embargo, este “Derecho penal europeo” no existe todavía como tal, al menos en lo que respecta al concepto de Derecho penal alemán en sentido estricto, el llamado “*Kriminalstrafrecht*”.

Al contrario, la situación cambia respecto al Derecho penal en sentido amplio, que en algunos ordenamientos jurídicos se denomina Derecho sancionador administrativo u “*Ordnungswidrigkeitenrecht*” en Alemania. La Unión Europea puede, ya desde hace tiempo, imponer por ejemplo elevadas multas a empresas por abuso de competencia; en el mes de mayo de 2009, por ejemplo, la Comisión Europea impuso una multa récord de 1.060 millones de euros al fabricante estadounidense de microprocesadores Intel Corp.

En cuanto a la ausencia de un Derecho penal en sentido estricto el Tratado de Lisboa (al menos en un principio) no ha cambiado nada. Sin embargo, ha variado el texto de una base jurídica (que es el art. 325 TFUE, antes: art. 280 TCE), donde se trata de la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Comunidad¹. Aunque a primera vista se trate de una modificación mínima, podría significar un cambio de paradigmas en relación con la lucha contra el fraude. En efecto, como se ha omitido de la frase “Dichas medidas

¹ Art. 280.4 TCE: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”.

no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia” –que fue interpretado por la opinión dominante como la exclusión de toda forma de legislación penal en el sentido estricto– con esta base jurídica, por primera vez en la historia de la UE, sería posible –por lo menos es una interpretación imaginable– la existencia de un Derecho penal supranacional con la promulgación de un “Reglamento” (de efecto directo), que recogería el supuesto tipo penal del fraude a la Unión Europea y varias regulaciones de acompañamiento. Aunque limitado por sectores se daría así el primer paso hacia un verdadero Derecho penal europeo².

A pesar de lo que se dijo hasta ahora, el entorno europeo tiene una gran importancia para el penalista en los Estados miembros que debe tener en cuenta en todas sus actividades **los límites del Derecho europeo**. Esto significa, por un lado, que no se deben de infringir los principios generales del Derecho europeo; por eso, junto al principio de proporcionalidad ha de mencionarse la prohibición de discriminación, de tal forma que no se impongan diferentes sanciones con base en la nacionalidad. Por otro lado, tal y como lo expresa el art. 4.3 TUE, gana en importancia el deber de lealtad de los Estados miembros ante la Unión. Esto ha experimentado una especial concreción en el Derecho penal, en la medida en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJUE), en la famosa sentencia del “escándalo de maíz griego”³, exigió que cada Estado miembro aceptara en su ordenamiento jurídico medidas “eficaces, proporcionales y suficientemente disuasorias”, para combatir y sancionar el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Carta de los derechos fundamentales gozará de carácter vinculante y establecerá unos límites con sus garantías relacionadas al Derecho penal.

Este mínimo de sanciones tiene una **eficacia directa para el legislador penal** en cada Estado miembro y puede llevar a que los legisladores nacionales tengan una obligación de introducir sanciones penales para las violaciones del Derecho de la UE cuando éstas, en

² Como aquí SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 8 nm. 27; también FROMM, *StraFo* 2008, págs. 358, 365; ROSENAU, *ZIS* 2008, págs. 9, 16.

³ TJUE, sentencia del 21.9.1989, Rec. 1989, 2965, asunto 68/88 – „Comisión ./ República Griega“.

concreto, sean las únicas medidas “efectivas, proporcionadas y suficientemente disuasorias”⁴.

Junto con este “encuadramiento europeo” de las libertades del legislador penal nacional, el Derecho de la Unión Europea contiene una base legal para la armonización del Derecho penal. A diferencia de la promulgación del Derecho penal supranacional por los órganos de la Unión Europea, aquí se trata más bien de que actos jurídicos europeos instruyan a los legisladores nacionales a adaptar sus Derechos nacionales para conseguir un objetivo europeo concreto dentro de un plazo fijo de transposición. Los órganos europeos utilizan Directivas que necesitan –por lo menos en principio– que el legislador nacional transponga su contenido en el derecho interno, de forma contraria a como los Reglamentos se aplican directamente en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro.

Un fundamento legal para la armonización del Derecho penal material está recogido en el art. 83 TFUE. Según su apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, si eso resulta necesario (art. 67.3. TFUE).

Estos ámbitos correspondientes están recogidos de forma concluyente en el art. 83.1.2. (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). Sin embargo el Consejo, teniendo en cuenta la evolución de delincuencia, puede determinar por decisión unánime otros ámbitos delictivos y de esa forma extender el catálogo del art. 83.1.

También, el art. 83.2. contiene una base legal para la armonización mínima de los delitos y las penas siempre y cuando resulte *imprescindible* para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión, en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, lo que en realidad supone una competencia aneja; esta armonización mínima se limita a través del “freno de emergencia”

⁴ Sobre ello, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 27 y ss.

del art. 83.3 TFUE. Por eso, si un Estado miembro considera que una directiva afecta los aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, puede impedir una armonización y, como consecuencia, lograr suspender el procedimiento legislativo para que el asunto se remita al Consejo Europeo. En caso de que no se alcanzara un consenso la directiva quedaría denegada, pero otros Estados podrían progresar por la vía de una “cooperación reforzada”.

Aparte del TFUE existen otras competencias de armonización de la UE en el Derecho penal, que se encuentran en los ya mencionados fundamentos del Derecho penal supranacional, pues además de los reglamentos también se permiten directivas (p. ej., el art. 33, 325.4. TUE).

Hasta ahora un aspecto importante para el Derecho penal – significativo al menos desde el punto de vista dogmático– no ha sido armonizado; los Estados miembros, igual que antes, siguen juzgando la posibilidad de castigar a personas jurídicas y a empresas de distinta manera. En efecto, mientras países como Francia o Austria prevén expresamente un verdadero castigo penal para ellas, Alemania y Grecia comparten la opinión de que solo un individuo puede actuar en el sentido del Derecho penal y, por lo tanto, la culpabilidad penal solo puede recaer sobre una persona natural. La UE en sus actos jurídicos de armonización actúa pragmáticamente ante este disenso. De esta manera se llega a la formulación siguiente: *Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por las conductas contempladas.* Con este compromiso la UE deja en manos de los Estados miembros la elección en torno a si imponen sanciones criminales o administrativas a las personas jurídicas; en el futuro puede que se haga más presión para castigar a las personas jurídicas.

Dejemos ahora a un lado los aspectos legislativos para ocuparnos del día a día de la mayoría de los juristas, que consiste en la **aplicación del Derecho**; sobretodo aquí la europeización gana en importancia. Esto se aplica, por un lado, en los ámbitos en los que los tipos penales remiten a Reglamentos europeos que –como ya hemos visto– son (como las leyes) directamente aplicables en los Estados miembros. En el Derecho alemán encontramos muchos ejemplos sobre todo en las normas penales externas del Código penal, por ejemplo en el Derecho penal de los alimentos, o en el Derecho penal vitivinícola etc., en las cuales el Juez u otros operadores jurídicos deben consultar el Derecho europeo con aplicación inmediata para

establecer los presupuestos del tipo penal y, por ello, deben fijarse en el “ordenamiento europeo”. El modelo básico de lo que se llama “ley penal en blanco” prescribe que quien atente contra el art. X de un Reglamento europeo será castigado con alguna pena de prisión. Como importante consecuencia la subsunción de la conducta en el tipo depende absolutamente de la interpretación del Reglamento europeo. Pero para la interpretación del Derecho europeo se aplican distintos criterios a los utilizados en el derecho nacional: así, en el Derecho europeo se favorece la interpretación que mejor asegura la consecución de los objetivos de los Tratados –lo que se llama el principio del „*effet utile*”⁵–. Además, interpretando una norma de Derecho europeo se debe considerar igualmente en todos los 23 idiomas oficiales de la UE, empresa que suele desbordar al juez nacional. En consecuencia, estas leyes penales en blanco con referencia al Derecho de la UE acarrearán diversos problemas⁶, sobretudo en relación con la determinación de las leyes penales como consecuencia del principio de legalidad –*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*–, que presupone una previsibilidad suficiente de la punibilidad.

Con mayor frecuencia la figura de la interpretación del Derecho penal nacional conforme al Derecho de la UE aparecerá en el “día a día” de los juristas nacionales. Como en cada parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, la obligación de lealtad ante la UE debe respetarse también por los tribunales nacionales y, en caso de duda, las disposiciones penales se interpretan en la línea del Derecho europeo y como mejor sirvan a sus objetivos⁷. Esto significa, por un lado, que los tipos penales que, en base al criterio clásico, protegen exclusivamente bienes jurídicos soberanos de un Estado miembro, deben ahora interpretarse de manera que incluyan los intereses europeos, siempre y cuando el texto no exprese lo contrario. Esto se da en el Derecho penal alemán –para mencionar un ejemplo– con el tipo penal del “quebrantamiento de sello” (§ 136 II StGB), que castiga a quien dañe, desprenda o haga irreconocible un sello oficial, que haya sido puesto para confiscar cosas, cerrarlas oficialmente, o para marcarlas, o a quien haga ineficaz total o parcialmente el cierre

⁵ Cfr. STREINZ, *Europarecht*, 9 ed. 2012, nm. 614.

⁶ En forma detallada, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 60 y ss.

⁷ Sobre el impacto de la interpretación conforme a la legislación europea en el ámbito del derecho penal sustantivo. V. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 9 nm. 92 y ss.

producido por medio de tal sello. Según la interpretación tradicional solo los sellos oficiales alemanes serán protegidos. Mientras que según la interpretación correcta, que es la conforme al Derecho de la UE, el interés europeo del perfecto funcionamiento de la unión aduanera es un valor a considerar. Como consecuencia, los sellos protegidos por la norma penal no son solamente sellos de autoridades nacionales sino que en el marco del tránsito europeo también se protegen los sellos de las aduanas extranjeras.

Sin embargo, la europeización de la interpretación no se limita a preceptos especiales de raro uso y, aunque hasta hace poco se le ha dado poca atención, el Derecho europeo se convertirá en un factor decisivo para la interpretación de los preceptos del Derecho penal; en este sentido se pueden mencionar los tipos penales imprudentes. En Alemania la punibilidad presupone una lesión objetiva de un deber de cuidado, de tal manera que una violación de las normas jurídicas puede ser un indicio de una infracción al deber de diligencia debida; sin embargo, las normas jurídicas de este tipo pueden ahora provenir del ordenamiento europeo, como lo demuestra el hecho de que -por ejemplo- encontremos especificaciones sobre los valores máximos de sustancias peligrosas en los juguetes en un Reglamento de la UE. Por ello, si un fabricante sigue las especificaciones de tal Reglamento en la producción de juguetes, en principio no se le podrá reprochar la inobservancia de la diligencia debida, cuando un niño muestre síntomas de envenenamiento causados por el material indicado en el mencionado Reglamento al jugar con dicho elemento.

Así mismo, tratándose de la punibilidad de estafas en el marco de la comercialización de productos en la UE, la pregunta en torno a si hay “engaño” se orienta ya desde hace tiempo a la “imagen ideal del consumidor europeo” desarrollado por el TJUE, es decir, consumidores responsables y bien informados. Así el consumidor descuidado y confiado (que en Alemania goza de un alto nivel de protección) no puede ser incluido en la protección del tipo penal de estafa, sin antes infringir la libertad fundamental de libre circulación de mercancías garantizada por el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea. Por eso –según la opinión correcta (todavía minoritaria)– el tipo penal de estafa debe ser interpretado restrictivamente de conformidad con el Derecho europeo⁸.

⁸ En forma detallada, S/S/W-SATZGER, § 263 StGB nm. 66 y ss.; básicamente como aquí, HECKER, *Strafbare Produktwerbung*, 2001, págs. 282 y ss.; el mismo: *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 9 nm. 33 y ss.; v. también a DANNECKER, Jura

De esta forma, cuando un tipo penal contradiga el Derecho europeo y la colisión no pueda aclararse con la interpretación conforme al Derecho europeo, el precepto penal no quedará totalmente nulo, pero en el caso concreto no resultará de aplicación⁹. Este es un efecto europeizador bastante importante a considerar y el acusado, en tal caso, no solo actúa de forma “justificada” sino que no realiza ningún tipo penal y, en consecuencia, no podrá ser castigado por ello. Un ejemplo: En la Unión Europea hay varias Directivas con especificaciones en cuanto a la etiquetaje de los productos; si un Estado miembro no cumple con el plazo de adaptación de los preceptos nacionales sobre el etiquetaje, las normas europeas de la Directiva pueden ser inmediatamente aplicables. Así las cosas, si un fabricante, que ha adaptado su producción correctamente a las especificaciones europeas, pero –a causa de la atrasada legislación de su país– infringe aún las normas nacionales sobre la materia y, como consecuencia, concurre un tipo penal nacional, no podrá ser castigado. De esta manera, a causa de la colisión con el Derecho europeo que prima, el tipo penal nacional se “neutraliza” y, a pesar de que siga vigente, el fabricante no puede ser castigado. Por lo tanto, aquí se presentan diversas posibilidades de defensa en el ámbito del Derecho procesal y al abogado defensor le convendrá tener muy en cuenta el Derecho europeo.

B. Derecho procesal penal. Debe destacarse que recientemente el campo del Derecho procesal penal se caracteriza por la acumulación de consecuencias importantes de cara a la europeización; sobre todo los art. 82 y ss. del TFUE, que tratan de la cooperación judicial en materia penal, son de especial importancia. El objetivo de los Tratados es transformar el territorio de todos los estados miembros de la UE en un “espacio de libertad, seguridad y justicia”, es decir, hacer de ellos un ámbito de justicia uniforme. Para el procedimiento penal se deberán reducir las fronteras o desmantelarlas del todo, para que los organismos instructores puedan reaccionar igual de rápido que los criminales que aprovechan el derecho de libre circulación en el mercado interior de la UE.

La piedra angular de todos los actos jurídicos que sirva a la implementación de esta idea, es el principio del reconocimiento mutuo,

2006, págs. 174 y ss. Estos autores se pronuncian, aparentemente, sobre un caso de primacía.

⁹ Básicamente sobre la primacía del Derecho europeo, v. TJUE, sentencia del 15.7.1964, Rec. 1964, 1253 – asunto 6/64 – „Costa ./ ENEL”.

que después del Tratado de Lisboa está incorporado por escrito en el art. 82. 1 TFUE; así, una decisión judicial tomada en *un* Estado miembro deberá ser reconocida y ejecutada (sin prueba previa) en *todos los demás* Estados miembros. En definitiva, esto se corresponde con las condiciones intraestatales, como cuando una orden de arresto dictada en Varsovia se ejecuta en Atenas; sin embargo, el distinción fundamental radica en que a diferencia del campo del Derecho intraestatal, ni el Derecho material ni el Derecho procesal penal son idénticos.

En efecto, uno se podría relajar y confiar en que los ordenamientos penales completos de la UE cumplen con los requisitos mínimos de la CEDH y, con ello, son comparables desde el punto de vista del Estado de Derecho, aún más teniendo en cuenta que la Carta de la UE contiene garantías importantes para el imputado como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47) o la presunción de inocencia (art. 48). Sin embargo, este argumento evade el núcleo de la cuestión: cada ordenamiento penal garantiza los derechos del acusado en forma y grado diferentes. Un buen ejemplo, es la cooperación transfronteriza en cuanto a la recolección de las pruebas: un Estado, por ejemplo, consiente generosamente medidas coercitivas para recabar pruebas y garantiza los derechos del acusado, es decir donde más tarde por medio de un sistema estricto de valoración de pruebas, solo contarán las obtenidas legalmente. Otros Estados, por el contrario, son extremadamente restrictivos durante la fase de la investigación, cuando protegen intensamente los derechos fundamentales del individuo por medio de numerosos e importantes presupuestos de medidas coercitivas o por la tutela judicial efectiva. Como consecuencia, en este estado existen pocas reglas para prohibir las pruebas ilegales, ya que con los estrictos preceptos de recolección de pruebas se asegura que ningún medio de prueba “sospechoso” llegue a la fase del procedimiento plenario.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el principio del reconocimiento mutuo se presta para una combinación de diferentes sistemas nacionales; un posible efecto de ello es la eliminación de toda forma de mecanismos de protección del acusado. Sin embargo, el Libro verde¹⁰ presentado por la Comisión sobre la protección penal de los

¹⁰ Sobre el Libro Verde y la protección penal de los intereses financieros de la CE, así como sobre el establecimiento de un Fiscal Europeo, v. KOM (2001), 715 final, disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0715es01.pdf (fecha: mayo de 2012).

intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo allana este camino: según la Comisión los medios de prueba deben reclamarse en cualquier Estado miembro según su Derecho nacional. Estos deberán, entonces, con base en el principio del reconocimiento mutuo, ser aportados y utilizados libremente en el procedimiento plenario de cualquier otro Estado miembro. Pero considérense las consecuencias: cuando el medio de prueba se obtenga de un país con una reglamentación amplia y sea utilizado en un proceso penal en un Estado que no contemple ninguna prohibición de pruebas, se mina el control del Estado de Derecho por medio de la combinación de dos sistemas de fondo impecables. Por supuesto, sin entrar aquí en más detalles, debe decirse que esto muestra como el principio del reconocimiento mutuo soporta un verdadero peligro inminente¹¹.

Hasta ahora con miras a implantar el principio del reconocimiento mutuo se han promulgado una serie de Decisiones marco que han cambiado el Derecho procesal considerablemente, en especial el Derecho de asistencia judicial en materia penal en Europa, pero también ha aumentado su eficacia o lo hará en el futuro; por supuesto, como las Decisiones marco han sido abolidas por el Tratado de Lisboa, en el futuro los instrumentos a emplear en esta área serán las Directivas europeas.

Al respecto, debe decirse que la más famosa y, al mismo tiempo, discutida fue la Decisión marco sobre la Orden de detención europea, que en amplios sectores se ha incorporado para sustituir a la extradición. Para un catálogo de 32 grupos de delitos, que en efecto quedan sumamente “descoloridos”, fueron eliminados aquí principios tradicionales como los de la asistencia judicial, la doble tipificación de los hechos o la prohibición de que un Estado extradite a sus propios ciudadanos. En Alemania, por ejemplo, hubo graves problemas constitucionales y la primera ley de transposición fue declarada nula¹²; la práctica, sin embargo, se ha adaptado a la

¹¹ Acerca de esta problemática, GLESS, ZStW 115 (2003), págs. 131, 146 y ss.; SATZGER, StV 2003, págs. 137, 141; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 12 nm. 59 y ss.; PEERS, CMLR 2004, págs. 5, 35; KAIAFA-GBANDI, ZIS 2006, págs. 521, 527 y ss.; MEYER, GA 2007, págs. 15, 33 y ss.; KIRSCH, StraFo 2008, págs. 449, 453 y ss.

¹² Sobre la orden de detención europea, v. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5 ed. 2011, § 10 nm. 26 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3 ed. 2011, § 12 nm. 35 y ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3 ed. 2010, § 12 nm. 20 y ss. Sobre la problemática constitucional en Alemania, v. BVerfGE 113, 273; SATZGER/POHL, JICJ 2006, págs. 686 y ss.

nueva situación jurídica con base en la segunda ley de transposición que podría aumentar considerablemente la eficacia de la asistencia judicial.

Una forma especial del principio del reconocimiento mutuo se esconde bajo el postulado propio del Derecho europeo del „*Ne bis in idem*“. Según este principio, regulado sobre todo en el art. 54 del Acuerdo de Schengen, una persona que fue juzgada firmemente en un Estado no podrá ser perseguida por este hecho, cuando la pena haya sido ejecutada o lo esté siendo; el TJUE interpreta este precepto en sentido amplio y, a la hora de precisar su significado, remite a la libre circulación de los ciudadanos de la EU. Por ello, el concepto de “hecho” como base de este axioma se interpreta ampliamente; además, se imponen pocas exigencias a las condiciones propias de una decisión que se halle en “firme”¹³.

Así mismo, se debe tener en cuenta que adjunta al Tratado de Lisboa ha entrado en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 50 garantiza el principio de *ne bis in idem*; sin embargo, la relación entre las dos normas no parece del todo clara pero resulta importante porque el art. 54 del Acuerdo de Schengen requiere un “elemento de ejecución”, mientras que para el art. 50 de la Carta es suficiente que el acusado haya sido condenado o absuelto en un Estado miembro, sin depender de que se haya ejecutado alguna sanción. Al respecto, se ha expuesto la tesis según la cual el art. 50 de la Carta predomina sobre el art. 54 del tratado, con lo cual la ejecución de la pena no sería necesaria; sin embargo, a mi juicio, el art. 54 del Acuerdo de Schengen es un límite de derecho secundario en relación con el art. 50 de la Carta y éste puede concretarse, como todos los derechos fundamentales, mediante leyes de rango inferior y respetando los límites constitucionales. En consecuencia, el mencionado art. 54 es aplicable de forma prioritaria.

