

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Nº 5

Director:
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Sección de Doctrina

- Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano. *José Hurtado Pozo.*
- Bases interculturales del Derecho penal. *Emiliano Borja Jiménez.*
- Cosmovisión actual de la oralidad en el sistema penal acusatorio desde la perspectiva de la Teoría de la comunicación. *Claudia Helena Serje Jiménez.*

Sección de Jurisprudencia

- La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. *Carlos Roberto Solórzano Garavito.*

Bibliografía

- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO: *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia.* Fernando Velásquez V.
- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO: *Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral.* Luis Camilo Pérez Duarte.



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL N^o. 5

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

María Angélica Utria

Primera edición: mayo de 2011.

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.....	5
II. DOCTRINA	
- Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano. <i>José Hurtado Pozo.....</i>	11
- Bases interculturales del Derecho penal. <i>Emiliano Borja Jiménez.....</i>	35
- Cosmovisión actual de la oralidad en el sistema penal acusatorio desde la perspectiva de la Teoría de la comunicación. <i>Claudia Helena Serje Jiménez.....</i>	67
III. JURISPRUDENCIA	
- La posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. <i>Carlos Roberto Solórzano Garavito.....</i>	83
IV. BIBLIOGRAFÍA	
- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO: <i>Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia</i> , Bogotá, Nueva Jurídica/Universidad Católica de Colombia, 2010, 291 páginas. <i>Fernando Velásquez V.</i>	119
- SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO: <i>Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral</i> , reimpresión de la 3ª. ed., Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2010, 470 páginas. <i>Luis Camilo Pérez Duarte.....</i>	125



Presentación

Tres trabajos aparecen hoy en la *sección de doctrina*: uno, confeccionado por el Profesor Dr. JOSÉ HURTADO POZO –catedrático de la Universidad de Fribourg, Suiza y docente de nuestra Especialización en Derecho Penal- quien hace diversas consideraciones sobre las relaciones entre los derechos penal y civil en relación con el delito de hurto, de cara al Código Penal peruano, las cuales son de pleno recibo en el derecho nacional y están llamadas a generar el debate en esta materia en un medio bastante urgado, por cierto, de estudios serios de la Parte Especial del Código Penal.

Así mismo, el Profesor Dr. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ –catedrático de la Universidad de Valencia, España-, en una muy valiosa aportación al Derecho penal intitulada como “Bases interculturales del Derecho penal”, demuestra la existencia de un fundamento último de todo derecho penal tratándose de los sistemas continentales europeos, de los propios de los países musulmanes o de las comunidades indígenas latinoamericanas, pues según él hay una serie de principios que son connaturales a ellas; esta reflexión, sin duda, es el broche de oro que el reputado catedrático hispano le pone a sus indagaciones por cerca de 25 años -a lo largo y ancho del continente latinoamericano- en torno al derecho penal indígena.

De igual manera, la Profesora de nuestra Universidad en su sede de Santa Marta CLAUDIA HELENA SERJE JIMÉNEZ, hace interesantes y atinadas reflexiones desde la teoría de la comunicación en un trabajo que pretende ser una “cosmovisión actual de la oralidad en el sistema penal acusatorio”, a cuyo efecto advierte que no sólo hay que preocuparse por el principio de la oralidad sino por otros axiomas que, aunados a él, son claves para la verdadera puesta en escena del sistema de “tinte acusatorio” instaurado en nuestro país.

La tradicional *sección de jurisprudencia* se destina para consignar una providencia emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, en materia del delito de usura, en relación con la cual el Profesor de la Escuela de Derecho y de los posgrados de Derecho Penal, CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, luego de ubicarla en su contexto, hace una acertada crítica sobre la forma como se maneja el concepto de posición de garante en relación con las víctimas de ciertos delitos en recientes construcciones jurisprudenciales.

Para terminar, la *sección de bibliografía* se ocupa de dos obras: en primer lugar, se inserta la presentación del estudio del Profesor CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO intitulado “Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia”, que se corresponde con las palabras pronunciadas por el suscrito el día diez de diciembre de 2010 con motivo del lanzamiento del texto; y, en segundo lugar, el estudiante de pregrado LUIS CAMILO PÉREZ DUARTE hace un juicioso examen del texto del citado Profesor SOLÓRZANO GARAVITO, intitulado como “Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral”.

Nuestra tarea, gracias al denodado impulso del Señor Rector de la Universidad y de sus directivos, sigue adelante. Los “Cuadernos” – como órgano de expresión del Grupo de Investigación que también lideramos- se consolidan cada día más y se constituyen, como se quiere, en un foro abierto para la discusión jurídico-penal en el país, de tal manera que con una lente crítica se aborden la doctrina, el derecho positivo y, sobre todo, las construcciones jurisprudenciales que –como se evidencia- caminan desde hace mucho rato en un rumbo que no es, por cierto, el propio de un modelo demoliberal en materia penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En fin, como puede observarse, a partir de este número se ha conformado un doble Consejo Consultivo de la Revista integrado por prestantes figuras del Derecho Penal en los ámbitos nacional e internacional, con las cuales se espera sacar adelante los proyectos académicos que animan nuestra labor; a todas esas personalidades van nuestras más sentidas gracias por haber aceptado tomar parte de este proyecto académico.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director.



Doctrina

RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL
RESPECTO AL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

RELATIONS BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL LAW REGARDING
THE CRIME OF THEFT IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE

PROF. DR. JOSÉ HURTADO POZO*

RESUMEN: Luego de sentar su postura sobre el concepto de “interpretación” y de afirmar que el férreo entendimiento del principio de legalidad tradicional debe ceder su paso a los nuevos tiempos, pues el lenguaje es ambiguo, polisémico y vago, amén de explicar su posición sobre el concepto de bien jurídico como eje de la hermenéutica de la Parte especial del Código Penal, el autor aborda las relaciones más salientes entre el derecho civil y del derecho penal de cara la normativa peruana en materia de hurto en particular, todo ello en el marco de los delitos contra el patrimonio económico.

ABSTRACT: Once the author establishes his position on the concept of “interpretation “ and asserts that the tight understanding of the traditional principle of legality must give way to new times -as the language is ambiguous, polysemous and vague, to explain his position on the concept of legal right as the heart of the hermeneutics of the Special Part of the Criminal Code- he deals with the most relevant relations between civil and criminal law in the Peruvian case regarding theft, all within the framework of crimes against economic wealth.

PALABRAS CLAVES: Código penal, hurto, apoderarse, posesión, interpretación, bien jurídico, tipo penal, principio de legalidad, bien mueble, bien inmueble, derecho civil, derecho penal, código civil, objeto de la acción, patrimonio, propiedad.

KEYWORDS: Criminal Code, Robbery, Appropriation, Possession, Interpretation, Principle of Legality, Movable, Immovable goods, civil law, criminal law, Civil Code, Patrimony, Property.

*Dr. iuris, Dr. h. c. mult., Profesor de derecho penal y procesal penal en la Université de Fribourg (Suiza).

I. INTRODUCCIÓN

A. *Interpretación.* La aplicación de toda disposición legal supone su interpretación. La explicación de este proceso ha dado lugar a múltiples debates desde diversas perspectivas. A pesar de constituir el mismo proceso de esclarecimiento y valoración, se le atribuyen ciertas particularidades respecto a cada dominio del derecho. En derecho penal, su especificidad esencial radica en que su límite fundamental es el principio de legalidad.

Aun cuando se corre el riesgo de repetir nociones bastante conocidas, es conveniente explicar, aún de manera breve, lo que se entiende por interpretación. En nuestra opinión, se trata de un proceso lógico y axiológico mediante el cual se atribuye a un texto uno de sus sentidos posibles¹. De modo que el intérprete debe partir de las palabras de la disposición (gramatical), considerar su posición en el sistema en la que se encuentra y sus relaciones con las demás (sistemático), tener en cuenta el contexto en que fue dictada (histórico) y, sobre todo, la situación en la que es aplicada, considerando la evolución de la sociedad y del mismo orden jurídico (teleológico).

No es, por tanto, un procedimiento rígido por el que se descubre el verdadero y único sentido de la ley. Más bien, el intérprete dispone, en ciertos límites, de un margen de libertad que le permite, después de haber evidenciado los sentidos posibles del texto, escoger uno de estos últimos por considerarlo el más justo para el caso *sub iudice*. El principio de legalidad, su límite esencial, no puede ser más comprendido con la rigidez que se le atribuyó en sus orígenes. Esto se debe, por ejemplo, a que el lenguaje es ambiguo, polisémico, vago². A pesar de esto, las palabras de la ley no pueden ser ignoradas; por el contrario, constituyen el objeto, punto de partida y ámbito de la interpretación. Además, el texto no es un factor inmutable (permanente y verdadero) que somete de manera absoluta al intérprete.

Un aspecto interesante y decisivo -cuando se aborda, por ejemplo, la comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra

¹ MENNICKEN, AXEL, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Hamburg, 1970, p. 101; HURTADO POZO, JOSÉ, "A propósito de la interpretación de la ley penal", in *Doctrina Penal*, 1991, págs. 495 ss.

² NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, pág. 247 ss; cf. SOLER, SEBASTIAN, *Las palabras de la ley*, México 1962, págs. 11 ss.

el patrimonio- está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal, respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Si se le reconoce una función accesoria, se admite que los conceptos o nociones tomados de este último deben ser fielmente seguidos al interpretarse las disposiciones legales que los contienen. En caso contrario, si se admite que es autónomo, al menos de modo relativo, se concluye diciendo que, en el derecho penal, se les puede atribuir un sentido diverso y adecuado con los fines de éste y, en especial, de las disposiciones interpretadas.

En esta perspectiva, hay que subrayar que el proceso de interpretación supone una precomprensión³, que el intérprete disponga de conocimientos relativos a los factores sociales y concepciones jurídico-políticas que han condicionado la elaboración de las normas y que enmarcan su aplicación. Esto permite explicar y justificar los cambios de jurisprudencia y de la doctrina. Los mismos que deben tener lugar respetando la relativa coherencia, parcial o global, del sistema normativo.

B. Bien jurídico. La expresión “bien jurídico” designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger. No debe comprenderse de modo tan amplio que llegue a vaciarse de todo contenido, como a veces se hace para justificar la represión de ciertos comportamientos. Tampoco debe concretarse a tal extremo que impida sostener la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria.

Se evitan malentendidos, si no se considera a los bienes jurídicos como entidades preexistentes a la legislación, como lo son los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser extraído de la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, relaciones, intereses y estados de hecho relativos a los comportamientos delictivos⁴. Por el contrario, ellos implican, con

³ KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsphilosophie im Wandel: “Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”*, in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin/New York 1973, págs. 7 ss. Cf. LARENZ, KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edición, Berlin 1991, págs. 87 ss.;

⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México 1974, págs. 66 ss., considera la noción de bien jurídico como un “término teórico”, que no se refiere directamente a una entidad observable. Da como ejemplos de este tipo de términos los de átomo, protón, campo magnético.

referencia a estas realidades -que son las cosas materiales y los intereses- juicios de valor de quien ejerce el poder punitivo. Este proceso valorativo permite individualizar las entidades calificadas de bienes jurídicos, las que pueden ser circunstancias y finalidades necesarias para la comunidad, pero también deberes instituidos por el mismo ordenamiento jurídico.

La noción de bien jurídico debe ser distinguida de la de objeto material del delito. Mediante esta última, se hace referencia al sustento en el que se manifiesta el bien jurídico penalmente protegido, y que constituye el objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien protegido es la propiedad (comprendida en el patrimonio, en su expresión de posesión) y el objeto material es el bien concreto que se sustrae. En este sentido, el bien jurídico es siempre inmaterial y su vigencia es cuestionada por la acción delictuosa que recae de manera inmediata sobre un objeto determinado. De modo que la protección de los bienes jurídicos implica en buena cuenta la ratificación de la vigencia de los valores tomados en consideración por el legislador y, por tanto, el reforzamiento de la norma que prohíbe el comportamiento incriminado.

En esta perspectiva, la noción de bien jurídico resulta útil para determinar el real contenido del tipo legal, armonizar el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad, exigir que no se reprima en base a la violación de un simple deber de fidelidad o de la sola actitud contraria al sistema social, comprobar por qué el legislador ha incriminado un comportamiento y, llegado el caso, proponer la derogación o reforma de la disposición concernida.

C. *Patrimonio y propiedad.* La configuración y comprensión de los tipos legales relativos a los delitos contra el patrimonio están condicionadas por la manera en que éste es concebido. Diversas son las concepciones elaboradas, por lo que nos limitaremos a resumir las más difundidas. Según la *concepción jurídica*, completamente superada, el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La *concepción económica* considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por el orden jurídico. Según la *concepción jurídico-económica*, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales una persona tiene el

poder de disponer bajo el amparo del orden jurídico. Por último, en consideración a la frecuente citación de corrientes llamadas “modernas”, se sostiene también un *criterio funcionalista*, conforme al cual el patrimonio es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Dicho de otra manera, se trata del poder que tiene una persona para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente⁵. La adopción de una u otra de las concepciones sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los atentados contra la propiedad.

Entre los delitos contra el patrimonio, hay que distinguir aquellos que constituyen afectaciones contra el patrimonio globalmente considerado, como es el caso de la estafa y otras defraudaciones, de los delitos contra la propiedad. Entre estos últimos figura el hurto que, precisamente, es concebido como un ataque contra el derecho de propiedad mediante la ruptura de posesión del propietario y la constitución de una nueva posesión. Otras figuras delictivas son reprimidas porque mediante su realización se niega simplemente la propiedad de otro, se dificulta o frustra el ejercicio del derecho de propiedad⁶. Al respecto, hay que tener en cuenta que, según nuestro sistema, la propiedad goza de una protección exclusiva y, por tanto, los ataques que no están previstos en la ley son impunes. En cambio, la protección del patrimonio (noción global) es incompleta por no reprimir todos los innumerables y variados atentados contra los intereses económicos ajenos. Así, el derecho penal, debido a su índole accesoria, no puede ser considerado como el simple gendarme del cumplimiento de obligaciones contractuales y del mantenimiento de las buenas costumbres en los negocios⁷.

II. RELACIONES ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

A. *Noción de posesión.*

1. En derecho civil. La *posesión* ha sido regulada en el Código civil peruano (a continuación CC) según el criterio objetivo de

⁵ KINDHÄUSER, URS, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4ª edición, 2005, § 26, N. 22 s.

⁶ STRATENWERTH, GÜNTHER, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, Straftaten gegen Individualinteressen, 6a edición, Berna 2003, § 12, N. 5.

⁷ CASSANI, URSULA, *La protection pénale du patrimoine*. Autonomie et détermination par le droit civil, Lausanne, 1988, pág. 57.

IHERING, conforme al cual se trata del ejercicio de facto de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad. No sería necesaria la existencia de un *animus* de actuar como propietario desconociendo la propiedad de otro, como lo exigía SAVIGNY (criterio subjetivo). La relación de hecho con el bien no es necesariamente material y directa, sino que es concebida como un factor jurídico y económico, variable de acuerdo a las circunstancias. En este sentido, se explica por qué se prevé en el art. 904 del mismo Código que la persona que está impedida de acceder temporalmente a su bien (sin interesar la causa, por ejemplo, inconsciencia de la persona) conserva la posesión. Esta última es protegida, siempre siguiendo la tesis de IHERING, debido a que constituye la exteriorización de la propiedad, pues los propietarios no siempre pueden probar el dominio⁸.

En el CC se distingue entre posesión real y posesión ficta, así como entre inmediata y mediata. Lo que comporta que poseer no supone necesariamente, en derecho civil, tener físicamente la cosa en su poder, utilizarla o aprovecharla. De acuerdo con el art. 896 CC, “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Ella concluye, por tanto, cuando termina el hecho consistente en comportarse de alguna manera como el propietario de la cosa. Al respecto, por ejemplo, los civilistas sostienen que el hurto y la pérdida son circunstancias que impiden claramente el ejercicio de la posesión de la parte de su titular. La titularidad queda suspendida hasta que vuelva al “poder posesorio efectivo del titular”.

2. En derecho penal. La noción de posesión en derecho penal no es la misma que la utilizada en derecho civil⁹. La identidad en la terminología utilizada dificulta su comprensión respecto al concepto empleado en derecho privado. Al respecto, es necesario referirse a la terminología alemana, pues la distinción es de origen teutón. En alemán, se emplea la palabra *Gewahrsam* (tenencia de un bien) para designar la posesión en sentido penal y el término *Besitz* (posesión) para referirse a la posesión en derecho civil. El origen común de ambas nociones es el criterio germánico de la *Gewehre*, que supone la necesidad de proteger la tenencia pacífica de los bienes. El elemento

⁸ MEJORADA CHAUCA, Art. 897, in *Código Civil Comentado*, T. V, Derechos Reales, págs. 79 ss; idem, in *Cátedra - Espíritu del derecho*, N. 1 - Año 1, Noviembre 1997, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1997_n1/La_Pos_Contr_Contr.htm.

⁹ STRATENWERTH, GÜNTHER, ob. cit. (nota 7), § 13, N. 74.

común a las dos categorías es “el dominio efectivo” (*tatsächliche Gewalt*). Este dominio o poder debe ser comprendido de acuerdo con las reglas de la vida social, las mismas que permiten determinar si una relación bastante relajada sobre la cosa puede ser considerada como “dominio efectivo”.

La divergencia de sentidos es debida a las diferentes funciones que cumplen en cada uno de los ámbitos del derecho. Sin embargo la oposición no es frontal, pues en principio debe admitirse que la noción penal y la de posesión inmediata del derecho civil coinciden en su aspecto central. Es en los aspectos marginales donde la posesión penal adquiere, con independencia de las cuestiones civiles, sus características particulares en razón a la función específica que cumple el derecho penal. Además, hay que destacar que, generalmente, las ficciones del derecho civil no deben ser retomadas sin más en el derecho penal. De modo que no es indispensable distinguir, de manera detallada y con pretensiones de valor absoluto, las diferencias existentes entre ambas nociones de posesión (*Gewahrsam* y *Besitz*).

En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace bastante tiempo, a un proceso de “desmaterialización”, sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. Por ejemplo, se concibe una posesión de parte de los herederos sobre los bienes del *de cuius* antes de ser informados del fallecimiento o cuando se prevé como posible la transmisión de la posesión sin transferencia de la relación material que supone el dominio efectivo, conforme se desprende del art. 660 CC. Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al “poder de hecho de disponer de un bien”, la llamada “voluntad de ejercer este poder” como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la “posesión mediata”. En el mismo sentido, es cuestión de decidir si se acepta o no la ficción civil de considerar que los herederos poseen automáticamente los bienes del causante, como prevé el art. 660 CC, aun cuando no saben del fallecimiento del causante y el deceso se produce lejos de su esfera de influencia. De la respuesta depende que esos bienes sean o no objetos de un hurto.

3. Esfera de posesión. La posesión de un bien es determinada con mayor facilidad en la medida en que la esfera de influencia sea delimitada físicamente (los ámbitos de la casa, del automóvil).

Pero, también existe cuando los bienes se encuentran en un lugar público (automóvil aparcado al borde de una calle). El propietario debe tomar ciertas medidas que pongan en evidencia que no ha abandonado el bien. De esta manera, muestra que tiene la voluntad de ejercer su poder efectivo de dominio. Esta voluntad supone que sabe realmente que tiene la tenencia del bien. Esta condición ha sido flexibilizada de tal manera que se considera suficiente un “conocimiento virtual”, como cuando se admite la posesión respecto a quien tiene la voluntad general de poseer las cosas que ingresen en su esfera de influencia (como sucede con los envíos postales introducidos en el buzón de cartas de alguien).

El poder o dominio sobre una cosa puede ser compartido por dos o más personas. Esta coposesión es fácilmente determinable, por ejemplo, en el caso de mujer y marido habitando la misma casa; pero resulta complicado establecer su existencia en los casos en que las personas se encuentren en relación de subordinación: por ejemplo, entre propietario de una tienda, los vendedores y la cajera. La respuesta se obtiene teniendo en cuenta criterios normativos, es decir el contexto social. Debido a la organización y dimensiones de la tienda, los empleados pueden ser sólo auxiliares del propietario que pretende conservar el dominio efectivo sobre las mercaderías y la caja. Por el contrario, tratándose de grandes tiendas en las que los empleados, debido a la distribución y autonomía de cada función que desempeñan, disponen de los bienes que llegan a su poder (el dinero que recibe la cajera de los clientes). En todos estos casos, según las circunstancias, se admitirá la posesión exclusiva o la coposesión. Esto es decisivo, por ejemplo, para precisar si se trata de hurto o de apropiación ilícita.

Si se aplica rígidamente el criterio económico-jurídico de patrimonio, la posesión protegida es la que es amparada por el derecho civil y, en consecuencia, no la posesión que tiene el ladrón sobre la cosa que hurtó. De modo que quien se apodera, mediante sustracción, de una cosa robada no comete hurto, pues el propietario no la posee, debido a que el comportamiento del ladrón suspendió el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Y la posesión creada por éste no es protegida por el orden jurídico penal. La conclusión es diferente si se tiene en cuenta que conforme al art. 904 CC, “se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”. En el caso del ladrón, el impedimento es por causa que no depende del propietario, sino que es contraria a su voluntad. En estos casos excepcionales, el orden

jurídico continúa considerando como posesión una situación que no cumple las condiciones del art. 896 CC.

Esta ficción no necesita ser considerada en el derecho penal, debido a que en éste se aplica una noción de posesión diferente a la admitida en derecho civil. La misma que se destaca claramente cuando se recuerda, conforme a la concepción germánica que ha sido tomada en cuenta, que en el hurto se trata de *Gewahrsam* (tenencia) y no de *Besitz* (posesión). La relación de poder fáctico que supone la primera existe sin importar la causa jurídica que la origina (lícita o ilícita)¹⁰. Además, lo decisivo es que la cosa no pertenezca al agente, que su propietario no la haya abandonado ni perdido.

B. Bienes muebles: noción y clasificación. En el Código civil se consideran *bienes* al conjunto de cosas y derechos. Se distingue entre bienes muebles e inmuebles de acuerdo con su movilidad o inmovilidad. Este criterio, sin embargo, no fue aplicado de manera estricta, dado que ciertos bienes movibles (por ejemplo, los barcos, aviones, las vías de ferrocarriles, etc.) eran considerados como inmuebles por una ficción jurídica tradicional que fue recogida en el CC, art. 885, incs. 4 y 9. Esta situación fue corregida mediante la Ley de garantía mobiliaria (Ley N° 28677, del 1 de marzo de 2008) que, en su art. 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles.

En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término “bien” (objeto material del delito) en lugar de “cosa”. Este cambio de denominación fue inspirado por la evolución de la legislación civil, que reemplazó el término “cosa” (CC de 1936) por “bien” (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporeales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporeales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas ‘cosas’ que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes

¹⁰ CASSANI, ob. Cit., pág. 122 (nota 8).

inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, pues el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves son muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil, amén de que nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la Ley de garantía mobiliaria que califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 886, inc. 2 CC, las *fuerzas naturales* son bienes muebles a condición que sean “susceptibles de apropiación”. La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se “apoderaba” de dicha energía pues se dudaba que ésta fuera o no una “cosa”. La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del art. 185, segundo párrafo. Según esta disposición: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”. Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en *energía eléctrica* mediante usinas, el propietario de éstas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquél distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz

por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que éste produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el art. 185, “equipara” (considera equivalentes) estos productos (energías) a los “bienes”, se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, art. 311-2, se dice: “La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto”. El art. 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del art. 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al “*espectro electromagnético*”, porque su explotación no genera un producto sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina¹¹, esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado “el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito”. De esta manera se desnaturaliza completamente el tipo legal del hurto y, por tanto, debería admitirse y tratarse dicho comportamiento como un delito particular.

Los *minerales* son bienes muebles cuando son extraídos de las minas. Según la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821), art. 23, tercer párrafo, la “concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”. En su art. 19, establece además que: “en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”. En esta perspectiva, resulta poco claro que se pueda considerar la aplicación directa del art. 885, inc. 53 CC (que reconoce como inmuebles a las minas y concesiones) y del art. 19 de

¹¹ Exp. 858-98 Lima, in *JurPeGaceta*, t. I, pág. 257.

la Ley N° 26821, ambos en relación al delito de hurto, dado que ello haría imposible calificar como hurto al hecho de sustraer productos minerales sin ser concesionario, pues el Estado conserva siempre el dominio sobre dichos bienes muebles. La ficción de que los minerales sustraídos sin autorización permanecen en el dominio del Estado, es inaceptable en derecho penal.

Es claro, por el contrario, que los mineros pueden ser víctimas de hurto, pues si bien ellos no son propietarios de los yacimientos mineros sino sólo concesionarios, sí son propietarios de los productos extraídos del yacimiento minero y, por tanto, disponen de éstos con plena libertad.

El art. 886, inc. 5 CC, considera como bienes muebles a los “*títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales*”. Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores¹², conforme se prevé en el art. 261, inc. 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados¹³. Por el contrario, se les llama desmaterializados¹⁴ si “*requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores*”¹⁵. En ambos casos los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto, es debido a que los documentos por ser objetos corporales son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal, sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está demás repetir que cuando el legislador ha querido comprender, además de bienes muebles

¹² Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el art. 261 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹³ Art. 279, inc. 15, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁴ Art. 279, inc. 16, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁵ AVENDAÑO, FRANCISCO, Art. 886, in *Código Civil Comentado*, T. V, Derechos Reales, págs. 45 s.

corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, el art. 190 destinado a la apropiación ilícita se refiere a “un bien mueble”, a “una suma de dinero” y a “un valor”.

En el ámbito penal, resulta interesante tomar en consideración ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, La previsión de la agravante respecto al delito de hurto consistente en la *utilización de transferencia electrónica*, de la telemática o de la violación de claves secretas (art. 186, segunda parte, inc. 3). Esta regla constituye una muestra clara de desconocimiento teórico y deficiente técnica legislativa de parte del legislador. Desconocimiento, por ejemplo, de lo que son los delitos informáticos y, en particular, del mal denominado “hurto informático”, lo que lo lleva a confundir un caso de esta figura delictiva *sui generis* con la del hurto previsto en el art. 185.

La dificultad de considerar como hurto la transferencia electrónica de una suma de dinero de una cuenta a otra se ha debido, precisamente, a que el sistema bancario no funciona transfiriendo materialmente dinero (caudales o fondos) sino créditos. Cuando un cliente ordena a su Banco que, de su cuenta 007, se transfieran cien mil soles a la cuenta 077 de XY, el empleado bancario no toma físicamente dicha suma del “depósito” del primer cliente y la coloca materialmente en el “depósito” del segundo. Lo que hace en realidad es inscribir un débito y un crédito respectivamente. Del mismo modo, quien ilegítimamente, mediante la utilización indebida del sistema informático del Banco, transfiere fondos de la cuenta de un tercero a su propia cuenta (en el mismo Banco o en otro), lo que hace es acreditar a su favor (mediante inscripción) un crédito por ese monto en su cuenta. Ahora bien, el art. 186 sólo sería aplicable si el término bien fuera interpretado comprendiéndose también los “derechos” (créditos). En caso contrario, el problema sería más bien de saber si ha habido sustracción, siempre y cuando se siga pensando, equivocadamente, que se trata realmente de la figura del hurto y no de un tipo especial de delito, por ejemplo, informático.

Debido a que no existe sustracción de “créditos”, los legisladores, que han enfrentado problemas parecidos, prefieren hablar de “utilización de valores patrimoniales”. Esto es lo que sucede cuando alguien recibe en su cuenta bancaria una suma de dinero que no le corresponde y, no devolviéndola, la saca del Banco y se la gasta. Lo que entró en su posesión por error fue un crédito y no dinero efectivo. Tampoco sería de aplicación el art. 192, inc. 2 (apropiación

ilícita de bien perdido), porque no cabe interpretar el término “bien” en sentido amplio comprensivo de bienes corporales e inmateriales, muebles e inmuebles. Ya que resulta difícil admitir que, por ejemplo, el propietario ha “perdido” su casa; es decir que no sabe dónde está, ni puede acceder a ella.

Para conservar la relativa coherencia de las disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad, no debería forzarse la interpretación al extremo de tratar de adecuar, cueste lo que cueste, el comportamiento previsto “como agravante” a la figura del hurto (art. 186, segunda parte, inc. 3).

Para no desnaturalizar el tipo legal, la descripción del comportamiento previsto como circunstancia agravante de este delito debería ser leída de manera diferente. La expresión “mediante” no debe ser interpretada en relación con la sustracción, sino más bien con el verbo principal “apoderarse”. El apoderamiento se da mediante la utilización indebida de los “fondos” acreditados en la cuenta del autor. De modo que no se presenta la dificultad de si ha habido o no sustracción en el sentido estricto del primer párrafo del art. 185. El agente se apodera de “fondos” (dinero, caudales, capital) por el medio peculiar de manipular uno de los sistemas de transferencia expresamente indicados. Estaríamos, sin embargo, frente a otro caso de equiparación analógica; esta vez no entre bienes muebles y energías (art. 185, pf. 2), sino entre la sustracción y la utilización de sistemas electrónicos. Otra manera de lograr el mismo objetivo de coherencia es admitir que, por una defectuosa comprensión del comportamiento grave que se busca reprimir, los redactores del inc. 3 de la segunda parte del art. 186 consideraron que los fondos (por ejemplo, el dinero) eran realmente objeto de la apropiación. Este sentido concuerda con el lenguaje común y no es incompatible con la descripción del delito de hurto.

En cuanto al objeto del delito de hurto, se presenta también la cuestión de saber si tienen esta calidad los *objetos, cosas, bienes que están fuera de comercio* y, por tanto, no tienen un valor pecuniario. Este aspecto económico del bien mueble, objeto del hurto, se deduce, sobre todo, del segundo párrafo del art. 185. En éste se dice, expresamente, que los elementos equiparados a “bien mueble” (energía eléctrica, etc.) deben tener “valor económico”.

Al respecto, se presentan dificultades, por ejemplo, cuando el objeto de la sustracción indebida es un cadáver. De acuerdo con el art. 8

CC, “es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana”. La persona o institución beneficiada con este don adquiere la posesión y la propiedad del cuerpo (o de una de sus partes). Si alguien se apodera de este “bien” sustrayéndolo, cabe preguntarse si ha cometido un hurto. El bien hurtado no tiene valor económico (determinado por el mercado), debido a que está fuera de comercio, conforme al art. 116 de la Ley general de salud (Ley N° 26842). Según esta disposición, está “prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos” (así se deducía también del art. 22 del DS 014-88-SA). El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no es un bien y, por tanto, no cae en ninguna de las categorías en que se clasifican los bienes. Por tanto, el art. 185 CP sería inaplicable. Lo que sería conforme a la regulación civil.

Sin embargo, el legislador penal se aleja de la ley civil cuando regula el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A), al describir esta infracción como el hecho de quien, “por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres”. Se trata, en buena cuenta, de un caso agravado del delito contra la paz de los muertos (art. 318). Lo interesante respecto al carácter accesorio del derecho penal es que al modificarse el art. 318, se establece, contrariamente a la regulación civil, que existen partes del cadáver (por tanto, también un cadáver completo) que pueden ser objeto de comercialización. Lo que significa que las actividades enumeradas deben ser comprendidas de manera semejante, pero no igual que las del derecho civil. De modo que podría también interpretarse el art. 185 comprendiendo que el cadáver, integro o en partes, puede ser objeto del hurto, pues resultaría posible fijar un valor patrimonial de acuerdo a la comercialización indicada en el art. 318.

Otra posibilidad de interpretación sería aceptar, conforme al criterio seguido por una minoría de civilistas (pero no por el ordenamiento legal peruano¹⁶), que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen calidad de bienes. De acuerdo con esto, tanto los órganos separados del cuerpo humano vivo, como los de

¹⁶ AVENDAÑO, FRANCISCO, ob. cit. (nota 16), pág. 689.

un cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Si se admitiese el criterio minoritario, se lograría mayor armonía entre derecho civil y derecho penal, sin embargo es preferible reiterar que los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Por tanto, en derecho penal, de acuerdo con las disposiciones penales citadas, el cadáver o una de sus partes puede ser objeto del delito de hurto porque, en el contexto social, son susceptibles de ser valorados económicamente, como lo admite en cierta forma el legislador al hablar de comercio de partes del cadáver.

Por último, resulta interesante destacar una de las condiciones para aplicar la nueva agravante relativa al delito previsto en el art. 318, que el agente utilice “los medios de prensa escrito o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras”. La misma que es semejante a la del hurto agravado, en la que el agente utiliza “sistemas de transferencia electrónica de fondos”. En ambos casos, el objeto de la maniobra son bienes muebles: fondos (dinero, caudales, en consecuencia no simple créditos/derechos) y partes de un cadáver, respectivamente.

C. Apoderarse. Según el derecho civil, la adquisición de la posesión puede ser originaria o derivada. La primera, también llamada adquisición unilateral, es consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la persona que lo ejecuta. En caso de bienes muebles, según los arts. 929 y ss. CC, debe tratarse de bienes abandonados, perdidos o *res nullius*. Al respecto, es oportuno recordar que en relación con la apropiación de muebles, el CC se refiere a “cosas libres”, “objetos perdidos”, “tesoro”, “animales de caza y pesca”¹⁷.

Por su parte, la adquisición derivada se da por la transmisión de la posesión de una persona a otra, razón por la que se le llama bilateral, y puede darse *inter vivos* o *mortis causa*. Ésta se produce por la tradición que implica la entrega (material o simbólica) de la cosa, a título oneroso o gratuito. La posesión de quien la transmite puede ser a título legítimo o ilegítimo.

¹⁷ Enumeración que corresponde a la que se hace en el art. 192 CP, referente al caso de apropiación ilícita de un “bien perdido” o de un “tesoro” (inc. 1). Por esto, a pesar de que en esta disposición, se utiliza el término “bien” (perdido o ajeno), no puede comprenderse que también se refiere a bienes incorpóreos (por ejemplo, “derechos”).

Según el art. 901 CC, la tradición “se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece”. Además, en el artículo siguiente, se prevén dos sucedáneos de la tradición, disponiéndose que ésta se considera realizada: primero, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y, segundo, cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero¹⁸.

La adquisición originaria de la posesión puede producirse mediante autorización de la ley o contrariamente a ésta. El caso típico del segundo caso es la posesión que se atribuye el ladrón de la cosa que ha sustraído a su legítimo titular. El acto de apoderarse, materialmente, consiste, por un lado, en privar definitivamente al propietario del poder efectivo de disponer del bien y, por otro, en crear una nueva posesión a favor propio o de un tercero. El autor debe querer estos dos hechos; de manera que pueda comportarse como si fuera el propietario y, así, privar al propietario de toda posibilidad de ejercer su poder efectivo de disposición material sobre el bien. Con este criterio, se superan las diferentes propuestas realizadas en relación con la cuestión de si el objeto de la apropiación es el bien mismo (*Substanztheorie*), su valor (*Sachwerttheorie*) o, por último, ambos (*Vereinigung von Substanz- und Sachwerttheorie*). Quien subtrae la libreta de ahorro de un tercero, decidido a devolvérsela, se comporta como propietario cuando retira dinero de la cuenta de ahorro. Así, se apodera de manera definitiva de la suma sustraída.

El hurto, de acuerdo a nuestro sistema, es un delito de resultado. Es consumado en el momento en que el ladrón adquiere el objeto sustraído y, como cuasi propietario, tiene la posibilidad de ejercer el poder de hecho de disponibilidad. Esto supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción y, segundo, el apoderamiento. La aplicación unilateral de las superadas teorías tradicionales (*amotio, illatio, ablatio, contractatio*) no es útil para determinar cuando el ladrón tiene el poder de realizar actos dispositivos. Esto se debe a que la existencia del apoderamiento depende de las variadas formas en que puede efectuarse la exclusión (el desplazamiento) del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón¹⁹.

¹⁸ En este caso, la tradición produce efecto, en cuanto al tercero, sólo desde que es comunicada por escrito.

¹⁹ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1963, pág. 169.

D. Sustraer. La noción de apropiación está delimitada por la manera como debe proceder el ladrón para adquirir el poder de disposición sobre el bien: debe sustraerlo (*wegnehmen*). Acto que implica una violación de la esfera de influencia que tiene la víctima sobre sus bienes, privar al propietario de su poder efectivo de disposición. Dicho de otra manera, la sustracción se da por la transferencia del bien de la esfera de influencia del propietario a la esfera de influencia del ladrón. La apreciación del comportamiento calificado de sustracción está estrechamente relacionada con la noción de esfera de influencia o de posesión. La desmaterialización de la noción de esfera de influencia determina que el concepto de sustracción no deba ser necesariamente comprendido en un sentido objetivo o material.

Esto está igualmente condicionado por el hecho que en la ley no se indica expresamente la manera como debe practicarse la sustracción. En principio, todo medio es posible, salvo la utilización de la violencia o de la amenaza sobre las personas que transforman el hurto en robo. Siendo la sustracción el medio para lograr el apoderamiento del bien, el hurto es consumado sólo cuando el autor toma efectivamente el poder de disposición del bien; momento en el que puede comportarse como si fuera el propietario.

De modo que, ante nuestra ley, no son decisivos los criterios tradicionales. Al respecto, ya en los años sesenta, se afirmaba que “el concepto de apoderamiento es un concepto abstracto, que debe ser determinado jurídica y no materialmente”²⁰. En esta perspectiva se sostiene que al hablar de apoderamiento, “importa hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor”²¹. Es en este contexto que debe comprenderse la afirmación según la cual: “en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar los actos de disposición”²². El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la

²⁰ SOLER, ob. cit. (nota 21), pág. 165. En nota 26, este autor recuerda que Jiménez de Asúa afirmó correctamente que « la cuestión no está en el espacio sino en los actos jurídicos del agente».

²¹ SOLER, ob. cit. (nota 21), pág. 165.

²² SOLER, ob. cit., p. 165 (nota 21). Afirmación literalmente reproducida tanto por DONNA, EDGARDO A., *Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. II-B, pág. 31, como en el considerando N. 9, in fine, de la Sentencia Plenaria de la Corte

de usurpar el poder sobre ella". Afirmación que se comprende más en relación con el apoderamiento que con la sustracción, dado que se habla de usurpar, "porque apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho"²³. Al respecto, hay que recordar los ejemplos dados para mostrar cuando la cosa puede quedar en el espacio en que se proyecta el poder patrimonial de la víctima y, sin embargo, que ésta haya sido despojada de su poder efectivo de hecho de propietaria. Estos criterios, sostenidos con base en la legislación argentina y aplicables a la nuestra, están también condicionados a que se considera como materia del hurto las cosas muebles corporales y con valor económico²⁴.

E. Objeto de la infracción. Conforme al tipo legal del hurto, previsto en el art. 237 CP 1924, el objeto del apoderamiento debía ser una cosa mueble. A pesar del cambio efectuado en la definición del hurto en el CP de 1991 (art. 185), los autores y la jurisprudencia han comprendido que debía tratarse de un objeto corporal susceptible de apropiación, sin consideración a su estado físico. Por tanto, las cosas líquidas o gaseosas sólo debían ser consideradas si estaban debidamente delimitadas.

Debido a la constitución física de determinados elementos como los diversos tipos de energía, éstos han sido equiparados a las cosas corporales para los efectos del hurto; llegándose a comprender expresamente el espectro electromagnético. Se trata de una ficción, frecuente en derecho, en el sentido que se tiene por cosa elementos que no lo son. No es cuestión de que jurídicamente se decida si se trata o no de la exactitud física de que la energía sea cosa corporal. Pero, si es de destacar "la ingenuidad jurídica consiste en buscar [como sucedió mucho tiempo] dentro de la física la fijación de un concepto jurídico"²⁵.

Esta ampliación²⁶ de lo que podía ser hurtado fue propuesta, por primera vez, en el proyecto de CP de 1972, elaborado por el Ministerio

Suprema N. 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005, in CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS dir., *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema Lima*, Grijley, 2008, págs. 217 ss.

²³ SOLER, ob. cit. (nota 15), pág. 165.

²⁴ DONNA, ob. cit. (nota 24), tomo II-B, pág. 31.

²⁵ SOLER, ob. cit., pág. 165 (nota 15). pág. 179.

²⁶ De manera más coherente, otros legisladores establecieron nuevos tipos legales: por ejemplo, el español lo previó como defraudación de fluido eléctrico

de Justicia. En el art. 237, segundo párrafo, se decía: “se equipara a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra que tenga valor económico”. Disposición que fue recogida en el proyecto de 1985, cuyo art. 187, segundo párrafo, extiende dicha equiparación al gas, agua “y cualquier otro similar que tenga valor económico”. El actual art. 185, segundo párrafo, dispone: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”.

La idea común a este proceder de equiparación es la de la necesidad de reprimir comportamientos consistentes en el apoderamiento de elementos de naturaleza diferente a las cosas corporales, aunque relativamente análoga; pero que por tener cierta manifestación física no podían ser calificadas de inmateriales o de intelectuales. Esta solución legislativa resultaba incoherente, desde el proyecto de 1985, porque al establecer el tipo legal del hurto se reemplazó el término “cosa” por el de “bien”. Comprendido de manera amplia, se podía estimar que este último abarcaría desde las cosas corporales hasta los llamados bienes inmateriales, pasando por los “derechos reales”. Lo que estaría, además, confirmado por el hecho que, en el proyecto de 1985, art. 218, se reprimiera, como autor de un delito “contra el derecho autoral”, a quien “hurta el contenido de una obra literaria, artística o científica, para usarla y hacer con ella perjuicio de los derechos del autor o de sus herederos...”.

Esta regulación, por la cual se suponía se dieran la sustracción y el apoderamiento, propios del hurto, no fue seguida por los redactores del Código actual. En éste se habla de delitos contra los derechos de autor y anexos y, en el art. 216, de publicación ilegal de obra. Además, se prevé como circunstancia agravante que “se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, la interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos”. Ratificándose así que no se trataba de hurto de bienes intelectuales.

Mediante la inserción del art. 186 y en particular del inc. 3, parecería que se abriera las puertas para una interpretación extensiva del círculo de las cosas o bienes que pueden ser objeto del hurto. Según dicho inciso, la pena se agravará cuando el ladrón “usa sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general”.

(art. 255 CP) y el suizo, como « sustracción de energía » (art. 146 CP).

De donde podría deducirse que el agente se apodera de “derechos” (créditos, forma escritural), sustrayéndolos mediante el uso indebido de sistemas informáticos.

Sin embargo, si el apoderamiento, consistente en ejercer el poder efectivo de disponibilidad propio del propietario, debe ser entendido conforme a las reglas de la vida social, hay que comprender que la circunstancia agravante fue establecida pensando en la sustracción de fondos. Además, la referencia a cosas corporales es manifiesta tanto en las otras agravantes del hurto y, en particular, del robo, así como en la demás disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad. Diferente es la situación respecto a los delitos contra el patrimonio.

En este sentido, se pronuncian de manera constante y uniforme los Jueces y Salas penales, como se puede constatar en la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Como ejemplo, vale recordar la Sentencia Plenaria de esta Corte, N° 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En su parte resolutive, se decide: “12. Establecer como doctrina, respecto a los delitos de robo agravado que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la *cosa sustraída* por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la *cosa sustraída*. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 4 a 10 de la presente Sentencia Plenaria”.

Como lo hemos resaltado, los jueces se refieren, expresamente en el breve párrafo transcrito, dos veces a la “cosa sustraída”. La misma expresión la utilizan en los párrafos N° 4 a 10 y, en particular, en el N° 9. Al final de este último, en relación con la sustracción, se emplea justamente el término “cosa”, se dice: “El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición”. Afirmación que no es el fruto de una interpretación moderna, sino por el contrario, es opinión expresada por SOLER en la década de los 60 y, últimamente, retomada por DOHNA. Ambos autores argentinos, manifiestan su convicción teniendo siempre en cuenta que son los bienes muebles corporales el objeto de los delitos de hurto y de robo.

Los argumentos de los jueces de la Corte Suprema están dirigidos a establecer cuando los delitos de hurto y de robo son consumados y, así, distinguir la tentativa. Con este objeto, admiten el criterio

de distinguir dos momentos sucesivos en la comisión de estos delitos: por un lado la sustracción y, por otro, el apoderamiento. En este contexto, la expresión “desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición” debe entenderse como el acto del ladrón de usurpar el poder de disponer del propietario o de realizar cualquier acto de dominio sobre la cosa sustraída. Hacer perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio constituye por sí mismo sustracción. Pero no implica que a esta pérdida corresponda la adquisición de dominio por parte del delincuente. En la adquisición de este dominio constituye, precisamente, el apoderamiento, segunda etapa del comportamiento delictuoso y con cuya realización se produce la consumación.

La propuesta de interpretar extensivamente la expresión “bien mueble” para comprender los bienes inmateriales, valores desmaterializados, nos recuerda algunas decisiones judiciales extranjeras en las que se admitían propuestas semejantes. Como muestra basta recordar el “caso Nehmad” (*Nehmadfall*) de la jurisprudencia suiza²⁷. Los hechos consistían en que el titular de una cuenta corriente bancaria dispuso de una suma de dinero que había sido acreditada por error en su favor. La cuestión discutida fue si se le podía aplicar el art. 141 CP (actual 139), disposición que reprimía como delito de apropiación ilícita a quien se apodera de una cosa mueble ajena y que había caído en su poder a causa de una fuerza natural, de un error, caso fortuito o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. Los jueces del Tribunal Federal sostuvieron que el art. 141 (actual 139) era de aplicación, para lo cual consideraron como cosa un crédito bancario. Justificaron su decisión afirmando que el sentido “verdadero” de la disposición era el que se deduce de los valores en los que se inspira y de su finalidad. Por tanto, procede dar al término “cosa” un sentido que tenga en cuenta los factores económicos y, en consecuencia, más amplio que el considerado por el legislador. En esta perspectiva, sostuvieron que si bien, originalmente, el art. 141 (actual 139) apuntaba a las apropiaciones ilegítimas de sumas de dinero pagadas en exceso por error, por ejemplo, en ocasión de compras o de cambio de divisas, “existe también apropiación ilícita plenamente caracterizada cuando el pago equivocado se hace por transferencia bancaria y que

²⁷ ATF, 87 IV 115 ; ATF 116 IV 134 ; HURTADO POZO, JOSÉ, *Droit pénal, Partie Spéciale*, T. I, 3a edición, Zurich, págs. 683 ss.; SCHUBARTH, MARTIN/ALBRECHT, PETER, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, T. 2, Art. 137-172, Art. 141 N. 4.

el destinatario se niega a rembolsar de mala fe. Desde el punto de vista económico, continuaban afirmando los jueces, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago en efectivo”.

En nuestro medio, en relación con la apropiación de derechos, bienes inmateriales, títulos valores desmaterializados (acciones no establecidas en documento), se puede alegar algo parecido haciendo referencia a la realidad social o económica, a las técnicas modernas utilizadas en la transferencia de bienes en general.

Lo interesante del caso suizo es que los criterios de los jueces federales y su decisión favorable a la aplicación del art. 141 (actual 139) fue fuertemente criticada por la doctrina y prácticamente ignorada por las instancias inferiores²⁸. Se consideró que el principio de legalidad no era respetado por la ampliación abusiva del tipo legal, en la medida en que el sentido de la palabra era completamente desnaturalizado y que la expresión “apropiarse” era substituida por la de “disponer sin autorización”. De modo que la incriminación penal de dicho comportamiento, semejante pero no idéntico al hurto, era de la competencia del legislador.

Ante esta situación, en una segunda sentencia el Tribunal Federal, en la que confirmaba su opinión precedente, afirmó que el legislador debía intervenir para esclarecer la disposición vigente o dictar una nueva. En el proceso de reforma de la parte especial del Código Penal, se propusieron diversas soluciones, por ejemplo, la de remplazar la fórmula “cosa mueble” por otra más general que permitiese reprimir la utilización sin derecho de una cuenta bancaria alimentada por error. El Consejo Federal y el Parlamento optaron por una solución diferente: mantener la expresión “cosa mueble”; en su opinión inescindible de las nociones penales de apropiación y propiedad, e introducir un nuevo artículo para reprimir “la utilización sin derecho de valores patrimoniales” (art. 141 bis).

Siguiendo este buen ejemplo (respetuoso, firme y mesurado del principio de legalidad), si se considera indispensable reprimir la apropiación, uso, sustracción o transferencia indebidos de bienes inmateriales, derechos, créditos, acciones desmaterializadas, debe modificarse el CP para prevenir, específicamente, la represión de tal

²⁸ ARTZ, GÜNTHER, “Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht”, in *Recht* 13 (1995), p. 133 ; NIGGLI, MARCEL, *Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, Anmerkungen zu BGE*, 123 IV 125, AJP I (1998), págs. 118 ss.

comportamiento. Mediante la interpretación del tipo legal del art. 185 no puede extenderse tanto su ámbito de aplicación, sin correr el riesgo de perturbar la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación como proceso lógico-axiológico de atribución de un sentido al texto legal, entre aquellos que son sus sentidos posibles, supone una gran libertad creadora del intérprete. Éste puede llegar a formular una comprensión novedosa del texto, pues no está sujeto a seguir adjudicando el sentido atribuido hasta entonces a los elementos del mismo. Uno de los límites de esta libertad de interpretación es la exigencia tanto de que se adecue sistemáticamente el resultado, como que mediante la fundamentación con que se atribuye el sentido al texto legal no se desordene el sistema, en caso de aplicarse para resolver otros problemas interpretativos. La interpretación según la cual se debe ampliar los alcances del art. 185 para reprimir el desplazamiento del titular de acciones (bienes inmateriales en general) no concuerda con la explicación, primero, del resto de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio; segundo, con las disposiciones de otras leyes (especialmente, las referentes a los derechos reales). De modo que, de acuerdo con Jakobs²⁹, “el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema” (global o particular a la disposición interpretada)“.

²⁹ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a edición, Berlin, 1993, 1/2, N. 39. Este autor señala también oportunamente que el límite tolerable de la generalización es lo que mal se denomina «prohibición de la analogía», idem, 1/2, N. 33.

BASES INTERCULTURALES DEL DERECHO PENAL

INTERCULTURAL BASIS OF CRIMINAL LAW

PROF. DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ*

RESUMEN: el autor aborda las bases interculturales del derecho penal a cuyo efecto, a partir de investigaciones previas suyas sobre la materia, muestra la cuestión central de la que se ocupa; así mismo, enseña la tensión existente entre los principios que inspiran el derecho penal e indica que debe existir un necesario consenso en tratándose de la tutela de los derechos humanos. Además, se ocupa del que considera el núcleo inviolable de los derechos y las garantías afectados por todo sistema penal; para concluir, explica cuál es en su opinión el fundamento último de todo sistema penal.

ABSTRACT: the author addresses the intercultural basis of criminal law. Hence, from his previous research on the subject, he shows the central issue of the problem, likewise, shows the tension between the principles underlying criminal law and indicates that there should be a necessary agreement on the protection of human rights. He also deals with the inviolable core of the rights and guarantees affected by the criminal justice system, to conclude, he explains which is, in his opinion, the ultimate foundation of all criminal justice systems.

PALABRAS CLAVES: bases interculturales, derecho penal, derecho comparado, derecho penal internacional, derecho penal intercultural, pena, seguridad jurídica, dignidad humana, prevención, globalización, derechos humanos, lesividad, derechos, garantías, sistema penal, comunidades indígenas.

KEYWORDS: Intercultural basis, Criminal Law, Comparative Law, International Criminal Law, Criminal Law, Intercultural Criminal Justice System, Punishment, Legal Guarantees, Human Dignity, Prevention, Globalization, Human Rights, Rights, Guarantees, Criminal Justice System, Indigenous Communities.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia (España).

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Tratando perspectivas muy diversas, tanto desde el Derecho Penal Internacional, como desde el Derecho comparado, pasando por el Derecho Penal intercultural y también desde la metodología dogmática, se pueden apreciar algunas claves universales del sistema penal actual¹. Los fundamentos de dignidad humana y seguridad jurídica, el principio de lesividad social, el catálogo tradicional de delitos, cierto carácter retributivo de la pena² y sus fines preventivo-generales y preventivo-especiales³, así como el mecanismo de mediación en el Derecho Penal material y adjetivo, parecen constituir las bases sobre las que se estructura el edificio de todo Derecho Penal.

¹ En relación con los elementos comunes que se pueden encontrar en las mayoría de los sistemas penales, tomaré las conclusiones vertidas en mi trabajo BORJA JIMÉNEZ, E.: "Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos", en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN*, Tomo I. Valencia, 2009, págs. 223-256.

² También existe cierto consenso, y por lo tanto, cierta universalización, del concepto de pena. A partir de la obra de autores como GALLAS o JESCHECK, hay un mayoritario acuerdo en considerar la pena como un juicio de desvalor ético-social y público sobre el autor a causa de la lesión del derecho perpetrada culpablemente. En efecto, las características que derivan de esta definición parecen presentarse de forma común en todo sistema penal. Y en este sentido cabe destacar que la pena siempre presenta este acento negativo y siempre tiene, por tanto, el carácter de un mal, aunque se quisiera imponer en favor del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la voluntaria injerencia en la esfera de derechos del condenado (libertad, patrimonio, tiempo libre, imagen social). Pues precisamente allí se encuentra la expresión de la reprobación pública en tanto que la pena afecta lesivamente la posición jurídica del reo. La negación del carácter de mal de la pena no significaría otra cosa que la negación del concepto de pena. En estos términos se expresa KÜHL, CHRISTIAN: "Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116 (2004), págs. 870-890, 877.

³ Con excepción del Derecho Penal internacional, donde existe cierto acuerdo en considerar que aquí los fines más relevantes son los retributivos y de prevención general. Así se manifiestan, a título de ejemplo, TULKENS, FRANÇOISE/BEERNAERT, MARIE-AUDE: "Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme?", *Festschrift für Heike Jung zum 66. Geburtstag*, München, 2007, págs. 1005-1020, 1010.

El modelo de referencia que aquí se ha utilizado, representado por el derecho sancionador de ciertas comunidades indígenas de Latinoamérica⁴, ha puesto de manifiesto dos evidencias. Una, que algunos principios, como los de legalidad, culpabilidad o exclusiva protección de bienes jurídicos, no son universales (y ni tan siquiera lo son, en lo que se refiere al primero y al último, en los sistemas occidentales), así como tampoco ciertas categorías (determinados hechos delictivos y clases de penas). Y dos, que pueden existir otros postulados diferentes que ocupan el lugar de los anteriormente mencionados, como los principios de reciprocidad, del equilibrio o de la paz social. Estas discrepancias se explican nítidamente tomando en consideración algunas diferencias estructurales que se encuentran en los distintos modelos de convivencia, el occidental y el indígena (criterios individualista o comunitario, relación de dominio o integración entre el ser humano y su entorno natural, concepción lógico-causal o místico-espiritual de la realidad, perdurabilidad étnica o peligro de extinción y constante necesidad de subsistencia, entre otros).

La globalización económica está provocando, a su vez, un proceso dialéctico en el que, tanto se produce una extensión de la cultura y valores occidentales, como se potencian las tradiciones propias e idiosincrasia étnica de cada pueblo. Dicho proceso dialéctico, como

⁴ Para determinar cuáles eran los parámetros comunes a todo Derecho Penal, en el trabajo anteriormente citado tomé como referencia mis propias investigaciones sobre sistemas sancionadores indígenas en Latinoamérica, parámetros que fueron analizados comparativamente con los establecidos en el sistema penal occidental. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*, Valencia, 2001; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis" en FLORES GIMÉNEZ, f. (Coord.): *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, 2004, págs. 111-152; BORJA JIMÉNEZ, E.: "¿Existe el derecho penal indígena?", *Conferencias Magistrales*, núm. 13, INACIPE, México, 2005; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena" en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*, Valencia, 2006, págs. 259-372; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica" en BERRAONDO, MIKEL (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 663-683; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica", en *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal*, 2006 (Lima y Friburgo -Suiza-, 2007), págs. 101-152; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Derecho indígena sancionador y derechos humanos" en GIRAUDO, LAURA (Edit.): *Derechos, costumbres y jurisdicciones en la América Latina contemporánea*. Madrid, 2008; págs. 185-213.

se ha puesto de manifiesto en otro lugar⁵, afecta tanto a lo universal como a lo particular del sistema penal.

Pues, por un lado, la globalización está incidiendo en la aceptación de la democracia y de los derechos humanos como forma de coexistencia válida para todos los rincones del Planeta, dado que con dicha aceptación se abren también nuevos mercados y se liberalizan las leyes de la competencia. Pero, por otro lado, semejante arrolladora maquinaria de la civilización occidental está al mismo tiempo provocando movimientos de defensa para mantener la identidad, la propia cultura y la tradición de los grupos humanos que se ven afectados por aquélla (movimientos anti-sistema en Occidente, fortalecimiento de las posiciones fundamentalistas islámicas en el mundo musulmán, extensión del socialismo populista en Latinoamérica, revivalecimiento del movimiento indígena, etc.).

Un segundo proceso dialéctico se produce en el seno de la globalización económica, entre su ideología de la eficiencia y la pretendida universalidad de los derechos humanos.

Así, para procurarse el dominio del mercado mundial, la globalización se rige por una ideología neo-liberal que impone los criterios “cientifistas” de la eficiencia y de las cifras positivas de las cuentas de resultados de toda actividad, individual y social. Precisamente aquí el aspecto valorativo y humano, en términos de deber ser, representa un obstáculo frente a las frías estadísticas de la macro y de la microeconomía. Pero, a su vez, los verdaderos agentes económicos de la mundialización, las empresas multinacionales, requieren de los valores de la democracia y de los derechos humanos para encontrar una legitimidad y una mayor seguridad jurídica respecto de las reglas a las que se somete su implantación. Por eso se pueden observar concepciones penales que proceden de la ideología de la globalización, como el funcionalismo, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal simbólico, que emergen de dicho pensamiento, y que se alejan, en parte, del fundamento del sistema penal basado en la condición humana. Pero también se comprueba que los modelos interculturales o la internacionalización del Derecho Penal, que se basan en un entendimiento común de los

⁵ En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, E.: “Globalización y concepciones del Derecho Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela, 2009, En prensa.

derechos del ser humano, se ven favorecidos por los procesos de mundialización económica.

Este mismo desarrollo dialéctico se ha tomado en consideración en la presente investigación, en la medida en que discurre constantemente desde las pautas más universales (y de ahí su origen en el Derecho Penal de la globalización) hasta las más particulares (aquí representadas por el derecho sancionador indígena).

Los aspectos diferenciadores entre las tendencias universalistas y las particularistas se han ido desvelando recurriendo, principalmente, a cuatro criterios que distinguían las formas de convivencia occidental de la tribal o aborígen (temática que se abordó otros trabajos). Ahora, en el presente estudio, se pretende apuntar o desvelar el fundamento que se encuentra en lo común a las distintas categorías e instituciones de todo sistema penal. Y de forma paralela, siguiendo el criterio metodológico comparativo que se acaba de señalar, habrá que comenzar estudiando y verificando la estructura general que se halla en todo esquema de coexistencia humana, cualquiera que sea la cultura, tradición o civilización en la que se incardine.

Así, se han observado algunas diferencias de planteamiento en cuanto a los límites de la admisión de la gravedad de las medidas coercitivas del sistema penal merced a la diversa concepción cultural de cada civilización. Ejemplo de ello lo encontramos en la difícil aceptación de la pena privativa de libertad, en la idiosincrasia amerindia, y en el rechazo de las sanciones corporales, en la idiosincrasia occidental⁶. Surge entonces la cuestión de la legitimidad de estas medidas coercitivas de los distintos sistemas penales desde una concepción cultural diferente. Este debe ser un buen punto de partida desde el que se puede establecer la duda metódica que nos conduzca al fundamento último de todo sistema penal⁷.

⁶ Pese a que en los casos recogidos en las Sentencias T-1294/05 y T-549/07 de la Corte Constitucional colombiana, la respectiva comunidad indígena impone al acusado la pena de prisión por hechos muy graves, la famosa antropóloga colombiana ESTHER SÁNCHEZ BOTERO (que ha elevado a esta Corporación algunos peritajes antropológicos de gran relevancia) señala, en la última de las resoluciones, que la pena privativa de libertad no es recomendada por las comunidades indígenas. Tanto es así que el cumplimiento en estos supuestos extraordinarios se remite a la justicia ordinaria en un ejercicio de cohabitación entre ambos sistemas jurídicos.

⁷ Sigo, en parte, la argumentación expuesta en dos trabajos recientes: BORJA JIMÉNEZ, E.: *El derecho consuetudinario indígena como mecanismo de reducción de*

Siguiendo el modelo de referencia del derecho consuetudinario indígena, se ha podido apreciar que es común la aceptación de penas corporales (azotes, latigazos o el fuste, por ejemplo) en bastantes de los pueblos que tienen derecho propio. A partir de ahí, habría que dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Y qué ocurre con la formulación universal de los derechos humanos? ¿Acaso el hecho de ser indígena, de poseer otro acervo cultural, otra cosmovisión del mundo, otra forma de existencia individual y social, determina que las garantías individuales encuentran por esta razón un límite infranqueable en su pretensión de tutela? No quisiera pasar por alto algunas consideraciones que, al menos inicialmente, deben ser tenidas en cuenta.

II. LA TENSION ENTRE PRINCIPIOS

Visto de este modo, y desde un planteamiento de legitimidad que intente racionalizar la convivencia entre todas las culturas y civilizaciones con la pretensión de reducir al máximo la violencia, la cuestión puede formularse desde el entendimiento de un conflicto entre el principio de respeto a la diversidad cultural y este otro de la obligada tutela de los derechos humanos universalmente reconocidos.