Ahora bien, al lado de la formación incipiente de un Derecho penal procesal europeo que se ha visto hasta ahora, en el plano institucional se observa como complemento la formación y consolidación de

¹³ Fundamental TJUE sentencia del 11.2.2003, Rec. 2003, I-1345, asunto C-385/01 – „Gözütok“ y asuntos C-187/01 – „Brügge“ y TJUE sentencia del 9.3.2006, Rec. 2006, I-2333, asunto C-436/04 – „van Esbroeck“. Con más detalles sobre ello, SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5ª ed. 2010, § 10 nm. 71 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 nm. 115 y ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 3ª ed. 2010, § 13 nm. 23 y ss.

importantes órganos que sirven a la persecución de hechos penales transnacionales, que a continuación se mencionan brevemente. En efecto, **Europol** juega un papel tan importante para la policía de los Estados miembros como **Eurojust** para la coordinación e información de los órganos de procesamiento penal de los Estados miembros; ya he mencionado también el proyecto de un **Fiscal europeo**, que pueda investigar en toda la UE y demandar a una persona ante juzgados nacionales de lo penal utilizando todos los medios de prueba reunidos.

Desde luego, en el contexto de la implementación del principio del reconocimiento mutuo es indiscutible que se aumentan los riesgos que corre la situación jurídica del acusado. Por esta razón, el proyecto de la Decisión marco sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, hubiera tenido extrema importancia para el aseguramiento de los Derechos de acusado en el desarrollo completo de un sistema procesal penal a nivel europeo. Lamentablemente, esta propuesta ha fracasado a causa de la resistencia opuesta por algunos Estados miembros que temían una pérdida de eficacia de la instrucción judicial.

Para fortalecer la situación del acusado y para no apoyar y beneficiar solo al persecutor procesal, el defensor –en el caso de tener sospecha sobre criminalidad transnacional– debería también prestar ayuda desde el punto de vista institucional. En este sentido, un grupo de profesores al cual tuve el honor de pertenecer ha elaborado una proposición para crear una institución de apoyo para la defensa nacional, llamada „**Eurodefensor**“; así las cosas, mediante informaciones sobre los ordenamientos jurídicos extranjeros, traducciones, contactos y otros elementos de ayuda,¹⁴ la institución del Eurodefensor no solo podría ayudar a eliminar las barreras idiomáticas entre los estados miembros sino que también lo podría hacer con las barreras legales y de facto existentes.

IV. CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista del Derecho penal, el próximo desarrollo del Derecho penal y procesal europeo es uno de los fenómenos más interesantes de la actualidad. Los tiempos en que el Derecho penal

¹⁴ Sobre ello, SCHÜNEMANN (ED.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, 2004, págs. 14 y ss. (Art. III-174a del proyecto); v. también SALDITT, StV 2003, 136, 137; SATZGER, StV 2003, págs. 137, 139.

se consideraba una materia nacional han pasado a la historia. Esto trae consigo nuevos retos para los diferentes grupos profesionales de juristas: que aplican el derecho a diario –sobre todo jueces, fiscales y abogados– y el legislador que deben respetar las especificaciones europeas, y, finalmente, también para los profesores en todos los Estados miembros que deben enseñar a una nueva generación de juristas que la europeización del Derecho penal es algo evidente y normal. Por fin hay un aspecto más global: Las experiencias europeas –positivas como negativas– en cuanto a la integración y a la armonización del derecho penal, pueden servir como ejemplo para desarrollos semejantes en otras regiones del mundo, sobre todo en América Latina.

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN COLOMBIA.
REFLEXIONES EN TORNO A LA REFORMA AL ARTÍCULO 250
DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*

RENATO VARGAS LOZANO**

RESUMEN: La reforma del artículo 250 de la Constitución Política colombiana introdujo una modificación trascendental al régimen previsto para el ejercicio de la acción penal; este último dejó de ser una prerrogativa exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y, a tales efectos, fueron facultadas las víctimas y otras autoridades administrativas. En este escrito se examinan la génesis y el debate de la modificación constitucional y se realiza una revisión crítica de la misma, a partir del examen de sus fundamentos teóricos y de sus consecuencias prácticas.

PALABRAS CLAVES: Derecho procesal penal, Acción penal, Ejercicio de la acción penal, Fiscalía General de la Nación, Artículo 250 Constitución Política, Acto Legislativo 06/2011.

* La presente colaboración fue realizada en el marco del proyecto de investigación Derecho penal, Parte especial y legislaciones complementarias, adelantado por el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas” de la Universidad Sergio Arboleda. El autor agradece muy especialmente al Prof. Álvaro Vargas por sus comentarios a este trabajo y a la estudiante Laura Castillo Garay por su valiosa colaboración en la búsqueda y la selección de las fuentes que sirvieron para la elaboración del texto.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España); Magíster en Derecho por la Universidad Externado de Colombia (Colombia); Abogado por la Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia). Profesor Investigador de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia) y miembro activo del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”; Becario de la Fundación alemana Max Planck; Abogado en ejercicio y miembro de la firma Álvaro Vargas Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de noviembre del año 2011 se expidió el Acto Legislativo 06 por medio del cual fueron reformados varios artículos de la Constitución Política de Colombia¹. Como consecuencia de lo anterior, el art. 250 del texto constitucional cuenta con un párrafo segundo nuevo del siguiente tenor: “Párrafo 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

La introducción del párrafo transcrito supone una de las variaciones más drásticas sufridas por el sistema de enjuiciamiento penal patrio en los últimos tiempos y la dimensión de sus consecuencias –prácticas y teóricas– explican que el mismo acapare toda la atención de este estudio. En este orden de cosas, el presente escrito dedica su primera parte a la reforma propiamente dicha; la segunda, a los motivos por los cuales dicha modificación puede considerarse inconveniente; la tercera, a las otras respuestas posibles al problema cuya existencia animó el cambio señalado y, la cuarta, a las conclusiones. Adicionalmente, en una quinta y última parte, se relacionan las fuentes consultadas.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Esta primera parte del trabajo está dedicada, conforme viene de indicarse, a la modificación propiamente dicha del artículo 250 de la Constitución Política; así, las próximas líneas se ocupan, primero, de las razones expuestas por sus proponentes y, segundo, de la evolución del texto propuesto a lo largo de los debates correspondientes.

A. Sus razones. De acuerdo con su “Exposición de Motivos”, la reforma tenía por objeto *“reducir la congestión judicial y darle una respuesta efectiva a las víctimas permitiendo la posibilidad de que la acción penal también sea ejercida por la víctima o por las autoridades administrativas en los casos y condiciones que determine la ley... lo que como ya se advirtió generará descongestión, mayores niveles de acceso a la*

¹ En concreto, los artículos 235 (numeral 4), 250 y 251 (numeral 1). Ver *Diario Oficial* No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011.

justicia y reducción de la impunidad"². Los argumentos utilizados para justificar la reforma constitucional fueron, en síntesis, dos:

En primer lugar, la congestión de la Fiscalía General de la Nación, en especial durante la etapa de indagación preliminar, pues aquella debe destinar la mayor parte de sus recursos humanos y materiales a investigar los delitos "*de menor impacto o pequeñas causas penales*"³. En segundo lugar, la correlativa situación de impunidad asociada a lo anterior, por cuanto el sistema acusatorio está generando, según los informes citados, una "*situación dramática de impunidad*", "*una situación insostenible de impunidad y una crisis muy grave de la justicia penal*"⁴.

A la vista del panorama anterior, correspondía adoptar, en opinión de los constituyentes derivados, "*medidas urgentes para reducir la congestión judicial y evitar el colapso del sistema en la indagación de ciertos delitos*"⁵. La solución propuesta fue la de privar al ente público acusador del monopolio del ejercicio de la acción penal y permitir, retomando la experiencia de países como Alemania, Chile o EE.UU., que "*otras entidades o las propias víctimas ejerzan la acción penal mediante figuras como la del acusador particular*"⁶.

De esta forma, dijeron, podría aprovecharse "*el interés que pueden tener las víctimas en el ejercicio de la acción penal*" y la "*infraestructura y personal capacitado que puedan tener otras entidades estatales*". Dichas víctimas y entidades estarían facultadas, en consecuencia, para "*asumir la indagación e investigación de ciertos delitos y el ejercicio de la acción penal*" a lo cual se seguiría, de forma natural, el efecto positivo de aliviar "*la carga que en estos momentos tiene la Fiscalía General de*

² Vid., "Exposición de Motivos" del Proyecto de Acto Legislativo por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política (*Gaceta del Congreso* número 206 de 27 de abril de 2011, versión electrónica consultada el 26 de enero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3). Si bien la razón de mayor peso en orden a justificar la reforma comentada es, en esencia, la necesidad de descongestionar a la Fiscalía General de la Nación, también es cierto que dicha modificación está relacionada íntimamente con la frustrada expedición de la llamada "Ley de pequeñas causas", misma que fue declarada inconstitucional porque, a la luz del anterior artículo 250 de la Constitución Política, la ley no podía privar a la Fiscalía General de la Nación del monopolio de la acción penal (vid., Sentencia C-879/08).

³ Vid., la "Exposición de Motivos", op. cit.

⁴ Vid., la "Exposición de Motivos", op. cit.

⁵ Vid., la "Exposición de Motivos", op. cit.

⁶ Vid., la "Exposición de Motivos", op. cit.

la Nación y que por sus limitaciones de recursos está conduciendo a la indefinición de las investigaciones penales”⁷.

B. Su contenido. Los antecedentes inmediatos de la modificación constitucional comentada se remontan al Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011 –Cámara– publicado en la Gaceta del Congreso número 206 de 27 de abril de 2011⁸. La propuesta inicial sugería introducir, únicamente, un párrafo 2° al artículo 250 con el siguiente contenido: “ARTÍCULO 1°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2° del siguiente tenor: “Párrafo 2°. La acción penal también podrá ser ejercida por la víctima o por las autoridades administrativas en los casos y condiciones que determine la ley”.

Tras el primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, el Proyecto original fue ajustado en dos sentidos: de un lado, se propuso la reforma de los artículos 235 y 251 de la Constitución Política y, del otro, se varió la redacción propuesta al párrafo 2° del artículo 250, así: ARTÍCULO 2°. El artículo 250 de la Constitución Nacional tendrá un párrafo 2° del siguiente tenor: “Párrafo 2°. En los casos de delitos menores, la acción penal podrá ser ejercida por la víctima o por autoridades que cumplan funciones de Policía Judicial, en los términos y condiciones que señale la ley. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma prevalente”. Los cambios anunciados fueron recogidos en el Informe de Ponencia para Segundo Debate⁹ y aprobados tras su discusión posterior¹⁰.

Ya en el Senado, se propuso sustituir las expresiones “o por autoridades que cumplan funciones de Policía Judicial” por la de “o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación” y la de “delitos menores” por la de “atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible”, con el objeto de introducir, según se lee en los documentos pertinentes, un criterio material llamado a orientar la ulterior selección de los delitos cuya acción penal podrían ejercer la víctima o una entidad pública diferente de la Fiscalía General de

⁷ Para lo citado, vid. Vid., la “Exposición de Motivos”, op. cit.

⁸ Vid., la “Exposición de Motivos”, op. cit.

⁹ Vid., el “Informe de Ponencia” para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011 –Cámara–, en *Gaceta del Congreso* número 249.

¹⁰ Vid., Texto Aprobado en Sesión Plenaria al Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 286 de 20 de mayo de 2011, versión electrónica consultada el 26 de enero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

la Nación. El texto de la propuesta quedó redactado como sigue¹¹:
ARTÍCULO 2°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo segundo del siguiente tenor: “Parágrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

Los senadores aprobaron las variaciones indicadas con anterioridad¹² y el texto consolidado que las incorporó fue llevado a la plenaria del Senado¹³. Como consecuencia de las discrepancias existentes entre los textos aprobados por la Cámara y el Senado, el Proyecto de Acto Legislativo fue conciliado; según consta en el Informe de Conciliación respectivo, la Comisión Accidental encargada de realizar el trámite antedicho resolvió adoptar el texto aprobado por la Plenaria del Senado¹⁴ y ese fue el llamado a convertirse en el aprobado durante la Sesión Plenaria correspondiente¹⁵.

¹¹ Vid., “Informe de Ponencia” para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado–, 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 336 de 31 de mayo de 2011, versión electrónica consultada el 26 de enero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹² Así consta en el Acta de Comisión 59 del 02 de Junio de 2011 Senado, publicada en la *Gaceta del Congreso* número 493 de 11 de julio de 2011, versión electrónica consultada el 26 de enero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹³ Cfr. “Informe de Ponencia” para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 394 de ocho (08) de junio de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹⁴ Cfr. “Informe de Conciliación” al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en las *Gacetas del Congreso* números 422 y 423 de 14 de junio de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹⁵ Cfr. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 456 de 24 de junio de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

También conviene ver el Acta de Plenaria 62 del 15 de Junio de 2011 Senado, publicada en la *Gaceta del Congreso* número 487 de seis (06) de julio de 2011, versión

La ponencia para el primer debate de la segunda vuelta introdujo una modificación importante; en efecto, la redacción aprobada hasta este momento sugería, conforme se ha dicho, atender “a la naturaleza del bien jurídico y a la menor lesividad de la conducta punible”, pero la variación sugerida para el primer debate de la segunda vuelta proponía atender “a la naturaleza del bien jurídico o a la menor lesividad de la conducta punible”.

El cambio era, sin duda alguna, significativo: la o disyuntiva que reemplazó a la y copulativa flexibilizaba las condiciones impuestas al legislador a la hora de ceder el ejercicio de la acción penal a terceros diferentes de la Fiscalía General de la Nación. Con la nueva redacción, el ejercicio de la acción penal podía atribuirse a otros sujetos diferentes de la Fiscalía General de la Nación, cuando el legislador lo considerara pertinente en atención a la naturaleza del bien jurídico o, bien, a la menor lesividad de la conducta¹⁶. El texto quedó así: Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2° del siguiente tenor: “Párrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”¹⁷.

El ulterior informe de ponencia para el segundo debate de la segunda vuelta, sometió a consideración el texto indicado en el párrafo

electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3 y el Acta de Plenaria 73 del 16 de Junio de 2011 Cámara, publicada en la *Gaceta del Congreso* número 719 de 26 de septiembre de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹⁶ Cfr. “Ponencia de Primer Debate” (Segunda Vuelta) al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 598 de 12 de agosto de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹⁷ El texto aprobado en el primer debate de la segunda vuelta consta en el “Informe de Ponencia” para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 661 de seis (06) de septiembre de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

anterior sin introducirle modificaciones de ninguna índole¹⁸ y así fue aprobado¹⁹.

Para el tercer debate de la segunda vuelta, los ponentes quisieron que se discutiera el Proyecto en los términos en que había sido aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes en la segunda vuelta²⁰. El Texto se aprobó por la respectiva Comisión del Senado sin modificaciones y, en consecuencia, su tenor fue el siguiente²¹: Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo segundo del siguiente tenor: “Párrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

Finalmente, el texto aprobado en la sesión Plenaria del Senado se correspondió con el resultante del séptimo debate (es decir, el tercero de la segunda vuelta) y no fue objeto de modificaciones. Por

¹⁸ Cfr. “Informe de Ponencia” para Segundo Debate al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 661 de seis (06) de septiembre de 2011, versión electrónica consultada el uno (01) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

¹⁹ Cfr. Texto Aprobado en Sesión Plenaria al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 778 de 14 de octubre de 2011, versión electrónica consultada el dos (02) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3. También pueden verse la *Gaceta del Congreso* número 808 de uno (01) de noviembre de 2011, donde se deja constancia de la aprobación del texto propuesto y el Acta de Plenaria 92 del 04 de Octubre de 2011 Cámara, publicada en la *Gaceta del Congreso* número 994 de 23 de diciembre de 2011, versión electrónica consultada el dos (02) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

²⁰ Así consta en el “Informe de Ponencia” para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 808 del uno (01) de noviembre de 2011, versión electrónica consultada el dos (02) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

²¹ Cfr. “Ponencia Segundo Debate”, Segunda Vuelta, al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 844 de diez (10) de noviembre de 2011, versión electrónica consultada el dos (02) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

consiguiente, su texto quedó como sigue²²: Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2° del siguiente tenor: “Párrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

No obstante, el texto del Acto Legislativo 06 de 2011 publicado en la Gaceta del Congreso número 895 (de 25 de noviembre de la anualidad antedicha) no da cuenta del cambio aludido en los párrafos anteriores y que fuera introducido a la redacción finalmente aprobada desde el quinto debate (primero de la segunda vuelta). El texto publicado en el medio de difusión del Congreso es el siguiente: Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2° del siguiente tenor: “Párrafo 2°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

Dicho texto se reprodujo, sin corregir el yerro indicado, en el Diario Oficial No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011²³: ARTÍCULO 2o. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo 2o del siguiente tenor: “PARÁGRAFO 2o. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”.

²² Cfr. Texto definitivo aprobado en sesión plenaria al Proyecto de Acto Legislativo 20 de 2011 –Senado– 216 de 2011 –Cámara–, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 878 de 23 de noviembre de 2011, versión electrónica consultada el dos (02) de febrero de 2012 en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3.

²³ En este momento no puede, por razones de espacio, dedicarse mayor atención a las implicaciones del error en comentario; sin embargo, conviene, como mínimo, revisar cuidadosamente las decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre este particular donde se dejan ver algunas de sus consecuencias. Sobre este interesante asunto pueden verse el Auto A-039 de 2004 y la Sentencia C-574 de 2006.

III. LA REVISIÓN DE LOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS (POLÍTICO CRIMINALES Y DOGMÁTICOS) DE LA REFORMA Y UN VISTAZO A SUS POSIBLES CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Desde el punto de vista teórico, la reforma al artículo 250 de la Constitución resulta harto polémica por cuanto da la espalda a las razones político-criminales y dogmáticas, que explican la organización y el funcionamiento de la administración de justicia en los Estados contemporáneos; adicionalmente, se avizoran algunos interrogantes de orden práctico sobre los cuales conviene advertir y reflexionar. A las dos cuestiones indicadas se dedican las siguientes páginas.

Bien, que la reforma procesal penal surtida en 2004 significó una transformación radical del proceso penal colombiano es algo irrefutable y que dicha modificación acercó el modelo de enjuiciamiento patrio al sistema acusatorio también está fuera de discusión. Sin embargo, es necesario aclarar que el proceso penal vigente en Colombia no se corresponde totalmente con el modelo acusatorio y, en contra de la afirmación de muchos prácticos y de otros tantos teóricos, el proceso penal colombiano es uno de aquellos susceptibles de caracterizarse como mixto.

Al efecto, basta recordar la presencia de notas típicamente inquisitivas²⁴ que, en algunos casos y atendidas importantes razones político-criminales y dogmáticas, han sido elevadas a la categoría de derechos humanos y/o fundamentales²⁵. Así, la pretensión de acercar el proceso penal de un Estado a los lineamientos del modelo acusatorio no debe considerarse, por ese solo hecho, un fin legítimo ni, mucho menos, garantista, que deba avalarse sin más; con base en idénticas razones, una institución típicamente inquisitiva no puede desestimarse ni rechazarse, sin haber considerado otros argumentos distintos al de su 'origen'²⁶.

²⁴ Por ejemplo, la persecución penal es competencia de un órgano estatal, la sentencia es dictada por jueces profesionales que deciden en derecho y tienen la obligación de motivar su fallo, contra esas decisiones procede el recurso de apelación, el carácter público de la pena y el que los ciudadanos pueden ser sometidos a prisión preventiva.

²⁵ Ya sea de forma independiente o, bien, por su inclusión en el macro concepto de debido proceso.

²⁶ Claramente, MONTERO AROCA *et al*: "... en las distintas exposiciones de los sistemas suele asistirse a un fenómeno de claro maniqueísmo, en el que todas las luces se dirigen al sistema acusatorio y todas las sombras ennegrecen al inquisitivo".

Lo dicho en los párrafos anteriores viene a cuento porque la discusión que propone la reforma constitucional se enmarca, precisamente, en dicho contexto: el monopolio de la acción penal en un órgano público que la ejerce de forma exclusiva es un legado del modelo inquisitivo, mientras que el ejercicio de la acción penal por parte de cualquier ciudadano es una característica propia del modelo acusatorio. Como se trata de contribuir al estudio juicioso y reposado del asunto planteado, conviene examinar previamente el contexto en el cual se presentan las opciones apuntadas arriba para, una vez hecho esto, valorar la propuesta de reforma constitucional.

A. *¿A quién le corresponde o le debe corresponder el ejercicio de la acción penal?* No hay una respuesta absoluta ni definitiva para la pregunta formulada en el epígrafe; por el contrario, cualquier solución posible está vinculada, de forma íntima, al modelo de organización social imperante en un momento y sitio determinados. En tal virtud, el examen de las distintas alternativas no puede prescindir del respectivo contexto y esa es la justificación de los párrafos venideros, dedicados a recordar, en todo caso muy rápidamente, lo relativo al ejercicio de la acción penal en los tres grandes modelos o sistemas procesales penales reconocidos por la generalidad de la doctrina especializada: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto²⁷.

Es habitual la referencia a los procesos seguidos en Grecia –y en la Roma republicana– como ejemplos del proceso acusatorio original o ‘puro’ y, en este contexto, la existencia de una acusación popular, es decir, de la posibilidad que cualquier ciudadano pudiera formular una acusación, suele destacarse como una de sus notas principales y definitorias. Los procesos acusatorios germánicos también son utilizados para ilustrar el modelo en comento porque, en ellos, el ejercicio de la acción correspondía al ofendido.

Para la conformación de estas estructuras procesales fue determinante el carácter privado atribuido originalmente al delito en aquellas

(Cfr. *Derecho jurisdiccional*, T. III (proceso penal), 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, pág. 16).

²⁷ Sobre los modelos procesales y su evolución histórica, pueden consultarse las obras de KAI AMBOS, *Derecho procesal penal contemporáneo*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, págs. 40 y ss.; FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Volumen 2, Bogotá, Ed. Temis, 1973, págs. 227 y ss.; LEONE, GIOVANNI, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. 1, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1963, págs. 20 y ss.; MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho procesal penal*, T. 1, Buenos Aires, Ejea, 1949, págs. 3 y ss.

organizaciones sociales. Eso explica, en muy buena medida, la concesión de las prerrogativas de ejercitar la acción y de acusar a quien había sido ofendido con el mismo (de hecho, este último podía, recuérdese, declararle la guerra al victimario o vengarse, para, de esa forma, restablecer el equilibrio y satisfacer su interés particular)²⁸.

La distinción que los griegos y, especialmente, los romanos hicieron entre los delitos públicos y los privados señaló el camino para la mutación posterior de los sistemas procesales. Uno de los primeros cambios tuvo que ver, justamente, con la titularidad de la acción penal y la posibilidad de formular la acusación: tratándose de los delitos considerados ‘públicos’, ambas correspondían a cualquier ciudadano²⁹ y cuando el delito era ‘privado’, las mismas eran exclusivas del ofendido o de sus sustitutos³⁰.

Con el paso del tiempo, el carácter público de los delitos se generalizó y a ello contribuyó decididamente la concentración del poder en unas únicas manos. Los vínculos entre las transformaciones políticas y el derecho procesal penal son, huelga decirlo, muchos y muy intensos; por eso, cuando el poder popular cedió frente al del emperador en la Roma imperial o al del monarca en los regímenes absolutistas posteriores, variaron significativamente los criterios con base en los cuales se legitimaban, tanto la administración de justicia, como el mecanismo concreto implementado para su ejercicio en materia penal³¹.

La concentración progresiva del poder político allanó el camino para que un número creciente de delitos fuera considerado público y, al

²⁸ Por ello, dice CARRARA: “En ese estado de cosas, las reglas del procedimiento no tenían otra norma que la lógica natural, cuando no era sobrepujada por la ira, es decir, ofensa privada, juicio privado, venganza privada. Los individuos reunían en sí mismos la pasión de la ofensa, el derecho a castigar, el juicio, y hasta la ejecución de la pena...”. (Cfr. op. cit., pág. 269).

²⁹ Al respecto, señala CARRARA: “... al considerar el delito como una ofensa a la sociedad, era lógico que todo ciudadano, como miembro de la sociedad ofendida, pudiera presentar acusación” (Cfr. op. cit., pág. 298).

³⁰ Véase, JULIO B. MAIER, *Derecho procesal penal*, T. I (fundamentos), 2 ed. 2 reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, págs. 264 y ss. y 445; JUAN MONTERO AROCA, et al. *Derecho jurisdiccional*, T. I (Parte General), 2ª. ed., Barcelona, Bosch, 1989, pág. 449.

³¹ Ampliamente, MAIER, op. cit., págs. 259 y ss., 446 y 447. En el mismo sentido, VICENTE GIMENO SENDRA, et. al., *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 58 y 59; MONTERO AROCA et al., *Derecho jurisdiccional*, T. I, págs. 501 y 502; MONTERO AROCA, et al., op. cit., Tomo III, págs. 16 y 17.

hilo de esto, la persecución oficiosa adquirió, como era apenas natural, mayor trascendencia. En ese nuevo escenario de poder concentrado apareció el proceso inquisitivo que se difundió por toda la Europa continental gracias, de un lado, a la asimilación del Derecho romano en dicha región y, del otro, a la preeminencia del cristianismo, con su derecho y sus procedimientos propios, en Occidente.

El modelo inquisitivo –cuyos orígenes conducen a la Roma imperial y al derecho de la Iglesia católica– privó a los particulares del ejercicio de la acción penal y, en cambio, lo atribuyó a un funcionario público quien ejercía dicha facultad de forma oficiosa. Naturalmente, esto estaba en perfecta sintonía con el nuevo marco político: los delitos ya no tenían un carácter meramente privado, pues con ellos se ofendía, antes que a la víctima, al monarca, quien era, en tanto absoluto, el titular de las potestades de crear las normas y de administrar justicia, de forma personal o por conducto de un delegado suyo³²; asimismo, las penas no tenían por objeto la satisfacción de un deseo de venganza o la reparación del ofendido, sino, en términos generales, la retribución y la prevención de delitos futuros.

Luego, ya en el siglo XVIII, la irrupción de ideas políticas nuevas, para el caso las del Iluminismo, favoreció otro cambio trascendental en el proceso penal. Algunas instituciones del modelo inquisitivo fueron objeto de críticas severas por parte de los reformistas, concretamente, el papel del tormento como mecanismo para la averiguación de la verdad y la primacía de la confesión entre los medios de prueba³³; la reivindicación de la dignidad de los seres humanos fue la bandera principal del discurso iluminista y las consecuencias de su aplicación al proceso penal fueron, qué duda cabe, en extremo significativas.

Como resultado de estos ajustes, surgió un modelo de procesamiento mixto, llamado así por cuanto recogía algunos de los postulados básicos del sistema inquisitivo (primordialmente, la persecución penal pública³⁴ y la búsqueda de la verdad histórica como fin

³² Así, LEONE: “... como base del sistema inquisitorio está la reivindicación para el Estado del poder de promover la represión de los delitos, que no puede ni ser encomendado ni ser delegado en los particulares”. (Cfr. op. cit., pág. 24). También, VICENTE MORENO CATENA, y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 5 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 51.

³³ Resumidamente, GIMENO SENDRA, et al., op. cit., pág. 59.

³⁴ Bien dice MAIER: “En definitiva, se intentaba en la persecución penal, dismantelar los efectos odiosos del Estado absoluto sin dejar de reconocer, sin embargo, la necesidad

inmediato del procedimiento) y algunos otros del modelo acusatorio (principalmente, la división de las funciones de acusar y juzgar); todo esto, con un procesado elevado a la condición de sujeto de derechos a quien se le garantizaba un abanico amplio de prerrogativas. Conforme puede verse, este procedimiento pretendía armonizar los intereses del Estado en reprimir los delitos y el individual de todas las personas a resistir el *ius puniendi* estatal.

El Estado jugaba un papel determinante en este nuevo escenario político: las funciones públicas de legislar, gobernar y administrar justicia, antaño concentradas en el monarca, se distribuyeron entre distintos órganos estatales que, limitándose recíprocamente, integraron los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En cualquier caso, la administración de justicia mantuvo, en su triple manifestación de perseguir, acusar y juzgar, un carácter público; otro tanto aconteció con la pena y, por ende, con el interés en la persecución de los delitos.

Este último era, con algunos matices, el estado de cosas en Colombia con anterioridad a la reforma constitucional examinada. Tal situación no era, conforme ha podido constatar, fruto del capricho del legislador ni, tampoco, el resultado de una casualidad histórica; esa forma de organización de la administración de justicia penal es, más bien, la síntesis de una larga y no siempre tranquila evolución política, filosófica y jurídica, asociada al proceso de civilización de la humanidad y que responde, tal como pasa a examinarse, a muy altos intereses político-criminales y a fundados motivos dogmáticos.

B. Las razones político-criminales y dogmáticas que justifican y avalan el monopolio estatal del ejercicio de la acción penal. El sistema acusatorio y el carácter privado de la persecución penal que lo caracteriza, obedecen a un contexto donde los delitos penales se consideraban privados y no tenían mayores diferencias con los ilícitos civiles. Pero la aparición de nuevas circunstancias políticas forzó la evolución del sistema: cuando un poder se arroga las diversas prerrogativas que integran el *ius puniendi*, proscribire la venganza privada y limita al mínimo la autotutela, resulta un contrasentido, por un lado, dejar en manos de los particulares el ejercicio de la persecución penal y, por el otro, sustraerse a los deberes de investigar la realización de un delito y de sancionar a sus responsables.

de perseguir de oficio aquellos atentados graves contra el orden y la paz social" (op. cit., pág. 361; en el mismo sentido, pág. 451).

Un proceso penal organizado a la manera acusatoria no tenía, pues, cabida en un marco político donde las funciones de legislar, gobernar y administrar justicia estaban concentradas en una misma fuente de poder y donde los intereses públicos eran, como consecuencia de esto último, preponderantes.

De esta forma, cuando el *ius puniendi* se radicó, primero, en el emperador, luego en el monarca absoluto y finalmente en el Estado, la pena (expresión máxima de la violencia institucionalizada) y la realización del Derecho penal en general³⁵ adquirieron un tinte claramente público que desplazó el interés particular del ofendido o de la víctima.

Las funciones consustanciales a la administración de justicia en materia penal devinieron, por lo dicho, públicas y ello propició la creación de órganos estatales especializados³⁶, a los cuales correspondía su realización de modo exclusivo³⁷. El emperador, el monarca o el Estado asumieron, según la época, el poder/deber de tutelar penalmente los intereses públicos y los privados por igual; así quedaron sentadas las bases para afirmar el interés público en la persecución de los delitos³⁸.

A causa de lo anterior, se introdujo el principio de legalidad procesal, cuya esencia la constituye el que el inicio de la persecución penal no pende de la voluntad de los particulares, sino que tiene lugar oficiosamente en todos los casos, sin atender a razones de conveniencia³⁹. El principio aludido es, en primer lugar, una consecuencia necesaria de la introducción al proceso penal de las ideas de 'averiguación de la verdad' y 'realización de la justicia material', en

³⁵ Como dice MAIER: "... el Derecho procesal penal pertenece al área de los Derechos de realización; específicamente, es el Derecho de realización penal, en tanto se lo define por su función de regular el procedimiento mediante el cual se verifica, determina y realiza la pretensión penal estatal definida por el Derecho penal ..." (op. cit., pág. 85).

³⁶ Como consecuencia de la morigeración de las características inquisitivas por cuenta de las notas del modelo acusatorio, las funciones de perseguir y acusar y la de juzgar, además de especializarse, fueron radicadas en órganos diferentes para garantizar la imparcialidad del encargado de juzgar.

³⁷ Cfr. MAIER, op. cit., págs. 816 y ss.

³⁸ JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal español (para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas en general)*, 2 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 49 y 50; MAIER, ob. cit., págs. 95 y ss.

³⁹ GIMENO SENDRA, et al., op. cit., pág. 55; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal*, cit., pág. 78.

segundo lugar, una verdadera garantía para el derecho a la igualdad⁴⁰ y, en tercer lugar, un instrumento para reafirmar el papel del Estado como titular del *ius puniendi*.

Cuando se autoriza el ejercicio de la acción penal a las víctimas, a los ofendidos o a los particulares en general, al margen de los delitos de qué se trate, como se pretende en la reforma estudiada, se exceptiona, obviamente, el régimen del monopolio estatal en la persecución penal y, por esa vía, se comprometen valores de especial relevancia en las sociedades actuales; ello ocurre, por dejar constancia de un ejemplo, con la igualdad, cuya materialización en este punto está ligada a la evitación de un tratamiento discriminatorio por la vía de la selección de lo perseguible⁴¹.

Una decisión en tal sentido conlleva, a no dudarlo, un retroceso significativo en el arduo camino transitado por la humanidad en aras del perfeccionamiento del proceso penal y de sus instituciones, mismo que inicia, recuérdese, con la venganza privada y desemboca en la organización e institucionalización de la administración de justicia como función estatal⁴². A causa del tránsito antedicho, el proceso

⁴⁰ Como dice ESER: “Finalmente, el principio de legalidad encontró un tercer y políticamente quizá más importante apoyo en el seguimiento de los movimientos revolucionarios en Norteamérica y Francia, cuyo objetivo era, no en último término, la abolición de los privilegios de clase. El poder judicial debía atenerse al principio esencial de igualdad incluso en la persecución penal, que, en consecuencia, iba en contra de un poder discrecional de persecución... La máxima de investigación de oficio responde básicamente a la concepción iusfilosófica anteriormente descrita. Porque si el principio de justicia se basa en la verdad material, su descubrimiento debe también ser tarea del poder judicial”. (Cfr. ALBIN ESER: “Un cambio en las máximas del proceso penal: ¿hacia la “reprivatización” del proceso penal?”, en K. Ambos y E. Montealegre (dirs.), *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 55).

⁴¹ Según ESER “... la función de tutela de la paz jurídica que desempeña el principio de legalidad no sólo puede quedar vacía de contenido a través de una excesiva renuncia a la persecución, sino también a través de una desigual renuncia a la misma ... Por eso, no sin razón, hace tiempo que el Tribunal Federal ha llamado la atención sobre el progresivo vacío experimentado por el principio de legalidad a través de la discrecionalidad de los acusadores públicos: esto rompe con la unidad en la aplicación del proceso, elimina la igualdad ante la ley ...” (ob. cit., pág. 80).

⁴² Bien señala CARRARA: “... el orden racional del juicio punitivo toma impulso desde el momento en que desaparece la idea de vengar a la divinidad o al individuo; entonces cesa también la obediencia ciega al ímpetu apasionado de este y a la orden inescrutable de aquella; y entonces el magisterio punitivo, sin ser ya función del agraviado ni del sacerdote, se convierte en función de la humanidad, y queda sometido al poder de la razón humana”. (op. cit., pág. 228).

penal se ha convertido en un método cada vez más civilizado de administrar justicia⁴³.

La atribución del monopolio del ejercicio de la acción penal al Estado constituye, por lo expuesto, una conquista muy valiosa para la civilización⁴⁴ que los constituyentes derivados colombianos parecen menospreciar. La idea de retornar el ejercicio de la acción penal a las víctimas, a los ofendidos o, en general, a los particulares, librando su ejercicio a la iniciativa privada, comporta un viaje al pasado que lleva justo al principio, cuando todo empezó, es decir, cuando los delitos eran considerados una cuestión privada cuya persecución y sanción carecía de cualquier interés público.

No parece conveniente, en cualquier caso, abrir la puerta a la privatización del Derecho procesal penal, algunos de cuyos derechos, instituciones y garantías se desdibujan al perder su carácter público. En orden a evaluar las consecuencias de seguir por esa senda no es preciso ir muy lejos, pues la dimensión actual de un buen número de dichos derechos, instituciones y garantías vigentes se debe, precisamente, a dicha naturaleza pública: piénsese, por ejemplo, en el Derecho de defensa cuya relevancia se nutre del interés público en evitar la condena de un inocente y de su consecuente equiparación al interés –también público– en la sanción de los responsables.

El innegable carácter público de las penas constituye el eje sobre el cual se construye todo el sistema penal; la pena es una reacción estatal especialmente severa que está respaldada por la fuerza del

⁴³ Como expresa MAIER: *“De la inquisición perduran hasta nuestros días sus dos máximas fundamentales: la persecución penal pública de los delitos, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad particular; y la averiguación de la verdad histórica, como meta directa del procedimiento penal, sobre cuya base se debe fundar la decisión final. El triunfo político del Iluminismo, a partir de la Revolución Francesa y de la independencia de los EE.UU., y, consecuentemente, la creación de un nuevo orden social y jurídico no lograron abrogar esos postulados, los cuales, considerados como un progreso, representan el legado de la Inquisición al enjuiciamiento penal actual”* (op. cit., págs. 449 y 450; negritas no originales).

⁴⁴ Bien señala MONTERO AROCA: *“El reconocimiento de que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares hayan sido o no ofendidos por el delito, sino que es una función que debe asumir el Estado y que debe ejercerse conforme al principio de legalidad, significó un indudable avance, pero su degeneración, consistente en que el juez asumiera las funciones de acusador y de juez, condujo al sistema inquisitivo”*. (ob. cit., T. III, pág. 17; negritas propias).

Estado y de ahí la necesidad de institucionalizar la función consistente en administrar justicia penal y someterla a controles. Todo lo anterior habla a favor de mantener el carácter público del interés comprometido en la persecución, la investigación o la sanción de los delitos y, claro, en el conjunto de derechos y garantías con que cuentan los individuos para, además de resistir el *ius puniendi* estatal, evitar su abuso.

Indudablemente, radicar el ejercicio de la función jurisdiccional en el Estado supone un aumento de sus tareas y esto último se traduce en necesidades concretas (de personal y de medios) que exigen una apropiación presupuestal de gran magnitud. Con todo, ese es un tema práctico, de orden administrativo y/o de gestión que debe resolverse, en tanto sea posible, sin afectar un sistema de administración de justicia como el anterior a la reforma, construido y perfilado a partir de muy valiosas conquistas en los planos político-criminal y dogmático.

Ahora bien, tal como se lee en la “Exposición de motivos” de la reforma, la congestión en la etapa de la indagación preliminar pretende resolverse concediendo, en ciertos casos, el ejercicio de la acción penal a las víctimas o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación⁴⁵. De ahí la necesidad de diferenciar dos supuestos: en primer lugar, aquel en el cual el ejercicio de la acción penal se concede a las víctimas y, en segundo lugar, aquel en el cual el ejercicio de la acción penal se concede a otras autoridades distintas de la Fiscalía.

Ninguna de las opciones propuestas es, en realidad, lo suficientemente convincente; las razones para dicha afirmación se exponen a continuación.

C. La inconveniencia de atribuir el ejercicio de la acción penal a la víctima. Aceptando, siempre en gracia de discusión, que, conforme se lee en la “Exposición de Motivos” de la reforma, el interés de las víctimas en la persecución penal puede ser mayor que el de un órgano

⁴⁵ La descongestión de la etapa de indagación “solamente tiene dos soluciones: el fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación, lo cual no es posible por los altos recursos que ello implica y porque la misma se debe dedicar a la investigación de los delitos más graves; o permitir la posibilidad de que las víctimas y otras entidades ejerzan la acción penal, situación completamente viable jurídicamente, una vez se apruebe el presente acto legislativo” (Cfr. “Exposición de motivos”).

público⁴⁶, lo cierto es que hay varios aspectos que hablan en contra de devolver el ejercicio de la acción penal a los particulares y, en concreto, a las víctimas⁴⁷.

Los antedichos argumentos son, en resumen, los siguientes: el aumento de los costos y los riesgos para la integridad física de la víctima y su entorno, así como el posible abuso del sistema penal por los particulares.

1. Cuando la víctima goza del ejercicio de la acción, la justicia penal se torna, en términos económicos, costosa. Tan sólo ocasionalmente las víctimas tendrán los conocimientos jurídicos que les permitan hacer uso del derecho en comento, sin la necesidad de recurrir a un técnico en derecho que las asesore o, si fuere del caso, las represente en tal labor; además, los actos de investigación deberán, en no pocas ocasiones, delegarse en o realizarse con la colaboración peritos. En ambos casos, el carácter especializado de dichas actividades da lugar al cobro de –seguramente, cuantiosos– honorarios⁴⁸.

Para remediar esta situación, habría que pensar en disponer de un órgano capaz de asumir la representación de las víctimas, con acceso a un equipo técnico científico de investigación y en condiciones de ofrecer su servicio de forma gratuita (lo cual aumentaría las cargas del presupuesto nacional), pues de no hacerlo así, la consecuencia de la descongestión de la Fiscalía General de la Nación sería, además de la negación del principio de acceso a la administración de justicia, una nueva victimización de quien ya ha sido víctima de un delito, pero esta vez por parte del Estado.