En efecto, nos encontramos, en algunos supuestos, ante un conflicto entre el principio de diversidad étnica y cultural, que obliga al poder público a preservar el derecho a la diferencia y al mantenimiento de la propia idiosincrasia del grupo humano en cuestión; y el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales al mismo integrante de ese grupo humano (indígena, musulmán, oriental, hindú, etc.), que exige del Estado la tutela correspondiente. La Corte Constitucional colombiana ha manifestado esta tensión entre ambos principios con un gran acierto⁸.

la violencia en Latinoamérica (en prensa)... cit.; BORJA JIMÉNEZ, E.: "Derecho indígena sancionador y derechos humanos", cit., págs. 206 y ss.

⁸ "Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al

Y para resolver este conflicto, se establece una concreta metodología que transcurre a través de los estadios que seguidamente se enumeran.

Habrà entonces, que postularse en relación con los dos polos en tensión, el principio de diversidad cultural, en primer lugar; y la interpretación y entendimiento actual de los derechos humanos, en segundo lugar.

En cuanto al principio de diversidad étnica y cultural, recurriendo una vez más a la gran calidad científica de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, hay que señalar que su existencia supone el reconocimiento a los grupos humanos dentro de un Estado, o a los pueblos de los Estados que integran el orden internacional, para asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones⁹. El principio de diversidad cultural, por tanto, obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental¹⁰”, lo cual permite a las comunidades humanas y a los individuos que las integran “...definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos¹¹...”. También se ha dicho, en este orden de cosas, que el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, y en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios que gozan de igual jerarquía¹².

Aunque la interpretación de la Corte Constitucional colombiana estaba ceñida a los problemas de la autonomía jurisdiccional indígena en materia sancionadora y sus límites en Colombia, creo que su

principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos” (Sentencia T-254/94). Esta doctrina fue continuada por otras relevantes resoluciones, entre las que destacan las sentencias C-139/96, T-349/96, T-496/96 y SU-510/98.

⁹ Sentencia T-603/05.

¹⁰ Sentencias SU-510/98, C-104/95 y T-380/93.

¹¹ Sentencias SU-510/98 y T-496/96.

¹² Sentencia T-349/96.

validez se proyecta al ámbito intercultural global y al específico marco del Derecho Penal. Es por ello que, siguiendo el razonamiento apuntado, la definición del principio de diversidad cultural tiene que circunscribirse al perímetro del sistema penal, y su naturaleza conflictiva ser ponderada en relación con el principio del respeto a la vigencia de los derechos humanos.

Y en relación con dicho axioma, hay que tener presente que el sistema de valores de la cultura occidental se encuentra en un plano de igualdad, en atención a su valoración y legitimidad, en relación con el sistema de valores de otras culturas y civilizaciones, posición que suele mantenerse con firmeza en el plano teórico, pero que se ve transformada en la realidad, donde muchas veces se aboga en favor de una presunta superioridad de la tradición judeocristiana de Occidente.

El límite de toda cultura en el ejercicio del *ius puniendi* que corresponda con su respectivo sistema penal tiene que ser el respeto y la tutela de los derechos humanos. De ahí que, en segundo lugar, tenga que determinarse hasta dónde puede incidir la intensidad de su afectación por el conjunto de medidas coercitivas, sancionadoras o cautelares, del Derecho Penal material y adjetivo.

En este sentido, cabe recordar los tres presupuestos de los que parten las concepciones interculturales del Derecho Penal. Esto es, en primer lugar, que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. En segundo lugar, donde se pone el acento en el dato de que la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización pueda reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y, en tercer lugar, tal y como se viene apuntando en estos últimos párrafos, hay que reiterar que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándolos en su seno, desarrollándose conforme a sus requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación¹³.

¹³ HÖFFE, OTFRIED: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999, pág. 79.

Por otro lado, el postulado de la universalidad de los derechos humanos ha encontrado varios fundamentos. A estos efectos, quisiera señalar que acepto aquellas tesis que interpretan el contenido de esos derechos humanos como conjunto de estados de valor o de necesidades objetivas que son absolutamente indispensables para reconocer al ser humano como ser espiritual y moral, como sujeto y agente de su propia existencia, y no como medio de objetivos y fines colectivos. Si es cierto que todo poder público debe garantizar, no sólo el reconocimiento, sino la misma tutela de estos derechos fundamentales de todos sus ciudadanos, también es verdad que, de igual forma, debe preservar los derechos colectivos de determinados grupos humanos residentes en su territorio que constituyen la plataforma de la propia idiosincrasia, acervo cultural, tradiciones, costumbres, religión, y, en última instancia, de su comprensión del mundo y forma de existencia vital¹⁴.

III. EL CONSENSO SOBRE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es posible, por tanto, encontrar un mínimo consenso sobre la necesidad de vigencia de los derechos humanos en toda cultura y tradición, aunque dicho mínimo consenso se centre en un ámbito muy estricto y con interpretaciones diferentes. A este respecto, se ha dicho que culturas como la india, japonesa o amerindia aceptan también este consenso, pero teniendo presente dos consideraciones. La primera pondría el acento en el hecho de que todo derecho acarrea su respectivo deber de obligación, y los derechos humanos

¹⁴ No puedo profundizar ahora sobre una temática que debería ser objeto de más de una monografía. La cuestión sobre la universalidad de los derechos humanos, y su interpretación en las distintas civilizaciones, es muy discutida en la actualidad. Cito tan sólo algunas obras y trabajos que han tratado seriamente esta problemática. Así, ASHWORTH, ANDREW: "Human Rights, Criminal Law and the principles of Legal Certainty", *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag*, München, 2005, págs. 49-61; HERSCH, JEANNE (Direcc.): *El derecho de ser Hombre*. Salamanca, 1973; HÖFFE, OTFRIED: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main, 1999; MERLE, JEAN-CHRISTOPHE: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, Berlín, 2007; MUGUERZA, JAVIER (y otros): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, 1989; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (Direc.): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, 1995; ROULAND, NORBERT (Dir.): *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*, Traducción de Isabel Vericat Núñez, México, 1999; TOMUSCHAT, CHRISTIAN: *Human rights: Between idealism and realism*, Oxford, 2003, págs. 58-83; VASAK, KAREN: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, 1984; VILLORO, LUIS: *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, 2002 (reimpr.).

no constituirían ninguna excepción. La segunda, resaltada aquí, que postula por la necesidad de interpretar las garantías individuales dentro de un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental¹⁵.

Si tenemos en cuenta estos presupuestos (coexistencia en plano de igualdad de culturas distintas, mínimo consenso sobre la vigencia universal de ciertos derechos humanos, aceptación de una distinta interpretación de los mismos según sea la óptica cultural de referencia), podemos esbozar, provisionalmente, una solución conciliadora al conflicto que hemos venido exponiendo. Y en este sentido, estoy de acuerdo con los postulados filosóficos de APEL¹⁶ y HABERMAS, que abogan por la necesidad de establecer un proceso de comunicación que conduzca al consenso en relación con las normas materiales que se quieren universalizar, contando para ello con las representaciones valorativas de todas las culturas afectadas. Es necesario, entonces, que concurran unas condiciones mínimas que fortalezcan la intervención con el fin de alcanzar ese consenso entre lo universal y lo particular (y a su vez, entre la cosmovisión occidental, y otras, como la amerindia, islámica, oriental, etc.).

Esta misma pauta es utilizada por la Corte Constitucional colombiana con el objetivo de aportar una respuesta frente a la cuestión del límite de tolerancia de las conductas permitidas en las culturas indígenas que puedan menoscabar un derecho fundamental universalmente reconocido. “Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, se trataría de lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una¹⁷.”

¹⁵ En este sentido, VILLORO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit., págs. 131 y ss.

¹⁶ Tomo algunas de las ideas de este autor vertidas en su trabajo APEL, KARL-OTTO: “Ander sein, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt” en la obra colectiva con el mismo nombre coordinada por HOFFMANN, HILMAR y KRAMER, DIETER, Weinheim, 1995, págs. 9 y ss, especialmente 17 y ss.

¹⁷ Sentencia T-523/97. El origen de esta doctrina se encuentra en la Sentencia T-349/96, seguida por las resoluciones, además de la primera mencionada, SU-510/98, C-370/02, C-127/03 y T-549/07. Las fuentes doctrinales citadas por la relevante resolución T-349/96, y que se transcriben literalmente del texto, serían: ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, “Toward a Cross Cultural Approach to Defining

Evidentemente, la multiplicidad de formas de vida, de cosmovisiones y de necesidades e intereses en las distintas civilizaciones, dificulta mucho tanto el diálogo como el consenso intercultural. Sin embargo, se ha apuntado, y con razón, que es más fácil que la humanidad se ponga de acuerdo en aquello que desea prohibir, en los comportamientos que reprocha, proscribire y castiga (que son limitados), frente a aquellos otros que entiende como valiosos, o al menos, como tolerables (que son infinitos). Si ello lo circunscribimos al ámbito de las garantías fundamentales, también habrá que asumir el pensamiento que afirma que un entendimiento de los derechos humanos proyectándose a restringir y limitar la acción del poder público tiene mayores posibilidades de reconocimiento universal que un concepto más extenso que considera a éstos como elementos de orden público para todo Estado y toda sociedad sin distinción¹⁸. De aquí se deduce que el Derecho Penal esté siendo caracterizado como una universalidad socio-cultural, puesto que trata más bien los supuestos más graves de experiencias negativas de menoscabo de derechos. Y así, una vez más, se confirma que es más fácil que se produzca un consenso sobre lo que no debe ser, antes de que se llegue al consenso sobre lo que debe ser¹⁹.

Llegados a este punto, el siguiente obstáculo que hay que salvar es determinar ese mínimo elenco de garantías y libertades que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva.

A estos efectos, se establece que todo sistema de convivencia ha de concebir al hombre como agente moral, y de ahí se deduce que uno de los postulados básicos del consenso intercultural sea el respeto al principio de autodeterminación, de autonomía de la persona, o, expresando el mismo significado con palabras distintas, el principio del libre desarrollo de la personalidad²⁰. De aquí se derivan algunos

International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y RICHARD FALK, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights", ibd.

¹⁸ TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit.; págs. 82 y 83.

¹⁹ HASSEMER, WINFRIED: "Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts", en HÖFFE, OTFRIED: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? ...* cit., págs. 157 y ss., 172.

²⁰ Señalaba JOHN STUART MILL que, para considerar una sociedad libre, se tendría que garantizar, como mínimo, las siguientes: "... libertad de pensar y sentir, la

derechos íntimamente ligados a este reconocimiento con carácter universal, cuales son el derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguridad²¹. Todo ello matizado con la aceptación de los deberes “más fuertes” que algunas culturas no occidentales (como la indígena) imponen a sus miembros, como son los genéricos de cooperación, solidaridad y trabajos comunitarios²².

de expresar y publicar opiniones, libertad de regular la vida según nuestro carácter de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan los demás, mientras no les perjudiquemos, aunque conceptúen nuestra conducta como necia o censurable, y la libertad de reunirse o asociarse con iguales limitaciones... “. Al respecto, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*, Lusiada, Serie II, núms. 4-5 (2007), págs. 157-187, 168.

²¹ El especialista americano en ciencia política y filosofía social, MICHAEL WALZER, habla correctamente de un código moral mínimo y universal que es aceptado a nivel mundial sin ninguna objeción. Este código mínimo comprendería, desde su punto de vista, la prohibición del asesinato, de la esclavitud, de la tortura y del genocidio. De hecho, en ningún país del mundo las autoridades públicas otorgarían licencia para que se permitiese disponer de acuerdo a su libre albedrío de la vida, de la libertad y de la integridad corporal. Aunque ello ha sucedido y sucederá, este tipo de prácticas no son reconocidas como máximas a seguir de una política correcta. Ningún pensador serio pone en duda la propuesta de que el poder del Estado autoritario tiene que ser limitado por firmes restricciones. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit., págs. 81 y 82. En otro pasaje de esta última página, el autor señala que en ninguna parte ha surgido doctrina alguna que permitiría al Estado cercenar arbitrariamente las libertades de expresión, reunión y asociación. De haberlas, tales limitaciones constituirían datos empíricos de la misma vida social, que generalmente están justificadas por la prevalencia de situaciones excepcionales.

²² Esta es la posición, que personalmente comparto, de VILORRO: *Estado plural, pluralidad de culturas...* cit., págs. 132 y 133. En este sentido, se ha dicho, y con razón, que otras cosmovisiones diferentes de la occidental, como la hindú o la china, ponen el acento en el hecho de que en estas culturas, antes que la reclamación de los derechos, existe la idea del cumplimiento de las obligaciones, y de ahí es de donde se derivan ese elenco de garantías. De igual forma, se ha querido identificar los valores asiáticos poniendo el énfasis en la búsqueda de soluciones consensuadas, criterio comunitario frente a individualismo, orden social y armonía, respeto por los mayores, disciplina, Estado paternalista y el rol prioritario del gobierno en el desarrollo económico. Es más, ni siguiera en las sociedades occidentales existe un consenso sobre un derecho humano tan relevante como el derecho a la vida. La existencia de la pena de muerte en EE. UU., la legalidad de los asesinatos “selectivos” en el Estado de Israel, o la distinta consideración del aborto consentido por la mujer embarazada en diferentes países europeos, constituyen buena prueba de ello. TOMUSCHAT: *Human rights: Between idealism and realism...* cit., págs. 69 -72.

IV. EL NÚCLEO INVIOLABLE DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS AFECTADOS POR TODO SISTEMA PENAL

A partir de aquí, cabría señalar que ese mínimo elenco de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva²³, y que han sido delimitados en torno al derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, y a la seguridad, es el que debe respetar el poder político en relación con el ciudadano. Sin embargo, dichos derechos son limitados con mayor intensidad cuando se trata de los individuos que ingresan en el sistema penal.

Teniendo presente todos estos presupuestos, ya estamos en condiciones de responder a la cuestión fundamental: ¿Cuáles son los bienes y derechos que ningún ordenamiento sancionador, ni siquiera excusándose en la salvaguardia de su diversidad cultural, propia idiosincrasia o tradición, puede menoscabar en la definición de las conductas delictivas y en el establecimiento de las correspondientes penas?

Así, en el seno de la Unión Europea se está configurando, tanto por los tratados y convenciones propias, o los externos firmados en bloque por dicha organización, o incluso por el sistema constitucional derivado de las respectivas leyes fundamentales de los Estados integrantes, un núcleo inviolable de derechos fundamentales. De ahí derivan unos criterios comunes de obligado cumplimiento a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el respectivo sistema penal²⁴. En este sentido se habla de reconocimiento

²³ La cuestión está siempre abierta entre los especialistas en derechos humanos. Se pregunta TOMUSCHAT (*Human rights: Between idealism and realism... cit.*, págs. 58 y ss.) si podría realmente existir un estándar común de derechos para toda la humanidad, o si por el contrario se oscurecieron las pretensiones de las declaraciones y de los instrumentos internacionales de derechos humanos de extender universalmente sus propuestas, por su propia ambición. Pues se cuestiona el autor si la existencia de diferencias culturales entre las muchas naciones y otras comunidades étnicas o lingüísticas del Planeta son irreconciliables con el tipo de uniformidad que supondría el establecimiento de principios universales con su lógico corolario.

²⁴ Al respecto, NUOTIO, KIMMO: "Criminal law of a transnationale polity", *Festschrift für Heike Jung zum 66. Geburtstag*, München, 2007; págs. 685-698, 890. También se ha dicho en este ámbito, que los derechos fundamentales más importantes que afectan al Derecho Penal son la presunción de inocencia, el principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*", el mandato de moderación (o mitigación) y el

de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos, y la prohibición de la tortura. Dichos criterios comunes con cierta tendencia a la universalización, sin embargo, sólo son predicables de una específica cultura occidental.

Me interesa destacar ahora un ámbito en el que se plantee el conflicto entre la autonomía de la actividad jurisdiccional correspondiente a un determinado sistema penal y su afectación a los derechos humanos. Dicho ámbito viene abarcado por el modelo de referencia que ha sido aquí presentado, en el seno del Derecho sancionador de las comunidades indígenas de Latinoamérica.

Así, la misma Corte Constitucional colombiana ha delimitado concretamente el perímetro de lo prohibido en sede de actuación jurisdiccional de las autoridades indígenas. Es decir, en última instancia se está cuestionando la legitimidad de todo tipo de medidas de intervención penal (sean procesales o materiales) que se utilizan en el Derecho Penal indígena, en la medida en que puedan atentar a las garantías individuales universalmente reconocidas. Sin embargo, siguiendo con la metodología comparativa que se ha ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, los resultados pueden perfectamente extrapolarse y tomarse en consideración a efectos de determinar los límites de lo tolerable de todo sistema penal.

Y en estos términos, la Corte Constitucional ha expresado claramente, después de una argumentación bastante convincente (y en la que ahora no podemos entrar con detalle) su entendimiento de los límites de actuación normativa y jurisdiccional en el marco del Derecho Penal indígena. “Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que «verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre», es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas... .. Estas medidas

principio de proporcionalidad en relación con hechos punibles y penas, así como el principio del “*non bis in idem*”. DANNECKER, GERHARD: “Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005), págs. 697-748.

se justifican porque son «necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional»²⁵. La Corte, coherente con este planteamiento, no considera atentado a los derechos humanos el empleo limitado de sanciones corporales (como el fuste o el cepo) o el juzgamiento del sujeto sin que éste se halle presente, siempre que venga representado o defendido por personas allegadas (situación que hipotéticamente podría atentar al principio del debido proceso). Sobre estos aspectos tendré ocasión de pronunciarme en el último apartado del presente artículo.

Por tanto, el núcleo de derechos intangibles que, a juicio del mentado Tribunal, debe respetarse universalmente, incluiría, en primer término, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Se basa para ello en dos razones de peso. En primer lugar, atiende al hecho de que únicamente respecto de éstos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, se acoge a la constatación de que dichas garantías se encuentran dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, garantías que no pueden ser suspendidas ni siquiera en las situaciones de conflicto armado²⁶.

Aunque estoy de acuerdo con dicho elenco de derechos inviolables, desde mi perspectiva cabría añadir las garantías de la integridad física y de la integridad moral, entendida esta última como la no-despersonalización del sujeto en determinadas situaciones de privación de libertad.

Si bien en el último epígrafe de este trabajo volveré sobre esta temática, creo que existen razones suficientes para incluir en este núcleo esencial dichos derechos fundamentales a la integridad corporal y a la integridad moral.

En cuanto al primero, creo que puede ser aceptada desde otras culturas diferentes a la occidental, cierta afectación corporal mediante castigos

²⁵ Sentencia de la Corte Constitucional T-523/97. El Alto Tribunal parte de la idea de que el respeto al principio de diversidad étnica y cultural constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico colombiano, y por esta razón, su limitación cuando entra en conflicto con otros derechos y principios, debe restringirse al máximo.

²⁶ Sentencia T-349/96. Dicha resolución fue completada, tal y como se han señalado, por la T-523/97.

que entran dentro de su tradición ancestral. No me parece más grave, por ejemplo, castigar con cuarenta latigazos a quien perpetró un robo que internarlo en un centro penitenciario durante dos años. Aunque ello desprecie la conciencia de la cultura judeocristiana, por las mismas razones las etnias originarias de Latinoamérica no conciben la privación de libertad como pena en sus correspondientes sistemas jurídicos. Pero el castigo corporal deberá ser admitido en cosmovisiones distintas de la occidental siempre que no deje ni física ni psicológicamente una huella indeleble en la persona que lo sufre. La intensidad de los cuarenta latigazos, por seguir con el ejemplo, no puede llegar a dejar cicatrices permanentes en el reo, y tras su aplicación, éste siempre ha de tener la posibilidad de recuperar un estado físico similar al que mantenía con anterioridad a la ejecución de la sanción²⁷. El mismo razonamiento sería válido para otras penas que en la cosmovisión indígena tienen un carácter altamente simbólico y ritualizado, como el baño en agua fría o la sanción de ortiga²⁸. Pero alguna que otra práctica, como cortar las orejas a las mujeres adúlteras en algún derecho original amerindio, o la ablación del clítoris de las niñas en ciertas tradiciones fundamentalistas islámicas, no pueden ser aceptadas desde ninguna interpretación de los derechos humanos. Aparte de que estas tradiciones entrarían en la calificación de tratos crueles e inhumanos, violarían este *principio de elasticidad* que he mencionado anteriormente. Según dicho axioma, ninguna institución jurídica puede incidir tan negativamente en un ser humano, que tras su aplicación éste no pueda recuperar su imagen física y su estructura psíquica de la que disponía con anterioridad a su ejecución.

El principio de elasticidad en el marco de las medidas punitivas deriva de una concepción del Derecho que contemple al ser humano como libre y responsable de sus actos, y cuyo objetivo sea resolver pacíficamente los conflictos humanos reduciendo al máximo la violencia, quedando fuera de dicho objetivo transformar sin su voluntad y permanentemente a los sujetos que los originan o los sufren.

²⁷ Esta misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica en las comunidades indígenas que la mantienen, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido.

²⁸ BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit., págs. 154 y ss.

Por tanto, la aceptación de ciertas formas limitadas de penas corporales no viola el derecho a la integridad física, siempre y cuando ésta no sea mermada sin posibilidad de recuperarse el estado físico inicial de quien las sufre. Creo que, explicado de esta forma, también este derecho debe conformar el núcleo esencial de las garantías fundamentales que no puede menoscabar ningún sistema penal bajo pretexto o justificación de prácticas o tradiciones jurídicas ancestrales.

Pero por las mismas razones, y en segundo lugar, también debe incluirse el derecho a la integridad moral. El principio de elasticidad también entraría aquí en juego, de tal modo que no se aceptarían aquellas medidas punitivas que puedan incidir sobre el aparato psíquico, sobre la conformación psicológica o sobre cualquier otro ámbito espiritual del ser humano, de tal forma que éste no pueda volver a recuperar su identidad, su Yo personal y esos aspectos espirituales relacionados con la imagen individual, específica e irrepetible que lo caracterizaban como tal ser humano.

Evidentemente, el derecho a la integridad moral queda tutelado tácitamente cuando se prohíbe en todo sistema jurídico la tortura, o los tratos inhumanos o degradantes. Pero, de no concebirse expresamente, quedarían fuera otros supuestos, y específicamente el que me voy a referir seguidamente.

He señalado que, tanto como a los occidentales nos repelen las penas corporales, la conciencia indígena rechaza las sanciones privativas de libertad. También se han expuesto algunas razones, como las que derivan de su propia idiosincrasia en los modos de convivencia. Así, el arraigo del ser a la tierra y al entorno ancestral de su comunidad prohíbe la posibilidad de encerrar a una persona. También la necesidad de reintegrar al individuo a la comunidad para que ésta no se vea mermada en el número de sus integrantes (principio de supervivencia) se contradice con la privación de libertad de un indígena. Y, sin embargo, en el mundo occidental, la pena más relevante sigue siendo la prisión. Pues bien, el derecho a la integridad moral, percibido desde el principio de elasticidad, determinaría que son legítimas las penas privativas de libertad hasta el punto de que no despersonalicen al sujeto, de que su duración y forma de ejecución no sea tan drástica que el reo, tras el cumplimiento, haya transformado su identidad, forma de ser o sufra perturbaciones psicológicas o psíquicas irreversibles. Y ocurre que también sobre el concepto de humanidad de las penas se pueden

encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad.

De todo lo dicho, ya se puede señalar una primera estructura nuclear de los derechos fundamentales que tienen que ser respetados por todo sistema penal, y que vendría integrada por el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura.

A estos derechos intangibles, se le añaden la legalidad del procedimiento, que se concreta en los diferentes derechos fundamentales emanados del principio del debido proceso; y la legalidad de los delitos y de las penas²⁹.

Aquí la justificación se encontraría en razones de índole constitucional, respecto del primero; y referidas a la seguridad jurídica, en el segundo. Pero ambos, debido proceso y legalidad de los delitos y de las penas, también constituyen una estructura lógico-objetiva cuya necesidad puede y debe ser predicada de todo sistema penal, aun cuando su plasmación no tenga necesariamente que ser formalizada estrictamente con arreglo a los criterios del derecho occidental o ancestral³⁰. Es decir, la legalidad del procedimiento como requerimiento general, no implica que se exija la existencia de juez de carrera, abogado letrado y fiscal togado. Es suficiente con que el acusado pueda defenderse realmente con ciertas garantías de objetividad e imparcialidad, y sea juzgado por una asamblea, un consejo de ancianos o unas autoridades que tradicionalmente han ejercido funciones jurisdiccionales. Y la legalidad de los delitos y de las penas no significa necesariamente que en todo ordenamiento punitivo se definan taxativamente unos

²⁹ Doctrina asentada por las dos anteriores resoluciones de la Corte Constitucional colombiana T-349/96 y T-523/97, y a partir de aquí, seguida, entre otras, por las sentencias SU-510/98, T-266/99, C-127/03 y T-549/07.

³⁰ "... el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social" (Sentencia T-523/97).

y otras por una norma escrita con anterioridad a su aplicación. Bastaría con el hecho de que la regla, extendida socialmente por la publicidad de la escritura o de la tradición oral, sea conocida con carácter general por los sujetos afectados, de tal modo que puedan prever, aún vagamente, las consecuencias jurídicas de la realización de comportamientos prohibidos por las normas de la comunidad en que desarrolle su existencia.

De ahí que, siempre que el respectivo ordenamiento punitivo respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos (que, como se acaba de ver, se pueden concretar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, así como de la legalidad de los delitos y de las penas), ha de entenderse legítima la formulación que se realice, atendiendo a su tradición jurídica e idiosincrasia cultural, de sus categorías, principios e instituciones³¹.

Llegado a este punto, quisiera formular otra cuestión relacionada con la inicialmente planteada. En el seno social y en el territorio de etnias primigenias de Latinoamérica o de Laponia, o en culturas islámicas u orientales ¿Qué sería más justo, más eficaz, más respetuoso, más civilizado, aplicar su propio derecho o recurrir a un ordenamiento de corte occidental?

Evidentemente, siempre que el ordenamiento originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos, que, como se ha visto, se pueden ubicar en la salvaguarda de la vida y de la integridad física y moral, en la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y en el acatamiento de los fundamentos de las reglas básicas del debido proceso, incluyendo la legalidad de los delitos y de las penas, me parece más conveniente que se tomen en consideración las normas vigentes propias de la tradición y costumbres de los pueblos que integran la respectiva civilización³².

Y, en efecto, puede plantearse desde la mentalidad occidental que entrados ya en el Siglo XXI, no se debe castigar a una persona a sufrir cuarenta latigazos, a realizar forzosamente trabajos en favor de la comunidad durante un año u obligarle a someterse a

³¹ BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit., págs. 183 y ss.

³² BORJA JIMÉNEZ, E.: "Derecho indígena sancionador y derechos humanos..." cit., pág. 210.

la inmovilización de su cuerpo por medio del cepo (sanciones que no vulnerarían estos mínimos, pero que repelen los valores de la cultura judeocristiana). Y estoy de acuerdo en considerar esta solución monstruosa si se aplicase en cualquiera de los países de la Unión Europea o en cualquier otro Estado de corte occidental. Pero es sabido (y se mostró en su momento) que la pena privativa de libertad no cumple ninguno de los fines que persigue, por ejemplo, en el Derecho Penal indígena, mientras que estas otras, que acarrearán una gran carga ritual y un menor contenido aflictivo del que aparentemente representan, muestran una gran idoneidad para alcanzar los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales de este sistema. Nos preguntamos entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas. Y de nuevo ahí, como he expresado unos párrafos arriba, nos encontramos con valoraciones diferentes sobre su significado y contenido esencial atendiendo a los distintos sistemas de valores de las diferentes culturas y civilizaciones.

Sin embargo, será en el último epígrafe de la presente investigación donde me ocupe del fundamento último de todo Derecho Penal³³.

V. EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE TODO SISTEMA PENAL

Las distintas tradiciones jurídicas (que cada vez se aproximan más entre sí merced, entre otros, a los procesos de globalización económica) conforman sistemas penales diferenciados con componentes propios de su cosmovisión, cultura y civilización, y otros que son comunes a todas ellas. Conforme se ha ido avanzando desde el plano de la realidad de cada ordenamiento punitivo, al plano de la legitimidad en la definición de los delitos, de las penas y de otras medidas coercitivas materiales o procesales, el núcleo del Derecho Penal mínimo (por ser común a toda comunidad o Estado) también se desplaza desde la consideración *didáctica* de sus conceptos y categorías al entendimiento universal de los derechos humanos.

³³ Se ha dicho, y con razón, que existe un consenso generalizado sobre el entendimiento como ilegítimos de aquellos comportamientos que, al abrigo de una determinada tradición o cultura, violan derechos fundamentales del individuo, aun cuando hipotéticamente pudieran derivar del Derecho Internacional o del ordenamiento interno del país o países de referencia (BERNARDI, ALESSANDRO: *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, pág. 128). Evidentemente, el problema se encuentra en la determinación de cuáles son esos derechos fundamentales del individuo a la luz de las diversas culturas y civilizaciones, tarea que ha ocupado este apartado.

En efecto, si se intenta definir lo común en materia de principios, se apreciarán las dificultades existentes merced a las diferencias entre los sistemas legalistas de la Europa continental o la prevalencia del precedente jurídico del *Common Law* en los sistemas anglosajones. También, en este mismo ámbito aparecerán obstáculos a la hora de coincidir en la definición de la función del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos (concepción mayoritaria de la tradición continental) o regido por el *harm principle* (tradición anglosajona). En la estructura del delito, en cambio, en gran parte de esta Europa continental hay consenso en entender que viene constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; mientras que en Francia se define en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, conforme va profundizándose en aspectos menos técnico-dogmáticos y más filosóficos o constitucionales, aparecen fundamentos más generales, como la dignidad humana, la seguridad jurídica, los principios de lesividad, culpabilidad, *non bis in idem*, humanidad de las penas u otros de carácter procesal, como los derechos a la presunción de inocencia o a la defensa.

Evidentemente, a ello ha contribuido la evolución del pensamiento jurídico, que ha ido conformando los distintos conceptos y categorías a través del desarrollo de cada sociedad y del espíritu que impregna su respectiva reforma legal. Pero, en el fondo, el apreciable progresivo acercamiento que se produce en las últimas décadas en las distintas instituciones penales de las diferentes tradiciones jurídicas, cada vez más próximas e integradas en un ámbito común (por ejemplo, en el marco del Derecho Penal internacional), no obedece tanto al resultado de las respectivas metodologías de investigación jurídica o a la didáctica de la utilización conceptual de cada sistema penal, sino más bien a la concepción en la consideración del ser humano, de sus derechos, de su autonomía de la voluntad (y de sus límites) que ha ido aportando cada cultura y civilización³⁴. El fundamento de todo sistema penal, por tanto, se halla en la imagen y en la idea de ser humano, sujeto, individuo o persona que sea común a toda

³⁴ En estos términos, pero para el ámbito más concreto de la teoría jurídica del delito en el seno del Derecho Penal, se expresa AVRIGEANU, TUDOR: *Ambivalenz und Einheit. Eine Untersuchung zur strafrechtswissenschaftlichen Grundlagendiskussion der Gegenwart anhand ihre Bezüge zu Kants Philosophie*, Baden-Baden, 2006, págs. 188 y 189.

tradición, cultura o civilización³⁵. Es por ello que, en estos últimos párrafos y líneas se tenga que hacer un esfuerzo por delimitar el concepto de persona (término que ahora empleo en sentido amplio) que pueda desprenderse del propio sistema penal. A partir de ahí se podrá comprobar la concreta justificación de cada uno de los componentes del Derecho penal, particulares y universales, que se han ido manifestando a lo largo del presente trabajo.