2. Cuando la víctima goza del ejercicio de la acción penal, los riesgos para su integridad física aumentan. En buena medida, que el ejercicio de la acción penal recaiga en un órgano estatal garantiza

⁴⁶ Afirmación esta, en todo caso injusta.

⁴⁷ Como recuerda ESER, los principios de oficialidad y legalidad se consolidaron en el derecho procesal penal alemán debido a la “*mala experiencia sufrida con la acción privada en el proceso penal alemán primitivo*” (Cfr. op. cit., pág. 54).

⁴⁸ Esta referencia a los costos que la acusación privada genera para los actores no es, realmente, algo nuevo en el contexto procesal. En los modelos acusatorios originarios, concretamente entre los griegos, los acusadores privados debían sufragar sumas muy altas, por ejemplo, las destinadas al pago de la caución con que se respondía por los eventuales perjuicios derivados de una falsa denuncia o al pago que debían realizar cuando no lograran, cuando menos, una quinta parte de los votos del tribunal (Vid., AMBOS, op. cit., pág. 41).

que la función desempeñada por dicho órgano no está ligada a la existencia física de una persona (al punto que si la persona por conducto de la cual obra el órgano fallece, dicho órgano no deja de existir); eso minimiza el efecto de las presiones que terceros puedan realizar sobre quienes ejercen alguna de las funciones consustanciales a la administración de justicia penal.

Ocurre todo lo contrario cuando el titular del derecho a ejercer la acción es la víctima, pues en tal caso las funciones de requerir e investigar competen a un particular y, por tal razón, su ejercicio depende de la propia existencia física y del interés de esa persona en concreto. Por consiguiente, no resulta descabellado imaginar un supuesto en el que una víctima sea objeto de intimidación o, incluso, de graves agresiones contra su persona o su familia para evitar que insista en la persecución de un determinado delito (mucho menos en países como Colombia, donde las bandas criminales con alto o mediano poder intimidatorio abundan).

En este caso, el precio de descongestionar a la Fiscalía General de la Nación sería el aumento del riesgo para la integridad personal de las víctimas y de su entorno familiar, así como, con fundamento en estas mismas razones, un muy probable aumento de la impunidad.

3. Cuando la víctima goza del ejercicio de la acción penal, el derecho penal corre el riesgo de utilizarse de modo abusivo. La privatización del sistema penal permite que entren en escena intereses diferentes a los de realizar el Derecho penal y sancionar al responsable de la comisión de un delito. Por supuesto, cuando el funcionamiento del sistema se hace depender de la voluntad de los particulares, dichos abusos se concretan en acusaciones infundadas o mentirosas, guiadas por intereses mezquinos (como la venganza o la extorsión)⁴⁹, que, si bien no son ajenos al modelo actualmente en vigor, sí son susceptibles de mayores controles gracias a la forma como se encuentra organizada la administración de justicia penal actual.

En este caso, el precio de descongestionar a la Fiscalía General de la Nación sería la desnaturalización de los fines que animan la importante función de administrar justicia en materia penal.

⁴⁹ De ahí la necesidad de plantearse la posibilidad de exigir a los acusadores el pago de una caución destinada a responder por los perjuicios derivados de una acusación falsa. Así lo hicieron, por ejemplo, los griegos en su tiempo (Cfr. AMBOS, op. cit., pág. 41).

D. *La inconveniencia de atribuir el ejercicio de la acción penal a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación.* Expuestos los motivos por los cuales resulta cuestionable brindar a las víctimas el ejercicio de la acción penal, resta indicar las razones por las cuales tampoco tranquiliza la opción de asignar dicha potestad a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación. Lo dicho porque, en resumen, el personal adscrito a la Fiscalía General de la Nación es el más idóneo de todos para ejercitar la persecución penal, el que otras autoridades públicas ejerciten la acción penal no resuelve el problema sino que lo traslada y, por último, los riesgos de ‘policización’/‘policialización’⁵⁰ y de ‘administrativización’ del proceso penal se magnifican.

1. La Fiscalía General de la Nación cuenta con el personal más idóneo de entre los órganos estatales para ejercitar la persecución penal. En efecto, el Estado colombiano, así como un buen número de organizaciones internacionales de cooperación y colaboración, han invertido ingentes recursos en la formación de los miembros de la Fiscalía General de la Nación. A causa de esto, decirlo parece una obviedad, los funcionarios de la antedicha institución son, de lejos, los más y mejor capacitados para enfrentar las exigencias dogmáticas y procesales anexas a la persecución penal. No en vano se trata de un organismo especializado.

Habría que reconocer, en todo caso, que esas otras autoridades pueden tener mayores competencias en ciertos aspectos técnicos (el caso de las superintendencias, los departamentos administrativos o las direcciones nacionales), empero, sus conocimientos son precarios por cuanto mira con las cuestiones dogmáticas, tanto de orden sustantivo como procesal, inherentes a la administración de la justicia en materia penal.

La inversión en su cualificación habría de ser cuantiosa, para no hablar del tiempo; entre tanto, los posibles errores derivados de la impericia de dichos funcionarios generarían un impacto muy alto en términos de justicia e impunidad.

2. Otorgar el ejercicio de la acción penal a otras autoridades no resuelve el problema, sencillamente lo traslada. Es cierto que, en la actualidad, se evidencia una situación de congestión que perjudica

⁵⁰ Ambas formas son utilizadas por la doctrina especializada en lengua castellana para traducir la palabra alemana *Verpolizeilichung*.

la labor de la Fiscalía General de la Nación, pero la idea de aligerar sus cargas concediendo el ejercicio de la acción penal a otras autoridades no supone, necesariamente, una solución.

Lo más probable es que, de proceder en el sentido indicado en la reforma, la Fiscalía General de la Nación efectivamente se descongestione, pero, en tanto el número real de casos no disminuya, el volumen de trabajo que hoy tiene colapsado al ente investigador simplemente se trasladaría a las otras autoridades, menos acostumbradas a lidiar con estos temas y con menos recursos humanos y económicos para ello.

Ahora bien, al margen de la circunstancia descrita en el párrafo anterior, todavía quedaría pendiente resolver otro escenario complejo: supóngase que esas otras autoridades asimilan convenientemente su nuevo papel y todas ellas sacan adelante sus respectivas investigaciones. En tal situación, la congestión se trasladaría al ámbito judicial que no estaría en condiciones de responder, por las mismas razones que la Fiscalía no puede hacerlo ahora, a las acusaciones que le vendrían de todas partes (los fiscales, las víctimas y las otras autoridades).

La solución no pasa, entonces, por atribuir a otras autoridades el ejercicio de la acción penal, el problema es bastante más grave de lo que parece a primera vista, es estructural y debe enfrentarse de un modo integral.

3. La incertidumbre sobre las otras autoridades a las cuales se confíe el ejercicio de la acción penal. La Ley de pequeñas causas confió algunas actuaciones especialmente importantes a la Policía Nacional; pero, al margen del papel ciertamente relevante de la aludida institución en la averiguación de los punibles, lo cierto es que la idea de otorgar poderes cada vez más amplios a los cuerpos de policía –o a quienes cumplan funciones de policía judicial– en orden a la investigación de los delitos, en detrimento del papel de las Fiscalías (o del Ministerio Público), viene siendo objeto de profundos cuestionamientos en otras latitudes⁵¹. Incluso, se ha acuñado una expresión para caracterizar ese fenómeno: la ‘policización’ o ‘policialización’

⁵¹ Bien dice AMBOS: “En concreto, esto significa que en los ámbitos de la criminalidad menor y media la policía dirige las investigaciones de manera prácticamente autónoma...” (op. cit., pág. 81).

del proceso penal⁵² y el punto neurálgico de la cuestión es, como cabe suponer, el relativo al control de dicha actividad⁵³.

Otro tanto puede decirse de las Agencias administrativas de control y vigilancia que hacen gala, hoy en día, de grandes poderes sancionadores. Lo acontecido con algunas agencias administrativas estadounidenses como la *Securities Exchange Commission* –SEC– o el *Internal Revenue Service* –IRS– es muy ilustrativo.

En este punto, la reflexión debe encaminarse a determinar si conviene permitir que esas otras autoridades, vinculadas a otros poderes públicos y dependientes, casi siempre, del poder ejecutivo o de los entes de control, decidan si ejercitan o no la acción penal en función de sus concretos intereses (actualmente, la Fiscalía General de la Nación es, recuérdese, independiente del ejecutivo). Otorgarles la posibilidad de decidir si un determinado delito permanece impune y su autor libre de responsabilidad, se parece mucho, por cuanto mira con los efectos de esa decisión de no ejercitar la acción, a una absolución judicial; por supuesto que algo así contraría el principio de separación de poderes y, desde el punto de vista político, resulta altamente desaconsejable.

IV. UNA POSIBLE SOLUCIÓN: VALERSE DE LOS MECANISMOS ACTUALMENTE EXISTENTES Y POTENCIAR SU APLICACIÓN

A la vista de las consideraciones vertidas en los acápites anteriores, la pregunta es, entonces, si hay alguna otra alternativa posible para

⁵² AMBOS, op. cit., págs. 71 y ss.; JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, “Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales”, en Gómez Colomer (Coord.): *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del Siglo XXI*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 88; JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, “La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir”, en José Hurtado Pozo (Dir.): *Derecho penal. Revista electrónica*, Fribourg, Université de Fribourg, 2008, pág. 30.

⁵³ Al respecto, señala JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: “Pero es necesario el control, porque la investigación real no puede descargarse en manos de la policía judicial sin que deba dar cuenta de sus actos. Esto puede conllevar el riesgo de una gran oposición por parte del poder político, porque puede manejar mucho más fácilmente a la policía que a los jueces, pero es necesario para que exista una auténtica justicia penal”. (Cfr. “Estado Democrático y modelo policial: una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen”, en Ambos, Gómez Colomer, Vogler (dirs.): *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pág. 7).

enfrentar el problema al hilo del cual nació la iniciativa de reforma constitucional.

En la “Exposición de Motivos” se apuntan, recuérdese, dos soluciones. La primera, la natural y más lógica, era la de fortalecer la Fiscalía General de la Nación, pero ésta fue descartada por motivos presupuestales; la segunda, única viable para el constituyente derivado, era la consistente en permitir que las víctimas y otras autoridades ejercieran la acción penal⁵⁴. No obstante, conviene advertir, en contravía de la aseveración vertida en la “Exposición de Motivos”, que sí hay otras soluciones, las cuales, por lo demás, no son incompatibles ni mucho menos excluyentes entre sí.

A. La morigeración del principio de oficialidad: las condiciones de procesabilidad y el principio de oportunidad. El principio de legalidad, al cual se hizo referencia con anterioridad, tiene una manifestación que se conoce en la doctrina como ‘principio de oficialidad’. De acuerdo con éste, en primer lugar, ha de iniciarse un proceso en todos y cada uno de los casos en que se tenga noticia de la ocurrencia de una conducta delictiva (de ahí el deber ciudadano de denunciar) y, en segundo lugar, es imposible ponerle fin a la actuación por un medio que suponga cualquier tipo de disposición del interés colectivo en la persecución y la sanción de los delitos⁵⁵.

Las alternativas que pueden considerarse en este punto son ampliamente conocidas en el ámbito procesal penal y han sido incorporadas a muchos ordenamientos nacionales, aunque no siempre sin resistencias. Es importante resaltar que los supuestos relacionados a continuación no implican que la Fiscalía General de la Nación comparta la facultad de ejercer la acción penal; por esto, el monopolio estatal en esta materia no padece una restricción significativa.

1. Las condiciones de procesabilidad. Una primera opción es la de exigir una condición, en todo caso previa, para que la Fiscalía General de la Nación pueda ejercitar válidamente la acción penal e

⁵⁴ La descongestión de la etapa de indagación, dice la ya cita “Exposición de Motivos”, “solamente tiene dos soluciones: el fortalecimiento de la Fiscalía General de la Nación, lo cual no es posible por los altos recursos que ello implica y porque la misma se debe dedicar a la investigación de los delitos más graves; o permitir la posibilidad de que las víctimas y otras entidades ejerzan la acción penal, situación completamente viable jurídicamente, una vez se apruebe el presente acto legislativo”.

⁵⁵ MAIER, op. cit., pág. 818; MONTERO AROCA et al., op. cit., T. III, pág. 20.

iniciar la persecución⁵⁶. Dicha condición consiste, normalmente, en una manifestación de voluntad formal y expresa que, en punto de la persecución, realiza el interesado en ella.

Tal posibilidad ha sido introducida desde hace muchos años al ordenamiento procesal penal colombiano, mediante las figuras de la querrela y de la petición especial (arts. 69 y ss. de la Ley 906/2004). Con todo, es preciso reconocer que la posibilidad de que otras autoridades distintas del Procurador General de la Nación condicionen el ejercicio de la acción penal es limitada, pues para todas las demás rige, de modo general, el deber ineludible de denunciar (art. 67 de la Ley 906/2004).

Ahora bien, aclarado que las víctimas pueden condicionar el ejercicio de la acción penal, la cuestión es articular su participación en la actuación para garantizar que, cuando su interés se manifieste de forma afirmativa, aquélla pueda avanzar acorde con esa manifestación. A tales efectos, recuérdese, las víctimas cuentan con un amplio abanico de derechos que bien pueden entenderse aplicables al querellante legítimo (ordinariamente, el sujeto pasivo del delito).

Aunque lo ideal es que el número de asuntos respecto de los cuales se exige tal manifestación sea pequeño, como solución de coyuntura bien podría pensarse en ensanchar dicho catálogo, que, a propósito, ya es bastante amplio en Colombia.

2. La aplicación del principio de oportunidad. Una segunda opción para aligerar la actividad de la Fiscalía General de la Nación consiste en darle mayor relevancia al principio de oportunidad, que permite a quien lo pone en práctica decidir sobre el ejercicio de la acción penal o su continuidad.

Debe enfatizarse en que su aplicación ha de estar sometida a ciertas reglas, en tanto se trata de hacer de tal posibilidad una “*excepción justificada*” al principio de legalidad y no una mera “*continuación legal*”

⁵⁶ Al respecto, señala MAIER: “*Aunque el instituto derive del mismo principio que domina la acción privada –conceder importancia a la autonomía de voluntad particular para la persecución de ciertos delitos–, no provoca los mismos efectos, pues la persecución penal continúa siendo pública (oficial) y monopolizada por el ministerio público; la excepción reside, solamente, en colocar un obstáculo –que relea la instancia privada– para el comienzo de la persecución penal estatal*” (op. cit., pág. 828).

*natural de la discrecionalidad penal*⁵⁷. Esto es importante remarcarlo porque, a tono con lo previsto por los principios de legalidad y de oficiosidad, los órganos de persecución penal no podrían decidir sobre la conveniencia o no de ejercer la acción penal en un caso concreto, conforme propone el principio de oportunidad⁵⁸.

En este caso, desde el punto de vista dogmático, tampoco se afecta el monopolio del ejercicio de la acción penal previsto a favor de la Fiscalía General de la Nación, sino que se la faculta –en tanto órgano estatal, no particular– para disponer de su ejercicio y, en algunos eventos, para terminar una actuación que hubiese iniciado con antelación⁵⁹. Lo anterior permite que el titular del ejercicio de la acción penal suspenda, interrumpa o renuncie al ejercicio de la acción penal, con base en razones de conveniencia política, económica o social, básicamente⁶⁰.

Naturalmente, si la cuestión se presenta en los anteriores términos, puede suscitar –y así ocurre– acaloradas reacciones. No obstante, si se tiene en cuenta que, de hecho, la persecución penal es selectiva (y no sólo por la falta de comunicación de la *notitia criminis*, claro), la idea de encauzar los criterios con base en los cuales se realiza la aludida selección, parece mucho más razonable y bastante menos controvertible⁶¹. De esta forma, el ‘principio de oportunidad’ y la ‘discrecionalidad’ o la ‘arbitrariedad’ no pueden tenerse como sinónimos.

Dentro de ese grupo de motivos que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad están los relativos a la escasa entidad del daño producido por el delito, a la falta de interés en la persecución penal de determinados delitos o a la reparación de las víctimas⁶², para citar sólo los que podrían tener una mayor pertinencia de cara a la problemática que se pretende resolver mediante la inconveniente reforma constitucional examinada.

B. La improbable, pero, sin duda, necesaria, reducción de los asuntos penales. Ya con motivo de la Ley 1153 de 2007 se había puesto sobre el

⁵⁷ Cfr. GÓMEZ COLOMER, “Sistema...” cit., pág. 91.

⁵⁸ Este es el motivo por el cual en algunos ordenamientos, como en el colombiano, el ejercicio del principio de oportunidad es reglado.

⁵⁹ MONTERO AROCA, op. cit., T. III, págs. 21 y 22.

⁶⁰ MAIER, op. cit., pág. 88.

⁶¹ MAIER, op. cit., págs. 385 y ss.

⁶² GIMENO SENDRA et al, op. cit., pág. 56.

tapete de la discusión la cuestión de la necesidad de descongestionar el proceso penal, para atender los delitos de menor relevancia e impacto social que, en dicha ley, fueron denominadas genéricamente ‘contravenciones’. En tal ocasión, el legislador dispuso que dichas conductas fueran, por regla general, querellables y que tanto su investigación como su juzgamiento estuvieran sometidos a un procedimiento especial, más expedito, que variaba según hubiera captura en flagrancia o no.

En aquel entonces, y ahora también, eran y son reiteradas las referencias a que la congestión en materia penal tiene su razón de ser en la cantidad de asuntos que constituyen las denominadas “*pequeñas causas*”, por dicha razón “*considerados menos graves*” o “*de bajo impacto social*”.

Como es obvio, las expresiones usadas por los prelegisladores colombianos esconden la verdadera causa de la congestión que padece la administración de justicia en general y no sólo la Fiscalía General de la Nación.

Que el legislador reconozca esto expresamente, no deja de dar la razón a quienes, desde las aulas y los foros, cuestionan la evidente ‘inflación’ legislativa en materia penal y advierten de sus efectos meramente simbólicos. El problema que describe la “Exposición de Motivos” es el mejor ejemplo de las consecuencias de la desatención que el legislador ha hecho de esas advertencias: sobreabundancia de normas penales en las cuales se consagran delitos que no pueden ser investigados ni juzgados, debido a la carencia de medios humanos, técnicos y logísticos.

En otras palabras, el sistema penal es incapaz de procesar la cantidad de requerimientos que recibe actualmente y ese hecho no va a cambiar porque quien investigue sea la víctima u otra autoridad diferente de la Fiscalía General de la Nación⁶³.

Lo anterior se hace más grave, cuando se repara en que los asuntos responsables de la congestión del sistema penal son, según explican los propios legisladores, “*pequeñas causas*” o delitos considerados “*menos graves*”, “*de bajo impacto social*” o, en fin, “*de menor impacto*”. A la vista de esas afirmaciones, la pregunta es evidente: ¿dónde quedó

⁶³ Como anota MONTERO AROCA, se “*trata de reconocer que el Estado en cuanto juzgador no puede cumplir con las promesas que hace como legislador...*” (Cfr. *Principios...* cit., pág. 80).

el carácter fragmentario, subsidiario y de último recurso que caracteriza o debería caracterizar al Derecho penal? La respuesta es triste, pues dicho pilar de la política criminal de los Estados de Derecho parece haber sido condenado al ostracismo.

La invitación es, en tal virtud, a realizar un ejercicio racional y responsable del *ius puniendi* estatal, esto es, de ese derecho a castigar del que es titular el Estado y que le permite, entre otras cosas, crear normas penales.

V. CONCLUSIÓN

Si bien la reforma efectivamente puede estar llamada a conseguir una reducción de la congestión sufrida por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que no hay motivos para ser optimistas en cuanto al efecto positivo de reducir la impunidad señalado o querido por sus promotores.

En efecto, si la descongestión de la Fiscalía General de la Nación, argumento central en la justificación de la reforma, está llamada a reducir los niveles de impunidad, debe advertirse que permitir el ejercicio de la acción penal a las víctimas o a otras autoridades no produce, *per se*, ese efecto.

Para que ello ocurra, el ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas no debe ser costoso y tanto su integridad física como la de su entorno han de estar debidamente garantizadas; asimismo, las otras autoridades han de contar con los recursos humanos, económicos y logísticos adecuados para que puedan asumir dicho encargo sin mayores dificultades. Para conseguir lo anterior es necesario destinar gruesas sumas del presupuesto nacional; el problema es que la ausencia de recursos públicos para fortalecer la Fiscalía General de la Nación denunciada por los promotores de la reforma constitucional fue, precisamente, lo que los llevó a sugerir, como solución alternativa, la modificación del artículo 250 de la Constitución.

Esto, sin olvidar que de no contar con un número de jueces suficiente y debidamente dotado para responder a las demandas de justicia penal provenientes de las víctimas, las otras autoridades y la fiscalía, el problema de la congestión simplemente se trasladaría a una instancia diferente: pasaría de la investigación al juicio.

Si a lo expuesto en precedencia se le suman, de un lado, los riesgos en punto de los eventuales abusos a que se pueda prestar la delegación

del ejercicio de la acción penal, tanto los atribuibles a las víctimas, como los relativos a la selección de lo penalmente relevante por esas otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación y, del otro, los atinentes a la policización o la administrativización del proceso penal y de la función jurisdiccional, el panorama se presenta muy complejo.

Ahora bien, desde el punto de vista teórico, la modificación del artículo 250 de la Constitución Política colombiana es, sin duda, hartamente cuestionable y las consecuencias político criminales de la reforma están por verse; habrá que darle una oportunidad. Sin embargo, parece claro que la idea de concederle a las víctimas o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General de la Nación la posibilidad de ejercer la acción penal no se corresponde con la idea del interés público que recae sobre un número cada vez mayor de delitos y al amparo de la cual se estructura la persecución de los mismos en la generalidad de los Estados modernos.

En tal estado de cosas, el precio a pagar parece, pues, muy alto y los beneficios esperados ni tan claros ni tan contundentes.

Finalmente, si hay consenso en cuanto a que la verdadera razón de la congestión del sistema judicial penal y de la denunciada impunidad es la cantidad excesiva de asuntos ‘menores’, entonces tampoco debería haber duda alguna sobre cuál es la solución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Acto Legislativo 06 de 24 de noviembre del 2011 “por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política”, en: *Diario Oficial*, No. 48.263 de 24 de noviembre de 2011.

AMBOS, KAI: *Derecho procesal penal contemporáneo*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

CARRARA, FRANCESCO: *Programa de Derecho Criminal*. Parte General, trad. de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Volumen 2, Bogotá, Ed. Temis, 1973.

ESER, ALBIN: “Un cambio en las máximas del proceso penal: ¿hacia la “reprivatización” del proceso penal?”, en K. Ambos y E. Montealegre (dirs.): *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Informe de conciliación al Proyecto de Acto Legislativo número 020 de 2011 Senado, 216 de 2011 Cámara (primera vuelta), por el cual se reforma

el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la constitución política. En: gaceta del congreso, No. 423 del 14 de junio de 2011.

GIMENO SENDRA, VICENTE *et al.*: *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: "Estado Democrático y modelo policial: una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen", en Ambos, Gómez Colomer, Vogler (dirs.): *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 1 a 14.

___: *El proceso penal español (para agentes de la autoridad, criminólogos y no juristas en general)*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

___: "Sistema de enjuiciamiento criminal adversarial y nuevas tendencias dogmáticas penales", en Juan Luis Gómez Colomer (Coord.): *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del Siglo XXI*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, págs. 69 a 99.

___: "La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir", en José Hurtado Pozo (Dir.): *Derecho penal. Revista Electrónica*, Fribourg, Université de Fribourg, 2008.

___: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.

___: *El proceso penal español*, 2ª. ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.

GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN: "La policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: el caso Colombia", en Ambos, Gómez Colomer, Vogler (dirs.): *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 193 a 236.

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

LEONE, GIOVANNI: *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo 1, Trad, de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1963.

MAIER, JULIO B.: *Derecho procesal penal*, 2ª. ed., 2 reimpresión, Tomos I (fundamentos) y II (parte general, sujetos procesales), Buenos Aires, Editores del puerto, 2002.

MALARINO, EZEQUIEL: "La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un resumen comparativo", en Ambos, Gómez Colomer, Vogler (dirs.): *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 577 y ss.

MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho procesal penal.*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Tomo 1, Buenos Aires, EJE, 1949.

MONTERO AROCA, JUAN *et al.*: *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, 18 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

_____: *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 17 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MONTERO AROCA, JUAN: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

_____. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Madrid, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

MORENO CATENA, VÍCTOR y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN: *Introducción al Derecho Procesal*, 5 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

VOGLER, RICHARD: “*La perspectiva angloamericana sobre la Policía y el Estado de Derecho. Implicaciones para Latinoamérica*”, en Ambos, Gómez Colomer, Vogler (dirs.): *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, págs. 15 a 42.



Jurisprudencia

LA FLEXIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS CRÍMENES QUE AGRAVIAN A LA HUMANIDAD

FERNANDO VELÁSQUEZ V*.

En la época contemporánea se ha producido la flexibilización del tradicional principio de legalidad, que implica una restricción a las garantías del justicia-ble en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, lo que se explica porque con frecuencia se trata de una manifestación delincuen-cial auspiciada –o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos. Por ello, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domés-ticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión.

I. PROVIDENCIA**

“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Proceso N° 33039

Bogotá D.C., diciembre dieciséis de dos mil diez

VISTOS

La Corte decide el recurso de apelación que interpusieron tanto la Fiscal Once de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, como la representante judicial

* Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas dentro de la línea de investigación en Dogmática Penal, del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas “Emiro Sandoval Huertas”, al cual está adscrito como investigador el autor.

** Como se insertan apartes de la providencia, los pié de página tienen una numeración distinta a la original.

de las víctimas de la “masacre del Salao”, contra la decisión adoptada por un Magistrado con funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual impuso medida de aseguramiento al señor ÚBER ENRIQUE BANQUEZ MARTÍNEZ (alias “Juancho Dique”) perteneciente al bloque “Héroes de los Montes de María” de las Autodefensas Unidas de Colombia, quien se encuentra recluido en la Cárcel Modelo de Barranquilla, con ocasión de los delitos imputados parcialmente.

CONSIDERACIONES

La Corte es competente para conocer de esta apelación en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005.

Son dos los problemas jurídicos que se plantean con la apelación que ahora se resuelve: el primero se refiere al alcance del poder del juez o el magistrado con funciones de control de garantías en punto de la imposición de la medida de aseguramiento, frente a la tipificación realizada por el fiscal en la formulación de imputación; y el segundo, está relacionado con la vigencia de las leyes en el tiempo, específicamente si existe la posibilidad de que las normas del Título II del Libro Segundo del Código Penal, llamado “*Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*”, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001, se apliquen para sancionar conductas realizadas con anterioridad a esa fecha (...).

El segundo problema: 1. La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad, cuyo reconocimiento se origina en los reclamos de la burguesía de la Europa del Siglo XVIII que veía con enorme preocupación que no existiera precisión sobre el contenido de lo prohibido, el juez llamado a juzgar los delitos, el procedimiento a seguir, así como el monto y la clase de pena aplicable, imponiéndose, por tanto la arbitrariedad del soberano; siendo pioneros de su materialización: Montesquieu¹ llamando la atención de lo peligrosa que resultaba la costumbre como fuente de derecho y la necesidad de una ley en cuyo espíritu pudiera asentarse la expresión de las leyes naturales; Hobbes² urgiendo sobre la necesidad de leyes que limitaran el egoísmo de los hombres; Beccaria³, quien influenciado por Jean Mabillon y por Montesquieu, reclamó por la ausencia de precisión de lo que estaba prohibido y permitido, entre otras consignas de su querrela humanista; Rousseau⁴ que abogó por la producción de la ley como expresión del contrato social; entre otros.

¹ MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes*, México, Editorial Porrúa S.A., 1992, págs. 19 y ss.

² HOBBS, THOMAS: *El Leviatán*, Madrid, Editorial Alianza, 2009, págs. 14 y ss.

³ BECCARIA, CESARE: *De los Delitos y de las Penas*, cuarta edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998, págs. 23 y ss.

⁴ ROUSSEAU, JUAN JACOB: *El Contrato Social*, México, Editorial Porrúa S.A., 1989, págs. 33 y ss.

El principio de legalidad fue concebido como manifestación de la igualdad, la libertad y la fraternidad. La libertad reflejada en su esencia, en la materialización de lo intangible de su alcance, de manera que el albedrío del hombre lo conduce a la posibilidad de hacer todo lo que se quiera en tanto no esté prohibido; también la igualdad en la medida que como la ley contiene un mandato universal e impersonal, tiene como destinatarios a la totalidad de los integrantes del pueblo sin distinguir alguno; y la fraternidad proyectada en la aspiración de que el mandato legal conduzca a generar la mayor cantidad de felicidad compartida por el más alto número posible de personas.

Así, la legalidad limitó la arbitrariedad del soberano, y modificando la relación del hombre y del poder con la ley, propició la desaparición de los súbditos y el nacimiento de los ciudadanos.

Fue tal la presión ejercida por las ideas libertarias surgidas en la ilustración, que el proyecto revolucionario francés irradió su luz creando un nuevo concepto del hombre y de sus derechos.

Al amparo del principio de legalidad surgió el derecho penal del Estado liberal, concebido como escenario de protección del reo contra la enorme capacidad de discrecionalidad del soberano, proyectando sus alcances a distintas dimensiones de la convivencia, iniciándose una tradición de respeto por los límites al poder del Estado, que con el paso de los siglos ha sido enriquecida y fortalecida, convirtiéndose en pilar fundamental de la filosofía de los derechos humanos y de las constituciones contemporáneas.

Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho. Cuando el artículo 1º de nuestra Constitución Política declara que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, está invocando desde la dimensión del Estado de Derecho, el respeto por el orden jurídico, la tri-división del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana. Como se puede observar, el principio de legalidad es patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez, generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo debe ser preservado.

2. Sin embargo, el principio de legalidad, tal como fue concebido por el revolucionario francés, suponía la existencia del Estado nacional con presencia de los tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y protegían; siendo las garantías judiciales ante todo talanquera contra el poder arbitrario del soberano; situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.

Esto porque desde la segunda posguerra del siglo pasado, la comunidad horrorizada por la confrontación bélica, la barbarie y la intolerancia que

sobrepasaba las fronteras y las capacidades nacionales, comenzó a construir un nuevo derecho penal con dimensión internacional, limitado a cuatro categorías de delitos que ofendían a la humanidad entera: el crimen de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones graves contra el derecho internacional humanitario.

Estos llamados “delitos internacionales” generaron una reacción de la comunidad civilizada, en tanto que el titular de los derechos afectados con estas cuatro categorías delictivas era la totalidad de la humanidad, se comenzó a escribir en el contexto internacional un nuevo derecho con unas categorías un tanto distintas a las patrias, precisamente debido al grado de complejidad originado en la inexistencia, tanto de un legislador estricto sensu, como de una autoridad judicial de alcance planetario.

La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor.

Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad.

Es así que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁵ reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva.

Resulta oportuno reconocer que a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos se ha universalizado el compromiso legislativo en pro de su reivindicación y se han precisado los niveles de protección de los habitantes del mundo, en dos sistemas interrelacionados entre sí, con la obligación doméstica de ajustar sus estándares a la sistemática internacional.

Es más, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional.

⁵ “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

^a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

^b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

^d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

². La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1° que *“Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.”*

Pero va más allá en su numeral 2° en el que de manera tajante advierte: *“Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”*

Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9° al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.”*

A su turno, el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7° una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al advertir en su numeral 1° que: *“Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.”* En su numeral 2°, advierte de manera perentoria que: *“El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”*

Esta cláusula colocada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del derecho internacional como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.

Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuencial auspiciada –o sistemáticamente cometida– por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Nuremberg⁶, regidos por unos principios, el primero de los cuales advierte: *“Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.”*. Y en el principio II se estipula que: *“El hecho de que el derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.”* Por su parte, en los “Principios

⁶ Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad” se leen los siguientes:

1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.”

2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

Así, es claro que sin importar el momento de comisión del delito de guerra el mismo debe ser juzgado, pero a la vez que el Estado en que se cometió tiene derecho a investigarlo y en dado caso a imponer las condenas de rigor.

En el mismo instrumento, en su numeral 8° se dispone que: “Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.”

Así, el principio de legalidad en tratándose exclusivamente de crímenes internacionales –de agresión, de guerra, de lesa humanidad y genocidio, se redefine en función de las fuentes del derecho, ampliándolas en los términos del artículo 38 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacional.

En ese contexto de ampliación del concepto de ley, hay que recordar que nuestro país ha suscrito **convenciones internacionales** que sancionan delitos internacionales, entre ellos las graves infracciones al derecho internacional humanitario.

Tales Instrumentos fueron incorporados a la legislación interna de nuestro país, ya que mediante la Ley 5ª de 1960 se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; por la ley 11 de 1992 su Protocolo Adicional I y en virtud de la ley 171 de 1994 el Protocolo Adicional II.

A partir de la vigencia de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969) se considera que es un principio del derecho de gentes que en las relaciones entre Estados contratantes las disposiciones de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado y que así mismo una parte contratante no puede invocar su propia Constitución ni su legislación interna para sustraerse de

⁷ Aprobados por las ONU, en Asamblea General por medio de Resolución 3074 (XXVIII), el 3 de diciembre de 1973.

las obligaciones que le imponen en derecho internacional el cumplimiento de los tratados vigentes.

Por otra parte, variadas han sido las experiencias en el contexto internacional en las que sin la mediación legislativa local se han aplicado penas originadas en delitos internacionales, construyéndose así la **costumbre y jurisprudencia internacional**, que han venido aclarando los alcances del principio de legalidad en este contexto; iniciándose con los Juicios de Nuremberg y Tokio, que abrieron el escenario de la llamada justicia internacional, en protección de la humanidad.

También Camboya, país asiático que vivió la tiranía del régimen marxista-leninista-maoísta de los Jamer Rojos, con la dictadura de Saloth Sar (llamado Pol Pot), entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, época en la que se exterminó por lo menos a la tercera parte de la población, período en que aquel país se llamó Kampuchea Democrática; crímenes para cuyo juzgamiento se instalaron en el 2006, a instancias de la ONU, Salas Extraordinarias de Juicios, una de las cuales produjo el pasado 26 de julio, la primera sentencia contra Kaing J.C. Eav, alias Duch; en la que se le juzgó y condenó como líder del régimen, no obstante no existir legislación patria que determinara que las atrocidades cometidas contra la población eran consideradas crímenes internacionales.

En Europa, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en varios pronunciamientos⁸, ha dejado claro que en materia de principio de legalidad, la noción de derecho aplicable se extiende no sólo a las normas escritas de orden nacional sino también al no escrito, haciendo expresa referencia a la jurisprudencia, costumbre y doctrina internacional.

En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay⁹, Argentina¹⁰, Chile¹¹ y Perú¹², entre otros.

⁸ Entre otros, Sentencia de 22 de marzo de 2001, casos “Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania” y K.H.W contra Alemania”, conocidos como “casos de los disparos mortales en el muro de Berlín”.

⁹ Caso “Plan Cóndor” en Uruguay, sentencia contra José Niño Gavazzo Pereira y otros; en el mismo sentido la sentencia contra Juan María Bordaberry de 10 de febrero de 2010.

¹⁰ Recurso promovido en representación del Gobierno de Chile (Enrique Lautaro Arancibia Clavel).

¹¹ Caso Molco de Choshuenco (Paulino Flores Rivas y otros); también Sentencia contra Alberto Fujimori, de 19 de abril de 2009.

¹² Recurso de habeas corpus promovido por Gabriel Orlando Vera Navarrete.

Otra fuente de limitación al principio de legalidad en los países del Cono Sur, viene como efecto de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 14 de marzo de 2001 en el caso Barrios Altos (ratificada constantemente), en la que declaró la incompatibilidad de la ley de amnistía y punto final dictada en el Perú, con el Pacto de San José, ley expedida para garantizar la impunidad de crímenes cometidos por organismos o agentes del Estado; se abrió espacio para nuevos juzgamientos de crímenes internacionales en la región.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el conocido como “Caso Simón¹³”, profirió sentencia el 14 de junio de 2005 dejando sin efecto también unas leyes de punto final y de obediencia debida dictadas en dicho país (las 23.492 y 23.521), que favorecían la impunidad de los delitos cometidos durante los periodos de las dictaduras militares (no obstante que por medio de sentencia de 22 de junio de 1987, ya habían sido declaradas ajustadas a la Constitución del país austral “Caso Camps”); sentencia en la que la Corte convalidó la utilización de una ley ex post facto de orden internacional para imponerles condena, como fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Así, se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstendían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.

Incluso, desde antes de existir la legislación internacional que sancionaba los crímenes de guerra, era previsible que los mismos fueran a ser tipificados como tales, según sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de mayo de 2010, en el caso de Vassili Kononov, un exmilitar soviético que fue condenado en el año 2004 por un tribunal de Letonia; sentencia que fue avalada por el Tribunal de Estrasburgo.

Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

La Sala recientemente se ocupó del asunto reconociendo calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado

¹³ Toda vez que “se imputa a Julio Héctor Simón –por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina- haber secuestrado, en la tarde del 27 de noviembre de 1978, a José Liborio Pobrete Rosa en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Martha Hlaczik, así como también a la hija de ambos, Claudia Victoria Pobrete” quienes después de varios meses de estar en instalaciones militares, desaparecieron sin que se conociera nunca sus paraderos.

con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional¹⁴.

Así, siendo que las conductas contra el llamado Derecho Internacional Humanitario contenidas en los cuatro convenios ginebrinos de 1949 y sus dos protocolos adicionales, tienen rango de Tratado Internacional de Derechos Humanos, son incorporadas automáticamente a la legislación interna desde que se surtieron en nuestro país todos los pasos para que tal calidad pudiera ser predicada de los mencionados acuerdos internacionales.

Desde dicho precedente, aunque referido al delito de genocidio, no importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. sólo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción:

*“En este orden de ideas -conforme al Bloque de Constitucionalidad establecido mediante los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, que otorga una prevalencia superior a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin-, no puede desconocerse que hace varias décadas existen normas internacionales que han definido cuál debe ser la forma de proceder por parte del Estado Colombiano respecto de lo que se ha referido. **En este entendido, no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto del ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.**”*

En síntesis, el Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio pacta sunt servanda, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia...”

En síntesis, el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla no actuó por

¹⁴ Auto de 13 de mayo de 2010, radicado 33118.

fuera del ordenamiento jurídico al haber revisado la tipicidad de los hechos jurídicamente relevantes formulados en la imputación para efectos de imponer medida de aseguramiento, como lo consideró el Fiscal apelante; pero erró en las consideraciones por medio de las cuales calificó inaplicable la legislación que sanciona los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario a las conductas desplegadas por BANQUEZ MARTÍNEZ antes del 25 de julio de 2001, esto es, de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 (...).

II. COMENTARIO*

La crisis que hoy vive Colombia –la misma que desde pasadas décadas anega en sangre el suelo nacional– también deja un saldo lamentable en el ámbito jurídico: enfrente al tradicional culto a la Ley que es un valioso legado de los romanos, sobre el cual se intenta erigir el tejido institucional de nuestro Estado de Derecho, los bárbaros contemporáneos han emprendido la tarea de demoler todo el Edificio para, en su lugar, construir un Derecho –si así puede llamársele– que decide caso por caso y se sustenta no en esa tradición legalista sino en el acto político del juez o fiscal de turno, como sucede con el contenido de la providencia objeto de este comentario.

Por eso, el proveído estudiado –después de “reivindicar” el tradicional postulado heredado de los pensadores del iluminismo¹, a los que por cierto cita con fluidez, y de afirmar que él es “patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos”–, termina por aseverar que éste, de cara al moderno “Derecho penal internacional”, se debe tornar “flexible” cuando se trate de las que denomina “cuatro categorías de delitos internacionales”, esto es, genocidio, agresión, lesa humanidad y los que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario. Anuncia, pues, “un nuevo derecho penal con dimensión internacional”, que deja a un lado la ley como fuente formal y pone su atención a la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina.

Este planteamiento, por supuesto, no es novedoso. Recuérdese, en efecto, que los vientos de un “nuevo derecho” –ahora algunos lo llaman como “neoconstitucionalismo”²– fueron los que sacudieron a Europa en la época

* Apartes de la ponencia presentada el día 23 de agosto de 2011 con motivo del panel organizado por el Departamento de Derecho Penal, sobre el auto de segunda instancia pronunciado por la Sala de Casación Penal el día 16 de diciembre 2010, radicado 33039, que aquí se inserta.

¹ De forma engañosa, en este aparte de la providencia se empieza por afirmar: “La Sala comienza por reivindicar el principio de legalidad reconocido en nuestra Constitución Política como bastión de protección contra la arbitrariedad”. Por supuesto, esta “reivindicación” –que se hace con la pose propia de los juristas defensores de las ideas demoliberales– culmina con una de las más mortales estocadas que la judicatura colombiana, en toda su historia, le haya dado al apogeo en examen y a todo el Derecho penal ilustrado.