Dicho esto hay que tener presente otra idea no menos relevante que apunta a que el Derecho Penal es, sobre todo, un ordenamiento protector de los derechos humanos. A partir de aquí se vincula la naturaleza universal de los derechos humanos con una comprensión (de igual forma, universal) del ser humano³⁶. Y en este sentido, el mismo WELZEL afirmaba que la primera estructura lógico-objetiva de todo ordenamiento jurídico venía constituida por el individuo responsable³⁷. También se ha querido llevar esa vinculación entre derechos humanos y naturaleza humana a través de la idea de interés y del principio de reciprocidad. Los intereses comunes y generales

³⁵ Cuando SILVA SÁNCHEZ se pregunta por las posibilidades de una dogmática supranacional, apunta ya a este fundamento en su afirmación de que el elemento configurador de la misma viene determinado por el concepto de persona y los derechos que le son inalienables (SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales*, 2ª Edic. Madrid, 2001, pág. 92).

³⁶ El juez japonés TANAKA, con su voto disidente en una famosa resolución de la Corte Internacional de Justicia en 1966, llevó a cabo nítidamente esta vinculación entre universalidad de los derechos humanos y una concepción común de persona. TANAKA afirma que el principio de protección de los derechos humanos deriva del concepto de ser humano como persona en su relación con la sociedad, que no puede escindirse de la naturaleza universal humana. La existencia de los derechos humanos no dependería, por tanto, de la voluntad de un Estado, ni tampoco de su derecho interno o de cualquier otra medida legislativa. Ni siquiera de tratado o costumbre internacional alguna, en los que la voluntad expresa o tácita del Estado constituye el elemento esencial. La existencia de los derechos humanos dependería únicamente de esa naturaleza universal del ser humano. Se ha dicho, y con razón, que esta aseveración constituye una de las proclamaciones más fuertes en la fe a la universalidad de los derechos humanos. Si los derechos humanos han de ser derivados de la naturaleza del ser humano, toda posible voluntad social divergente aparecería como secundaria e insignificante. Al respecto, TOMUSCHAT, CHRISTIAN: *Human rights: Between idealism and realism*, Oxford, 2003, págs. 82 y 83.

³⁷ “... el reconocimiento del ser humano como persona responsable es el presupuesto mínimo para un ordenamiento jurídico que no solamente quiera imponerse como poder, sino obligar como Derecho”. WELZEL, HANS: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 4ª Edic. Göttingen, 1962. pág. 240.

a cada cultura determinan una concepción del hombre. Desde esta perspectiva, se considera toda una teoría sobre la concepción del hombre y de los derechos que van aparejados a él³⁸.

En este sentido, quisiera poner de relieve una pequeña precisión. Desde el punto de vista metodológico pueden tomarse dos caminos. O bien recurrir a concepciones genéricas del hombre como la que aporta la Filosofía, o bien recurrir a un concepto mucho más limitado que pueda ser determinado dentro del estricto marco del Derecho Penal. Algo similar ocurre con otras categorías, como la libertad. Pues bien, al igual que en este último caso no podría descender a las profundidades del conocimiento metafísico a causa de los propios límites de la investigación jurídico-penal (y de ahí el acierto de BINDING en la definición de un concepto de libertad circunscrito al exclusivo marco del Derecho Penal), tampoco ahora voy a internarme (más allá de lo estrictamente necesario) en consideraciones doctrinales sobre la definición de ser humano que caigan fuera del sistema penal.

³⁸ Esta es la posición de HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...* cit., págs. 51 y ss. Aunque, por lógicas razones, no puedo profundizar ahora sobre esta teoría, no me resisto a destacar unos mínimos aspectos esenciales de la misma.

El autor fundamenta la legitimidad de los derechos humanos con base en los correspondientes deberes y el principio de reciprocidad. En realidad, la reciprocidad es una característica consustancial a la estructura social de cada comunidad, de tal forma que cuanto mayores sean las exigencias de integración y control de esa comunidad al individuo, mayor será la exigencia de las relaciones recíprocas encarnadas en derechos y deberes, no sólo individuales, sino también de naturaleza social. “Para justificar los derechos humanos en su carácter como derechos subjetivos, tienen en consecuencia que mostrar una reciprocidad que caracteriza a los seres humanos, solo porque es ser humano” (pág. 55).

El argumento del autor se expresa del siguiente modo: en la medida en que la idea de ser humano es irrenunciable a la idea de interés, este último concepto nos lleva a la condición del intercambio (*Tausch*), lo cual implica a su vez que tengamos que partir del condicionamiento de la reciprocidad (*Wechselseitigkeit*). Por ello, la propia imagen de ser humano va inescindiblemente unida a la de reciprocidad. En este sentido señala una argumentación muy razonable en la fundamentación de los derechos humanos. “No sólo existe un derecho fundamental a la vida y a la integridad corporal porque el ser humano tenga un interés superior y trascendental a estos bienes (a la vida y a la integridad corporal), sino, sobre todo, porque el interés sólo puede realizarse en reciprocidad y porque sólo en el “sistema de la reciprocidad”, en el que cada prestación puede tomarse en consideración como exigencia, se satisface la renuncia a la violencia del otro, solamente bajo la condición de la contraprestación de renuncia a la violencia propia” (pág. 55).

Es por ello que se ha de emprender la tarea de aproximación a una definición general de lo que significa la expresión *ser humano* (u otras que se utilizarán como sinónimas) en el marco del sistema penal.

El Derecho, como conjunto de normas (de obligado cumplimiento con independencia de la voluntad de sus destinatarios) que regulan la coexistencia de la vida social, es un producto humano creado para resolver problemas humanos. Con la referencia a *lo humano* se trata de conciliar un concepto amplio en el que se van a incluir, indistintamente, las connotaciones semánticas propias de vocablos como *ser humano, sujeto, individuo o persona*. Aunque, insisto, voy a utilizar dichas expresiones como sinónimos, se tiene que realizar una breve explicación de cada una de ellas, especialmente las más utilizadas, la primera y la última.

Los conceptos de *ser humano y persona* destacan dos aspectos diferenciados de una misma realidad³⁹.

Cuando se hace referencia al primero, se pone el acento en el hecho, en la existencia de un ser vivo, de un organismo que constituye la especie de los seres humanos dentro de los primates. En última instancia, se trata de una unidad psíquico-biológica, lo que significa que la categoría de ser humano representa precisamente la unidad de aquellas características biológicas que distingue a éstos de otros seres vivos⁴⁰.

La categoría de persona toma en consideración la de ser humano, pero la reviste de un aspecto social determinado por la interacción con los demás, por la posibilidad de engendrar acciones que son objeto de regulación por las normas, las cuales originan para los sujetos ciertas facultades y exigencias⁴¹. Aunque el concepto

³⁹ Sigo aquí, por estar de acuerdo con sus atinadas precisiones, la diferenciación establecida por AMELUNG, KNUT/LORENZ, JÖRN: "Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung", *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln-Berlin-München, 2007, págs. 527-533.

⁴⁰ Expresión utilizada por GÜNTHER, KLAUS: "Die Person der personalen Rechtsgutslehre" en NEUMANN, ULFRIED/PRITZWITZ, CORNELIUS (Coords.): "*Personale Rechtsgutslehre*" und "*Opferorientierung im Strafrecht*", Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien, 104, Frankfurt am Main, 2007, págs. 15-39, 19.

⁴¹ SEELMANN; KURT: "Anerkennung, Person, Norm", *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Köln, Berlin, München, 2007, págs. 635 y ss. Señala el autor (pág. 644) que ya en el reconocimiento general de la norma alcanzan los individuos la categoría de personas y merced a ello tienen que responsabilizarse

de persona abarca al del ser humano como organismo y unidad psíquico-biológica de la naturaleza, el peso de la definición arrastra el significado de sujeto, como fenómeno ético, centro y unidad de las acciones intencionales en su interacción con los demás. En sentido jurídico, por tanto, es persona el titular de derechos y deberes⁴². En un sentido más amplio, se resaltan las características de identidad, autoconciencia y previsibilidad, en los términos que destaca PETER SINGER, quien considera persona a quien desarrolla una identidad a través de la autoconciencia, sobre la variación del espacio y del tiempo, formándose así una idea acerca de su propio futuro⁴³.

En última instancia, y emulando al famoso sociólogo americano SEARLE, se podría decir que el ser humano es una criatura del mundo de los organismos biológicos y que pasa a ser persona en el mundo social de las acciones y de las normas, de las comunicaciones y de otras interacciones⁴⁴.

Entre los conceptos de *ser humano* y de *persona*, se hallan el de *sujeto*, que pone el acento en la autoconciencia, y el de *individuo*, que enfatiza la singularidad y el carácter irrepetible de la criatura en cuestión. Aunque finalmente todas estas definiciones se aglutinan en una más amplia de persona o de ser humano, no me resisto a traer a colación la explicación de GÜNTHER, en la cual se pueden apreciar y diferenciar todos estos aspectos semánticos⁴⁵.

frente a dicha norma. En esto estaría SEELMANN totalmente de acuerdo con JAKOBS, para quien precisamente la realización o puesta en práctica de la regla jurídica sólo resulta de la relación del mutuo reconocimiento. La categorización del individuo como persona sólo se alcanza a través del reconocimiento de la norma. Y por otro lado, las normas sólo pueden concebirse en las relaciones entre sujetos con responsabilidad, esto es, entre personas.

⁴² SCHISCHKOFF, GEORGI (Coord.): *Philosophisches Wörterbuch*, 22ª Edic. Stuttgart, 1991, pág. 549. La definición jurídica de persona procede de KELSEN y ha sido aceptada por los penalistas que actualmente han tratado los perfiles del concepto en el Derecho Penal. A título de ejemplo, JAKOBS, GÜNTHER: "Individuum und Person", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117 (2005), págs. 247-266, 266. Al respecto también los autores de las dos citas siguientes.

⁴³ Citado por KAWAGUCHI, HIROKAZU: "Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht. Eine Einführung", *Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag*, München, 2005, págs. 139-148, 144.

⁴⁴ Sobre la definición de SEARLE (algo distinta de la expresada en el texto, de donde he extraído consecuencias que no se encuentran en el original), AMELUNG/LORENZ: "Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung..." cit., pág. 528.

⁴⁵ GÜNTHER: "Die Person der personalen Rechtsgutslehre..." cit., cit., págs. 23 y ss.

Así es, se esfuerza el autor por determinar un concepto de persona que abarca las características propias, superándolas, de otras categorías, como las de ser humano, de individuo y de sujeto. En este sentido, el concepto de *ser humano* se aplica como término descriptivo, propio del lenguaje de la observación, como unidad de las características biológicas que distinguen a los humanos de otros seres vivos. El concepto de *individuo* haría referencia a aquella unidad singular que posee una biografía, una historia existencial humana que se distingue de cualquier otra. La esencia de la categoría de persona, según el autor, implicaría una perspectiva interna en la que alguien se concibe a sí mismo como persona, que encarnaría el concepto de *sujeto*. La categoría de persona requeriría entonces relacionarse consigo mismo y algo más: poder realizar esta autoreferencia activamente. Ello sólo sería posible cuando alguien puede distanciarse de su medio y de su propia naturaleza (como ser humano), para obrar hacia fuera de sí mismo, para tener su propia "voluntad". Esta comprensión como persona, que comparto, sería al mismo tiempo dependiente de que otros reconozcan a este individuo en su misma voluntad. Esto implica, además de la perspectiva interna, una perspectiva externa. No habría persona en singular, sólo habría personas en plural. Para las personas es esencial que éstas sean reconocidas como tales. Ya como consecuencia del reconocimiento, regiría éste como un determinado comportamiento y también como acción propia del sujeto⁴⁶, frente a él mismo, y frente a los demás. En tanto que la conducta del individuo llega a ser imputada por terceros como su propia acción, éste, como sujeto, se imputa a sí mismo dicha conducta por su misma conciencia como su propia acción. Y de esta forma la persona es susceptible de asumir la responsabilidad por las consecuencias de sus actos. De este modo la serie de acontecimientos en la que el sujeto está envuelto de cualquier forma, se vincula a su biografía, que no puedo ceder a nadie ni a nada, dado que en el Yo está la misma persona que Soy y que a través de las grandes y pequeñas variaciones quedaría por esta vía identificada y también tratada por los demás de tal manera que tendría que hacerse responsable de toda su biografía y no sólo de los fragmentos particulares. Es así como el autor plantea la relación entre persona y sociedad.

⁴⁶ En este sentido GÜNTHER y VIVES ANTÓN se aproximan notablemente, pues para este último la acción humana adquiere relevancia cuando encuentra su significado, y con ello, su reconocimiento, en el seguimiento de la norma. Al respecto, *vid supra* nota 52.

Sin embargo, repito, a pesar de que los diferentes especialistas intentan llevar a cabo esta fina distinción entre ser humano, persona, individuo y sujeto, aquí, por razones de estilo y también de contenido, a los efectos del presente trabajo se prefiere utilizar todos estos vocablos como sinónimos y emplear un concepto amplio que los abarque a todos.

A partir de esta conceptualización, el último paso metodológico va a consistir en derivar de estas definiciones el corolario del mínimo de los derechos humanos intangibles e inviolables por todo sistema penal, cualquiera que sea la tradición, cultura o civilización sobre la que se asiente.

Con carácter general, hay que significar que, existiendo una idea común de persona, todo ordenamiento jurídico debe respetar sus atributos esenciales, no pudiendo desnaturalizar ningún aspecto humano que le sea propio. De ahí deriva el aquí denominado principio de elasticidad, según el cual toda medida coactiva y aflictiva que utilice el derecho sancionador podrá incidir en algunos aspectos esenciales que conforman la idea de ser humano (en su integridad moral, en su honor, en su libertad, en su patrimonio, o incluso en su integridad corporal), pero no hasta tal punto que, cesada la aplicación de dicha medida, ese aspecto esencial del individuo resulte irrecuperable. Todo lo contrario, transcurrido el periodo temporal de la ejecución de la sanción, el sujeto debe de estar en condiciones, aun siendo hipotéticas o potenciales, de volver a recuperar su imagen humana en esos ámbitos fundamentales que lo definen como persona.

Se ha puesto de manifiesto que la idea de ser humano está íntimamente vinculada con el aspecto de organismo vivo, de ente de la naturaleza⁴⁷. De este idea "material" de la persona que sería

⁴⁷ En este sentido, HÖFFE (*Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...* cit., pág. 51) señala que el hombre es un animal que habla y que razona, y de ahí deriva su primera dimensión y característica como cuerpo y vida, incluyendo las condiciones materiales de su existencia. Otros autores, aunque definen la categoría con base en la conciencia de la libertad, también apuntan a esta primera dimensión de la existencia material del individuo sobre la que se asienta aquella (en este sentido, BURKHARDT, BJÖRN: "Wie ist es, ein Mensch zu sein?", *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, págs. 77-100, 79). De igual forma se acentúa esta característica cuando, entre otras, se define a la persona como el objeto de atribución de predicados corporales y psicológicos (siguiendo al filósofo americano DENNER, KAWAGUCHI: "Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht..". cit., págs. 139-148, 144). En esta misma

válida para toda cultura o civilización, se derivarían de forma inmediata el derecho a la vida y a la integridad física, tal y como se ha venido expresando hasta ahora. Esto determina que deberían rechazarse de todo ordenamiento penal sanciones como la pena de muerte y penas corporales que impliquen cercenación de miembros u órganos. Podrían admitirse, sin embargo, sanciones que incidieran sobre el cuerpo humano, pero que mantuvieran, tras su ejecución, incólume al mismo (por ejemplo, corte de pelo u otras medidas aflictivas aplicadas al físico del sujeto que tengan carácter simbólico y permitan la regeneración o recuperación, como ortigamiento, baño en agua fría, etc.).

La definición de ser humano bajo la categoría de persona también resalta la característica de sujeto de acciones intencionales que interaccionan con los demás. La interacción de la acción del sujeto, en la medida en que sigue una regla, determina el reconocimiento por los demás, el respeto como miembro de la misma especie, y el origen de facultades y obligaciones derivadas de su actuación. De esta afirmación extraemos las notas de sujeto ético y moral con un comportamiento frente al resto de sus congéneres⁴⁸. Y de aquí derivaría, fundamentalmente, el derecho a la integridad moral. Pues si cercenamos lo intencional de la acción humana, o la relación de identidad del individuo o su propia conciencia de sí mismo y

línea argumentativa todo el trabajo de AMELUNG y LORENZ ("Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung..." cit.) va dirigido a demostrar que el Derecho Penal se ha preocupado más en proteger los derechos de las personas que de los seres humanos, basando las diferencias, entre otras, en las características biológicas que le distinguen respecto de otras especies (ser humano) frente al aspecto social de la persona, como una criatura que puede exigir a las otras criaturas de su especie un especial respeto (concluyendo con la afirmación de que el concepto de ser humano viene determinado por un específico genoma, mientras que el de persona por unas reglas sociales). Y, finalmente (para no extenderme demasiado en la cita), la investigación en esta materia de GÜNTHER ("Die Person der personalen Rechtsgutslehre..." cit., pág. 19) atribuye al concepto de ser humano el aspecto del carácter biológico que, dentro de la unidad, le distingue de otros seres vivos.

⁴⁸ STRATENWERTH, GÜNTHER: *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel, 1993, pág. 15. El autor, recurriendo a la filosofía de DESCARTES y LOCKE, nos muestra como el pensamiento de los últimos tres siglos, sobre todo a partir de la industrialización, tiende a representar una imagen del hombre que maneja los procesos causales del mundo que le rodea, que vive de forma absoluta su libertad, y que, por consiguiente, domina de forma intensa a la naturaleza, a la que mantiene instrumentalizada. Este modelo de persona, sin embargo, es más propio de la cultura occidental.

del mundo que le rodea, estamos anulando la esencia de la misma persona. Y dichos aspectos tienen que ser necesariamente tutelados incluso frente a las medidas punitivas y coactivas de todo sistema jurídico. La prohibición del menoscabo de la integridad moral implica que de igual forma esté vedada para todo sistema penal la utilización de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.

Y en efecto, definido el hombre como criatura que razona y habla, es cierto que la diferente estructura del lenguaje en una u otra cultura determina una forma distinta de razonamiento y, sobre todo, de concepción del mundo. En este sentido, las cosmovisiones difieren según las diversas civilizaciones⁴⁹. Pero precisamente, en la medida en que los seres humanos crean, como personas y entes sociales, esas cosmovisiones distintas, ello determina la necesidad de respeto (ante los ataques más graves) a la característica de lo humano. Y en efecto, se ha visto que el ser humano es un ente social, siendo la sociabilidad una de sus características esenciales. De aquí derivaría el aspecto del necesario respeto al individuo exigido a los demás, y que se concreta en la dignidad humana, lo cual implica, entre otros, el rechazo a la violencia y a la arbitrariedad⁵⁰. De aquí también se deduciría la renuncia de todo poder punitivo a la utilización de la fuerza y de la coacción arbitraria. La resolución de los conflictos, por tanto, si se atiende a esta esencia humana, debe transcurrir por los cauces de la racionalidad, que en el marco del sistema penal adquiere la forma del denominado *debido proceso*. El mínimo de ese debido proceso transita por las garantías fundamentales del derecho a la defensa, el principio de presunción de inocencia, la contradicción y la imparcialidad del juzgador, entre otros.

Otra nota a destacar en los seres humanos está íntimamente relacionada con la libertad. Es cierto que existen dificultades para demostrar tanto la existencia, como la inexistencia de dicha libertad humana. Sin embargo, parece admisible que todo ordenamiento jurídico parte del presupuesto de que los sujetos tienen conciencia de actuar libremente. Es decir, tal y como señala BURKHARDT⁵¹, la conciencia de la libertad conforma una parte fundamental de la experiencia común de la existencia del ser humano, y tanto el ordenamiento jurídico, como el ético, fundamentan sus bases sobre

⁴⁹ En este sentido, HÖFFE, OTFRIED: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*, pág. 51.

⁵⁰ HÖFFE, OTFRIED: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.*, pág. 53.

⁵¹ BURKHARDT, BJÖRN: "Wie ist es, ein Mensch zu sein?..." cit., págs. 98 y 99.

la piedra angular de dicha conciencia de la libertad. Es decir, la relevancia social de la experiencia de la libertad sería innegable, de tal forma que la mayoría de los seres humanos procederían en relación con sus acciones sintiendo que éstas se someten a su voluntad, personal y responsablemente. También desde la perspectiva de la estructura del lenguaje se puede llegar a la misma conclusión, esto es, a la idea de un ser humano con conciencia de gozar de libertad en el desarrollo de su existencia⁵².

Si el sistema jurídico, y por supuesto, también el sistema penal, parte de una concepción de la persona que, al menos, cree desarrollar su existencia en libertad, habrá que considerar entonces que toda normativa debe regular la vida social partiendo de la idea de capacidad de previsión del futuro de los individuos y de los grupos humanos. La posibilidad de anticipar mentalmente ese futuro, y de ordenar la propia existencia conforme a esa previsión es, sin duda, una característica humana que tiene que respetar todo ordenamiento jurídico. De ahí que, para que los individuos puedan conformar su vida de forma humana, necesitan que las leyes que los gobiernan les garanticen la denominada seguridad jurídica. La concreción de la seguridad jurídica en el marco del sistema penal es denominada

⁵² VIVES ANTÓN fundamenta su teoría del sistema penal con base en su concepción significativa de la acción, que a su vez se basa, entre otros, en la filosofía del lenguaje. Así, (VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, págs. 214 y ss) señala el autor que la existencia de la acción no depende sólo de la intención y de la voluntad del sujeto, sino que el tipo que la preside estará en gran medida vinculado a su significado según reglas externas al sujeto. Hace un símil con el lenguaje: no sólo es necesario que el hablante tenga intención de decir algo, sino que lo que dice adquiera un significado que los demás interpretaran por el seguimiento de las reglas gramaticales del lenguaje. En consecuencia, la capacidad de la acción exige cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención, sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. De esta forma (pág. 320) presupuesto de la acción para el autor es cierta capacidad de elección. "Pues del mismo modo que las máquinas de calcular no calculan, las máquinas que emiten sonidos articulados no hablan... ..o dicho de otro modo, al estar determinadas causalmente no actúan (ni calculando, ni hablando, ni de ninguna otra forma) y es gramaticalmente imposible que lo hagan... ..la realización de acciones implica, por consiguiente, un grado de indeterminación causal que permita la elección". En conclusión, el autor llega al convencimiento de que la libertad es la clave de la construcción del sistema penal, de que la libertad es a su vez el elemento determinante, presupuesto por tanto, de la acción. Y si el ser humano habla y actúa y se entiende con los demás, es porque goza de libertad (o al menos, cree gozar de ella).

por la Corte Constitucional colombiana como la legalidad de los delitos y de las penas⁵³. Lo cual supone, no tanto que impere el principio de legalidad en todo ordenamiento punitivo, sino más bien que se respete que la norma jurídica sancionadora conocida por todos anuncie la consecuencia de su infracción con anterioridad al juzgamiento del comportamiento trasgresor del sujeto, venga uno y otra determinado por ley, por precedente jurídico o por el derecho consuetudinario.

Por tanto, todo sistema penal que quiera ser adjetivado como “humano” tiene que asegurar la seguridad jurídica de sus ciudadanos, de tal modo que el castigo sólo podrá imponerse cuando, de una u otra forma, la expresión de la norma jurídica posibilite el que el sujeto haya podido prever con anterioridad a su comportamiento las consecuencias perniciosas que podría acarrearle llevar a cabo el mismo.

También tomando en consideración las mentadas características de la dignidad humana y de la conciencia de la libertad como sustanciales en la idea de persona, se llega a otra conclusión que ya había sido anunciada, y es que ningún ordenamiento jurídico puede permitir la esclavitud, lo cual supondría la negación del mismo ser humano.

Una concepción del ser humano entendido como persona (concepto amplio que aquí se ha tomado en consideración), por consiguiente, está representando a un ente y organismo vivo cuya unidad reúne las características biológicas de su especie, que puede aspirar a decidir libremente, a ser tratado con respeto, a moverse y expresarse libremente, y a realizar infinitas acciones intencionales que, en su interacción con los demás, son objeto de regulación por las instituciones jurídicas y sociales. Se dirá entonces que la construcción social de *persona* (o ser humano en sentido amplio),⁵⁴ como objeto

⁵³ La Corte Constitucional colombiana ha establecido la necesidad de que también en la jurisdicción sancionadora indígena impere el postulado de la necesidad de la legalidad de los delitos y de las penas. Ahora bien, como no podía ser de otra forma, legalidad en este caso significa norma preexistente a la actuación delictiva y posibilidad de previsión de las consecuencias jurídicas por parte del sujeto, en los términos que se señalan en el texto. En este sentido, Sentencia T-349/96 y otras muchas posteriores que la siguen.

⁵⁴ Una profunda explicación de las diferencias conceptuales de estas categorías se encuentra, como ya he resaltado anteriormente, en el trabajo de GÜNTHER, KLAUS: “Die Person der personalen Rechtslehre...”, cit.

de protección de las normas jurídico-penales de conducta, se toma en consideración porque sus derechos fundamentales se pueden transformar en esas múltiples posibilidades reales de acción⁵⁵ y de situaciones de responsabilidad ante la norma⁵⁶. De cada uno de los elementos integrantes de éstas y de otras definiciones que se han aportado aquí, y que se corresponden (más o menos), con una imagen universal del ser humano, se derivan una serie de garantías que pueden ser afectadas, pero no anuladas por ningún sistema penal bajo ningún pretexto de tradición jurídica en relación con la propio entendimiento de su concreta política criminal. Esos mismos derechos coinciden en esencia con el catálogo del mínimo inviolable, que a través de otra argumentación, se había alcanzado a comprender. Dicho catálogo se circunscribe a las garantías fundamentales del derecho a la vida, a la integridad física y moral, la prohibición de la esclavitud y de la tortura; y el respeto a la legalidad de los *delitos* y de las penas, y a las reglas básicas del debido proceso. Ello constituye el fundamento último que debe tutelar todo sistema penal y se constituye, por tanto, en el fundamento intercultural del Derecho Penal.

⁵⁵ Así se expresan AMELUNG/LORENZ: "Menschen und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung..." cit., pág. 529.

⁵⁶ Se ha dicho, y con razón, que los seres humanos adquieren la categoría de personas, entre otros, porque son susceptibles de adquirir responsabilidades ante la norma jurídica. En este sentido, JAKOBS: "Individuum und Person...", cit., pág. 266; SEELMANN: "Anerkennung, Person, Norm...", cit., pág. 644.

COSMOVISIÓN ACTUAL DE LA ORALIDAD EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA
DE LA COMUNICACIÓN

CURRENT WORLDVIEW OF ORAL ADVERSARIAL CRIMINAL JUSTICE
SYSTEM FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF COMMUNICATION

PROF. CLAUDIA HELENA SERJE JIMÉNEZ*

RESUMEN: El presente escrito se refiere a la importancia de la oralidad dentro del sistema procesal acusatorio vigente en Colombia desde la perspectiva de la Teoría de la Comunicación, a cuyo efecto se aborda dicha temática a partir de las siguientes percepciones: pedagógica, lingüística y jurídica, de cara a lograr una simetría conceptual saludable luego de analizar los diferentes roles que ella puede cumplir no solo como principio orientador del proceso penal sino como competencia, elemento del proceso comunicacional, y, desde luego, componente articulador de principios procesales tales como los de publicidad, intermediación, celeridad, contradicción y concentración. Se pretende, pues, dar una nueva mirada a la oralidad y a los alcances que ella tiene y puede llegar a tener en el sistema adversarial, pues más allá de lo planteado como principio orientador del proceso penal, resulta menester analizar otros matices suyos que -sin duda- contribuyen a un mejor manejo de la contienda jurídica.

ABSTRACT: This paper addresses the importance of orality in the current adversarial system of Colombia. From the perspective of the communication theory, this issue can be analyzed from the following perceptions: pedagogical, linguistic and legal, to achieve a healthy conceptual symmetry after analyzing the different roles that this theory can accomplish, not only as a guiding principle of the criminal process, but as competence, element of the communication process, and, of course, articulating component of procedural principles such as publicity, speed, contradiction and concentration. Therefore, this paper seeks for a new look of the orality and its scope on the adversarial system, because beyond the issues that it arises

* Profesora de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Sede de Santa Marta. Directora del área penal de esa misma seccional.

as a guiding principle of the criminal process, it is necessary to analyze its other nuances that –without a doubt- contribute to a better management of the legal battle.

PALABRAS CLAVES: Oralidad, competencia, lenguaje verbal, sistema acusatorio, principios, proceso de comunicación, juicio oral, audiencia, procesal Penal, intermediación, celeridad, publicidad, concentración, contradicción.

KEYWORDS: Orality, competence, verbal language, adversarial system, principles, communication process, trial, hearing, Criminal Procedure, speed, publicity, concentration, contradiction.

Para hablar de la noción de oralidad es necesario, en primer lugar, abordarla a partir del concepto de “competencia” entendida ésta última expresión como el conjunto de conocimientos, habilidades y capacidades, que habilitan el ejercicio idóneo de algún oficio, profesión, cargo, o función, desde los niveles más elementales de la vida hasta los más complejos, a cuyo efecto se categorizan y reflejan momentos que hacen parte de la cotidianidad como son el aprender, el conocer, el crear, y el accionar. En materia procesal penal es necesario referirse a la *competencia oral* -vista a partir de diferentes ejes transversales generales que ayudan a la especificidad, tales como el instrumento que articula el ser, el saber y el hacer- conjugada con el *saber hacer*, como elemento del proceso de comunicación, principio orientador del proceso, característica principal del sistema acusatorio y, por supuesto, como estrategia litigiosa.

Sin duda, hoy se observa una dicotomía entre la evolución sufrida por el género humano en el ámbito del derecho con la aparición de la escritura y la importancia que retoma el lenguaje oral, pues el salto de lo verbal a lo escrito marcó la frontera entre lo primitivo y lo civilizado con la consiguiente entrada en vigencia del mundo de las letras que, irónicamente, visto desde la perspectiva del proceso penal, puede ser una involución que no resulta consonante con los desarrollos actuales, pues lo escrito -además de fundamentar los procesos dentro de los sistemas inquisitivos- da pie al ocultamiento, hace más viable la manipulación probatoria, potencia el desconocimiento de las garantías y las violaciones de derechos.

El retorno de la oralidad como directriz y principio característico del proceso penal, constituye un gran logro procesal y un avance jurídico, pues además de ser soporte de todo un sistema se convierte en eje articulador de otros principios que confluyen en él, como

son los de publicidad, intermediación, celeridad, concentración y contradicción. En este sentido pudiera afirmarse que la oralidad puede constituir un presupuesto que aumente las garantías en el proceso penal, y, por ende, disminuya los excesos del autoritarismo y el exagerado rigorismo, sin olvidarse de la estructura formal y del método que lleva implícito todo proceso, en aras de la consecución de los fines del proceso penal, entre ellos la obtención de justicia.

Al detenerse en el concepto de *lenguaje oral*, se encuentra que es imperioso enaltecer el papel preponderante que juega éste en el proceso de comunicación, por medio del binomio: voz y palabra, sin intervención de códigos escritos, señales, y gestos. El lenguaje oral pese a que es el sistema de comunicación más pretérito en la historia, es el medio o instrumento que determina los resultados óptimos y satisfactorios de la comunicación, por lo que constituye un vehículo por medio del cual el hombre ejerce la facultad que tiene de transmitir lo que piensa, lo que siente y lo que sabe, en los diferentes espacios y contextos en que desarrolla sus múltiples actividades, cumpliendo así una función social al permitir la interacción entre los seres humanos y, por supuesto, haciendo parte integral del concepto de cultura¹.

Dentro de todo esto no se puede olvidar el gran factor de la *competencia comunicativa*, entendida como el conjunto de conocimientos, destrezas y habilidades de los *emisores* y los *receptores*, que los capacita y habilita para comprender o producir adecuadamente mensajes en el desarrollo de la praxis pedagógica, jurídica, política, etc. El concepto de *competencia comunicativa*² ha sido ampliamente estudiado por DELL HYMES, quien ha soportado sus teorías en el componente social del lenguaje.

Por ello, la implantación de un sistema de tinte acusatorio en Colombia trajo consigo grandes responsabilidades en el uso de las competencias orales, desde el *saber hacer* de todos los que participan en el proceso,

¹ SERJE JIMÉNEZ, CLAUDIA HELENA: "Importancia de la Trilogía: Docencia, lenguaje y Comunicación", En: *Periódico Jurídico Opus Lex*. Santa Marta, octubre, 2005, pág. 15.

² Según HYMES (cf. HYMES, D. "Competence and performance in linguistic theory", *Acquisition of languages: Models and methods*. New York, Ed. Huxley and E. Ingram, Academic Press, 1971, págs. 3 y ss., en <http://www.scielo.cl/scieloOrg>.) "La competencia comunicativa es el término más general para la capacidad comunicativa de una persona, capacidad que abarca tanto el conocimiento de la lengua como la habilidad para utilizarla. La adquisición de tal competencia está mediada por la experiencia social, las necesidades y motivaciones, y la acción, que es a la vez una fuente renovada de motivaciones, necesidades y experiencias".

ya sea como partes, sujetos o intervinientes, en especial para poder dar a conocer y sustentar las teorías y argumentos de la acusación y de la defensa, como se distingue en todo sistema adversarial, dejando atrás -por fortuna- la improvisación con que se acudía a las audiencias públicas, en las cuales era costumbre encontrar un comportamiento poco diligente y descuidado, pues se observaba cómo antes de dar inicio a las diligencias eran solicitadas las copias de los expedientes para hacer un ligero y superficial estudio, sin haber preparado una teoría del caso que sustentara una buena defensa del procesado o la resolución de acusación, según el asunto.

Es notorio, entonces, como de manera diáfana la oralidad se transforma en el eje donde confluyen las competencias *del ser, el saber y el hacer*, que en el proceso penal se traduce en las capacidades innatas personales del profesional en ejercicio, desde su rol, que se vierten en destrezas en una escenografía recreada para enaltecer la competencia verbal; todo esto sumado a los conocimientos y saberes adquiridos como conceptos, y, finalmente, en la puesta en marcha de un discurso abanderado por la dialéctica y la retórica. Con ella, valga decirlo, puede evidenciarse la integralidad del abogado como profesional y como persona.

Uno de los cometidos que puede llegar a cumplir la oralidad dentro del proceso penal es convertirse en un elemento *reivindicador*, a través de la recuperación del respeto hacia la profesión, el rescate de la confianza en el “abogado”, y el restablecimiento de la fe en el Derecho penal como instrumento de justicia, pues recrea un escenario donde los roles se encuentran muy bien definidos magistral y “teatralmente”; donde lo histriónico, el tecnicismo jurídico, el análisis probatorio y la argumentación, conjugan el *ser, el saber y el hacer, en el saber hacer*, para el recibo de los reconocimientos que el juez otorgará a través de la sentencia a quien haya cumplido la labor acuciosamente, respetando las garantías procesales, y los derechos fundamentales; en fin, convirtiendo las palabras en la mejor sonata de las notas contenidas en el pentagrama legal procesal.

Por lo anterior, es obligante resaltar que la oralidad no solo aparece en el proceso penal como un presupuesto de forma, o un mero ritualismo, es además un principio orientador del sistema acusatorio contemplado en el art. 9 del C.P.³, que se torna en herramienta

³ Dice así: “Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor

procesal como adminículo necesario para la contienda jurídica, en el sistema adversarial. La oralidad como principio procesal y, por ende, como instrumento obligatorio en el proceso debe ser potencializada como táctica de “guerra”, haciendo de ella una destreza, llamada oratoria⁴, usándose de manera intencional y consciente, pudiendo llegar a convertirse en un arma que pueda aproximar a la victoria jurídica, a través de la persuasión y el convencimiento, para lograr una decisión del juez a su favor a través de la sentencia.

Hasta de su nombre es posible colegir la importancia que juega la oralidad en la modalidad acusatoria, desde la investigación hasta el juicio, donde es preponderante la práctica de audiencias preliminares y no preliminares, propias del sistema. Se observa un esquema dialéctico del proceso por la intervención de la comunicación verbal, acompañado de los elementos que la estructuran (emisor, receptor, código, mensaje, canal, referente, contexto), los cuales tienen una aplicación de doble vía o bipolar por todos los que intervienen en el proceso, por ejemplo: al analizar las intervenciones producidas desde el rol del juez, es evidente que aunque pareciera que fuera solo el *receptor-decodificador*, en el proceso comunicacional de los *mensajes* enviados por las partes (solicitudes, alegatos, teoría del caso etc.), por los sujetos procesales e intervinientes (*emisores*), también es posible verlo convertido en *emisor-codificador* al resolver debates sobre pruebas, mociones presentadas por las partes, o anunciar el sentido del fallo y la sentencia misma (*mensajes*), produciéndose así el llamado fenómeno de *retroalimentación-mensaje de retorno*; todo esto por medio de la gramática jurídica empleada oralmente como *código* a través del *canal* del aire.

El proceso comunicacional presente en el proceso penal además de generar interacción personal, persigue mostrar una verdad procesal aproximada hasta donde sea posible (si se hace bien el trabajo) a la verdad real, rodeada por circunstancias de tiempo, modo y lugar, que motivan dicha investigación y/o dicho juicio, constituyendo esto el llamado *referente*. Es prevalente y de suma importancia poder mantener el discurso en el *contexto* fáctico y jurídico adecuado, como también para impedir que se produzcan las *barreras o interferencias*

agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”.

⁴ Por ello, dice el léxico, es hablar con elocuencia. Disciplina del género literario que se aplica en todos los procesos comunicativos hablados, tales como conferencias, charlas, sermones, exposiciones, narraciones, etc.

que –finalmente- pueden perturbar el mensaje, dañar o invalidar los argumentos, desviar la atención o desmotivar en la escucha del mensaje, con la consiguiente pérdida de la contienda jurídica.

De todo lo anterior puede colegirse que la oralidad, acompañada de una buena dicción y fluidez verbal, aunada a la pertinencia en el discurso jurídico y a la validez de las proposiciones, es la certeza del éxito en el proceso comunicacional; y si a esto se le suma el adecuado manejo de la evidencia, la habilidad en la interpretación de los mensajes, la retroalimentación de los mismos, la adecuada aplicación del tecnicismo jurídico, por ejemplo en un buen interrogatorio y contrainterrogatorio en la comunicación procesal penal, el mismo será un terreno abonado y ventajoso sobre la otra parte que, cabalgado con seguridad y conocimiento de sí mismo, de su contraparte, del Juez y de todo el contexto, necesariamente deberá conducir a la obtención del éxito en la contienda; ya lo dijo SUN-TZU, en su “Arte de la guerra”: *“Quien conoce al enemigo y se conoce a sí mismo no correrá peligro en cien encuentros. Quien no conoce al enemigo pero se conoce a sí mismo algunas veces resultará victorioso, a veces será derrotado. Quien no conoce ni al enemigo ni a sí mismo será derrotado en cada encuentro invariablemente”*⁵.

Luego, entonces, la oralidad constituye un destilador para las competencias y habilidades personales y profesionales de las partes, sujetos e intervinientes, que deja ver en un corto tiempo la preparación del caso, la convicción exhibida al presentar los argumentos y las decisiones esbozadas, y, por supuesto, la confianza en cómo presentarlos, siendo sigilosos, perspicaces y altamente persuasivos.

Al analizar las bondades ofrecidas por la oralidad vista desde varias perspectivas de análisis o matices, es necesario entender los alcances procesales que ella tiene en la práctica, hasta tal punto que ella ha dado origen a calificativos que también se le atribuyen al sistema acusatorio (sistema oral, proceso oral, juicio oral), en el cual -aun cuando se sigue conservando un registro documental de lo acontecido- se establece la oralidad como generalidad y como principio característico del nuevo procedimiento, que tiene su asidero en el art. 228 de la Constitución Política de Colombia⁶, y,

⁵ Cf. SAWER, RALPH: *El Arte de la Guerra. Principios Tácticos*, 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial Distal, 2004, pág. 21.

⁶ Señala: “Las actuaciones de la administración de justicia serán públicas, con las excepciones que establezca la Ley”.

legalmente, en el art. 18 del Código de Procedimiento Penal⁷, el cual se despliega en un ambiente recreado con la práctica reiterada de audiencias como forma de desarrollar el proceso penal, de principio a fin.

Es importante precisar que aunque la oralidad cumple un papel importante en la aplicación del nuevo sistema procesal reinante en Colombia, “de tinte acusatorio”, pues ha sido la forma de comunicación escogida dentro del proceso, en la práctica judicial se suceden eventos colindantes con la oralidad que han depuesto a la justicia material; piénsese, por ejemplo, en el hecho de no contar con intérpretes-traductores que legalicen los procesos de captura de extranjeros parlantes de idiomas distintos al español, lo que hace nugatoria la continuidad procesal. A simple vista, esto puede verse como un error en el procedimiento pero va mas allá, pues se está frente a una negligencia estatal que vicia el sistema al no prever los alcances de la competencia de la oralidad como herramienta de comunicación procesal, tumbando toda posibilidad de obtener justicia y, por el contrario, creando ambientes procesales de impunidad.

Otra situación en la que puede ser tenida en cuenta la oralidad como factor que ayuda al desarrollo adversarial del sistema, es la que se presenta en la fase probatoria con el contrainterrogatorio, pues el buen desempeño de ésta técnica posibilita aciertos frente a la contraparte, y, desde luego, la falta de agudeza en el uso de aquella es, por el contrario, una manifiesta desventaja.

Durante la vigencia del sistema mixto contenido en la Ley 600 de 2000, se disponía la existencia de dos (2) audiencias: la preparatoria y la pública, mientras que si exploramos la Ley 906 de 2004 es evidente que todo el proceso en cada una de sus fases se desarrolla y es impulsada por audiencias, las cuales se inician desde la etapa preprocesal con ocasión de la aparición e inclusión de la figura del juez de garantías, hasta la procesal, así: audiencia de práctica de actuación con control judicial, audiencia de formulación de

⁷ Expresa: “La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación”.

imputación, audiencia de medidas de aseguramiento y cautelares, audiencia de solicitud de preclusión, audiencia formulación de acusación, audiencia preparatoria, audiencia pública, audiencia para proferir sentencia, audiencia sustentación del recurso de apelación, audiencia incidente de reparación, y, por supuesto, la audiencia de conciliación y prueba.

Sin embargo, el sistema de audiencias puede ser un arma de doble filo, pues facilita o trava -según el caso- el proceso de comunicación y la dialéctica procesal, al poner a prueba las capacidades cognitivas, profesionales y lingüísticas del emisor y la percepción sensorial del receptor, pues los órganos de los sentidos de parte y parte, se agudizan con el contacto directo, con la pregunta y la respuesta inmediata, con la solicitud y la decisión, que exigen altos niveles de preparación, de autocontrol, y de una adecuada gesticulación que complementa la disertación. Por ello, debe entenderse que *“la esencia en la oralidad es el discurso argumentativo jurídico que integra un discurso ontológico “que es eso”, el epistemológico “que sabemos de eso” y el metodológico “como decir mejor eso” para lograr la aceptación de la pretensión”*⁸.

También constituye la oralidad un mecanismo de control material, tanto judicial como social, pues además de ser pieza clave en un sistema donde se predica la democracia, las garantías procesales y el respeto por los derechos fundamentales, permite la interacción y la participación de la sociedad como órgano veedor y fiscalizador de la actividad judicial, que posibilita verificar si se han alcanzado los fines del proceso penal; todo esto gracias a la articulación de la oralidad con otros principios como *la publicidad* -que abre las puertas, al permitir la entrada no solo de quien tenga un interés primario y personal en el resultado procesal, sino a todo aquel que desee ser partícipe de determinado proceso en atención a un interés general- cumpliendo, así, la oralidad con una *“función social”*, que aporta a la cultura jurídica externa⁹ y reviste de transparencia a todo el proceso. Por ello, una de las funciones explícitas de la publicidad frente al proceso, que puede extraerse de lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es la generación de confianza en el cumplimiento de la administración de justicia: *“la*

⁸ BERNAL, GLORIA: *Manual de Iniciación al Sistema Acusatorio*, Bogotá, Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomás, 2005, pág. 169.

⁹ Por tal se entiende: *“Conjunto de actitudes, valores y creencias que son compartidos por las personas que se relacionan sólo esporádica y ocasionalmente con el sistema legal, el público”*, cf. http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura_jur%C3%ADdica

publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, a que se refiere el art. 6.1., protege a los justiciables contra la injusticia secreta que escapase de la fiscalización del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales de justicia en todas las instancias. La publicidad por la transparencia que proporciona a la administración de justicia, ayuda a alcanzar el objeto del art. 6.1.: el proceso justo, cuya garantía se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido del convenio”¹⁰.

Frente al binomio oralidad-inmediación, estimado en la presencia obligatoria no solo de las partes sino del juez, se pone fin a la práctica de hábitos judiciales que desdibujan la inmediatez, presentes ante el amparo de lo escrito, gracias a los cuales el juez podía atender un asunto diferente en su despacho mientras se realizaba contiguamente una audiencia, en la secretaría, la cual empezaba sin él y terminaba sin él, pues las circunstancias hacían que se pudieran llevar a cabo por sus auxiliares, y él solo se limitaba a suscribir el escrito donde quedaba consignada dicha diligencia, rompiendo así con toda la intermediación y con el principio de presencia obligatoria que, posteriormente, se conformaba con la lectura del escrito de audiencia para adoptar una decisión de fondo frente a lo sucedido. Esa anomalía ya no es posible de cara a la nueva estructura procesal, pues la oralidad obliga a que todos estén presentes para la solicitud y práctica de las pruebas, lo cual permite alcanzar una seguridad frente al acervo probatorio presentado -en especial en relación con la prueba pericial y testimonial- garantizando con ello una valoración más objetiva e imparcial por parte del tercero que es el juez.

Otro factor a tener en cuenta en la presentación oral de testigos, peritos, partes y sujetos, es el desempeño corporal, compuesto de gestos, actitudes, entonación, movimientos, elocuencia, manejo del espacio y movimientos derivados de la imagen corporal, que son elementos representativos para elaborar juicios de valor no solo probatorios sino también sobre la capacidad, preparación y sensaciones transmitidas, que permiten la elaboración de conceptos y opiniones con criterios recogidos de situaciones reales, no imaginarias o supuestas, alejando la especulación del escenario procesal.

De lo anterior se puede deducir cómo gracias a este principio, el lenguaje oral se ve acompañado del lenguaje corporal y gestual,

¹⁰ Ver ZULETA CANO, JOSÉ ABAD, et al.: *Nuevo Código de Procedimiento Penal Sistema Acusatorio Comentado y Concordado. Ley 906 de agosto 31 de 2004*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005, pág. 117.

como factor a tener en cuenta en el proceso de comunicación; así las cosas, el emisor (testigo-perito) envía mensajes que, según el caso, pueden ser claros o imprecisos, para tornar su dicho en confiable o dudoso, y esa percepción que llega al receptor (juez-partes-sujeto-intervinientes) se torna en determinante para el resultado final. Luego, entonces, no importa solo el contenido del mensaje (testimonio-dictamen) sino también el cómo se trasmite el mismo (código). En la aplicación del principio de intermediación no basta, pues, con solo el lenguaje verbal dado que es necesario tener en cuenta otras manifestaciones de la comunicación que van muy de la mano con el discurso.

En relación con el *principio de celeridad*¹¹ debe decirse que la oralidad se convierte en una garantía para su materialización, pues gracias al lenguaje oral y a la forma de presentarse las solicitudes, desarrollarse las pruebas y enunciarse las decisiones hasta agotar el proceso, se permite proceder con agilidad y prontitud, pues la técnica oral y los recursos tecnológicos de audio y video empleados, posibilitan ganar tiempo y evitar demoras injustificadas como las propias del sistema escrito, donde la recolección de la información en las diligencias bajo el rigorismo de la escritura, podían convertirse en maneras sutiles y normales de atraso. La oralidad, entonces, ayuda a superar las barreras del tiempo en el proceso penal y permite construir un proceso más eficaz cumpliéndose a cabalidad con los términos procesales sin excusas atribuibles al propio sistema.

Se puede decir, entonces, que es tan estrecha la relación entre la oralidad y la celeridad, que en el Código de Procedimiento Penal vigente ya no es necesario prever una disposición expresa para enunciar este principio, como que sí acontecía en la legislación anterior, por lo cual ésta última se encuentra inserta en el art 9º del mismo como parte del concepto de oralidad principio que, por supuesto, no cambia de ninguna manera su esencia procesal ni olvida la injerencia positiva que tiene en el cumplimiento del “debido proceso” y, especialmente, en el ejercicio del derecho de defensa.

Es el principio de celeridad el encargado de dar y mantener buen nombre al proceso y de generar la confianza de la sociedad en la

¹¹ Dice el Art. 15 Ley 600 de 2000: “Toda actuación se surtirá pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento. El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales”.

justicia penal, de principio a fin; a través de él, pues, es posible la custodia del derecho fundamental de la libertad, cuando se ve restringido legalmente por vía de excepción, con la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación y con la sentencia condenatoria. ¿Qué sería de un proceso que limitara el derecho fundamental a la libertad del procesado, sin el factor temporal?; figuras como la prescripción de la acción penal y el establecimiento de términos procesales perentorios ponen freno a la posibilidad de adelantar un juicio eternamente, impidiendo procesos prolongadas, constituyendo una sanción para el órgano judicial al negarle la posibilidad de seguir conociendo de la actuación y de ejercer el *ius puniendi*; para el procesado, la prescripción es una oportunidad de ver restablecidos los derechos limitados y para la víctima una circunstancia que ampara la imposibilidad de obtener justicia.

Otro de los principios que se encuentran ligados a la oralidad es el de *contradicción*, por medio del cual es factible ejercer el derecho de defensa en razón de la contradicción de las pruebas y del argumento o alegato expuesto por la contraparte. Al tener la oportunidad de contradecir se ejerce el derecho de oponerse a las pruebas y a la valoración que el juez haga de ellas en la sentencia, a contrainterrogar, pues es la contradicción la que permite la contienda jurídica entre las partes (acusadora – defensora) propia de un sistema adversarial, y, por ende, la necesidad de contar con un tercero imparcial que es el juez, que dirima los aspectos enfrentados; es, entonces, la oralidad un vehículo que permite la manifestación disonante de los contrarios, para tener injerencia en el fondo o contenido del proceso.

Otro de los axiomas que guardan concordancia con la oralidad es el de *concentración y continuidad*¹², en cuya virtud se permite que el proceso se presente de una forma coherente e ininterrumpida para no romper el hilo conductor que ha de servir de soporte para estructurar el fallo emitido por el Juez, acto seguido a la presentación de pruebas y a los alegatos de las partes. La forma oral, debido a su naturaleza y efecto en el factor temporal, está diseñada para sustraer

¹² Señala el Art. 17 del C.P.P.: “Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”.

y evitar cualquier circunstancia que aleje los hechos de la observancia del juez, dejando atrás la necesidad de acudir a la memoria para tener presente las percepciones, impresiones o valoraciones, con riesgo a equívocos que comprometan y perjudiquen el resultado del proceso, como producto de las imprecisiones propias de la demora en la inferencia o por la lejanía entre la producción de la prueba y el momento de su valoración.

La pérdida de la conexión entre la conclusión a que llega el juez (sentencia), las premisas presentadas por las partes y la construcción fáctica que se logra hacer a través de las pruebas, son resultantes de la interrupción que se presenta en los procesos lógicos de cara a colegir y elaborar juicios valorativos, que -sin duda- son el producto de la desconcentración, pues alejan todo criterio justo y acertado en que deberá basarse la decisión tomada, dado que con el paso del tiempo se corre el riesgo de olvidar, perder datos relevantes, confundir las apreciaciones y pecar en el intento de hacer de la sentencia un instrumento de paz y de justicia.

Pues bien, la oralidad y el efecto de inmediatez que se propicia mediante la entrega de “mensajes” fácticos y jurídicos, como en la retroalimentación de ellos, permiten mantener vigente todos las elaboraciones conceptuales y valorativas frente a los hechos esbozados por las partes y a la forma como éstos son allegados al proceso, ayudando a la objetividad, a la prontitud y al acierto en la decisión de fondo.

De todo lo anterior se colige que la oralidad y los principios procesales expuestos, se constituyen en piezas imprescindibles y determinantes en cada etapa procesal; por ello, la publicidad, la celeridad, la oralidad y la concentración, son axiomas relacionados con el procedimiento que responden a la pregunta ¿cómo debe ser el proceso?; entre tanto, los principios de intermediación y contradicción entregan su mayor aporte al proceso en la etapa probatoria, respondiendo a la pregunta ¿cómo deben ser solicitadas, y practicadas las pruebas para ser debidamente valoradas?.

Finalmente, de todo lo manifestado se rescata que la cosmovisión actual de la oralidad en el proceso penal plantea la necesidad de ejercitar y usar las técnicas orales, acompañarlas del buen manejo de los recursos didácticos y audiovisuales que permitan una comunicación a través del lenguaje de la tecnología, que no es ajeno al mundo globalizado, como herramienta que respalda y acompaña al

argumento jurídico. La entrada en vigencia de una reforma procesal de tal magnitud que introdujo un nuevo sistema merece, entonces, toda una infraestructura capaz de proveer los requerimientos en recursos físicos y humanos suficientes para soportar la metodología del sistema acusatorio.

En conclusión, la preparación adecuada de todos los que intervienen en el proceso, la potencialización de las competencias comunicacionales propias del lenguaje verbal y del no verbal¹³ (gestos, expresión facial, contacto visual, la postura, los movimientos, la imagen y el aspecto personal), la elaboración de teorías jurídicas pertinentes con el referente fáctico, las solicitudes oportunas, la enunciación de un discurso especializado, conveniente, preciso y respetuoso, son prenda de garantía del éxito en el juicio oral, pues en él “no opera como presunción el hecho de que quien pueda hablar, sepa hacerlo”.

La oralidad no debe ser mirada, entonces, como el todo de un patrón procesal, desviándose la atención del proceso a un solo aspecto mediático, que aunque es importante no es de la esencia del sistema acusatorio; la oralidad debe ser estudiada como lo que es, un instrumento de comunicación procesal elegido para poder obtener los fines propios del proceso penal actual. Es necesario, pues, concentrarse en los aspectos relevantes y sustanciales que se han convertido en el talón de Aquiles del sistema y que, al desdibujar la esencia de un verdadero sistema adversarial con el trasplante de sistemas procesales que se “*copian o pegan*” a una realidad socio-político-cultural distinta, se convierten en paradigmas procesales que se hacen encajar de manera forzada y que, para culminar, en la práctica, hacen colapsar todo el sistema judicial penal.

¹³ Así, ARIAS DUQUE, JUAN CARLOS (Editor): *Plan Nacional de Capacitación*, tomo I, Bogotá D.C., Imprenta Nacional de Colombia, USAID/Defensoría del Pueblo, 2005, págs. 194-197.



Jurisprudencia

LA POSICIÓN DE GARANTE DE LA VÍCTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL 21 DE MAYO DE 2009, RADICADO: 30925, MAGISTRADO PONENTE: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

PROF. CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO*

En términos generales debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte. Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho. Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses. De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo.

I. EXTRACTOS DE LA PROVIDENCIA

“1. Cuestión previa. La censura planteada por el recurrente, apoyada en una presunta violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 34 de la Ley 600 de 2000, se torna insuficiente en su fundamentación, puesto que se limita a exponer su propia postura acerca del momento en que opera la caducidad de la querrela en tratándose del delito de usura, con total desprendimiento de los razonamientos y relaciones argumentativas contenidas en las sentencias impugnadas.

* Director del Área Penal de la Universidad Católica de Colombia; profesor de Cátedra de la Universidad Sergio Arboleda.

Al efecto, era menester tomar el texto de las mismas y sobre su construcción, sin referirse a los hechos establecidos, los cuales debe aceptar a plenitud, mostrar el error de juicio en que incurrieron los juzgadores, fenómeno que no acontece en el evento que nos ocupa, en tanto que simplemente afirma, sin sustentación alguna, que desde el momento en el cual la querellante Flor María Chavarría de Rodríguez se enteró del endoso de los títulos valores por parte del sindicato, al ser notificada del auto admisorio de la demanda ejecutiva civil, comenzaba a computarse el término de caducidad de seis (6) meses, el cual había vencido para el momento en que decidió formular la querrela, vulnerándose de esta forma el debido proceso.

Así, aunque es claro que el censor deja el cargo en el mero enunciado, la Sala no se detendrá en el análisis de las deficiencias argumentativas de la demanda de casación, toda vez que los defectos fueron superados al momento de su admisión que, se recuerda, operó con el objeto de desarrollar la jurisprudencia en lo concerniente a la caducidad de la querrela en la conducta punible de usura, habida cuenta de que en este proceso se ventilaron cuatro posturas diferentes sobre el tópic.

En este orden de ideas, antes de abordar el estudio del asunto jurídico propuesto, la Corte, de acuerdo con lo probado, establecerá el marco fáctico que permitirá, en últimas, adoptar la decisión que corresponda.

2. Aspecto fáctico. Se sabe que la señora FLOR MARÍA CHAVARRÍA DE RODRÍGUEZ, comerciante radicada en el municipio de Paipa, en el mes de octubre de 2002 se vio precisada a solicitarle dos créditos a su primo JAIME ECHEVERRÍA FONSECA, un reconocido prestamista de la citada municipalidad boyacense. Así lo hace saber en sus diferentes intervenciones¹, en las que expone los pormenores de ambas negociaciones, la primera de las cuales tuvo lugar el día 1 de los referidos mes y año, cuando ECHEVERRÍA FONSECA le entregó la cantidad de un millón de pesos (\$1'000.000.00), exigiéndole como garantía una letra de cambio que suscribió por la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000.00), pues, según le explicó el acreedor, los doscientos mil pesos (\$200.000.00) adicionales correspondían a los intereses del crédito, el cual debía cancelar en un término de sesenta (60) días, mediante el abono de veinte mil pesos (\$20.000.00) diarios. Idéntica operación se repitió el 18 de octubre siguiente, cuando la señora Chavarría de Rodríguez recibió en préstamo igual cifra, cuyo pago garantizó y se comprometió a realizar del mismo modo.

En ambos casos, los negocios fueron presenciados por Esperanza, Alba y Clara Elisa Rodríguez Echeverría, hijas de la deudora, quienes en tal

¹ A lo largo del expediente encontramos cuatro declaraciones que rindió la querellante Flor María Chavarría de Rodríguez, a saber: el acto de denuncia que encabeza la foliatura, su posterior ampliación -fs. 53-, el interrogatorio rendido ante el juzgado civil municipal -fs. 62- y el testimonio vertido en la audiencia pública de juzgamiento -fs. 128-.

sentido rinden declaración², dejando claro que fue la primera de ellas quien fungió como fiadora y la encargada de diligenciar con su puño y letra los dos títulos valores, con excepción de la firma de la deudora, que, desde luego, corresponde a la de su progenitora, y los espacios relativos a la tasa de interés y fecha de vencimiento, que fueron dejados en blanco (...).

3. Aspectos jurídicos. Tres tópicos serán abordados por la Sala, en lo que concierne a lo jurídico: En primer lugar, aludirá de manera genérica a la conducta punible de usura, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica y el bien jurídico tutelado; en segundo término, definirá si se trata de un delito instantáneo o de ejecución permanente, lo cual es de trascendental importancia para definir el tercer tema, referido el mismo, conforme a las razones por las cuales fue admitido el libelo de casación, al cómputo del término de caducidad de la querrela en este tipo de infracciones.

3.1. El delito de usura. 3.1.1. Naturaleza jurídica. El ilícito de usura, determinado por el legislador como atentatorio del orden económico social, se encuentra tipificado en el artículo 305 de la Ley 599 de 2000, de la siguiente manera: *“Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. /El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

El precepto en mención fue adicionado con dos incisos, los cuales se mencionan simplemente para efectos de ilustración, pues, ninguno de ellos procede en el caso concreto. El primero, traído por el artículo 34 de la Ley 1142 de 2007, agrava la pena cuando la ventaja o utilidad triplica el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, circunstancia que fácticamente encuadraría en los hechos materia de juzgamiento, pero que por obvias razones³, no puede aplicarse a los mismos. El segundo, agregado por el artículo 1° del Decreto 4450 de 2008, regula específicamente la figura de las ventas con pacto de retroventa y el mecanismo de los cobros periódicos. Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica del delito de usura, tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte

² A fs. 59, 68 y 69, respectivamente.

³ El artículo 6° del Código Penal consagra el principio rector de legalidad, de esta forma: “Artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

Constitucional en las Sentencias C-173, C-333 y C-479 del 14 de febrero, 29 de marzo y 9 de mayo 2001, respectivamente, al declarar la exequibilidad de los artículos 235 del Decreto-Ley 100 de 1980⁴, las dos primeras, y 305 de la Ley 599 de 2000, la tercera, siempre que se admita que la certificación de la Superintendencia Bancaria es la que “se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente para el momento de producirse ésta”.

Vale decir, el Tribunal citado avaló la constitucionalidad del artículo 305 del Código Penal vigente, con los condicionamientos planteados en los fallos previos, alusivos al artículo 235 de la codificación sustantiva penal de 1980. Así, bajo el hecho incontrastable de que se trata, el ilícito de usura, de un tipo penal en blanco, en la Sentencia C-333 de 2001, ratificó: *“Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, -la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación-, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal. Así, en el presente caso, resulta claro que dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación”*.

Luego, en la Sentencia C-479 del mismo año, referida, se repite, al artículo 305 de la Ley 599 de 2000, estimó: *“Encuentra, entonces la Corte que la norma acusada no es violatoria de la Constitución porque la misma contiene un tipo en blanco, para cuya concreción remite a un acto administrativo, la Certificación de la Superintendencia, en condiciones que no ameritan reproche de inconstitucionalidad, y que en la medida que sólo rige hacia el futuro no vulnera el principio de legalidad en materia penal. Sin embargo, dado que, como se ha visto, tanto la expresión “el período correspondiente”, como la reiteración que la norma hace de los elementos que integran el concepto de “interés bancario corriente”, esto es la referencia, en adición a esa expresión, al interés “(...) que estén cobrando los bancos (...)” y a la “(...) certificación de la Superintendencia Bancaria (...)”, han sido objeto de diversas interpretaciones encuentra la Corte que cabe en este caso hacer una declaratoria de constitucionalidad condicionada, en los siguientes términos: El artículo 305 del Código Penal (Ley 599 de 2000) solo es constitucional si se interpreta que la conducta punible consiste en recibir o cobrar utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según la certificación que previamente haya expedido la Superintendencia Bancaria y que se encuentre vigente en el momento de producirse la conducta”*.

A su turno, en la sentencia del 12 de diciembre de 2005 (Radicado 23.899), esta Corporación se refirió al tema, luego de admitir demanda de casación

⁴ Conviene aclarar sí, que en la primera de las providencias citadas, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en el término de un (1) año”, contenida en el artículo 235 del Decreto Ley 100 de 1980.

discrecional con el objeto de pronunciarse sobre la legalidad de la conducta y también para desarrollar la jurisprudencia en torno al delito de usura, por tratarse de un tipo penal en blanco o de reenvío, más específicamente en cuanto se refiere a los alcances de la certificación de la Superintendencia Bancaria sobre “el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios o de libre asignación”, de conformidad con lo establecido en el sentencia C-333 de 2001. Esto, que ahora se ratifica, dijo en esa oportunidad: “De conformidad con las precisiones anteriores se tiene que el delito de usura corresponde a un tipo penal en blanco, integrado por un núcleo y un complemento. El núcleo contiene las conductas de recibir o cobrar directa o indirectamente una utilidad o ventaja en la celebración de ciertos contratos, que exceda en la mitad el interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación (Decreto 100 de 1980) o el interés bancario corriente (Ley 599 de 2000), preceptos que señalan de manera clara las diferentes modalidades del comportamiento objeto de sanción. También la mencionada norma establece diáfananamente la sanción privativa de la libertad y pecuniaria derivada de la realización del supuesto fáctico.

Adicionalmente, de manera expresa dispone el reenvío a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria respecto de la tasa de interés que estén cobrando los bancos, es decir, se trata de una remisión a un acto administrativo proferido por una autoridad de inspección y vigilancia del Estado. El artículo 235 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 del mismo año, tipifica el delito de usura como un atentado contra el bien jurídico del orden económico y social, en el cual incurre quien reciba o cobre, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que “exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria”. A su vez, en la Ley 599 de 2000 el delito de usura se refiere a cobrar o recibir utilidad o ventaja “que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria”.

Como viene de verse, la diferencia radica en la clase de interés que sirve de referencia como complemento del tipo en blanco, puesto que en la primera legislación citada corresponde al interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, mientras que en la Ley 599 de 2000 se trata del interés bancario corriente. Sobre el punto abordado advierte la Sala que tal remisión no apunta a una potestad discrecional de la referida entidad de control, sino al registro de una determinada realidad económica en el sector financiero dentro de un tiempo determinado que corresponde identificar a dicha Superintendencia. Es claro que la Superintendencia Bancaria certifica el interés cobrado por los bancos durante un período específico, pero al hacerlo fija el alcance del interés bancario corriente para el período de vigencia de la certificación, como en efecto ha sido entendido por el Consejo de Estado al precisar sobre la temática objeto de análisis que la “Superintendencia tiene actualmente la función de certificar la tasa de interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, para los fines del artículo 235 del Código Penal y el literal d) del numeral 6º del artículo 326 del Estatuto Financiero”.

“La certificación de la tasa de interés bancario corriente es un proceso que comienza con la recolección de la información financiera y contable sobre las operaciones activas de crédito de los establecimientos bancarios, seguido de la adopción de técnicas adecuadas de ponderación para analizar las tasas de interés en dichas operaciones y el examen de las mismas con sujeción a esas técnicas. El proceso concluye con la expedición de un acto administrativo que expresa la certificación de la tasa resultante de dicha investigación, en términos efectivos anuales”⁵. Al respecto ha puntualizado la Corte Constitucional al ocuparse precisamente de analizar la exequibilidad del tipo penal de la usura (artículo 235 de Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1º del Decreto 141 de 1980) en punto del principio de legalidad: “Si bien la certificación que hace la Superintendencia Bancaria recae sobre hechos ciertos ocurridos en el pasado, la misma permite determinar la tasa que están cobrando los bancos en un período dado, que, para efectos de la interpretación y aplicación de la norma, no puede ser otro que el de la vigencia de la certificación, esto es, el período comprendido entre la fecha de su expedición y la de la expedición de la siguiente”⁶ (subrayas fuera de texto).

De lo expuesto puede concluirse que el complemento del núcleo en el delito de usura, es decir, la certificación de la Superintendencia Bancaria sobre el interés que estén cobrando los bancos en determinado periodo concreto exige que ésta sea previa a la conducta, se encuentre vigente y se la haya dado divulgación similar a la de una ley. No hay duda que a fin de garantizar el principio de legalidad y más exactamente la exigencia de ley previa, en punto del delito de usura es necesario entender que la certificación de la Superintendencia Bancaria, como órgano técnico adscrito al Ministerio de Hacienda, debe ser anterior a la ocurrencia del comportamiento ilícito, es decir, para establecer si un comportamiento resulta usurario se impone verificar la certificación vigente para el momento en el cual se cobran o reciben intereses, que corresponde al interés certificado por la Superintendencia en el periodo inmediatamente anterior y que rige hasta que se profiera una nueva certificación periódica. Un diverso entendimiento del precepto conllevaría a la imposibilidad de acreditar que el autor se encontraba previamente a la comisión de la conducta en condiciones de conocer la antijuridicidad del comportamiento, circunstancia que haría inane la existencia del tipo penal, como que no podría configurarse su entidad delictiva. Así las cosas, es incuestionable que el tipo penal en blanco de la usura satisface tanto en su núcleo como en el complemento el principio de legalidad, como en efecto fue declarado por la Corte Constitucional en Sentencia 333 del 29 de marzo de 2001 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, circunstancia que impone su cabal aplicación. En cuanto se refiere a los textos normativos que se ocupan de especificar el alcance de la certificación que sobre los intereses que estén cobrando los bancos en un lapso especial expida la Superintendencia Bancaria se tiene, que el artículo 326 del Decreto 2359 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que la tasa de interés regirá a partir de la fecha de publicación del acto correspondiente, de donde se desprende que la mencionada certificación sólo tiene efectos hacia el futuro”.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta No 1276 del 5 de julio de 2000.

⁶ Sentencia C-333 del 29 de marzo de 2001.

En este orden de ideas, como acertadamente afirmó el delegado de Procuraduría, la conducta punible de usura configura un tipo penal en blanco, en tanto que para su estructuración se hace necesario acudir al concepto de interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, a partir de la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria –o Financiera, como se denomina hoy-.

Se concluye, igualmente, que el núcleo esencial de este delito es el recibo o cobro de utilidades que excedan en la mitad el interés legalmente permitido en razón de préstamos de dinero, venta de bienes o servicios a plazo, o –ajeno al evento que nos ocupa- compra de cheques, sueldos, salarios o prestaciones sociales. El complemento normativo es la certificación de la Superintendencia Bancaria (Financiera) de Colombia acerca del monto de interés legalmente permitido para el periodo correspondiente, que en el estatuto penal vigente se refiere al interés bancario corriente.

De ahí que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, al margen, en el último evento, de que se verifique el pago efectivo y de la forma seleccionada por el acreedor para llevarlo a cabo, ya que puede optar por realizarlo directamente o recurrir al ejercicio de la acción civil, siendo irrelevante, de igual manera, que lo haga por sus propios medios o que para el efecto acuda a terceras personas, o camufle la operación de cobro, dando pie a lo que doctrinariamente se conoce con el nombre “*usura paliada o encubierta*”.

En el evento del rubro, conforme quedó decantado en la reseña fáctica precedente, el procesado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA recurrió a las dos formas de usura.

Por un lado, lo hizo directamente cuando recibía los pagos diarios de veinte mil pesos (\$20.000.00), correspondientes a los abonos a capital e intereses mediante el sistema crediticio conocido como “*gota a gota*”.

Y, por otro, lo hizo indirectamente cuando endosó los títulos valores a un abogado para que demandara ejecutivamente a la deudora, con el fin de cobrarle, además del capital e interés usurario del 10%, una nueva tasa de interés del 2.5% que consignó en las letras de cambio, para darle apariencia de legalidad a su ilícito proceder.

A la primera modalidad delictual se refirió el maestro CARRARA⁷ como “*usura simple*”, en tanto que a la segunda la catalogó como “*usura disfrazada o calificada*”, que puede presentarse en las modalidades de *leccofermo*, *scrocchio*, *retrangolo*, *barocchio*, *civanzo* o *fitto franco*⁸, las cuales presentan “un

⁷ CARRARA FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Volumen IV, N° 6, Bogotá, Editorial TEMIS Librería, 1987, págs. 467-468.

⁸ En la obra citada, el profesor CARRARA se refiere a estas modalidades, de la siguiente manera: “El leccofermo (algo así como ganancia firme) se efectúa en los contratos de préstamo, cuando se pacta un interés lícito y legal sobre el capital que se declara recibido,

artificio empleado por los usureros para ocultar la usura y ponerse a cubierto de las providencias civiles”.

Dicha forma de usura, se insiste, también se presenta en el evento del rubro, pues, a pesar de que el sindicato JAIME ECHEVERRÍA FONSECA empezó a recibir diariamente el interés excesivo desde el momento en que celebró los contratos de mutuo con la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, posteriormente, cuando decidió demandarla civilmente, lo hizo a través de una tercera persona y para el efecto llenó a su antojo los espacios en blanco de las letras de cambio, consignando un nuevo porcentaje de interés moderado, con el propósito de ocultar su comportamiento anterior, a todas luces ilegal.

Ahora bien, no puede soslayar la Corte, en este apartado, la consideración referida al medio del cual se vale el ejecutor del punible para obtener las pingües ganancias que se le reprochan. Vale decir, en tratándose del contrato de mutuo en el que se presta una suma de dinero determinada para obtener a cambio el pago de intereses usurarios, para la Sala no cabe duda de que ese capital prestado sirve de medio efectivo hacia la consumación del ilícito y, en consecuencia, debe sufrir las consecuencias del comiso, a tono con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 600 de 2000, cuyos incisos primero y segundo rezan: *“Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menso que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.*

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente sean utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución.”

pero al enumerar el dinero que debe constituir ese capital, el usurero comienza a contar desde diez o desde cincuenta, como mejor le plazca, y obtiene así una usura multiplicada. (...) Hay scrocchio (engaño con cosas) en el préstamo cuando se declara haber recibido dinero, mientras no se ha recibido así sino una pequeña parte del capital y el resto se ha dado en cosas, ordinariamente de valor escasísimo, pero evaluadas en precios fabulosos. (...) Se origina retrangolo (venta al primer vendedor) cuando el mismo prestamista que ha dado cosas en vez de dinero, avaluándolas a alto precio, las vuelve a comprar, abiertamente o por medio de interpuesta persona, a un precio inferior a aquel en que las había dado. (...) Se da el nombre de barocchio (engaño con dinero) a lo contrario a scrocchio, es decir, cuando se presta dinero fingiendo haber prestado cosas, con el fin de recibir cosas con una ganancia excesiva. (...) Se llama civanzo (utilidad suma) el contrato usurario en que se dan en préstamo cosas para luego recuperarlas, pero con enorme diferencia entre lo que se da y lo que debe devolverse, tanto respecto a la calidad como respecto a la cantidad. (...) Hubo también otra forma de usura a la que en la práctica se le dio el nombre de fitto franco (venta simulada). En ella (que es muy común en estos campos) el usurero finge comprarle un predio al que tiene necesidad de dinero, estipulando un pacto para recuperarlo; lo compra por cien, y después se lo alquila al mismo vendedor por un precio anual de veinte; así su capital (ya garantizado por ese terreno) le produce un fruto excesivo”.

Algo similar contempla la Ley 906 de 2004, que en su inciso primero consagra: *“Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o terceros de buena fe.”*

Así las cosas, una correcta inteligencia de la forma de actuar del prestamista usurario, necesariamente conduce a señalar que el dinero entregado al prestatario, constituye un recurso que se utiliza como medio necesario para la ejecución del delito. Ese dinero, entonces, debe ser objeto de comiso, sea que ya se hubiese recuperado por el ejecutor del delito en razón al pago efectuado por el afectado, o que se encuentre todavía en manos del prestatario. Y no es posible entregar el dinero al afectado o facultar que no sea devuelto por éste, en razón a que ello constituiría enriquecimiento sin causa que, desde luego, no puede ser prohijado por la judicatura.

3.1.2. El bien jurídico tutelado. Respecto de la conducta punible de usura, es claro, además, que se trata de un tipo penal pluriofensivo, pues, fuera de menoscabar el *“orden económico social”*, erigido como bien jurídico objeto de la tutela penal, igualmente lastima los derechos patrimoniales de la persona que celebra el negocio jurídico en el que debe pagar el interés excesivo. Fue el legislador, entonces, el que optó porque el directamente afectado con este tipo de comportamientos, sea el *“orden económico social”*, dando prevalencia al interés general sobre el particular, para resaltar la labor intervencionista del Estado, la cual tiene su sustento constitucional en el inciso 1° del artículo 334 de la Carta.

La norma citada señala que *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y preservación de un ambiente sano”*.

Disposición que debe armonizarse con el inciso 1° del artículo 58 Ibidem, mediante el cual *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo en las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”*.

Refiriéndose al tema, en la Sentencia C-083 del 17 de febrero de 1999, la Corte Constitucional puntualizó: *“1. La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico*

específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. Por eso, la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Arts. 333, 334 C.P.).

2. Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que "...al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución"⁹.

3. Los compromisos constitucionales que en materia económica y social le corresponde cumplir al Estado, exigen de éste la implementación de políticas institucionales y la obtención de los instrumentos idóneos para su realización material. Este intervencionismo estatal que, como se anotó, actúa en las diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público (Art. 189-24 C.P.), no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes a proteger ese bien jurídico denominado "**orden económico social**".

Precisamente, el orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado su conservación. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de los servicios que de él se desprenden.

⁹ Sentencia C- 233/97.

4. Por ello, el legislador, en ejercicio de sus competencias y como desarrollo de una política criminal concertada, ha elevado a la categoría de delitos una serie de conductas que considera lesivas de ese orden económico social en cuanto lo atacan o ponen en peligro”.

A su vez, la doctrina ha señalado que “Los delitos económicos sociales, denominados también socioeconómicos o contra el orden público económico, se multiplican en el mundo contemporáneo, provocando incontables preocupaciones en los gobiernos y entre los hombres de estudio, en especial los cultores de las ciencias jurídicas en el ramo represor. No exclusivamente, pero si buen número de tales delitos, responden a los conflictos colectivos que se agrandan y proliferan sin desenlaces convenientes. Cuando se logra contrarrestar su influjo, por ejemplo, en un sector de la actividad mercantil, aparecen con mayor escándalo en el sistema bancario y en el mismo campo de la producción: La crisis económica, social y política refleja en esos grandes quebrantos, distintos de los tradicionales, mas comprometedores y decisivos para las comunidades que no participan en la movilización del dinero ni en sus esperados o sorpresivos rendimientos”¹⁰.

Se colige de lo anterior, que con la inclusión de normas penales económicas en el código penal, se busca hacer prevalecer el interés público sobre el individual, en aras a lograr equilibrar las actividades privadas que realizan los particulares, con la labor intervencionista estatal que autoriza la Constitución Política. Intervención que, valga decirlo, se lleva a cabo a través de diferentes autoridades gubernamentales, entre las cuales destacamos, para el caso que nos ocupa, la Superintendencia Bancaria, que a partir de la expedición del Decreto 4327 de 2005, se fusionó en la Superintendencia de Valores, la que desde entonces se denomina Superintendencia Financiera de Colombia, cuyo objetivo general es supervisar el sistema financiero colombiano. El delito de usura, entonces, que hasta el Código Penal de 1936 estaba ubicado dentro de las infracciones contra la propiedad, hoy patrimonio económico, desde la normatividad sustantiva de 1980, atenta directamente contra el orden económico social, si bien, dado su carácter pluriofensivo ya resaltado, lesiona igualmente intereses de índole particular.

La discusión sobre la ubicación normativa de la conducta punible en comento viene de tiempo atrás; en efecto, el maestro CARRARA¹¹ defiende su consideración como delito contra la propiedad privada, ya que ese es su “justo y verdadero objeto”, toda vez que “lesiona el patrimonio privado por su acción constante y directa, y el influjo de los contratos usurarios sobre el comercio es eventual y meramente posible; además, si a ese delito se le señalara este sitio, debería castigarse la usura únicamente entre los comerciantes, y en cambio las prácticas universales proceden en sentido opuesto”.

Así las cosas, al margen de que el ilícito de usura esté consagrado como delito económico en la normatividad penal colombiana, porque así lo

¹⁰ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal*, Tomo IV, Bogotá, Editorial TEMIS Librería, 1985, pág. 141.

¹¹ Ob. Cit., pág. 465 y 466.

dispuso expresamente el legislador, es lo cierto que menoscaba, del mismo modo, derechos patrimoniales de quien acude al mutuo o ventas a plazo a intereses superiores ilegales. Se tiene claro, también, que aunque la mayoría de las veces la usura es libremente consentida, merece ser elevada a delito y castigada, según explicó el citado tratadista, partiendo de la base de que quien recurre a un préstamo usurario, normalmente lo hace en un estado de necesidad del que se aprovecha el acreedor.

Para la generalidad de la doctrina, el elemento subjetivo de este delito radica, precisamente, en esa circunstancia, pues, siendo una figura de comisión dolosa, es perfectamente comprensible, como ocurre en la normatividad italiana, que *“el dolo usurario venga integrado, entre otros elementos, por el conocimiento del estado de necesidad en que se encuentra el prestatario”*¹².

También sobre el punto, es pertinente citar al tratadista Alberto Spota¹³, quien define la usura como *“todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación con la que entrega o promete”*.

Por lo tanto, siendo justificable ese castigo, al mismo puede llegarse, según CARRARA¹⁴, por dos caminos diferentes, el primero de los cuales sitúa la criminalidad de la usura en el hecho de que se ejerza habitualmente, anotando que *“si la causa del castigo quiere situarse en la presión de la necesidad, que oprime al que pide dinero en préstamo y hace en él menos libre la voluntad y más vituperable en quien se lo presta el abuso de esas necesidades”*, también debe serlo para quien *“una sola vez presta con usura o en el que lo hace varias veces”*.

El otro camino traído a colación por el autor, que toma de la legislación toscana, se apoya en las denominadas usuras disfrazadas o calificadas, las cuales fueron citadas en capítulo anterior, las cuales refieren a *“ciertas formas de usura, cuya especialidad consistía en encubrir las ganancias ilícitas bajo artificiosos disfraces”*.

En el caso que nos ocupa, conviene retomar, la dinámica de los acontecimientos enseña que ambas eventualidades pueden pregonarse en el comportamiento desplegado por el sindicado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA.

Por un lado, se demostró en el proceso que ejerce habitualmente como prestamista en la localidad boyacense de Paipa y que la modalidad por él utilizada es la denominada *“gota a gota”*. Por otro, que cuando decidió demandar civilmente a la señora Chavarría de Rodríguez, enmascaró el cobro de los intereses usuarios, pues, sabiendo que estos ya estaban incluidos dentro del capital a cobrarse ejecutivamente, en los títulos valores

¹² LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *El Delito de Usura*, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, 1968, pág. 211.

¹³ Citado por JAIRO LÓPEZ MORALES en su obra *Nuevo Código Penal*, Tomo II, Bogotá, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002, pág. 1110.

¹⁴ Ob. Cit. Págs. 466 y 467.

anotó una nueva tasa de interés que, aunque moderada, tuvo como finalidad darle apariencia de legalidad a su ilícita operación, afectando seriamente los intereses patrimoniales de la deudora.

Además, en el proceso trascendió probatoriamente, también, que la deudora Chavarría de Rodríguez acudió libremente al prestamista ECHEVERRÍA FONSECA, debido a las dificultades financieras que afrontaba su negocio, al punto tal que luego de recibir el primer crédito usurario, dos semanas después tuvo que recurrir a otro con las mismas condiciones desventajosas para ella.

Su consentimiento, valga decirlo, no desdice del carácter antijurídico del comportamiento desplegado por el procesado, pues, de lo contrario, la norma que tipifica el delito de usura sería inaplicable en la práctica.

Esto porque los verbos rectores de “recibir” y “cobrar”, demandan necesariamente la acción de alguien que “entregue” voluntariamente, pues si partimos que esa entrega se realiza por coacción o engaño, estaríamos frente a una hipótesis delictual diferente.

Para la Corte, la definición de antijuridicidad, o de tipicidad si se sigue la corriente que enmarca en esta también la lesividad del hecho, necesariamente debe partir en nuestro país, dada esa doble connotación dañosa del hecho: atentado contra el orden económico y social, a más de vulneración del patrimonio económico de una o varias personas, de una visión global de lo sucedido que permita verificar si en el caso concreto esas aristas han sido comprometidas.

Entonces, en términos generales debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte.

Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho.

Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses.

De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito

de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo.

En suma, la conducta reclama, para su perfeccionamiento, de una efectiva o potencial afectación a los bienes jurídicos tutelados, ora por la actividad continua de quien realiza el préstamo, ya en atención a los motivos que compelen al prestatario a pagar el alto interés.

3.2. El momento consumativo de la conducta punible de usura. La afirmación en el sentido de que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, obliga determinar si se trata de un delito instantáneo o de carácter permanente, tópico trascendental para definir, en últimas, a partir de qué momento debe descontarse el término de caducidad de la querrella. Al efecto, se parte por compartir lo manifestado por el representante del Ministerio Público en su concepto, al consignar que es viable afirmar que el delito de usura *“se inicia a partir del recibo o cobro de la utilidad y se mantiene en el tiempo hasta que se agote el cobro de los intereses superiores o se efectúe el pago de los mismos”*. Esto es, la ejecución de la infracción se prolonga en el tiempo, lo cual quiere significar que se trata de una conducta de carácter permanente. Ello es así, porque el cobro o recibo de la utilidad indebida están precedidos de la celebración de un contrato de mutuo o de compraventa de bienes o servicios a plazo, los cuales se consuman con la entrega de la cosa y el acuerdo de voluntades, respectivamente¹⁵, pero se ejecutan con posterioridad, es decir, el contrato nace a la vida jurídica en un momento dado, pero las obligaciones que contraen las partes suelen cumplirse después, según lo pactado por ellas.

De lo anterior se desprende, que para que se entienda ejecutada la conducta punible de usura, no basta con que se celebre el negocio jurídico en el que se pacten los intereses ilegales, sino que es menester que estos se reciban o cobren, lo cual, según se afirmó, suele tener ocurrencia posteriormente, si bien, no se desconoce que ello puede tener lugar en ese mismo momento, vr. gr., cuando las partes acuerdan el préstamo de determinada suma dineraria, desde luego, con tasas usurarias, y el acreedor, al hacerle entrega del dinero al deudor -que, recuérdese, dicho acto perfecciona el contrato de mutuo-, automáticamente le descuenta parte del mismo, como pago anticipado de la acreencia. En ese orden de ideas, es claro que la ejecución del ilícito de usura subsiste en el tiempo, pues el daño solo se agotará cuando el acreedor haya recibido o cobrado el total del monto de la obligación.

¹⁵ En efecto, de acuerdo con el artículo 2222 del Código Civil Colombiano “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio,” en tanto que el artículo 1857 Ibidem, dispone que salvo algunas excepciones, “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio”.

Ese momento tendrá lugar, como se señaló con antelación, cuando el deudor haya cancelado la última cuota de su crédito o compra a plazos, o cuando culmine el proceso ejecutivo civil ventilado en su contra, pues, mientras dure su tramitación, es apenas obvio que de esta manera se está promoviendo el cobro de la obligación, es decir, se está ejecutando uno de los verbos rectores. Esta postura ha sido sostenida por la Corte Constitucional¹⁶, al aducir que *“tampoco es racional entender que no se tipifica el delito de usura cuando, no obstante haberse pactado intereses usurarios, el deudor no los pagó, pese a que, como aquí ocurrió, se promovió un proceso ejecutivo para su cobro y pago forzado. No se precisa de mayores esfuerzos para entender que el proceso ejecutivo es un mecanismo orientado al cobro y pago forzado de la obligación y ello encaja, sin inconvenientes, en el tipo penal. De lo contrario, habría que entender que no se comete el delito de usura cuando el pago de los intereses ilegales se logra en la ejecución judicial promovida contra el deudor”*.

Huelga anotar, por contraposición, que la naturaleza permanente del delito no muta, o mejor, no deviene en instantáneo el punible, porque, por ejemplo, el interés se pague por anticipado a la firma del contrato de mutuo, pues, es claro que esa inmediatez es meramente episódica, como sucede, para recurrir a casos comunes, cuando la persona es secuestrada y pocos minutos después se obtiene su liberación, o ella es dejada en libertad por el pago, dentro de lo que ahora estila en llamarse *“secuestro express”*. Los delitos permanentes se caracterizan, cabe agregar, porque el verbo rector y la afectación concreta siguen prolongándose en el tiempo, como así sucede con la usura, dado que expresamente el legislador instituyó los verbos rectores recibir y cobrar, cuya naturaleza intrínseca, las más de las veces, implica la satisfacción por instalamentos o a través de procedimientos complejos.

Habiendo establecido la Sala, entonces, que la conducta punible de usura es de ejecución permanente y que subsiste mientras no se agote el recibo o cobro –directa o judicialmente– de los intereses excesivos, es menester definir a partir de qué momento debe contabilizarse el término de caducidad, tópico este que será analizado en el acápite siguiente.

3.3. La caducidad de la querrela en la conducta punible de usura. El artículo 34 de la Ley 600 de 2000 señala que *“la querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión de la conducta punible. No obstante, cuando el querellante legítimo, por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados, no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquéllos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a un (1) año”*. Del precepto transcrito, cuya interpretación errónea denuncia el casacionista, se ventilaron cuatro teorías diferentes a lo largo del proceso, con el fin de explicar el momento a partir del cual debía descontarse el término de caducidad de la querrela, en tratándose, desde

¹⁶ Sentencia T-114 del 12 de febrero de 2004.

luego, del delito de usura, del que no se discute su carácter de querellable, pues, basta saber que hace parte del listado contenido en el artículo 35 de la citada normatividad.

Las posturas planteadas, son las siguientes:

3.3.1. La del defensor. El impugnante en casación señala que siendo querellable el ilícito de usura, la denuncia debió presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su comisión, lo que no ocurrió en este evento, ya que la misma se instauró el 26 de enero de 2004, pese a que la ofendida, Flor María Chavarría de Rodríguez, fue notificada el 24 de junio de 2003 de la demanda ejecutiva promovida por Oscar Javier Becerra Camargo, a quien el querellado JAIME ECHEVERRÍA FONSECA le endosó los títulos valores que ella le había suscrito, es decir, en esa fecha se enteró en forma válida que el procesado ya no era el tenedor legal de los mismos.

El recurrente, vale reiterar, apenas enunció el cargo, dado que, en parte alguna de su libelo explicó las razones por las cuales considera que el punto de partida del término de caducidad, lo marca el conocimiento, por parte de la deudora, del supuesto cambio de acreedor, a partir de la notificación personal del auto que en su contra ordenó librar mandamiento de pago por vía ejecutiva.

3.3.2. La de la Fiscalía. En la resolución de acusación, la Fiscalía 20 Seccional de Paipa (Boyacá) consideró que el lapso en mención debía contabilizarse desde el último pago registrado por la deudora, que en este caso tiene dos momentos reportados, en los meses de noviembre de 2003 y enero de 2004. En efecto, se lee allí: *“Antes de abordar el tema de la ocurrencia y presunta responsabilidad de los aquí investigados a quienes se les atribuye la comisión del punible de Usura, debe señalarse que partiendo de lo manifestado por al (sic) señora FLOR MARÍA CHAVARRÍA, en su calidad de querellante, el último pago se verificó en noviembre de 2003, fecha del último acto, época a partir de la cual se debe contar el término de caducidad de seis (6) meses conforme o (sic) previsto en artículo (sic) 34 del C.P.P., habiéndose formulado la queja el día 26 de enero de 2004, por lo que se concluye se hizo dentro del término legal y no se ha generado caducidad. Así mismo, la codeudora ESPERANZA RODRÍGUEZ ECHEVERRÍA expresa que el último pago fue en enero 5 de 2004”.*

Esta interpretación fue avalada en la decisión de segunda instancia proferida por la Fiscalía Tercera Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) y Yopal (Casanare), confirmatoria del pliego acusatorio, en la que se asevera: *“En los delitos permanentes, naturaleza de la cual participa el delito de USURA, como lo explicara el a quo, el término de caducidad de la querrela comienza a partir del último acto de ejecución delictiva, que lo será cada día en que se acerque el usurero a cobrar la cuota diaria”.*

3.3.3. La del juzgador de primera instancia. En tesis insular, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Paipa (Boyacá), al emitir el fallo condenatorio

de primer grado, estimó que la querrela en este caso había sido presentada oportunamente, apoyado en circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a partir de las cuales consideró que el término era de un (1) año, computable desde la notificación del auto admisorio de la demanda ejecutiva. Sobre el tópic, así se pronunció: *“En el caso objeto de estudio, se dijo la obligación se genero (sic) en el mes de octubre de 2002, fecha en la que se consintió que por el crédito solicitado (\$1'000.000.oo) se pagaría \$1'200.000.oo, incluidos los intereses, que generara el capital por el termino (sic) de sesenta días, por lo cual se dijo, la deudora cancelo (sic) periódicamente según lo pactado, es decir por días la suma de \$20.000.oo, por cada letra de cambio, lo que hizo cumplida y juiciosamente hasta la fecha en que según ella se enfermó (sic), como hasta cuando el prestamista se acercó (sic) a su residencia y le dijo que por la deuda que con el (sic) tenía (sic), le debía \$3'875.000.oo, siendo esa la razón del porque ella desatendió el requerimiento, empero siguió pagando las cuotas, que dijo le cancelaba a cualquiera de las personas que enviaba el procesado, enterándose mucho después que se había iniciado en su contra el proceso ejecutivo a través de apoderado judicial, Doctor OSCAR JAVIER BECERRA CAMARGO. Observando el proceso ejecutivo, se constata que en efecto a la señora querellante el auto admisorio de la demanda ejecutiva o a través del cual se libro (sic) mandamiento de pago, a ella se le notifico (sic) el 24 de julio de 2003, lo que indica, que si partiremos del presupuesto, que a ella se le exigía que formulara la querrela dentro de los seis meses siguientes, en efecto el termino (sic) requerido para que no operara la caducidad, fenecería el 24 de enero del año siguiente, y como quiera que la querrela solo (sic) se instauro (sic) 2 días después (26 de enero de 2004), por ello seria (sic) dable concluir que como quiera que en el caso que nos ocupa se trata de una circunstancia particular, debemos atender la excepción prevista en la norma citada, bajo el entendido que como quiera que ella estaba convencida que ya había pagado la deuda en una cuantía considerable, lo que no hacia (sic) necesario el inicio de un proceso ejecutivo, por tal razón estimamos, se encontraba en una circunstancia de fuerza mayor y por ende para efectos de contar el termino (sic) de caducidad, no deben mirarsen (sic) los seis meses a que alude la preceptiva, sino el termino (sic) de un año, lo que indica que en sentir del juzgado, la querrela se formulo (sic) dentro del termino (sic) legal por la querellante legitima (sic), y en consecuencia con respecto a ella, no se puede predicar que haya operado el fenómeno de la caducidad como para que esta constituya la causal de improseguibilidad que invoca la defensa”.*

3.3.4. La del fallador de segundo grado. Aunque el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama (Boyacá) confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia, discrepó del planteamiento del *A quo* en torno a la caducidad de la querrela, pues, consideró que el comportamiento usurario subsistía mientras se estudiase impulsando el proceso ejecutivo por medio del cual se pretende hacer efectivo el cobro. En estas condiciones, para el *Ad quem* el término de seis (6) meses ni siquiera había empezado a descontarse para el momento en que la denuncia fue presentada. En efecto, sostuvo: *“Para el caso objeto de estudio se tiene no le asiste razón al Defensor en su pedimento, puesto que si bien es cierto si tomamos las fechas de los títulos valores pudiera arribarse a la conclusión expuesta por él, no sucede lo mismo si se tiene en cuenta la persistencia de la conducta ilícita, incluso a través del proceso ejecutivo”.*

Así, luego de reseñar la actuación procesal adelantada en el juzgado civil municipal, desde la presentación de la demanda de ejecución civil hasta el interrogatorio absuelto por la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, el juzgador de segunda instancia concluyó que: “...[d]e las copias allegadas al proceso se tiene que, con fecha 26 de noviembre de 2003, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y tal como se puede ver en la copia del interrogatorio de parte absuelto por la Querellante, con fecha 30 de marzo de 2004, recepcionado en dicho proceso ejecutivo, aún no se había decidido tal situación y, por ende, la conducta de usura, persistía hasta ese momento, toda vez que las sumas abonadas a dichas deudas seguían siendo ocultadas por el Querellado, las cuales no solo incluían el capital prestado sino, además, el valor de los intereses inicialmente cobrados e incluidos en dichos títulos valores, por ello las letras tenían un valor de \$1'200.000.00, cada una, representado o, mejor, garantizando de esa forma y con antelación el capital por \$1'000.000.00, más los intereses por adelantado del periodo (sic) del crédito, esto es, dos meses, lo cual fácilmente permite deducir que, efectivamente, la tasa de interés era del 10% mensual, pues el termino (sic) de 60 días arroja un valor de \$200.000.00 a pagar por intereses. Si a lo expuesto se observa que, además, en el proceso ejecutivo se pretendía cobrar los intereses sobre los intereses consignados en el título valor, como parte de la suma a la cual se obligaban, como capital las suscriptoras (sic) del título valor, a la tasa del 2.5%, cuando ha debido descontarse esa suma de intereses –los \$200.000.00-, se infiere que la conducta persiste hasta que dichos intereses se sigan cobrando, pues se están causando mes a mes, esto es, hasta cuando se satisfagan las sumas pretendidas en el proceso ejecutivo.

Y, con relación a la interpretación esgrimida por el juzgado municipal, señaló que: “...[n]o se trata de la situación excepcional establecida por el legislador para ampliar el cómputo del término de caducidad de la querrela, pues claro es que la Querellante, desde el momento mismo en que pacta la obligación y suscribe los títulos valores que la respaldan, sabía la ilegalidad de la tasa de interés establecida; así mismo, con los abonos conforme a lo acordado con el Acreedor en cuando (sic) a la forma de pago, no se había cubierto la totalidad de las obligaciones y, por lo mismo, no puede aseverarse que dicha Querellante obró con el convencimiento de que la tasa de interés era una diversa a la acordada, como tampoco que sus abonos se computaron de manera distinta a ese acuerdo. Por tanto, en realidad la fuerza mayor o caso fortuito exigidos por el artículo 33 (sic) del C.deP.P., no puede (sic) predicarse en el presente caso. Así las cosas, aún cuando por razones distintas, comparte esta Instancia el sentido de la decisión del a quo, en cuanto a la improcedencia de declarar la caducidad de la querrela en el presente proceso”.

Esta tesis fue sustentada, igualmente, por el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, quien conceptuó en estos términos: “Ahora bien, el Ministerio Público considera, que el alcance dado por el juez colegiado (sic) al artículo 34 de la Ley 600 de 2000, es acertado en los términos expuestos, lo cual impone en nuestra opinión mantener incólume la sentencia atacada. Vale decir, el mecanismo utilizado por JAIME ECHEVERRÍA para cobrar intereses usureros, esto es, por encima de la mitad del interés bancario corriente para la época, se extiende en el tiempo y permanece, hasta el término del proceso ejecutivo promovido

con los títulos valores suscritos por la querellante, independientemente de quien sea el demandante en el proceso ejecutivo, por lo que la caducidad para interponer la querrela no había operado y en efecto debió proseguirse la acción penal, tal como aconteció”.

3.3.5. La de la Corte. En el capítulo anterior, la Sala determinó que la ejecución del ilícito de usura subsiste en el tiempo, dado que el daño sólo se agotará cuando el acreedor haya recibido o cobrado el total del monto de la obligación, lo cual tendría lugar en el instante en que el deudor haya cancelado la última cuota de su crédito o compra a plazos, o cuando culmine el proceso ejecutivo civil ventilado en su contra, pues, mientras dure su tramitación, es claro que continúa perpetrándose el delito, como quiera que se está promoviendo el cobro de la obligación. Siendo ello así, el término de caducidad para la conducta punible de usura tendría dos formas de contabilizarse:

- Por un lado, desde la fecha del último pago, cuando este lo realiza directamente el deudor al acreedor, para lo cual debe aclararse que el “último pago” puede o no implicar la cancelación total del crédito.
- Por otro, desde la culminación del proceso ejecutivo civil, cuando el segundo recurre a la vía judicial para “cobrar” lo que le adeuda el primero.

Ello quiere significar, ni más ni menos, que se comparten las disertaciones que en torno a la interpretación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de 2000, hicieran el juzgador de segundo grado y el representante del Ministerio Público. Las mismas, vale decir, coinciden con las plasmadas por la Corte Constitucional en la ya cita Sentencia T-114 de 2004, en la que resolvió la solicitud de tutela formulada por el defensor, en el sentido de que se archive el proceso por caducidad de la querrela.

A ese efecto, el Tribunal Constitucional analizó la descripción legal de la conducta, para concluir que los verbos rectores a tener en cuenta eran “recibir” o “cobrar”, el primero de los cuales remite al recibo de utilidad o ventaja, en tanto que el segundo a la compra de cheque, sueldo, salario o prestación social. Así, tras referirse ampliamente a lo probado dentro del proceso penal respectivo, consideró: *“8. El juez accionado afirma que se trata sólo de una divergencia de criterios jurídicos en torno al término de caducidad de la acción penal por el delito de usura y que por ello su decisión no puede catalogarse como una vía de hecho. Este argumento carece de todo fundamento. Resultaría insólito y gravemente lesivo del principio de legalidad, que el ordenamiento jurídico dejara a discreción del juez la determinación del momento a partir del cual se contabiliza el término de caducidad de la acción penal. Lejos de ello, la ley ha indicado claramente ese momento y ha indicado que no puede ser otro que el de la comisión de la conducta punible. Por lo tanto, no se trata de un problema de interpretación de la ley penal. Y no puede ser así pues no es racional que de una norma procesal como el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1991, que ordenaba que la caducidad opera a partir de la comisión del hecho punible, se*

infiera que en el caso de la usura ese fenómeno no opera a partir de su comisión -es decir del recibo o cobro de los intereses-, sino de la suscripción del título valor en que tales intereses se pactan. (...) Por otra parte, tampoco es racional entender que no se tipifica el delito de usura cuando, no obstante haberse pactado intereses usurarios, el deudor no los pagó, pese a que, como aquí ocurrió, se promovió un proceso ejecutivo para su cobro y pago forzado. No se precisa de mayores esfuerzos para entender que el proceso ejecutivo es un mecanismo orientado al cobro y pago forzado de la obligación y ello encaja, sin inconvenientes, en el tipo penal. De lo contrario, habría que entender que no se comete el delito de usura cuando el pago de los intereses ilegales se logra en la ejecución judicial promovida contra el deudor.

Como puede advertirse, entonces, ni los argumentos expuestos por el juzgado accionado al emitir su auto, ni las razones esbozadas al momento de contestar la tutela, cuentan con un fundamento serio. Por el contrario, ellos no son más que el intento de justificar una decisión jurídicamente injustificable. Y es lamentable que ello sea así pues con ese tipo de posturas la administración de justicia se limita a archivar expedientes en lugar de preocuparse por resolver los dramas humanos que ellos recogen. Lo sucedido en este caso es patético: Se archiva un proceso por usura en el que está demostrado que los intereses cobrados al querellante llegaron al 97.68% efectivo anual -folio 257 del expediente- y que sólo habían transcurrido 5 de los 12 meses necesarios para la caducidad de la acción. Por ello, la decisión tomada constituye una clara denegación de justicia y una afrenta al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y, a través de ellos, a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del actor. En fin, se está ante un acto que constituye un claro desconocimiento de los derechos fundamentales como fundamento de legitimidad de los poderes constituidos”.

Descendiendo al caso concreto, para la Sala es absolutamente claro que para el momento en que la ciudadana Flor María Chavarría de Rodríguez presentó la querrela penal en contra de JAIME ECHEVERRÍA FONSECA, el 26 de enero de 2004, el delito de usura estaba ejecutándose, como quiera que para esa época se adelantaba proceso civil en su contra con el que se pretendía, precisamente, lograr el cobro de los intereses usurarios.

Lo que significa, que el término de seis (6) meses para promover el ejercicio de la acción penal a que se refiere el artículo 34 de la Ley 600 de 2000, ni siquiera había empezado a descontarse, pues, recuérdese, se trata de una conducta de carácter permanente, cuya ejecución subsiste en el tiempo. De otro lado, fue viable, aunque se quedó corta, la interpretación de la Fiscalía General de la Nación para dejar a salvo la oportunidad de la querrela, habiendo tenido en cuenta el último abono de dinero que realizó la deudora al acreedor, del cual se señalan dos momentos diferentes, siendo el mas inmediato el 5 de enero de 2004. Es viable, por cuanto, como ha quedado reseñado a lo largo de este proveído, uno de los parámetros para computar el término de caducidad de la querrela lo delimita la fecha del último pago registrado, lo que llevado al caso concreto, permitiría afirmar que el lapso habría vencido el día 5 de julio de ese año, es decir, mucho tiempo después

de aquél en que se presentó la queja. Pero se quedó corta, dado que le establece un límite a la parte perjudicada, al no tener en cuenta que el cobro estaba verificándose en ese momento por la vía judicial y, en ese orden de ideas, los seis (6) meses sólo empezarían a correr desde la culminación del proceso civil respectivo.

En cuanto a la desacertada postura del demandante, bien poco tiene que decirse, por cuanto, se asevera nuevamente, no la fundamentó, pues, sin ningún tipo de razonamiento, a manera de petición de principio, se limitó a asegurar que el término de caducidad de la querrela debía contarse desde el momento en que la deudora se enteró del cambio de acreedor, esto es, cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda. Es claro, como lo advirtiera el Procurador delegado, que el mandamiento de pago que le fuera notificado a la deudora el 24 de junio de 2003, es simple y llanamente el auto que admite la demanda e impulsa el proceso civil y no el que lo finaliza.

Lo propio ocurre con la tesis esbozada por el juzgador de primera instancia, al estructurar, también sin mayor argumentación, unas inexistentes circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a partir de la ignorancia de la deudora de que en su contra se estaba tramitando un proceso civil para el cobro de la obligación con los respectivos intereses; por ello, coincidiendo con lo afirmado por el defensor del sindicado, estima que el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento en que fue notificada del auto de mandamiento ejecutivo, pero a diferencia de aquel sujeto procesal, estableció dicho lapso en un (1) año, apelando a las situaciones excepcionales ya citadas, traídas a colación por el tantas veces citado artículo 34 del Código Procesal Penal de 2004. Dicha interpretación no es de recibo, pues, una cosa es que la ofendida desconozca que en su contra se adelanta un proceso ejecutivo civil, y otra muy distinta que ignore la ocurrencia del hecho punible, evento en el cual sí sería procedente analizar la configuración o no de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, a fin de ampliar a un (1) año el término de caducidad.

Análisis en tal sentido no es necesario, si en cuenta se tiene que la deudora siempre supo de la comisión de la conducta punible, pues, aunque irregular y esporádicamente, continuaba realizando los abonos a que se había comprometido, incluso después de enterarse de que había sido demandada civilmente. La culminación de ese trámite civil, reitérese para terminar, tendría como efecto empezar a descontar el término de caducidad de la querrela; por este motivo, como el mismo apenas estaba impulsándose para el 26 de enero de 2004, fecha en la cual fue elevada la denuncia por parte de la señora Flor María Chavarría de Rodríguez, es obvio que ni siquiera había empezado a contabilizarse. Acorde con lo anotado, concluye la Corte que la querrela fue oportunamente presentada. De ahí que el cargo no prospere, y como quiera que no observa la Corte violación a garantías fundamentales, se impone dejar incólumes los efectos de las sentencias atacadas.

En mérito a lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: NO CASAR** el fallo impugnado”.

II. COMENTARIO

A. UBICACIÓN. A raíz de algunas decisiones recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se plantea que la víctima tiene posición de garante en relación con las conductas dolosas realizadas en contra suya, genera preocupación el mensaje que ello produce y -más aún- en el plano de la Política Criminal queda en el trasfondo la idea de que el vivo vive del bobo, es decir, el delincuente puede tener la tranquilidad de cometer el delito pues si la víctima no actúa de manera diligente para evitar que ello ocurra debe asumir las consecuencias del hecho ilícito lo cual, francamente, termina por ser inaceptable. En esta sede se aborda la sentencia del 21 de mayo de 2009 desde esta perspectiva, aunque debe recordarse que en ella también se abordan otras problemáticas de importancia para el debate como son la caducidad de la querrela y el momento consumativo del delito de usura vertido en el art. 305 asuntos que, por supuesto, no son objeto de reflexión en esta oportunidad aunque ameritan todo un profundo debate porque los alcances de los planteos que en ella se hacen generan también graves repercusiones.

B. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE GARANTE. Como la Sala de Casación Penal habla en algunas decisiones de la posición de garante de la víctima, se debe empezar por señalar que dentro de la Dogmática penal esta figura corresponde a la condición que debe tener el sujeto activo de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión y que lo hace garante en la medida que, por su relación con el bien jurídico tutelado o con una fuente de peligro, tiene un deber encaminado a que no se produzca una vulneración o puesta en peligro del mismo. En ese sentido se debe hacer -así sea de manera sencilla- un estudio de las teorías que sirven de fundamento a la posición de garante y del contexto de esta construcción académica.

En efecto, el delito de omisión impropia, también conocido como de comisión por omisión, solo puede ser realizado por aquella persona que tenga posición de garante, esto es, la que por su relación con un bien jurídico tutelado o con una fuente de peligro, adquiere un deber jurídico que la convierte en garante del mismo. Si se observa el texto del artículo 25 de la ley 599 de 2000, se percibe cómo allí -de manera clara- se indica que se configura la posición de garante cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y el agente no lo llevara a cabo estando en posibilidad de hacerlo, motivo por el cual se tendrá como si lo hubiese producido y, en consecuencia, deberá responder penalmente.

1. Teorías que fundamentan la posición de garante. Son tres, en esencia -sin descartar otras posturas, incluso las que se pueden calificar como mixtas-

las construcciones en esta materia: la teoría formal del deber jurídico, la teoría material o de las funciones y la abanderada por el funcionalismo radical de JAKOBS.

a. Teoría formal¹⁷. Para esta concepción la posición de garante se deriva en el origen (formal) del deber jurídico, siendo tres sus basamentos: una acción esperada, la afectación a un bien jurídico y la relación de causalidad entre la acción omitida y la afectación al bien jurídico; así, pues, a partir de este concepto se considera que son fuentes formales de la posición de garante la ley, el contrato y la ingerencia.

La primera fuente es la ley, esto es, se hace alusión a la ley propiamente dicha, los decretos o los reglamentos extrapenales, esto es, el conjunto de normas de naturaleza civil o administrativa que establecen deberes de auxilio como los existentes entre cónyuges o entre padres e hijos. De igual forma, el contrato es fuente en la medida en que a partir de él se adquiere posición de garante como ocurre en el caso de la niñera concertada para que cuide al niño; o, en el caso del contrato de transporte, que se realiza con una empresa para que lleve a un hijo al colegio y donde lo que se busca -más allá de que él llegue a tiempo a la institución educativa- es que el conductor realice su desplazamiento con la debida prudencia para que el infante llegue sano y salvo.

Finalmente, la ingerencia es fuente en la medida en que el agente crea una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico tutelado lo cual posibilita que se le imputen los resultados dañosos producidos, como sucede con la persona secuestrada que muere en cautiverio a raíz de los padecimientos sufridos; en este caso, el autor de esa reprochable conducta debe responder no sólo por la realización de la misma sino por la muerte de la persona, pues con su actuar antijurídico se constituye en garante de la misma¹⁸.

b. La teoría material o de las funciones. A diferencia de la anterior que, como su nombre lo dice, se queda en el plano meramente formal para detectar la fuente de donde emana la posición de garante, esta construcción entiende que tal construcción se debe analizar desde la perspectiva del sentido social de los diferentes deberes observando la relación materialmente existente

¹⁷ Sobre ello, JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo III, 3ª. ed., Buenos Aires Losada, 1965, págs. 420 y ss.

¹⁸ El Profesor LASCURAÍN SÁNCHEZ, señala como ejemplos el deber de evitación de que el fuego encendido se propague por parte de quien cocina en el bosque o quema rastrojos en el mismo; así la Audiencia Provincial de León (Sección Primera) en sentencia 36/1999 de 16 de febrero, en un caso semejante concluyó que los acusados “tras prender fuego en uno de los asadores allí existentes, antes de marcharse arrojaron en las inmediaciones del asador tizones encendidos (...) por lo que a partir de los tizones que prendieron el pasto se desarrolló efectivamente un incendio” (cfr. JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ: *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*, Bogotá, Universidad Santo Tomás/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pág. 14).

entre la persona y el bien jurídico tutelado. Así las cosas, la posición de garante se adquiere por la estrecha relación con un bien jurídico tutelado lo que genera un deber de protección del mismo, o por un deber de vigilancia derivado de una fuente de peligro.

1) *Deberes de protección de determinados bienes jurídicos.* Ello sucede en situaciones de estrecha comunidad de vida y/o de estrecha relación vital, de asunción voluntaria, o de comunidad de riesgo.

a) Estrecha comunidad de vida y/o de relación vital. En estos casos la posición de garante se adquiere en la medida en que exista una relación existencial con otro u otros calificable de estrecha o muy próxima; desde luego, se trata de un concepto más amplio que el de “contrato” empleado por la concepción formal a partir del cual se podía hablar de una posición de garante entre cónyuges, pero que dejaba por fuera casos como el de la sociedades de hecho.

b) Asunción voluntaria. Este evento se presenta cuando de manera voluntaria se asume la protección de un bien jurídico tutelado, como ocurre cuando se decide ayudar a una persona invidente para que atraviese una avenida; desde luego, al asumir esta actitud no se puede abandonar a la persona en la mitad de la vía porque, en ese momento, el agente se ha constituido en garante. Por supuesto, si actúo de manera distinta debo asumir las consecuencias que se puedan derivar de mi conducta.

c) Comunidad de riesgo. En la vida moderna ciertas actividades se deben realizar en grupo dado el riesgo que generan, por eso cada uno de los participantes debe confiar en que el otro haga lo que le corresponda; por ello, deportes como el buceo no se suelen practicar de manera individual [si varias personas, en pareja, realizan esta actividad y a una de ellas se le acaba el aire de su tanque la otra le debe ayudar con el suyo; igual sucede si el cinturón de pesas o una de las aletas se llega a caer e irse al fondo del mar, en cuyo caso el acompañante debe contribuir a recogerlo] o actividades como las excursiones a la montaña a acampar o a pasear por la selva suponen riesgos que se deben compartir, porque aquí la posición de garante ese deriva del principio de confianza, esto es, el criterio de la imputación objetiva en virtud del cual yo debo hacer lo que a mí me corresponde y confiar en que el otro hará lo que le toca, lo cual -trasladado a los casos de comunidad de riesgo- implica que en una situación de emergencia puedo confiar en que el otro me va a ayudar, y, el otro, esperara de mi parte el mismo comportamiento.

Por eso, pues, el legislador al pensar en figuras como éstas describe comportamientos como el prevaricato por omisión, la omisión de socorro y la omisión de control, entre otros.

2) *Deberes de vigilancia de una fuente de peligro.* La posición de garante también surge cuando el agente tiene un deber de vigilancia de una fuente de peligro,

esto es, de una persona o elemento que pueda generar un peligro para la comunidad, caso en el cual debe evitar que ese riesgo se concrete en una lesión para el bien jurídico tutelado. Ello sucede, en esencia, en dos situaciones:

a) Injerencia o actuar precedente. Esta hipótesis, ya mencionada al aludir a la concepción formal, también supone posición de garante en la medida en que del actuar precedente del agente se genera un riesgo para el bien jurídico, como sucede con el conductor que atropella a una persona y no le brinda asistencia.

b) Obligaciones surgidas de riesgos creados por otras personas. Aquí el riesgo para el bien jurídico lo crean otras personas pero el agente tiene el deber de evitarlo dada que se encuentran dentro del ámbito de su influencia. Así sucede, por ejemplo, con el médico psiquiatra que tiene como paciente a un psicópata con tendencias homicidas o suicidas y que, en consecuencia, está obligado a mantenerlo internado en un hospital psiquiátrico con medidas de vigilancia.

c) Deberes surgidos del control de fuentes de riesgo que operan dentro del propio ámbito de dominio del agente. En algunos casos el agente debe tomar medidas para evitar que se produzca una lesión para el bien jurídico producto de fuentes de riesgo existentes y con las cuales tiene relación, como sucede con quien cuida una planta atómica o es controlador aéreo.

c. La concepción funcionalista de Jakobs¹⁹. Para este expositor existe un sistema social que debe tener la capacidad de ser autosuficiente y, para ello, la norma penal juega un papel fundamental en la medida en que garantiza la vigencia del sistema y lo reafirma; por eso, cuando una persona comete un delito realiza un atentado contra el sistema que, a su vez, para garantizar su vigencia reacciona a través de sus órganos aplicándole la norma penal.

Como lo importante es el sistema, los hombres cumplen un rol dentro del mismo y éste espera que ellos no defrauden las expectativas que se les confían; si ello es así, el hombre responde penalmente no por haber vulnerado un bien jurídico tutelado -el derecho penal, recuérdese, no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma que es la que garantiza la pervivencia del sistema- sino por la defraudación de las expectativas que se derivan del rol que tenga dentro del mismo. Así las cosas, todo los ciudadanos tienen posición de garante cuando realizan delitos de acción o de omisión, porque las diferencias entre estas dos formas de conducta penalmente relevante desaparecen; por ello, como se dirá más adelante, el militar que defrauda las expectativas que se derivan de su rol responde por las consecuencias de esa defraudación con independencia de que la misma se hubiese dado por vía de acción o de omisión.

¹⁹ Cfr. JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, págs. 946 y ss.

En ese sentido, adviértase, existen dos clases de *status o roles*: el *general o común* y el *especial*. El primero, es el que tienen todos los ciudadanos por el solo hecho de vivir en sociedad, lo cual conlleva unas expectativas que al ser defraudadas producen consecuencias de naturaleza penal, por lo cual el *delito* cometido es *de organización*; en este caso, pues, el fundamento de la responsabilidad radica en la lesión a los límites generales de la libertad respecto de la configuración exterior del mundo. Así las cosas, cada miembro de la sociedad tiene la obligación de respetar al otro en su propio derecho, es el rol mínimo, que exige ese respeto y -en consecuencia- si no se produce ese respeto se responde por violación a las reglas de ese status general.

El segundo es el *status o rol especial*, esto es, el derivado de instituciones fundamentales para la vida en sociedad como sucede con los padres, cónyuges, médicos, fiscales, jueces y militares; por eso también se le puede llamar como institucional. De ahí, pues, que el fundamento de la responsabilidad penal sea el irrespeto o la inobservancia de las reglas que constituyen ese status o rol especial, cosa que da lugar a los *delitos de infracción de deber*.

Por ello, en materia de la responsabilidad institucional JAKOBS dirá que el médico o el militar responden penalmente cuando defraudan las expectativas que se derivan de ese rol o institución, con independencia de que ese timo se dé por vía de acción u omisión. Y, aparentemente, se podría entender que en este punto existe similitud entre el pensamiento de ROXIN²⁰ y el de JAKOBS, pero existe una diferencia fundamental: mientras el primero considera necesaria la intervención del derecho penal cuando se ha producido una lesión a un bien jurídico tutelado, el segundo la centra en la defraudación de la norma, por vía de la defraudación de las expectativas; pero, además, mientras ROXIN habla de delitos de acción y de infracción de deber -que sólo admiten la posición de garante-, JAKOBS -al plantear su tesis por la vía de la defraudación de expectativas organizacionales o institucionales- concluye que siempre existe posición de garante. Esto último, pensando en Colombia, genera cuestionamientos porque en nuestro derecho se habla de los delitos de omisión propia y de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión y son, recuérdese, estos últimos los que generan posición de garante, de ahí que la postura de JAKOBS no pueda ser plenamente aplicada de cara al derecho positivo, más aún cuando se considera que la razón de ser del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos tutelados y no la vigencia de la norma.

2. *El artículo 25 del Código Penal colombiano.* De un análisis detenido del artículo 25 se desprende que la teoría que le sirve de fundamento para establecer la posición de garante es básicamente la *material o de las funciones*, pues como está redactada la norma es claro que ella se deriva bien de una relación del

²⁰ Cfr. ROXIN, CLAUS: *Derecho penal, Parte general*, t. 1, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, págs. 49 y ss.

agente con el bien jurídico tutelado -y, por ello, señala que son constitutivas de posición de garante, la estrecha comunidad de vida, la asunción voluntaria y la comunidad de riesgo-, o bien del deber de vigilancia de una fuente de peligro que se desprende de deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos o injerencia, o de las obligaciones surgidas de los riesgos creados por otras personas que se encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite, o de los deberes de garante surgidos del control de fuentes de riesgo que operan en el propio ámbito de dominio del agente. No obstante, el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional camina en una dirección distinta, pues se pretende que los postulados desarrollados por la ley son los defendidos por GÜNTHER JAKOBS.

En efecto, la primera sentencia en marcar este camino fue la SU-1184 de 2001 -con ponencia del entonces Magistrado EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT- en la que se analizó el tema a raíz de la triste y lamentable matanza de Mampiripán realizada por un comando paramilitar, pero en la que se miró la posible responsabilidad penal del entonces Comandante de la División del Ejército que tenía a su cargo esa zona, para señalar que a él no se le debía investigar por la posible comisión de un delito de prevaricato por omisión -conducta de omisión propia- sino por la realización de un delito de homicidio -omisión impropia-. En ese punto la Corte, a partir de los desarrollos propios del funcionalismo radical señala: “desde esta perspectiva, el núcleo central de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era previsible o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible”; pero, más aún se afirma que: “en la actualidad un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Mussig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de la posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad: Competencia por organización y Competencia institucional”²¹.

Por ello, al examinar la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública concluye que ella se deriva de la defraudación de las expectativas que se desprenden del rol institucional: “Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal”. En fin, ese organismo afirma que ese deber institucional hace al militar garante de la vida de las personas de una población que se encuentren amenazadas por un grupo al margen de la ley: “Para que el miembro de

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sent. SU 1184 de 2001.

la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes”.

Así las cosas, a pesar de que el Código acoge la teoría material o de las funciones la Corte Constitucional²² se aparte de ella y se centra en el funcionalismo radical;

²² Véase sent. de 14 de noviembre de 2007, radicado: 28017, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. En esa decisión, al referirse a la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública con base en los planteos contenidos en la sent. SU-1184 de 2001, se afirma que la posición de garante se deriva de la defraudación de las expectativas que se desprenden del rol organizacional o institucional y que -en el caso de los militares- es esa defraudación la que genera responsabilidad; es más, añade: “Recientemente, la Sala al analizar la masacre ocurrida el 21 de agosto de 1999 en el municipio de la Gabarra por sujetos armados que portaban las insignias de las Autodefensas Unidas de Colombia, hechos por los cuales condenó a un miembro del Ejército por no salir en defensa de la ciudadanía, también conforme con la teoría de la posición de garante analizó de acuerdo con varios instrumentos internacionales las situaciones de convivencia y aquiescencia que se pueden presentar entre las fuerzas armadas con los grupos al margen de la ley, entendida la primera como el disimulo o tolerancia y la segunda como la confabulación o el consentimiento, para concluir que: “Con el comportamiento del procesado, arriba demostrado, que en punto de la actuación del grupo armado ilegal, puede decirse que consistió en un ‘dejar hacer, dejar pasar’, en hacer ‘oídos sordos’ a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que ‘el que la debe, que la pague’, es indudable que el procesado permitió la matanza en la noche nefasta, no solamente con su conducta omisiva, sino con actos positivos. // “El compromiso del oficial acusado, en consecuencia, surge de su aprobación, de su aceptación, de su autorización, de su asentimiento, de su acuerdo, de su anuencia; en una palabra, de su **aquiescencia** con la masacre que, por todos los medios, las AUC habían informado cometerían contra los ciudadanos, señalados de ser guerrilleros o auxiliadores de éstos. Su aquiescencia deriva incuestionable de sus expresiones públicas de que no combatiría a los ilegales y que, tácitamente, permitiría sus crímenes porque “el que la debe, que la pague”. “**Aquiescencia y convivencia** denotan, además, conocimiento de los elementos estructurales o componentes de la conducta punible cuya ejecución material corre por cuenta del grupo armado ilegal”. Hechas las anteriores precisiones, y verificado que conforme con la anterior normatividad es posible delimitar los ámbitos de responsabilidad de los miembros de la fuerza pública procesados, a fin de establecer su posición de garantes respecto a la evitación del resultado típico producido, se entrará a analizar los cargos formulados por el representante del actor civil a efectos de determinar la concurrencia o no de los requisitos que informan esta teoría: 1. Situación de peligro para el bien jurídico. 2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado. 3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado. 4. Producción del resultado”.

esta postura también la asume la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en una decisión en la cual se pronuncia sobre la responsabilidad penal de los entonces Comandante de Policía y del batallón del Ejército Nacional con sede en la población de Tibú, donde se produjo una acción paramilitar que generó la muerte violenta de varios ciudadanos²³.

C. LA VÍCTIMA COMO GARANTE. Realizada esta explicación previa encaminada a mostrar que el concepto de posición de garante se circunscribe al sujeto activo de los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, debe ahora –de cara al pronunciamiento que aquí es objeto de comentario– hacerse referencia a la posición asumida por la Sala de Casación Penal cuando habla de la posición de garante no del autor de un ilícito, sino de la víctima del mismo.

Los pasos en esa dirección comenzaron a darse cuando esa corporación conoció de un caso en el cual una persona fue víctima de un ilícito de estafa, al haber comprado un vehículo que había sido objeto de varios embargos los cuales eran desconocidos por el comprador; en esa oportunidad, se concluyó que no existía el mencionado delito porque el comprador –dada la experiencia que tenía en el mundo de los negocios– debía haber realizado una serie de verificaciones encaminadas a constatar la situación legal del vehículo y, como no lo hizo, debía asumir las consecuencias que se derivaban de su conducta negligente, pues poseía posición de garante.

En efecto: “Sea como fuere, para la Sala ahora, en temas como el presente, donde se juzgan hechos basados en las relaciones sociales, no pueden establecerse reglas rígidas sino tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para determinar si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error. Para el efecto será menester,

²³ De igual forma, en providencia del 28 de octubre de 2009, radicado 32582, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ, se volvió a referir al tema y luego de transcribir el art. 25 del C. P., dijo: “Predomina, como es innegable, en el precepto transcrito, un “deber jurídico”, como juicio condicionante delimitado para los injustos omisivos impropios o los llamados tipos penales de comisión por omisión, los cuales reclaman del agente un conocimiento ex-ante de la “posición de garante” que estuviere desplegando frente a las hipótesis disciplinadas por la Ley en el artículo en estudio. En jurisprudencia del 27 de julio de 2006 (radicado 25.536), se trató el tema de la siguiente manera: “Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropia de omisión o impura de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas”.

entonces, considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección. /Desde luego, ese análisis habrá de hacerse en el marco de un contexto compatible con nuestra realidad social. Hoy en día, a diferencia de pasadas épocas, el país tiene un mayor índice de personas preparadas académica y culturalmente; así mismo, en desarrollo de la modernización del Estado, se han implementado mecanismos institucionales de fácil acceso al público que permiten verificar la situación jurídica de algunos bienes, como acontece con los sujetos a registro. /Ese progreso de la nación ha obligado al Estado a dejar atrás de manera gradual aquellos períodos de acentuado proteccionismo para pasar a fases donde se ofrece una mayor libertad de interacción de las personas, reconociendo así que no se trata de seres incapaces para el ejercicio de sus derechos sino de individuos con posibilidad de discernimiento suficiente para sobreponerse a ciertas mentiras o engaños propios de la dinámica social. /Un ejemplo de esa elasticidad estatal ha sido la despenalización del estupro (denominada estafa sexual), cuya estructuración se asentaba, precisamente, en la realización de actos engañosos para la obtención del acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho. En ese contexto, se consideró que los individuos de dichas edades presentan actualmente una capacidad intelectual (Salvo, obviamente, los casos de personas que presentan condiciones de inferioridad, los cuales sí son sancionables por nuestro ordenamiento punitivo) apta para consentir libremente una relación sexual. /Pero, tratándose Colombia de una nación apenas en desarrollo, no puede pasarse por alto que todavía hay muchos sectores o grupos de personas como los campesinos e indígenas, que no han alcanzado un adecuado nivel académico e intelectual o viven en zonas alejadas donde, por su vida cultural, no tienen fácil acceso a los avances de la modernidad. En esos casos, sin que su enunciación quede agotada en las personas reseñadas, el Estado conserva la obligación de brindar una mayor protección para evitar que la condición de debilidad en la cual se encuentran sea aprovechada por otros como fuente de indebido lucro. /*Hablando en términos de la teoría de la imputación objetiva, implica que quien ostenta un nivel de preponderancia sobre alguien que, por su bajo grado académico, cultural o social, carece de suficiente capacidad para entender cabalmente los pormenores de un negocio jurídico, asume la posición de garante para la evitación de resultados dañosos cuando con su comportamiento ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre que conociese las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta. Solamente en esos casos, si no actúa de conformidad con la posición de garante que el ordenamiento jurídico le atribuye, le será imputable de manera objetiva el resultado. /En esas condiciones, no asumirá la posición de garante y, por lo mismo, no tendrá la obligación de impedir el resultado dañoso el vendedor que se encuentra respecto del comprador en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebran*"²⁴.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sent. de Julio 10 de 2008, Radicado: 28693, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS; las cursivas son añadidas.

Tal como se observa la Sala considera que si comprador y vendedor están en igualdad de condiciones, el comprador debe realizar todo lo que este a su alcance para evitar ser estafado, de lo contrario deberá asumir las consecuencias de su comportamiento negligente; ello, además, implica mandar un mensaje peligroso a la sociedad, pues si estafador y estafado están en condiciones culturales, sociales y de conocimiento similares, el estafador no debe preocuparse, es responsabilidad de la víctima no dejarse estafar²⁵.

Por otra parte, debe decirse que es motivo de preocupación el hecho de que la Sala en una labor de interpretación que puede resultar bastante discutible, incorpore al tipo penal de Estafa elementos que no se derivan del mismo, esto es, que la víctima -por sus condiciones sociales, culturales, de formación académica-, se encuentra en condiciones de entender cabalmente los pormenores del negocio jurídico y, por lo mismo, se constituye en garante de que no vaya a ser estafado, con lo cual por vía jurisprudencial se incorporan nuevos elementos a la descripción legal como si los jueces se tornaran en legisladores.

Además, la tentativa de interpretación que se realiza desconoce uno de los principios fundamentales de la actividad comercial y del mundo de los negocios, cual es la buena fe que -tal como señala el Profesor PEÑA NOSSA, se entiende como el “modo sincero y leal con que procede en los negocios y convenciones aquél que no pretende engañar a las personas con quienes lo celebra; convicción en que se halla una persona de que se hace o posee alguna cosa con derecho. Lealtad, respeto a la palabra empañada. El principio de la buena fe, que debe presidir las vinculaciones y negocios mercantiles, remite a la validez de los actos jurídicos en cuanto estos encuentran sustento en su aplicativa practica (von Thur)”²⁶. Es que en las relaciones comerciales opera el principio de la buena fe -presumida constitucionalmente²⁷, en el Código Civil²⁸ y en el Código de Comercio²⁹ como postulado fundamental en el desarrollo de los negocios jurídicos- y el Estado no puede pretender que el agente tenga que suponer lo contrario: la mala fe de los demás, máxime que cuando -para volver sobre el caso que motivó la decisión- se compra un

²⁵ Esta posición se reitera en providencia del once de noviembre 2009, radicado: 32398, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

²⁶ Así, PEÑA NOSSA, LISANDRO: *De los contratos mercantiles. Negocios del Empresario*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, Ecoe Ediciones, 2003, pág. 49.

²⁷ Véase art. 83 de la Carta Fundamental: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

²⁸ En el art. 1603 dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenece a ella”.

²⁹ En el art. 863 señala: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se le causen”; y, adicionalmente, el art. 871 establece: “Buena Fe contractual. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

vehículo se realiza un negocio jurídico de buena fe y no, en los términos del Derecho penal que propugna la Sala de Casación Penal, cuando exige que se presuma lo contrario, incluso en el caso de los comerciantes que –todavía hoy- realizan negocios de palabra, a pesar de que ella ya no tenga el valor de otras épocas.

Pero así como frente al Delito de Estafa, la Sala de Casación Penal pone a la víctima en una condición de garante, otro tanto ocurre frente al delito de usura en la providencia que motiva este comentario que, también, pretende incorporar un nuevo elemento a la descripción típica contenida en el art. 305 del C. P., cuando se trata de analizar la conducta –como se desprende de la narración de los hechos que ocupan al alto tribunal- de una persona que presta dinero por el conocido sistema del cuentagotas a topes usurarios. Por eso, se señala: “...en términos generales *debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte.* /Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho. /Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses”. Es más, añade: “De igual manera, para continuar con el examen de la posición de la víctima en el delito, si ésta, conociendo los efectos de la denuncia por el delito de usura, desde un comienzo solicita el préstamo, segura de que no lo pagará una vez denunciado el prestamista, tampoco puede hablarse de la existencia completa de la ilicitud, por la obvia razón que el mismo se halla desnaturalizado desde su comienzo. En suma, la conducta reclama, para su perfeccionamiento, de una efectiva o potencial afectación a los bienes jurídicos tutelados, ora por la actividad continua de quien realiza el préstamo, ya en atención a los motivos que compelen al prestatario a pagar el alto interés”.

Naturalmente, resulta preocupante que se incluya como elemento del aspecto objetivo del tipo de usura el que la víctima deba solicitar el dinero para “paliar acuciantes necesidades”, pues si una persona solicita un préstamo de dinero a topes usurarios para otra actividad –por ejemplo, quiere remodelar su propiedad-, no se estaría cometiendo ese ilícito. La razón es clara: el dinero no se requería para paliar una necesidad que pueda considerarse acuciante, esto es, apremiante o urgente, en los términos subjetivos, vagos e imprecisos, en que se moldea el susodicho concepto por parte de los jueces. Por otra parte, olvida la Sala de Casación Penal que la norma penal debe ser tipificada de manera clara y sencilla para que todos los ciudadanos puedan

conocerla y entenderla y que, de una lectura desprevenida del artículo 305, se desprende que la conducta se tipifica cuando se cobren -a cambio de préstamos de dinero- intereses que excedan en la mitad del interés bancario corriente; desde luego, en ningún momento se exige que quien solicite el dinero deba ser consciente de que solo cuando el préstamo se solicita para poder cubrir una necesidad extrema pueda exigir que no se le cobren intereses por encima de lo permitido legalmente. Preocupa, pues, que tanto en el delito de estafa como en el de usura, se ponga a la víctima en una posición en virtud de la cual -dependiendo de su condición- su actividad termine por conllevar la atipicidad de esas conductas: en el primer caso, cuando al no haber tenido el cuidado correspondiente permitió que se le estafara; y, en el segundo, al haber solicitado un préstamo en condiciones que para nuestra máxima corporación judicial nunca serán constitutivas de ilícito, como son aquellas no calificables de extrema necesidad y, además, a quien habitualmente no es prestamista.

Para decirlo de otra manera: parece ser que la Sala de Casación Penal -alejada de la realidad social- pretende que todos los miembros del colectivo social deben estudiar Derecho Penal antes de realizar un negocio jurídico porque, previo al mismo, deberán conocer los elementos constitutivos de las correspondientes descripciones típicas contenidas en la Ley Penal, pero que son incorporados por la voluntad del juez. Por ello, es oportuno recordar al maestro Cesare Beccaria quien -en pleno auge de las monarquías absolutistas; y Colombia no está lejos de que su sistema judicial sea como el de aquellas- reclamaba que el juez no interpretara la norma para no dejar espacio a la arbitrariedad³⁰.

Probablemente, la construcción académica que intenta la Sala obedezca a su acercamiento a las posturas funcionalistas radicales que dan prevalencia al sistema sobre el hombre, a la norma sobre el bien jurídico, y para las cuales la responsabilidad penal se edifica a partir de la defraudación de expectativas acorde con el rol que se desempeña. No obstante, ese no es el Derecho Penal que ha proclamado la Constitución dentro de su programa penal por lo cual debe ser rechazado.

³⁰ Señalaba BECCARIA: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores. Los jueces no han recibido las leyes de nuestros remotos antepasados como una tradición de familia, o como un testamento que no dejase a los sucesores más que el cuidado de obedecer" y postulaba que si se dejase al juez interpretar la ley "El espíritu de la ley sería pues, el resultado de una buena o mala digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de sus relaciones con el ofendido y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. Veríamos, por consiguiente, la suerte de un ciudadano cambiar muchas veces según fuera pasando por diversos tribunales, y las vidas de los desdichados ser víctimas de los falsos raciocinios o del ocasional fermento de los humores de un juez, que tomaría por interpretación legítima el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que le agitaban la mente" (Cfr. BECCARIA, CESARE: *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, páginas 7 y 8.

D. CONCLUSIÓN. Para terminar, pues, debe decirse que preocupa la inseguridad jurídica que se genera para la sociedad cuando a discreción de los jueces el proceso de interpretación de la norma penal posibilita que se incorporen nuevos elementos a los tipos penales. Genera angustia que en una época como la actual, en pleno siglo XXI, este tipo de construcciones abra la compuerta para que el delincuente pueda actuar con tranquilidad y desde el plano de una Política Criminal -que debiera ser aquella acorde con lo que es un Estado Social y Democrático de Derecho- se le termine señalando a la sociedad que lo importante ya no es actuar de buena fe sino que cuando se es víctima hay que cuidarse porque, en caso contrario, pagará las consecuencias del delito y -lo que más grave- el delincuente quedara con la tranquilidad de que es la propia interpretación realizada por los jueces, la que termina privilegiando su condición sobre la de quien -de buena fe- realizó un negocio o solicitó un dinero que requería. Valdría, pues, la pena que nuestros supremos jueces al intentar sus construcciones académicas no obraran en contravía de los propios principios del derecho que aplican y, por supuesto, de la realidad social cosa que, por desgracia, parece que acaece en la sentencia que es objeto de comentario y que como se ha dicho también pretende volver a la víctima un sujeto que actúa en posición de garante.



IV

Bibliografía

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO: *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia*, Bogotá, Nueva Jurídica/Universidad Católica de Colombia, 2010, 291 páginas*

Que en un país como Colombia, arrasado por la violencia y la tragedia, aparezca un libro—así esté destinado a discurrir sobre una problemática tan específica como el Derecho Penal y la responsabilidad médica— es una bendición para el alma. Es una fiesta para el espíritu que, más allá de los dolores cotidianos, nos podamos reunir en un auditorio como éste para celebrar el apareamiento de una obra en la cual un joven profesor le dice a la sociedad que está cumpliendo con su tarea como profesional, como ser humano y como docente.

La aparición de un libro —no importa su tamaño, su peso, su color y hasta su contenido—, es un acontecimiento cumbre en la vida de un ser humano, sólo comparable con aquel instante en que, por primera vez, ve a un hijo suyo irrumpir en medio de la luz de la mañana y comenzar a poblar el planeta. Un libro es una espada invisible que penetra en los cerebros; es un valioso legado que apuntala el pensamiento. Es un repentino relámpago en la noche que alumbra el camino y señala nuevos horizontes. Es un concierto de letras, palabras y oraciones que, con sus propias cadencias, se convierten en párrafos y en hojas llenas de un mensaje esperanzador.

Un libro —en un mundo en el cual el moderno I Pad nos quiere arrancar del alma el olor a tinta, a tipografía y a papel recién usado—, es un reencuentro con la palabra, con el ayer y con el mañana. Nada es comparable a la compañía y el calor de un libro; por eso, cargarlo bajo el brazo o interrumpir el desayuno para darle una ojeada, es un acto que ninguna máquina podrá jamás imitar. Tener un libro al lado y disfrutarlo es como gozar de la compañía de la mujer amada

* Palabras pronunciadas el día diez de diciembre de 2010, en la sede de la Universidad Católica de Colombia, con motivo del lanzamiento del texto.

cuyas sonrisas, caricias y perfumes bajo una noche estrellada, nunca podrán ser reemplazadas por ningún engendro virtual.

Tener un libro entre las manos, en un país que se acaba de rajarse en materia de lectura y escritura, es una advertencia a los tiranos del I Pod, los celulares, la Black Berry y los portátiles, para que no manoseen con sus progresos científicos la alegría del saber ni destruyan el lenguaje.

Al Profesor CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO, lo conozco desde hace cerca de quince años no sólo como un Profesional que ejerce con lujo de competencias en el ámbito del Derecho Penal, un hombre ejemplar e intachable en todos los sentidos de las dos palabras, sino como una persona que –en medio de las dificultades propias de un país como el nuestro– ha incursionado con éxito en el mundo de la docencia universitaria y de la investigación, actividades que hemos compartido en el seno de la Universidad SERGIO ARBOLEDA.

Su formación, naturalmente, la debe mucho al hogar paterno y a su paso –desde muy joven– por la academia española donde hizo parte de sus estudios escolares y de bachillerato los cuales culminó, finalmente, en nuestro país donde –con el correr de los años– se graduó como abogado en la Universidad Santo Tomás de Aquino. Luego, cursaría su Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia y sus estudios de Magíster en Ciencias Penales en su querida *alma mater*, gracias al convenio existente entre ella y la Universidad de Salamanca (España).

Entre sus estudios de postgrado también se destacan un Diplomado destinado a la Enseñanza de las Técnicas de Oralidad, que realizara en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nuevo México, Albuquerque, Nuevo México- Estados Unidos de América, en el año 2002. Además, ha tomado parte en innumerables cursos y seminarios todos ellos destinados a profundizar en las materias que son de su predilección.

Con lujo de competencias se ha desempeñado como Director del Área Penal de la Universidad Católica de Colombia, durante seis años; además, como Profesor de las Maestrías en Derecho Penal y Psicología Jurídica ambas de la Universidad Santo Tomás y de un programa similar en la Universidad Libre. Así mismo, ha profesado la cátedra en las especializaciones en Ciencias Forenses

y Técnica Probatoria de la Universidad Libre, en Derecho Penal de las Universidades Sergio Arboleda, Católica, Libre –estas últimas de Bogotá– y la Universidad de Cartagena; también, en la Especialización en Psicología Jurídica de la Universidad Santo Tomas, de Derecho Probatorio en la Universidad Católica y de Responsabilidad Médica CECAR, en Sincelejo, entre otras.

En la actualidad se desempeña como Profesor adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y a su Departamento de Derecho Penal, en las Cátedras de pregrado de “Derecho Penal General I” y “Derecho Penal General II”, asignatura esta última que –con mucho afecto– le confiamos para incursionar en la de Derecho Penal Especial. Además, se ha desempeñado como Coordinador de Barra Académica de la Defensoría del Pueblo y de SCARE en la Sociedad Colombiana de Anestesiología.

En el plano laboral, ha prestado sus servicios a la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” del Ministerio de Justicia, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General, La Corte Suprema de Justicia (como magistrado auxiliar), la Defensoría del Pueblo de Bogotá de la cual fue su Director, la Sociedad Colombiana de Anestesiología, el Tribunal Superior de Bogotá –como Conjuez– y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Checchi Company –como Consultor del Programa de Fortalecimiento a la Justicia AID/MSD para Colombia–.

De igual forma, ha intervenido como conferenciante y capacitador en múltiples escenarios académicos durante los últimos quince años, tanto en el país como en el extranjero, en las temáticas más afines a su actividad académica: el Derecho penal, la responsabilidad penal médica, el Derecho probatorio, las técnicas del juicio oral, etc., fruto de lo cual son diversas publicaciones suyas: “Unidad y pluralidad de acción. El concurso de conductas punibles” (2002); “Sistemas Procesales y Oralidad”. Teoría y Práctica, obra conjunta (2003); “Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral”, 2005, 2008 y 2010); y “Aportes Fundamentales del sistema penal Acusatorio”, obra colectiva (2008). De igual forma, valga la pena resaltarlo, ha divulgado diversos artículos sobre las problemáticas indicadas en revistas especializadas.

Así las cosas, dada la trayectoria del Profesor SOLÓRZANO GARAVITO, no sorprende que ahora irrumpa con el texto cuyo prólogo tengo el honor de confeccionar gracias a su permanente generosidad y en el que muy bien se conjugan dos aspectos de su formación académica:

el Derecho penal –y, por ende, la dogmática de la Parte general– y la responsabilidad penal médica, actividad a la que tanto atención ha prestado como abogado en ejercicio o consultor.

El trabajo que tiene en sus manos el lector está dividido en siete capítulos destinados, respectivamente, al examen de las siguientes materias: la problemática del derecho a la vida tanto desde la perspectiva de las previsiones constitucionales anteriores a 1991 como desde el ángulo de la Carta Fundamental de dicho año, asunto que vincula con el acto médico para precisar necesarios conceptos como los de identidad religiosa, identidad sexual, esterilización, aborto, el derecho a la vida y sus nexos con el acto médico y la libertad de conciencia (capítulo primero: Derecho a la vida y acto médico). El tipo imprudente, en el cual examina los componentes objetivos (el sujeto activo, la infracción al deber objetivo de cuidado, el resultado, el nexo de causalidad y la relación o nexo de determinación) y subjetivos de los tipos culposos de cara a la actividad médica (los componentes volitivo y cognoscitivo y las clases de culpa o imprudencia) y las causales de atipicidad, sin hacer hincapié en la composición típica de ninguna figura en particular (capítulo segundo: Tipo imprudente y acto médico).

Así mismo, aborda la omisión en la dogmática penal con un recorrido por las diversas construcciones sobre el asunto, el distingo entre acción y omisión, sus clases, hasta concluir con la construcción de la omisión impropia de cara al art. 25 del C. P., previo examen de la problemática de la posición de garante (capítulo tercero: Delito de omisión y acto médico); con postelación, examina la coautoría a partir de los elementos que la integran (objetivo y subjetivo), lo cual le permite incursionar en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia sobre la materia (capítulo cuarto: Coautoría y acto médico). Así mismo, se ocupa de la categoría de la antijuridicidad, espacio en el cual hace un examen de los aspectos positivo y negativo de la misma, centrado este último en la consideración de las causales de justificación que son más relevantes desde la perspectiva de la actividad médica: el cumplimiento de un deber, la orden legítima de autoridad competente, el ejercicio de un derecho, el ejercicio de una actividad lícita y el estado de necesidad justificante (capítulo quinto: Antijuridicidad).

De igual manera, emprende el examen de la culpabilidad, a cuyo efecto estudia la evolución de esta categoría dogmática, las distintas causales de exclusión (estado de necesidad exculpante, error de prohibición, insuperable coacción ajena y miedo insuperable) (capítulo

sexto: culpabilidad). Para terminar, a raíz de algunos polémicos y muy discutibles pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, trata el delito de rebelión y sus nexos con el acto médico (capítulo séptimo) para afirmar que "...los actos de asistencia médica no pueden ser considerados constitutivos de una actividad de rebelión", pues "la obligación del galeno es salvar vida, atender pacientes" y ello es válido frente a cualquier tipo de personas sea que pertenezcan o no a organizaciones al margen de la ley. El trabajo concluye con la bibliografía general que ha sido consultada.

El texto –que se suma a un par de elaboraciones previas sobre la materia, de autoría de los Profesores MONTEALEGRE LYNNET y MOLINA ARRUBLA–, de forma didáctica y ordenada, le permite tanto al lector especializado como al no versado en estas materias penetrar en la polémica que el autor quiere agitar en el ámbito nacional, en momentos en los cuales urge debatir a profundidad sobre estos asuntos que requieren buenas construcciones dogmáticas orientadas hacia la política criminal.

Bienvenida, pues, esta nueva incursión académica de un joven profesor lleno de ideas renovadoras, pero también de la madurez y de la calidez que dan la vida y el reposo, un profesional que da ejemplo de tesón y lucha y que, con su trabajo, nos hace reconciliar con esos valores que tanto faltan en nuestra sociedad: la honestidad, la seriedad, la sensibilidad social, la laboriosidad y la disciplina.

Un hombre al que las búsquedas existenciales le han enseñado que la felicidad humana no se construye a punto de chequeras abultadas ni de lujos materiales, que suenan a humillación y desparpajo en un planeta en el cual más de 2800 millones de personas no alcanzan a devengar siquiera la tercera parte de un salario mínimo de Colombia. Una persona que tiene claro que la felicidad sólo se puede elaborar a partir de la entrega y el compromiso social hacia los demás; que ella se amasa a punta de sonrisas, de compromiso, de ejemplo y de alegrías.

En fin, créanme que –como diría el gran poeta AURELIO ARTURO–, al referirme a la vida y a la obra del Profesor SOLÓRZANO GARAVITO, "he escrito un viento, un soplo vivo/ del viento entre fragancias, entre hierbas/ mágicas; he narrado /el viento; solo un poco de viento".

Naturalmente, no quiero dejar pasar esta oportunidad para referirme al padre del autor de la obra que hoy nos congrega, el Dr. ROBERTO

SOLÓRZANO NIÑO, a quien quiero rendirle mi más sincero tributo de admiración y aprecio.

Como dice el proverbio bíblico, por sus frutos los conoceréis. Aquí está, Dr. Roberto, uno de sus frutos, su hijo Carlos Roberto acompañado de sus demás descendientes. Él, nacido en un hogar de profesionales de la salud, ha querido honrar la tarea de sus padres al ocuparse de una problemática que mucho debe a sus vocaciones.

Usted, Doctor Roberto, sabe lo mucho que lo aprecia la Academia colombiana: durante muchos años de labor infatigable ha publicado múltiples obras en el campo de las especialidades que ha cultivado y que honran el debate. Sus magistrales lecciones han enriquecido a miles de estudiantes de pregrado y de postgrado, que lo recuerdan con inmenso cariño. El país entero –que, además lo ha tenido durante muchos años como abnegado servidor público– es testigo de su consagración a las disciplinas jurídicas y médicas; su ejemplo como profesional, padre de familia y ciudadano de bien ha servido para que muchos jóvenes profesionales orienten y enruten sus vidas.

A nombre de todos, Dr. Roberto, déjeme darle mis más sentidas gracias por su labor tesonera, por su disciplina, por su entrega y entusiasmo.

En fin, como hoy me siento regocijado al haber sido distinguido por Carlos Roberto para pronunciar estas palabras, permítame pronunciar unos últimos versos de mi cosecha para recordar su generoso tránsito existencial y académico, con los cuales sólo busco reiterarle mi afecto y admiración:

“La vida es trinar de pájaros y de amaneceres, /es música de alas y atardeceres. /Es redoblar de tambores y adioses, /es una carrera de corceles fugitivos. /La vida es desfile de ninfas boreales y de ángeles enlutecidos, /es un festival de bienvenidas y adioses. /Es un mar de sonrisas y lágrimas, /es jardín de amadas imposibles, /de ayeres y mañanas inconclusos. /La vida es viaje al cielo estrellado, /es relámpago en el horizonte, /es chubasco embravecido. /Es cántico de nostalgias y dolores matutinos, /es un abrazo ganado a hurtadillas. /La vida es procesión de miradas furtivas, /de nacimientos y muertes ancestrales. /Es viento suave que golpea la cara o huracán sediento de fantasmas. /La vida es eterna, /pero el hombre soñador huye tras una bandada de gaviotas silenciosas”.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Bogotá, diez de diciembre 2010.

SOLÓRZANO GARAVITO, CARLOS ROBERTO: *Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral*, reimpresión de la 3ª. ed., Bogotá, Ediciones nueva jurídica, 2010, 470 páginas.

La expedición de las Leyes 599 y 600 del 24 de julio de 2000 marcó un hito en el estudio y en la aplicación del Derecho penal en nuestro país. De hecho, el nuevo Código Penal en consonancia con la Constitución Nacional –lo que se denomina *el programa penal de la Constitución*–, reestructuró las bases del Derecho Penal hacia un modelo de orientación garantista, en virtud del cual figuras como el derecho penal de autor o la causalidad como único criterio de imputación de la conducta punible, discordantes con los fines del Estado de Derecho, fueron proscritas del ordenamiento. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal –*in articulo mortis*–, estatuto de corte inquisitivo, en esencia por la concepción de un juez omnipotente en cabeza de quien se asentaban –además de la actividad sancionadora– ciertas funciones de investigación y acusación, dio lugar a un procedimiento en nada distinto al que se adelantó contra los herejes en las épocas de Colón.

Deceso prematuro sufrió esta codificación, pues, en atención a los deficientes resultados obtenidos en materia del respeto a los derechos del acusado y de la víctima, por un lado, y de economía procesal y celeridad, por el otro, el 31 de agosto de 2004 se expidió la Ley 906 contentiva de un sistema procesal de tendencia “acusatoria”, donde figuras como la oralidad y la pluralidad de actores procesales, son permeadas por un amplio número de principios que pretenden – más allá de dar agilidad al proceso– respetar tanto los derechos y las garantías procesales del acusado como velar por una reparación integral de las víctimas.

Por lo anterior, y *ad portas* de entrar plenamente a regir el nuevo procedimiento penal patrio –cosa que se logrará cuando deje de aplicarse la vieja normatividad–, es pertinente presentarle a los lectores de la Revista el libro del Profesor SOLÓRZANO GARAVITO, que a partir de un desarrollo teórico-práctico de la materia y con una pedagogía especial, se erige como una herramienta esencial para que, tanto estudiantes como profesionales del Derecho Penal y otras ramas afines, puedan comprender a cabalidad la nueva faz del Derecho Procesal Penal.

La obra se divide en XIV acápitales. Los capítulos I y II van encaminados a definir qué es el sistema acusatorio, en contraposición al antes

imperante modelo inquisitivo mixto, con hincapié en los principios y en las garantías procesales que, se insiste, son hoy la base del proceso penal. El apartado III dedica algunas reflexiones a la teoría del caso, esto es, al plan de acción que tanto la Fiscalía como la Defensa han de elaborar para adelantar su empresa investigativa. En los capítulos subsiguientes –IV a XIII–, el autor aborda temas como los preacuerdos, los alegatos tanto de apertura como de conclusión, el interrogatorio y el contrainterrogatorio, el *Discovery* o descubrimiento probatorio y la incorporación de evidencia; en fin, sin caer en el legalismo propio de otras obras sobre la materia existentes en el medio, expone de forma puntual, clara y sobre todo práctica, la estructura del proceso penal colombiano.

El último acápite es quizá el más atractivo, tanto por su innovación como por su utilidad, pues en él se plantean una serie de casos y problemas que deberán ser resueltos por el lector o estudioso a partir de los temas desarrollados a lo largo de la exposición, con lo cual se le insta a poner en práctica las lecciones aprendidas.

Esta obra es en todo sentido digna de loas. El autor se esfuerza para lograr que su texto, más que un tratado de derecho procesal penal o un *copy/paste* de la norma –tan de moda hoy día–, sea una guía para el estudiante y el operador jurídico, quienes encuentran en ella una herramienta para el diario devenir que les garantiza una mayor y más fácil comprensión de éste sistema el cual, dada su complejidad, requiere de abogados dotados no sólo de un vasto conocimiento sino también de oratoria implacable y, ante todo, del manejo idóneo de las técnicas de juicio oral.

LUIS CAMILO PÉREZ DUARTE

Estudiante de pregrado de la Escuela de Derecho

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, 3 de mayo 2011.