² Cfr., por ejemplo, GARCÍA JARAMILLO, “El «nuevo derecho» en Colombia”, pág. 291.

aciaga de las dictaduras nazi, fascista y franquista, entre otras, que obligaron a juristas de la talla de PIERO CALAMANDREI³ –concretamente, el 21 de enero de 1940– a pronunciar su famoso discurso “Fe en el Derecho” en el que abogaba por la defensa del *derecho de formación legislativa* frente al *formulación judicial* que tiene sus precedentes en la llamada Escuela del Derecho Libre –fundada en Alemania en la primera década del siglo XX–, que tantos beneficios le reportó algunas décadas después a los voceros del derecho penal de autor de la época hitleriana, quienes no dudaron en justificar todos los desafueros del régimen con el argumento de que los jueces quedaban “liberados” de su obligación respecto a la Ley para ceñirse a los principios del gobierno trazados por el *Führer*⁴.

En Colombia el asunto toma particulares ribetes tras la expedición de la Constitución de 1991 la cual, dicen los partidarios del mencionado enfoque⁵ –aunque algunos pretenden ver la organización social colombiana como un *Estado constitucional de Derecho*⁶, en contravía de la propia Carta fundamental que habla de un “*Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana*”, esto es, un modelo de estado social y democrático de derecho⁷–, posibilita un viraje en estas materias que, por supuesto, mucho daño ha hecho en el ámbito del Derecho penal que de la mano de una corriente expansionista –a ratos con el pretexto de defender el llamado derecho penal de enemigo– pisotea todo el legado de occidente concretado en el programa penal de la Constitución y que los Códigos penales intitulan como “Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana” o “principios rectores”.

Por eso, en el pasado más reciente, tanto la Sala de Casación Penal⁸ como la Corte Constitucional⁹ –y, por supuesto, la Fiscalía General de la Nación– proclaman el imperio de institutos tan odiosos como la imprescriptibilidad de la acción penal, la aplicación retroactiva de la misma en desfavor del reo –cosa que también se hace en el caso en examen–, la analogía *in malam partem*, la constitucionalidad de los tipos penales indeterminados, la conformidad con la Carta fundamental de penas privativas de la libertad de muy larga duración, la aplicación directa de los tratados internacionales sin

³ Véase, *Fe en el Derecho*, págs. 79 y 80.

⁴ Un buen resumen de la doctrina de la época en MÜLLER *Los juristas del horror*, págs. 101 y ss.

⁵ Cfr., por ejemplo, GARCÍA JARAMILLO, “El «nuevo derecho» en Colombia”, pág. 292.

⁶ Véase ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, págs. 21 y ss.

⁷ Para la caracterización de los diversos modelos, en especial éste último que es el colombiano, Véase DÍAZ, *Estado de Derecho*, págs. 1 y ss.

⁸ Véase, por ejemplo, Auto del día trece de mayo de 2010, radicado 33118 que, por lo demás, se apoya en diversos pronunciamientos sobre la materia.

⁹ Bien significativas, entre muchas otras decisiones, son las sents. C-578 de 30 de julio 2002 y C-580 de 31 de julio 2002.

que pasen por el tamiz del Congreso de la República ni sean desarrollados por las leyes. Es más, se introducen en forma directa, como en los tiempos más aciagos del positivismo ferriano, consideraciones de tipo peligrosista propias de un derecho penal de autor en contravía de uno de acto, no sólo en el ámbito del derecho penal sustantivo sino en el procesal; se desconocen elementales principios en materia de la valoración de los medios de prueba; se pisotea el debido proceso, etc. En fin, se arrasa de manera franca y abierta con el ideario demoliberal que inspira el programa penal de la Constitución vertido en los títulos preliminares de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y, en su lugar, con el pretexto de aplicar el “nuevo derecho”, el Derecho penal es ahora lo que digan los jueces de turno.

Por ello, para los redactores de la providencia en examen suena desafinado que un Magistrado con Funciones de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, con ocasión de la aplicación del procedimiento de la mal llamada Ley de Justicia y Paz, reivindique –de verdad– el principio de legalidad de los delitos y de las penas y se niegue a imputarle a un temible criminal paramilitar los crímenes cometidos antes del 25 de julio de 2001 como atentados contra el Derecho Internacional Humanitario y, en su lugar, se los atribuya como comunes.

Es más, de manera harto preocupante, en ese proveído se afirma que “... *en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión*, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina, Chile y Perú, entre otros”¹⁰; y se añade que ella reconoce “calidad de fuente de derecho penal a los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado con indiferencia de ley interna que los concrete y viabilice; y por tal razón, *desde su entrada en vigencia se legitima la punibilidad de las conductas descritas en tales instrumentos y por tanto se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional*”.

Es decir, se pretende que es lícito y viable pisotear el orden jurídico para dar primacía a los tratados internacionales que, ahora, pueden ser aplicados de forma automática en Colombia como si la Constitución no señalara los mecanismos para incorporarlos al ordenamiento patrio (art. 150 num. 16) –que no acoge las concepciones monistas radicales en materia de las relaciones entre el derecho internacional y el nacional, en virtud de las cuales la norma internacional ni siquiera requiere ser incorporada al ordenamiento interno¹¹– y no existiese un modelo de Estado definido en la Carta Política

¹⁰ Así, también, en el Auto de trece de mayo de 2010, radicado 33118, contra el Dr. César Pérez García.

¹¹ Cfr. VALENCIA RESTREPO, *Derecho Internacional Público*, pág. 143.

que impide semejante exabrupto¹². Es más, tras esa postura se evidencia una ignorancia crasa en materia de los dictados del derecho internacional público que, como advierte el Profesor HERNÁN VALENCIA RESTREPO en su monumental tratado sobre la materia, conoce diversos sistemas en materia de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno yendo desde las concepciones dualistas o pluralistas, pasando por las monistas, hasta llegar a las denominadas tesis coordinadoras que encuentran acomodo en el ordenamiento patrio¹³.

Incluso, tan atrevida, arbitraria e injurídica afirmación –que reniega del carácter preexistente de la ley penal en relación con el hecho imputado como, sin distinción alguna lo pregona el art. 29 inciso 2º constitucional: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”– desconoce de manera franca y abierta lo dispuesto por la propia Constitución en su artículo 93 inciso 1º cuando afirma que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” con lo cual, en esta materia –recuérdese: en materia de derechos humanos–, se le da carácter supraconstitucional al derecho internacional convencional que no puede ser pisoteado –¡aún por el Juez más encumbrado!–, así se parta de la premisa de que se trata de perseguir crímenes internacionales.

¡Cómo cambian los tiempos! La que hasta hace unos pocos años era una decisión ajustada a Derecho, ahora se ha convertido en una contraria al mismo; lo que en este momento entiende la Sala de Casación Penal como loable, hasta hace pocos años era tildado como una conducta constitutiva de un posible prevaricato... Ese es, pues, el “nuevo Derecho” que se pregona con bombos y platillos y que –en medio de una mediocridad académica pasmosa– invade todos los escenarios de la Administración de Justicia en Colombia, con un lamentable saldo para la seguridad jurídica que va camino del despeñadero, pues ya nadie conoce el Derecho aplicable ni sabe cuáles son las fronteras entre lo lícito y lo ilícito. ¡Estamos, pues, en manos de los jueces...!

¹² La providencia en comento, incluso, no duda en reconocer que el apotegma de legalidad es el bastión del Estado de Derecho: “Siendo el principio de legalidad hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho”.

¹³ Cfr. *Derecho Internacional Público*, págs. 137 y ss. Cfr. Constitución, recuérdese, también dispone en el art. 9º inciso 1º que “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”, por lo cual se adopta un sistema automático selectivo en materia de la recepción por los derechos internos del derecho internacional principal y consuetudinario (ídem, pág. 147).

De todo lo expresado y de cara a un necesario debate en torno a tan delicado asunto, puede colegirse lo siguiente: En primer lugar, ciertamente el panorama actual de la Administración de Justicia en Colombia, en general, y de la penal en particular, no podía ser más lamentable: los esfuerzos por construir un derecho penal liberal que tantos derramamientos de sangre le han costado al género humano se ven, de momento, truncados; por doquier ronda el temor, el escepticismo, la desconfianza. Cualquiera puede hoy ser prendido, perseguido y conducido ante los jueces de turno que son los que personifican el derecho.

En segundo lugar, debe decirse que así como sucedió en aquellos momentos en los cuales en la primera mitad del siglo XVI CASTELLIO luchaba contra CALVINO, muy bien descritos por la pluma de STEFAN ZWEIG, en Colombia no estamos lejos de tener que decir: “Cuando en un Estado cada ciudadano ha de contar en todo momento con que puede ser interrogado, examinado o juzgado, cuando sabe que sobre cada una de sus acciones y de sus palabras acecha constantemente una invisible mirada escrutadora, cuando, tanto de día como de noche, la puerta de su casa puede abrirse inesperadamente para un brusco registro, entonces los nervios se ablandan progresivamente y se produce el miedo en masa, al que por contagio sucumben los más valientes”¹⁴.

Sin embargo, en tercer lugar, enfrente a las corrientes autoritarias que pretenden llenar todos los espacios, este es el momento para reivindicar el ideario demoliberal y retomar la prédica de los grandes pensadores que con sus elaboraciones han hecho posible el estado moderno para izar enhiestas las banderas de la legalidad. Llegó, pues, la hora de predicar con PIERO CALAMANDREI –como en la Italia atormentada de 1940– la fe en el Derecho y de gritar con él a los cuatro vientos que “cuando se trata del Derecho, el barco es de todos. Porque en este barco del Derecho están embarcados la dignidad y las esperanzas, el honor y la vida de cada uno de nosotros”¹⁵.

Por supuesto, en cuarto lugar, quienes hoy de forma insolente y altanera despedazan el principio de legalidad y, con él todo el orden jurídico constituido –después 2500 años de evolución del Derecho¹⁶–, deben tener muy claro que algún día tendrán que responder no sólo ante el tribunal de la historia por la debacle causada sino ante las cortes de los hombres por sus actos y, como suele suceder, un día serán vencidos por el peso de la ley y su nefasto proyecto autoritario será derrotado.

¹⁴ Véase ZWEIG, *Castellio contra Calvino*, pág. 75.

¹⁵ Cfr. CALAMANDREI, *Fe en el Derecho*, pág. 104.

¹⁶ Sobre esa evolución, Véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pág. 5.

BIBLIOGRAFÍA

Pueden consultarse los siguientes textos:

BECCARIA, CESARE: *De los delitos y de las penas*, trad. y estudio preliminar de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1979.

BETTIOL, GIUSEPPE: *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1980.

CALAMANDREI, PIERO: *Fe en el Derecho*, traducción y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Marcial Pons, 2009.

CICERÓN, MARCO TULIO: *Tratado de la República. Tratado de las Leyes. Catilinarias*, trad. De Francisco Navarro y Calvo/Juan Bautista Calvo, México, 4º. Ed., Porrúa, 1981.

CRISTIANI, ANTONIO: *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1983.

DE SECONDAT, CHARLES DE (BARÓN DE LA BRÉDE Y DE MONTESQUIEU): *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1971.

DÍAZ, ELÍAS: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983.

GARCÍA JARAMILLO, LEONARDO: “El «nuevo derecho» en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte-Barranquilla, N° 29, Bogotá, 2008, págs. 289-330.

MANTOVANI, FERRANDO: *Principi di Diritto penale*, Padova, Cedam, 2002.

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM VON: *Tratado de derecho penal*, trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer de la 14ª. Ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1989.

HALL, JEROME: “El principio de legalidad”, trad. de Roberto Vernengo en *La ley*, núm. 54, Buenos Aires, La Ley, 1959, págs. 809 y ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Losada, 1977.

KREY, VOLKER: *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1983.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

MÜLLER, INGO: *Los juristas del horror*, traducción de Carlos Armando Figueredo, Bogotá, Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.

PLATÓN: *Las Leyes. Epinomis. El Político*, Estudio introductivo y preámbulo a los diálogos por Francisco Larroyo, México, 3ª. ed., Porrúa, 1979.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: “Legalidad (principio de) derecho penal”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Seix, 1971, págs. 882 y ss.

ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I*, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck, 2006.

SCHREIBER, HANS LUDWIG: *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt, Metzner, 1976.

SOLER, SEBASTIÁN: "La formulación actual del principio «no hay delito sin ley»", en *Fe en el Derecho*, Buenos Aires, Tea, 1956.

VALENCIA RESTREPO, HERNÁN: *Derecho Internacional Público*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 3ª. ed., 2008.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO: "El principio de legalidad jurídicopenal", en *NFP*, núm. 32, Bogotá, Temis, 1986, págs. 252 y ss.

—: *Manual de Derecho penal*, parte general, 1ª edición, Bogotá, Temis, 2002; 2ª ed., 2004; 3ª ed., Medellín, Editora Jurídica Comlibros, 2007; 4ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

— *Derecho Penal*, Parte general, 4ª ed., Medellín, Editora Jurídica Comlibros, 2009.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 2ª ed. castellana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

—: *Introducción a la filosofía del Derecho*, traducción de Felipe González Vicén, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, segunda reimpresión, 1977.

YACOBUCCI, GUILLERMO J.: *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997.

ZWEIG, STEFAN: *Castellio contra Calvino. Conciencia contra violencia*, trad. de Bertha Vías Mahou, Barcelona, Acantilado, 2001.



IV

Bibliografía

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. *Curso de política Criminal*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

La carrera académica del Prof. Dr. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, quien se desempeña en la actualidad como Catedrático de Derecho penal de la Universitat de València, Estudi General, ha estado ligada indisolublemente a su *alma mater*. Allí obtuvo los títulos de Licenciado en Derecho, luego, el de Doctor en Derecho y es en sus aulas donde ha desarrollado la mayor parte de su fecunda labor universitaria.

Sus actividades docentes e investigativas han estado marcadas por sus frecuentes visitas a Alemania y a Latinoamérica, ya sea para realizar investigaciones de campo, estancias de investigación o impartir cursos de especialización, maestría o conferencias. De sus viajes han quedado, además de vínculos personales muy estrechos, varios y muy valiosos trabajos de investigación dedicados a las partes general y especial del Derecho penal, así como a la Política Criminal.

A propósito de este último tema, el texto objeto de esta nota lo constituye la Segunda edición de su libro *Curso de Política Criminal*, publicado por la editorial española Tirant lo Blanch durante el verano del año 2011. Esta obra se caracteriza, como apunta su autor, porque, de una parte, los contenidos responden a exigencias formativas y culturales, no tanto legislativas y, de otra, los movimientos culturales y políticos ocupan un papel central a la hora de explicar las respuestas de los poderes públicos encaminadas a prevenir y a reprimir la criminalidad.

Los distintos temas de que se ocupa el Prof. BORJA JIMÉNEZ son tratados a lo largo de una docena de lecciones referidas a una pluralidad de temas relacionados con las Partes General y Especial del Derecho penal. Esa es, justamente, la razón por la cual las lecciones aludidas están agrupadas en torno a dos partes principales: la Parte General

(lecciones primera a cuarta) y la Parte Especial (lecciones quinta a décimo segunda).

Las lecciones adscritas a la Primera Parte (Parte general), se ocupan, en primer lugar, del concepto de Política Criminal y de sus relaciones, tanto con la Política en general, como con la Dogmática (Lección 1ª); en segundo lugar, se establecen los vínculos entre la evolución del Estado y de la Política Criminal sobre la base del rol que le cabe en dicho devenir a la Ilustración y a la Codificación, al Intervencionismo o a las garantías individuales (Lección 2ª); en tercer lugar, el autor examina las relaciones entre la Política Criminal, la Victimología y el sistema penal, siendo objeto de tratamiento diferenciado lo relativo a las penas de muerte y privativas de la libertad con sus alternativas, así como los sistemas penitenciarios, de enjuiciamiento y de responsabilidad penal del menor de edad (Lección 3ª); en cuarto y último lugar, se tratan las tendencias y proyecciones de la Política Criminal en un mundo globalizado, básicamente lo referido al fenómeno mismo de la Globalización o los llamados 'Derecho penal funcionalista', 'simbólico' y 'del enemigo' (Lección 4ª).

A su turno, las lecciones incorporadas a la Segunda Parte (Parte especial), se dedican a examinar las principales cuestiones relativas a la tutela penal de la vida (Lección 5ª), la libertad (Lección 6ª), la autodeterminación e indemnidad sexuales (Lección 7ª), la familia (Lección 9ª) y los intereses colectivos (Lección 10ª). Igualmente, en la Parte comentada se desarrolla, en lecciones también independientes, lo atinente a los límites penales de la libertad de expresión (Lección 8ª), el Derecho penal político (Lección 11ª) y las nuevas tecnologías (Lección 12ª).

Como podrá comprobar el lector, los asuntos tratados a lo largo de esta Segunda Parte, enfocada en las cuestiones propias de la parte especial, son variadas y tanto su actualidad como su interés son indubitables; tal es el caso de, por ejemplo, los temas relativos al suicidio, la eutanasia, el aborto, la detención, el secuestro, la prostitución, la sexualidad de los menores de edad e incapaces, los medios de información, la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la vida privada, la violencia doméstica y de género, el tráfico de drogas, el medio ambiente, el tráfico rodado, los delitos económicos, la corrupción económica y política, el terrorismo, la diversidad cultural, las modernas tecnologías o, en fin, los retos del Derecho penal de la 'Tercera Revolución Industrial'.

Se trata de una obra que abarca, si no todas, la mayor parte de las problemáticas que agitan la discusión penal y político criminal contemporánea en Europa, Norte, Centro y Sur América; Colombia no es, por supuesto, la excepción a lo apuntado y, muy por el contrario, pareciera que todas y cada una de las cuestiones propuestas a lo largo de la obra gozan de un lugar muy especial en la actualidad nacional. A la vista de lo expuesto, la pertinencia de este trabajo no requiere de mayores explicaciones, pues basta con dar un vistazo rápido a la prensa o a las agendas legislativas de los poderes públicos y de los partidos políticos para constatar su relevancia.

Cualquier persona interesada en conocer con algo más de detalle los efectos y las consecuencias que estos asuntos tienen sobre las políticas públicas, particularmente en lo concerniente al sistema penal en su conjunto, encontrará de su interés la obra en comentario; no obstante, la lectura y el estudio de la misma es altamente recomendable a los estudiantes y a los profesores de Derecho o de Ciencia Política (sus destinatarios principales), para quienes este libro constituye una herramienta de gran valor merced a la valía de sus contenidos y a la cuidadosa selección de las fuentes efectuada por el autor al finalizar cada una de las respectivas lecciones.

La calidad del texto viene garantizada por la sólida formación académica del Prof. BORJA JIMÉNEZ, su amplia experiencia en las aulas, su conocimiento de las características de las sociedades actuales y, por supuesto, de los debates surtidos en su seno. Adicionalmente, la obra comentada tiene la virtud de transmitir, en un lenguaje claro, directo y sin ambages, la información necesaria para debatir sobre los temas señalados con el rigor académico y metodológico necesarios para que el intercambio de ideas sobre estas cuestiones, siempre polémicas, resulte fructífero.

Firmemente, convencido de los beneficios que traerá la lectura juiciosa de la obra comentada a los estudiantes y a los profesores, queda a disposición de sus destinatarios, entonces, la Segunda edición del Curso de Política Criminal.

RENATO VARGAS LOZANO
Profesor – Investigador
Departamento de Derecho Penal
Universidad Sergio Arboleda
Bogotá, 17 de enero de 2012.

POSADA MAYA, RICARDO: *Delito continuado y concurso de delitos*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

La realidad jurídica nacional demuestra, con alarmante e inusitada frecuencia, que estudios serios y completos sobre diferentes tópicos jurídico-penales son cada vez menos en el país y que, con el tiempo, tienden a desaparecer aquellos trabajos de investigación amparados en métodos dogmáticos que una vez constituyeron el andamiaje a través del cual discurrían los análisis académicos en estas materias. Por eso, en veces, el estado de opinión y la ignorancia soberbia en aspectos trascendentales dentro de la estructura general de la Teoría del delito son los que encauzan, con mayor fuerza, las corrientes académicas y las discusiones jurisprudenciales.

No obstante, cada vez más y con una voz fuerte y orgullosa, también aparecen defensores del Derecho penal garantista que, a través de las directrices demoliberales, dirigen sus esfuerzos hacia una investigación seria, sensata, penetrante y responsable, que permita traer claridad a ciertas estructuras dogmáticas y posibilite introducir una real comprensión de figuras de palpante actualidad como de la que se ocupa, con indiscutible brillantez, el Profesor RICARDO POSADA MAYA.

Tal como lo afirma el gran filósofo español JOSÉ ORTEGA Y GASSET, “lo menos que podemos hacer, en servicio de algo, es comprenderlo”. La práctica constante y la realidad nacional demuestran, por el contrario, que no es indispensable tal comprensión y que, en aras de intereses diferentes a la investigación genuina, pueden estructurarse teorías y concepciones penales sin una clara y suficiente base jurídica para ello. De ahí que la obra del Dr. RICARDO POSADA MAYA, se alce como una muestra evidente de que no basta solo con comprender determinado fenómeno, sino que es obligatorio profundizar en su estudio para realizar una genuina y rigurosa tarea académica. Por ello, el texto en comento se enarbola como una herramienta esencial para comprender a cabalidad el ya confuso y matizado instituto del delito continuado, objeto de fuertes discusiones doctrinales en ámbitos nacionales e internacionales. Así, se logra con esta obra –no la consolidación– pero cuanto menos, el fortalecimiento de una labor que dada la complejidad del tema objeto de análisis, garantiza una mayor y más sencilla comprensión del delito continuado en el ámbito nacional que, hasta ahora, poco ha conocido de figuras jurídico-penales como la tratada por el Director del Área de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, en ésta su tesis doctoral.

No por ello el autor, con meridiana claridad –fruto de su arduo e inigualable ejercicio académico–, afirma la necesidad de no olvidar “que las instituciones penales son abiertas, complejas y plurimatemáticas, y que muchos de los presupuestos teóricos del delito continuado constituyen por sí mismos amplísimos campos de investigación jurídica, cuya complejidad e inabarcable literatura general y especializada hace necesario, al menos por lo que se refiere a su comprensión adecuada, establecer puntos de acuerdo comunes en la doctrina y la jurisprudencia, que permitan avanzar de forma racional sobre el tema en niveles específicos de análisis”.

El texto consta de nueve capítulos, acompañados por una “introducción general” (en la que se realizan algunas precisiones conceptuales de rigor en torno al delito continuado y al denominado “delito en masa”) y de unas “conclusiones” precisas y contundentes de todo el análisis realizado; a ellas se suma una muy abundante bibliografía en tres idiomas que demuestra, por una parte, el manejo maestro y el conocimiento depurado del autor en tales estructuras dentro de la teoría del delito; y, por otra parte, evidencia la paciencia con que de su parte fue tejida y realizada la obra.

El capítulo I, titulado “La unidad y pluralidad de conductas”, busca perfilar ambas concepciones, a través de lo expuesto por la doctrina sobre la materia, estableciendo una independencia entre dichas concepciones y la unidad o pluralidad de tipos, luego de poner de presente la confusión que sobre dicha relación se ha dado. En el Capítulo II, denominado “El delito continuado en la teoría general de la unidad y pluralidad de tipicidades”, se determinan los presupuestos o condiciones bajo las cuales, a partir de la teoría de la unidad y pluralidad de conductas, se está en presencia de una unidad típica, o, por el contrario, de una pluralidad de tipicidades. Se analizan, igualmente, los diferentes sistemas punitivos existentes que sancionan dichos concursos. El objetivo preciso de este capítulo –fundamental para los contenidos a analizar en capítulos posteriores– es explicado por el autor, así: “...la justificación del análisis del concurso de tipicidades es evidente. No es posible negar que tanto desde el punto de vista histórico como dogmático, el delito continuado y el concurso efectivo de tipos cuenten con una relación simbiótica, una sociedad de mutua fundamentación dogmática y punitiva que resulta necesario precisar de forma detenida, dado que aun hoy muchos autores consideran la continuación como una modalidad especial o excepcional del concurso de delitos”.

En el capítulo III, titulado “origen y evolución del delito continuado”, se realiza un examen histórico enfocado en el principio y la evolución legislativa de la figura en España y en Colombia, principalmente, sin olvidar la importancia del instituto en legislaciones como la italiana o la alemana, que son un obligado marco de referencia para la investigación. A su vez, el capítulo IV, intitulado “Concepto y fundamento del delito continuado”, desarrolla el concepto general del delito continuado y establece los límites propios de dicha figura jurídico penal. Adicional a lo anterior, analiza la fundamentación del delito continuado, “punto crucial para legitimar cualquier construcción teórica sobre esta controvertida institución jurídica”, tal como afirma el investigador en la “Introducción”.

En los capítulos V y VI, denominados “Los elementos del delito continuado (I) y (II)”, respectivamente, se estudian los elementos objetivos y subjetivos necesarios para estructurar este instituto. Así, se trabajan los elementos objetivos del delito continuado como la unidad de acción jurídicamente compuesta por varias acciones u omisiones naturales y la restricción político-criminal de la acción continuada respecto de algunos bienes exclusivamente personales, sin olvidar el difícil asunto concerniente al elemento subjetivo dentro del delito continuado para cuya exposición se prevale de las diferentes teorías doctrinales existentes.

Así mismo, en el capítulo VII, denominado “El delito continuado con sujeto pasivo masa (delito-masa)”, se exploran no sólo el origen y el desarrollo histórico de esta figura sino su naturaleza jurídica; además, se precisan sus elementos configuradores. Sobre el delito masa se pretende, dice el estudioso, “analizar el delito masa como una figura derivada del delito continuado, y no como una construcción completamente distinta o que no tiene mayor relevancia en el ámbito del moderno derecho patrimonial y socio-económico”.

El capítulo VIII, titulado “Aspectos problemáticos del delito continuado”, sirve para afrontar las problemáticas presentes en torno a dicha construcción penal, de índole sustantiva y procesal. Finalmente, el capítulo IX, denominado “Punibilidad del delito continuado” desarrolla el instituto del delito continuado y sus implicaciones punitivas en España y Colombia, específicamente, determinando las diferentes posibilidades de adecuación de la pena en estas conductas con los principios de necesidad y culpabilidad.

La estructura general del libro, y su contenido particular, permiten evidenciar los desarrollos que el autor ha condensado en él, punto

en donde radica su importancia para el país, dada la coyuntura actual. De ahí que sea “un libro de gran envergadura, muy bien escrito, debidamente fundamentado, que reivindica la figura del delito continuado, una construcción siempre apasionante y digna de atención por los expertos”, como dice el Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ en el prólogo del mismo.

Es más, de forma concluyente la propia Directora de la tesis doctoral, la Dra. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ, expresa que se trata de una obra “coherente, rigurosa y documentada con la finalidad de aportar claridad y un fundamento estable a la estructura dogmática de la figura, teniendo como guía los principios de mayor seguridad jurídica, proporcionalidad y respeto a los principios legales y constitucionales”; estudio, pues, merecedor de grandes loas y elogios, por la seriedad y el rigor con el cual se aborda el objeto de investigación.

Resulta, entonces, gratificante encontrar en el ámbito nacional a autores que, con tal facilidad –fruto de toda una tarea de interpretación, sistematización y crítica del derecho positivo–, traten temas de tan honda discusión y brinden a los estudiantes –como el suscrito–, y a quienes intervienen en la realidad jurídico penal, textos que muestran la importancia de los principios garantistas que deben regir las estructuras penales, enmarcando la necesidad de regular tales materias dentro del principio de proporcionalidad, para permitir una aplicación más justa y racional de las mismas.

En fin, si la excelencia no es más que un hábito, esta obra representa el más grande tesón dirigido hacia la culminación de toda una época de provechoso trabajo académico e investigativo, que le permite al Profesor Dr. RICARDO POSADA MAYA ponerse a la cabeza de la discusión en estas materias entre nosotros; este texto, pues, dígame desde ya, será en adelante punto de referencia obligado para el debate. Por eso, a pesar de la difícil realidad jurídica nacional, resulta alentador y muy estimulante encontrar abogados y profesionales con tal compromiso con las letras y el saber; pero, sobre todo, que con sus exploraciones académicas emprenden la real comprensión de los diversos fenómenos jurídico penales, para el caso del delito continuado.

JUAN PABLO SIERRA PIÑEROS

Estudiante de Pregrado de la Escuela de Derecho

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, quince de marzo de 2012.

BOU FRANCH, VALENTÍN/JUSTE RUIZ, JOSÉ (Dirs.)/VIANA DE ARAUJO, BRUNO MANOEL/VARGAS LOZANO, RENATO (Coords.): *El medio ambiente como objeto de tutela del derecho internacional*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011.

Este texto es una obra colectiva para cuya confección sus directores y coordinadores han convocado a notables expertos en Derecho ambiental de la prestigiosa Universidad de Valencia (España), para el caso los investigadores JOSÉ JUSTE RUIZ, MARGARITA BADENES, VALENTÍN BOU, LUISA RODRÍGUEZ, BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO, MARÍA CERVERA, MIREYA CASTILLO y JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ, quienes se ocupan de diferentes temas de la regulación internacional sobre el medio ambiente.

Sin duda, se trata de una problemática actual y que genera gran preocupación. Nuestro planeta, el lugar en el que todos habitamos, ha sido afectado por la acción del hombre sobre todo en los últimos tiempos como producto del desarrollo tecnológico, la sobreexplotación de los recursos naturales, el desarrollo del comercio, el consumismo y otros fenómenos sociales más, que no sólo han llevado al límite a cientos de especies de plantas y animales cuyo número de individuos ha bajado de forma considerable sino que, otras, se encuentran en peligro de extinción. Desde luego, el tema ambiental no solo genera preocupación por las demás formas de vida que nos acompañan en el planeta sino por las condiciones climáticas y los efectos de la contaminación, que ponen en grave riesgo la supervivencia de la humanidad misma.

Este libro tiene, además, una particularidad: los autores de cada uno de los aportes se preocupan, por un lado, de explicar el fenómeno social que causa un efecto perjudicial en el medio ambiente, y, por el otro, se encargan de hacer un resumen de la normatividad internacional sobre la materia tratada para citar, claro está, el cuerpo de tratados internacionales vigentes que le permiten al lector referenciarlos y acudir a ellos para hacer su consulta directa. Por ello, el propósito del texto es muy claro: no se trata sólo de generar una conciencia sobre la protección al medio ambiente –como es lo usual en libros, revistas y documentales que tratan esta materia– sino, a su vez, de señalar la regulación jurídica internacional vigente y de resumir el objeto de la misma, es decir, se ocupa tanto del ser como del deber ser de esta materia.

Por supuesto, no es fácil tratar un tema que genera tantas controversias políticas en el ámbito internacional y, pese a sus avances, cuyas

dificultades están lejos de alcanzar una respuesta que de una vez por todas solucione múltiples obstáculos hoy existentes en su manejo. Sin duda, como lo señala el Profesor JUSTE, el derecho del medio ambiente es un campo de actividad académica nueva que surgió en la década de los años 40 del pasado siglo y que, en parte, es producto de un complejo proceso complejo de reflexión del hombre sobre los efectos perjudiciales de sus actividades sobre el planeta.

Además, es un sector del conocimiento que refleja la constante lucha contra los intereses de quienes representan a los sectores productivos de las diferentes naciones, por lo cual es un campo del derecho que primero debe encontrar un equilibrio en las tensiones existentes entre ambientalistas y productores, y, luego, debe tener una constante actualización y movilidad porque cada actividad productiva genera un impacto ambiental que puede no conocerse de inmediato, máxime cuando se percibe que la situación puede volverse más compleja si se entiende que las actividades humanas (como el trabajo, el comercio, la producción, la comercialización, entre otras) tampoco son estáticas sino que pueden terminarse, transformarse o incluso –de acuerdo con las necesidades humanas– tornarse en otras totalmente nuevas. Así ocurre, por ejemplo, en el campo energético en el cual existen diversas formas alternativas para producir energía que van desde las termoeléctricas o las hidroeléctricas, hasta llegar a la propia energía solar o a la eólica, todas ellas con un gran impacto ambiental que depende mucho del sitio y la forma en que se exploten.

De igual forma, la obra en comento muestra cómo las principales regulaciones ambientales han comenzado a través de tratados y convenciones internacionales que, luego, han sido adoptadas por los diferentes Estados firmantes, casi siempre a través de consensos logrados después de producirse crudas y graves tragedias ambientales. Sin embargo, pese a los avances, algunos de los expositores coinciden en que no es fácil el cumplimiento de la normatividad internacional, desde el punto de vista político, por varios factores:

En primer lugar, porque su cumplimiento se encuentra relacionado con el concepto de desarrollo sostenible. De esta manera, los Estados tienen como principal obligación dentro del marco del derecho internacional ambiental velar porque la utilización y explotación de los recursos naturales, en sus respectivos territorios, se haga de forma responsable y sin causar consecuencias que le impidan a las futuras generaciones disfrutar de un ambiente sano; por supuesto, no es

fácil encontrar dicho equilibrio porque, del otro lado, se encuentra en juego el progreso, el desarrollo y el crecimiento económico de las respectivas naciones.

También, en segundo lugar, porque las obligaciones contraídas por los Estados a través de los tratados internacionales se encuentran supeditadas a las políticas internas de cada uno de ellos, lo cual es una limitación si se tiene en cuenta que muchos no cuentan con una organización gubernamental capaz de hacer cumplir esa normativa.

En relación con la anterior se plantea, en tercer lugar, que en el campo del derecho internacional las obligaciones son diferenciadas entre los Estados; en otras palabras: existen miembros de la Comunidad Internacional en desarrollo que no cuentan con la tecnología suficiente para cumplir a cabalidad con la normativa vigente, por lo cual se les concede cooperación internacional para que inicien su implantación o se les dé un tiempo para que lo hagan. Sin embargo, los Estados desarrollados, que son los que más contaminan, también claman por un plazo “razonable” para hacer cumplir esa normativa porque, además aducen, tendrían que invertir muchos recursos económicos para realizar los ajustes requeridos.

En cuarto lugar, la complejidad de la materia del medio ambiente requiere siempre de estudios técnicos para la demostración de los impactos ambientales que pueden producir ciertas actividades humanas, para poder llegar a plantear una regulación apropiada. Y, sobre ello, no se debe olvidar la existencia de situaciones que aún se encuentran bajo estudio, cuando no se trata de problemáticas en torno a las cuales aún no se ha hecho nada.

También, en quinto lugar, la falta de recursos para la implantación y puesta en práctica de la normatividad internacional en esta materia es un verdadero obstáculo, tanto para la realización de los estudios necesarios para valorar el impacto ambiental de ciertas actividades humanas, como para la creación de organismos de control llamados a evitar la transgresión de la normativa medioambiental.

En fin, en sexto lugar, porque la problemática de la protección del medio ambiente no es un asunto limitado a las fronteras de un Estado sino que tiene alcances globales, por lo cual se deben conjugar el compromiso y los esfuerzos de todos los Estados; bien se sabe que, muchas veces, los efectos de una actividad contaminante realizada al interior de un determinado territorio nacional se suelen ver

reflejados en el territorio de otro como, por ejemplo, ocurrió con la destrucción de bosques y lagos en algunos países escandinavos por el efecto de las lluvias ácidas producidas gracias a las actividades industriales realizadas en Alemania.

Precisado lo anterior, debe decirse que el libro está dividido en ocho capítulos, cada uno de los cuales desarrolla un tema de vital importancia. En efecto, el primer capítulo, escrito por el profesor JUSTE, le muestra al lector sobre cómo ha sido el proceso normativo del derecho internacional, su importancia y sus principales inconvenientes; el segundo, escrito por la profesora MARGARITA BADENES, hace un estupendo resumen sobre cuáles instituciones del derecho internacional juegan un papel importante en la protección del medio ambiente. El tercer capítulo, obra del profesor VALENTÍN BOU, expone con lujo de competencias la problemática atinente a la protección de la diversidad biológica, los avances y la regulación internacional existente para la protección de la vida animal y vegetal de nuestro planeta; sobre este tema, por supuesto, llama especial atención la protección internacional de las aves migratorias.

El cuarto acápite, consigna un estudio de la profesora LUISA RODRÍGUEZ que desarrolla el tema de la protección internacional del medio ambiente marino, por demás muy interesante porque trata varias problemáticas ya reguladas por distintos tratados internacionales como son la contaminación de los océanos desde la tierra o los buques, y la producida por la exploración de hidrocarburos; el quinto capítulo, lo escribe el Profesor BRUNO MANOEL VIANA quien trata con solvencia la regulación internacional de la contaminación transfronteriza, oportunidad en la cual destaca la necesidad del esfuerzo mancomunado entre los Estados para evitar daños al medio ambiente que trascienden las fronteras, como ocurrió en el caso ya mencionado de los países escandinavos que se vieron afectados por las actividades industriales realizadas en Alemania, o en el de una industria en Canadá que estaba afectando el medio ambiente en Estados Unidos.

El acápite sexto, es obra de la Profesora MARÍA CERVERA VALTERRA quien trata el tema sobre la regulación internacional vigente para controlar los efectos de ciertas actividades humanas en el cambio climático, en donde se destaca el esfuerzo por regular y controlar la emisión de gases que causan el llamado efecto invernadero; el capítulo séptimo, fruto de la pluma de la Profesora MIREYA CASTILLO, expone cómo a través de diferentes sentencias del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos se ha comenzado a hablar de un derecho humano a gozar de un ambiente sano, lo que implica un verdadero avance para la protección del medio ambiente por considerarse necesario para el desarrollo de la vida digna. Por último, el capítulo octavo pertenece al Profesor JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN, quien plantea cómo en el derecho internacional penal se han comenzado a incorporar normas en contra de conductas que afecten el medio ambiente, como por ejemplo el artículo 8.2.iv del Estatuto de la Corte Internacional Penal de 1998, que sanciona a la persona que lance ataques intencionales a sabiendas de que causará daños duraderos o graves al medio ambiente natural, que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea, así también expresó la posibilidad de que los Estados en su potestad legislativa conviertan en delitos conductas graves que atenten contra el medio ambiente partiendo de los principios y reglas contenidas en el Derecho ambiental Internacional.

En fin, como se puede apreciar la temática sobre la que versa este texto es muy importante y es pertinente para que los estudiosos del tema y quienes se relacionan con las diferentes problemáticas medioambientales abran o continúen el debate, porque no sólo les permite tener presente el sustento normativo internacional en cada tópico tratado sino que les brinda ejemplos que pueden trasladarse a temas locales como por ejemplo la contaminación de los ríos colombianos (Bogotá, Medellín o Magdalena), la contaminación de ambientes marinos por explotación del carbón en Santa Marta, la destrucción de los habitats naturales por cuenta de la minería ilegal, entre otros muchos temas, que también son de vibrante actualidad entre nosotros. Bienvenido, pues, este importante texto llamado a jalonar un hondo debate sobre el asunto en nuestro país.

JORGE ARTURO ABELLO GUAL.
Profesor de Derecho Penal.
Escuela de Derecho,
Universidad Sergio Arboleda.
Bogotá, 24 de abril 2012.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, 1ª edición para Colombia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012.

Después de cuatro años de su aparición en España¹ ve a la luz en nuestro país esta obra del Profesor de la Universidad de León, quien ya en 2009 había publicado aquí otro texto suyo². En esta oportunidad el autor, luego de advertir que su texto se corresponde al original, señala que mantiene sus opiniones fundamentales “salvo algunos matices” sin que el hecho de no haber podido hacer un estudio específico sobre el Derecho penal colombiano afecte el núcleo dogmático propuesto que, de todos modos, sirve “perfectamente para ilustrar los puntos centrales de nuestra interna discusión”; además, de cara a la reciente aparición de la obra de la Profesora YAMILA FAKHOURI GÓMEZ, intitulada “El objeto de dolo en el Derecho Penal”³, el Profesor DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO aprovecha su prólogo para señalar que si bien ella no aborda los mismos asuntos sí “existen muchas cuestiones importantes de que se ocupan ambos” y “muchas coincidencias entre los dos trabajos” pero con una “diferencia fundamental, que tiñe naturalmente gran parte del resto”.

Desde luego, la divergencia radica en el diferente criterio que cada uno de ellos profesa sobre la base de la teoría del error, pues mientras él parte de “la teoría (suavizada) de la culpabilidad”⁴ la autora citada “sustenta autónomamente la teoría del dolo”⁵, planteo que aquel no considera correcto porque su defensora se ve obligada a forzar la interpretación del artículo 14 del Código Penal español, para hacer compatible el texto positivo con su postura dogmática⁶.

El texto contiene tres capítulos organizados metodológicamente como presupuestos que le posibilitan al investigador plasmar el análisis necesario para fijar su posición sobre la materia. Así, en el capítulo I, referido a *los elementos normativos del tipo*, aborda y explica

¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. 1ª edición, Madrid, Editorial la Ley, 2008.

² Véase, *La autoría en el Derecho penal*, Bogotá, Leyer, 2009.

³ Cfr. *El objeto del dolo en Derecho penal*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011. La edición española se intitula: *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Madrid, Civitas, 2009.

⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *El error sobre elementos normativos*, 2012, pág. 2.

⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 2.

⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 2.

toda la discusión doctrinaria respecto de estos componentes típicos –que distingue de los descriptivos–, para precisar las diferentes teorías propuestas de cara a diferenciar los unos de los otros, entre las cuales destaca las definiciones que se fijan en el modo de aprehensión o entendimiento⁷ y las establecidas en la conexión de los elementos normativos con otras normas⁸, todo ello sin descartar el juicioso barrido que hace de las propuestas dogmáticas encaminadas a clarificar esta problemática, para precisar los contenidos de aquellas posturas de quienes consideran que todos los elementos típicos son normativos⁹ o son descriptivos¹⁰; o, en fin, la de aquellos que relativizan o niegan la distinción ya sea por falta de claridad en un tajante deslinde de los mismos¹¹ o por ausencia de trascendencia respecto de los fines prácticos, desde el enfoque de la trascendencia del dolo¹².

⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 14, en la que precisa este autor, cómo los “(...) Elementos descriptivos del tipo son aquellos –externos o internos–aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, es decir, aquellos accesibles a la percepción sensorial; mientras que los elementos normativos del tipo son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo –según algunos, reservado al juez– para comprenderlos o aprehenderlos en toda su significación”.

⁸ Cfr. Ob. cit., págs. 16 y 17, en cuanto considera, que “(...) Por el hecho que de que los mismos (es decir, los elementos normativos del tipo) remiten a, o presuponen una norma –jurídica o no–, de modo que para determinar su contenido hay que acudir a normas”.

⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 22, en la que, en este sentido, se refiere a la posición de WOLF, según el cual, “La razón de que todos los elementos sean normativos es precisamente que todo concepto que el Derecho penal toma para construir un tipo pasa a tener, por su incorporación a la ley penal, una relación con (una referencia) a los valores jurídico penales”.

¹⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 23, en la que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para hacer esa afirmación, se apoya en la postura de KUNERT, para quien: “Si por tanto la esencia del tipo consiste en la descripción de la materia de prohibición y (...) la valoración previa que en el descansa solo puede producirse a través del tipo en su totalidad, entonces, cada elemento individual del tipo contemplado por sí solo puede tener carácter descriptivo”.

¹¹ Cfr. Ob. cit., págs. 24 y 25: “La razón que suele aducirse –dice– es que existirían multitud de elementos típicos que son en parte descriptivos y en parte normativos, es que tal cosa no sucede en todos los elementos típicos”.

¹² Cfr. Ob. cit., pág. 29, donde, sobre esta concepción, cita literalmente a BLEI, cuando sostiene que: “la única cuestión a cuya respuesta debería en su origen contribuir no tiene en realidad nada que ver con ella, a saber, la cuestión de los requisitos del dolo con relación a elementos ‘descriptivos’ de un lado y a elementos ‘normativos’ de otro”.

Sentado este marco doctrinario, y luego de un detallado análisis de las diferentes corrientes, abandona la posición tradicional que depende de la definición general que se le asigne a los elementos normativos del tipo, y opta por una posición más pragmática y no tan generalizadora, sin que esto implique la destrucción de una parte general reemplazada por “la construcción de un catálogo casuístico”, en lo que muestra una gran influencia de ROXIN en su pensamiento al adherirse, como expresamente lo expone, “(...) a la idea (...) de que la solución a los problemas planteados tradicionalmente en el ámbito del error sobre los elementos normativos del tipo no dependen fundamentalmente de la definición general de los elementos normativos, sino más bien de la decisión acerca de cómo debe abarcar el dolo un determinado elemento típico”. Para aclarar, acto seguido, que “respecto de esto último (...) la solución a los problemas del error sobre un concreto elemento típico solo pueden resolverse en el marco del tipo de que se trate, es decir, dentro de la parte especial del Derecho penal,”¹³ sin que ello signifique “una absolutización (...) o (...) prácticamente una renuncia a un estudio de parte la general (...)”¹⁴, sino “(...) que de la mano de clasificaciones al uso de los mismos y figuras afines, cuya naturaleza y tratamiento resultan a menudo problemáticos, se intentara exponer un panorama de la discusión y su valoración, y se intentará resolver más adelante algunos casos a modo de ejemplo”¹⁵, oportunidad en la cual destaca su toma de postura al respecto, para el caso la inexistencia de elementos puramente normativos o descriptivos, sin que sea decisiva la distinción tajante de los mismos a la luz de la teoría del error y del dolo¹⁶.

A continuación, dentro del mismo Capítulo Primero, Segundo Subcapítulo (intitulado como “Algunas distinciones entre elementos normativos del tipo”), luego de poner de presente diversas clasificaciones respecto de los elementos normativos, que de alguna manera pueden llegar a ser relevantes dentro de las teorías del error que permiten delimitar el objeto de estudio, el autor examina la diferencia entre los *elementos específicos o explícitos*¹⁷ y los *elementos*

¹³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: *El error sobre elementos normativos*, 2012, pág. 33.

¹⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 39.

¹⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 40.

¹⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 41.

¹⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 44, donde precisa que los *elementos específicos o explícitos*, “(...) serían aquellos que aparecen como elemento peculiar o privativo de ese tipo, sirviendo con el resto de los elementos típicos para distinguir ese tipo de

*generales o implícitos*¹⁸ y, a su vez, *entre los elementos normativos del tipo objetivo y los del tipo subjetivo*¹⁹, aunque hace la salvedad de que su estudio se centra en los componentes del tipo objetivo. Su siguiente clasificación parte tanto de la concepción del tipo global como de la aceptación por la doctrina de los elementos negativos del tipo, por lo cual diferencia entre *elementos normativos del tipo positivo*²⁰ y *del tipo negativo*²¹.

De la misma manera, los clasifica en *elementos jurídicos*²² (las normas con las que guardan relación pueden ser penales o extrapenales) y *extrajurídicos*²³ para llegar, finalmente, a la división entre *elementos normativos de sentido*²⁴ y *de valor*²⁵. El último Subcapítulo de este apartado lo destina a los *elementos afines a los normativos del tipo o especies de elementos normativos del tipo*, que el autor considera como elementos normativos en un sentido amplio y que como él advierte también son susceptibles de error. Por ende, en primer lugar, analiza los elementos teóricos o cognoscitivos del tipo y los de ámbito técnico o especializado, que “hacen referencia a elementos que no poseen el carácter de normativos, por no presuponer la existencia de una

otros, delimitando así la materia de prohibición a que concretamente se refiere ese tipo”.

¹⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 46, en cuanto allí define los *elementos generales o implícitos*, como “(...) aquellos que son comunes a todo tipo o grupo de tipos, y que normalmente no están expresados en cada precepto de la parte especial, sino que se derivan de construcciones dogmáticas o de preceptos de la parte general”.

¹⁹ Para este autor (ob. cit., pág. 47): “(...) los mismos se ubican en el tipo de injusto, el dolo y la imprudencia”.

²⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 48, en la que considera que los *elementos normativos del tipo positivo*, “Son los que se ubican en la parte positiva del tipo, en la descripción típica”.

²¹ Cfr. Ob. cit., pág. 49, al colegir que “En las causas de justificación y de atipicidad aparecen a veces elementos normativos que, por tanto, serían elementos normativos del tipo negativo”.

²² Cfr. Ob. cit., pág. 50, donde señala que los *elementos jurídicos*, “(...) Son aquellos en los que las normas con las que guardan relación son normas jurídicas”.

²³ Cfr. Ob. cit., pág. 52, donde asevera que los *elementos extrajurídicos* “(...) Son los que se relacionan con normas (o, para quien lo considere más correcto, con valoraciones) no jurídicas que suelen tener un carácter, social, moral, religioso, político, etc.).

²⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 53: los “Elementos normativos de valor, o referidos a valores, son aquellos que implican una valoración, normalmente negativa”.

²⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 53: “Elementos normativos de sentido serían aquellos en que las normas de referencia hacen (o mejor ayudan a hacer) comprensible su sentido (jurídico, social religioso, etc.)”.

norma (salvo que se interprete norma en un sentido excesivamente amplio), pero en los que los criterios al uso para definir los elementos descriptivos, fundamentalmente el de la aprehensibilidad sensorial, fallan con claridad, pues su comprensión exige la referencia a las reglas de la experiencia y a los conocimientos de ésta derivados”, los cuales, concluye, “plantean a la teoría del error algunos problemas iguales o muy similares a los que se han tratado tradicionalmente bajo la rúbrica del error sobre los elementos normativos del tipo (...)”²⁶. A su vez, enuncia los conceptos complejos²⁷, cuya “presencia resulta de la constatación de esos estados de cosas y no de una valoración”²⁸, respecto de los cuales su principal diferencia es que “al contrario de lo que sucede en el elemento normativo, no es necesario abarcar la valoración, lo que querría decir, que el dolo no abarcaría todo el contenido”, diferenciación que no aparece útil pues como advierte: “al menos con algunos de los ejemplos de v. Weber (como en el caso del documentos) no suponen diferencias con los elementos normativos menos discutidos”²⁹.

Luego precisa el contenido y el alcance de los *tipos abiertos y los elementos del deber jurídico o elementos especiales de antijuridicidad y los llamados elementos de valoración global*, para afirmar que “merecen hoy un rechazo doctrinal prácticamente general” con lo cual parece adoptar la propuesta de ROXIN respecto de la *valoración global del hecho*, al considerar que “los elementos del deber jurídico pertenecen en parte al tipo y en parte a la antijuridicidad”³⁰. A continuación, analiza brevemente *las referencias expresas en el tipo a la ausencia de causas de justificación*, en donde vale destacar que el hilo conductor utilizado está guiado por la posición que acoge, vale decir *la teoría restringida de la culpabilidad que defiende desde la teoría de los elementos negativos del tipo*³¹, lo cual lo lleva a afirmar que “el error sobre la concurrencia de los presupuesto objetivos de una causa de justificación es un error de tipo (...) y, por tanto, excluye el dolo, si es vencible, y también la imprudencia, si es invencible; sin embargo, el error sobre la existencia misma o el alcance de una causa de justificación afecta únicamente a la conciencia de la antijuridicidad y, por eso, atenúa la culpabilidad, si es vencible, o la excluye, si es

²⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 55.

²⁷ Frente a este concepto, el autor se basa en los aportes de WEBER (véase pág. 59).

²⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 59.

²⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 62.

³⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 69.

³¹ Cfr. Ob. cit., pág. 77.

invencible”³². De la misma forma, analiza en forma breve *las leyes penales en blanco y los elementos normativos –o de antijuricidad– en los delitos de omisión*.

Sentados estos presupuestos sobre la conceptualización de los elementos normativos del tipo y fijada su posición al respecto procede DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en el Segundo Capítulo, a analizar lo que intitula como *la teoría del error en derecho penal* de cara a fijar los puntos de partida necesarios para concatenarlos (en orden a prefijar las bases para su posterior toma de posesión en torno al error en los elementos normativos del tipo, que es el objeto de su investigación. En este capítulo, trata de manera condensada la teoría del error y acoge la doctrina mayoritaria en la actualidad respecto a la aceptación de los errores de tipo³³ y de prohibición³⁴, para descartar la concepción del error de hecho y de derecho³⁵; a su vez explica el error inverso o al revés en sus tres variantes, que es bueno resumir por su terminología poco común dentro de la doctrina nacional: en primer lugar, el error inverso de tipo que “(...) consiste en la creencia errónea de que concurre un elemento típico”³⁶, respecto del cual el autor considera que debe ser punible; en segundo lugar, el

³² Cfr. Ob. cit., pág. 78.

³³ Cfr. Ob. cit., pág. 96, entendido este autor el *error de tipo*, como “el desconocimiento de o la equivocación sobre la concurrencia en el hecho de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito”.

³⁴ Cfr. Ob. cit., pág. 103, en la que precisa estar refiriéndose en este acápite “a aquel que no es consecuencia lógica de un error de tipo, sino al que “he denominado inmediato o directo y que he calificado de “no razonable”, es decir, “el que se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevaría a un hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho a reconocer tal prohibición (la valoración negativa de la conducta); sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición”.

³⁵ Cfr. Ob. cit., págs. 156 y ss. Los cuales, como lo expone, fueron defendidos con diferentes matices por mucho tiempo por la jurisprudencia del RG (Reichsgericht) y el BGB (Bundesgerichtshof) alemanes, hasta el proferimiento de la sentencia del 18 de Marzo de 1952 que “al menos en apariencia, da un vuelco a la postra jurisprudencial”, al igual que lo hizo el TS (Tribunal Supremo) español, “con declaración expresa o sin ella, y hasta que en 1983 se introdujo en el CP 1944/73 el art. 6 bis a), concedió al error de Derecho extrapenal iguales efectos excluyentes del dolo que al error de hecho”, llegando a diferenciar el error de Derecho penal y el error de Derecho extrapenal. En el mismo sentido, muestra que autores como KINDHÄUSER retoman esta denominación (cfr. págs. 238 y ss.).

³⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

error inverso de prohibición que, dice, “(...) consiste en la creencia errónea de que la conducta que se realiza está prohibida”³⁷ lo que genera la impunidad de la conducta. Y, en tercer lugar, el error inverso sobre causas de justificación o de atipicidad: “(...) si el error inverso recae sobre la (no) concurrencia de sus presupuestos objetivos, será un error de tipo inverso, mientras si recae sobre la (no) existencia o límites de la causa de justificación, será un error de prohibición (general o penal) inverso”³⁸.

A su vez, en relación con el conocimiento o no de la concurrencia típica, entiende que el error de prohibición, puede calificarse en razonable y no razonable, así: el primero, “(...) consecuente con el conocimiento erróneo de la concurrencia en la situación típica (...)”³⁹, mientras que el segundo es “(...) inconsecuente con el correcto conocimiento de la concurrencia de la situación típica (...)”⁴⁰.

Desde luego, resulta relevante para la comprensión de la posición del expositor el concepto de dolo del cual parte que se corresponde con el que, en palabras de LUZÓN PEÑA, se llama *dolo objetivamente malo*⁴¹ que “implica la exigencia de conocimiento de la concurrencia de todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la específica prohibición y desvaloración jurídica de la conducta, independientemente de que el sujeto conozca la propia prohibición y desvaloración jurídica”⁴².

Este criterio, desde luego, está enmarcado en el corto pero muy sustancioso análisis que hace respecto de diferentes tendencias de la teoría del dolo⁴³ y de su contraria, es decir, la teoría de la culpabilidad –tanto estricta como restringida o limitada–, dejando claro que, como se enunció en el inicio, el autor asume la concepción restringida en el marco de la teoría de los elementos negativos del tipo también defendida por su maestro⁴⁴ y, obsérvese, en abierta discrepancia con la concepción de FAKHOURI GÓMEZ.

³⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

³⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 121.

³⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 102.

⁴⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 102.

⁴¹ Cfr. Ob. cit., pág. 111, que descarta el dolo subjetivamente malo.

⁴² Cfr. Ob. cit., pág. 229.

⁴³ Cfr. Ob. cit., págs. 108 y 109.

⁴⁴ Cfr. Ob. cit., págs. 112, 113 y 114.

Para finalizar, en el tercer y último capítulo, el texto estudia el *error sobre los elementos normativos del tipo* donde se recogen por el expositor hispano sus diversos avances sobre su posición en relación con los temas precedentes que le sirven como necesarias premisas para el tratamiento del asunto. Así, y profundizando sobre los que denomina *elementos de sentido*, procede a confrontarlos respecto al error, a cuyo efecto hace algunas precisiones respecto del objeto del elemento cognoscitivo del dolo, para, en ese orden, reiterar su concepción de *dolo objetivamente malo*, la cual le permite afirmar que “la propia prohibición y desvaloración jurídica no es objeto del conocimiento doloso”⁴⁵, pues “cuando el sujeto no conoce esos elementos desaparece, *con carácter general* (es decir, para el hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho), esa inmediata conexión entre conocimiento de la situación y conocimiento de la desvaloración jurídica, pues la representación (errónea) del sujeto supone situación no desvalorada por el Derecho”⁴⁶. Por ello, finalmente, concluye que “por regla general, el dolo objetivamente malo implica un conocimiento de la situación que llevaría, salvo en casos excepcionales, al hombre medio ideal desde el punto de vista del Derecho a reconocer su conducta como desvalorada y prohibida, sin que sea, sin embargo requisito para que haya dolo el efectivo reconocimiento de la situación como tal”⁴⁷. Y, siguiendo el mismo hilo argumentativo, analiza la discusión respecto del llamado *conocimiento del significado* seguido por el análisis diferenciado que se hace en la obra sobre el conocimiento doloso en los elementos valorativos⁴⁸.

También, obsérvese, es relevante la denominada por el autor “función de llamada de atención o de inhibición que cumple el conocimiento de los elementos típicos”⁴⁹. Por último, expone su posición respecto del error sobre los elementos de valoración del hecho y sobre las leyes penales en blanco, para afirmar en relación con los primeros que: “(...) el error sobre los presupuestos es un error de tipo excluyente del dolo, mientras que el error sobre la valoración misma no afecta al dolo típico, sino a la culpabilidad al tratarse de un error de prohibición”⁵⁰; y, frente al segundo, hace un interesante análisis en relación con las tres principales corrientes

⁴⁵ Cfr. Ob. cit., pág. 229.

⁴⁶ Cfr. Ob. cit., pág. 230.

⁴⁷ Cfr. Ob. cit., pág. 231.

⁴⁸ Cfr. Ob. cit., pág. 315.

⁴⁹ Cfr. Ob. cit., pág. 230.

⁵⁰ Cfr. Ob. cit., pág. 323.

doctrinarias actuales para, finalmente, plantear su postura en el sentido de que “Respecto de la cuestión de si en las leyes en blanco el dolo ha de abarcar, además de la concurrencia de los concretos elementos típicos descritos (total o parcialmente) por la concurrencia de los concretos elementos típicos descritos (total o parcialmente) por la norma de remisión o complemento, la propia existencia de ésta (o sea, la contrariedad de la conducta a esta norma), me inclino por una postura diferenciadora, según la cual dicha existencia sólo habrá de ser abarcada por el dolo cuanto más próximo resulte éste a un tipo de desobediencia, pero sin descartar que puedan ser otras las razones de la exigencia de conocimiento de la existencia de la norma para actuar con dolo”⁵¹.

Así las cosas, a manera de consideración final, debe resaltarse el interesante manejo que realiza el autor sobre el tema, lo cual le permite resumir con solvencia la discusión tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial, tratando las posiciones de autores como FAKHOURI GÓMEZ y su propuesta respecto de la teoría del dolo; BURKHARDT; KINDHÄUSER; BLEI; HERDEGEN; HERZBERG y su análisis a la antesala del tipo; HAFT y su distinción entre error relativo al objeto y al concepto; KUHLEN y el criterio de la estructura temporal de la normas; y PUPPE, con la referencia al conocimiento del sentido del tipo. Además del preciso manejo del pensamiento de cultores de la ciencia penal alemana como DARNSTÄDT, ARTHUR KAUFMANN, SCHLÜCHTHER, SUAY, DOPSLAFF, FRISCH, ROXIN y WELZEL, entre otros, lo cual condensa junto al tratamiento del RG (Reichsgericht) y el BGB (Bundesgerichtshof) alemanes junto con el del TS (Tribunal Supremo) español.

Todo esto, junto al completo tratamiento bibliográfico que realiza el autor, da muestra del exhaustivo trabajo investigativo que se pone a la mano de los estudiosos del derecho penal nacional, por lo cual este texto está llamado a convertirse en uno de los puntos de referencia para el estudio de la doctrina nacional frente al tema. Por último, si bien cabe lamentar algunos desafortunados yerros en la edición, debe decirse que ello no logra opacar tan importante contenido.

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ
Estudiante de Jurisprudencia
de la Universidad Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, quince de mayo de 2012.

⁵¹ Cfr. Ob. cit., págs. 327 y 328.

Cuadernos de Derecho Penal

SECCIÓN DE DOCTRINA

- Acerca del concepto jurídico penal de acción. *Urs Kindhäuser.*
- La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los estados miembros. *Helmut Satzger.*
- El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. *Renato Vargas Lozano.*

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

- La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad. *Fernando Velásquez V.*

BIBLIOGRAFÍA

- Borja Jiménez, Emiliano. Curso de política Criminal, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. *Renato Vargas Lozano.*
- Posada Maya, Ricardo: Delito continuado y concurso de delitos, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2012. *Juan Pablo Sierra Piñeros.*
- Bou Franch, Valentín/Juste Ruiz, José (Dirs.)/Viana de Araujo, Bruno Manoel/Vargas Lozano, Renato (Coords.): El medio ambiente como objeto de tutela del derecho internacional, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2011. *Jorge Abello Gual.*
- Díaz y García Conlledo, Miguel: El error sobre elementos normativos del tipo penal, 1ª edición para Colombia, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012. *Carlos Augusto Gálvez Bermúdez.*

