

Presentación

Un viejo anhelo empieza hoy a convertirse en realidad. Con la esperanza de ofrecer cada cuatro meses a la comunidad universitaria un cuaderno como el que tienen delante de sí los lectores, el Departamento de Derecho Penal inicia esta serie, con la cual aspira no sólo a dar cuenta de los avances de la actividad investigativa de sus miembros, a través del **GRUPO EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS "EMIRO SANDOVAL HUERTAS"** y sus semilleros, sino también de los adelantos y retrocesos de la jurisprudencia nacional en el ámbito penal. Esa es la razón para que la publicación contenga, en principio, dos secciones: una, destinada a la doctrina; y, otra, a la jurisprudencia más novedosa que, se espera, pase por la lupa de nuestros especialistas para ser debatida y controvertida. Se pretende, en un futuro, abrir el espacio destinado a una sección para bibliografía en la cual se reseñen o recensionen los textos de interés.

En la presente oportunidad, la sección de doctrina contiene un trabajo elaborado por el Director del Departamento, intitulado "Del normativismo funcionalista al Derecho penal de la integración", con el cual se busca llamar la atención de los estudiosos sobre las nuevas corrientes del Derecho Penal en la discusión contemporánea. A su turno, la sección de jurisprudencia se destina a una decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte en la que –de forma preocupante, en contravía de principios como los de acto, lesividad y culpabilidad– se afirma que la tentativa de homicidio se configura ya desde los meros actos preparatorios; así mismo, en ella ese organismo reitera su

planteamiento en relación con la responsabilidad penal que cabe endilgarle a quienes delinquen desde la cúspide de las jerarquías prevaleciendo de aparatos organizados de poder, para los que – afirma– opera la anacrónica e ilegal figura de la "coautoría impropia". Contra esas dos problemáticas enfila, justo es decirlo, sus baterías el estudio crítico y ponderado que hace el Profesor CHRISTIAN WOLFFHÜGEL G.

Para terminar, debe decirse que la responsabilidad de la publicación recae en la Dirección del Departamento y en un Comité Editorial compuesto por tres profesores quienes, a su vez, cuentan con el apoyo de un coordinador y las directrices generales trazadas en estas materias por el Señor Decano de la Escuela de Derecho, el Doctor JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA, y por el Señor Rector de la Universidad, el Dr. RODRIGO NOGUERA CALDERÓN, sin cuyo apoyo y permanente estímulo este órgano no habría visto la luz. Por supuesto, aquí podrán divulgar sus trabajos todos los estudiosos universitarios, tanto en los niveles de pregrado como de posgrado –a quienes desde ya se invita a enviar sus escritos– que, de forma respetuosa y animados siempre por los principios propios de la libertad de cátedra prohijados por esta casa de estudios, quieran expresar y ventilar sus ideas en el seno de la comunidad académica vinculada al mundo del Derecho penal y, por supuesto, en el ámbito social.

Fernando Velásquez V.
Director del Departamento de Derecho Penal.

Bogotá, treinta de enero 2009.

1.

Normas A.P.A.

Velásquez Velásquez, F., (2009), Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/del-funcionalismo-normativista-fvv-dp1.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 1, Pág. Xxx.

Normas Icontec

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 1 (2009). [Acceso: Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/del-funcionalismo-normativista-fvv-dp1.pdf

**DEL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA
AL DERECHO PENAL DE LA INTEGRACIÓN**

FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

Resumen

La ciencia penal alemana, después del apogeo de las corrientes funcionalistas durante las últimas décadas, está a las puertas de un cambio de rumbo propiciado por condicionamientos de tipo político, económico y filosófico. Se abre paso un derecho penal que puede ser calificado como el "de la integración", que se va a extender en el seno de la Comunidad Económica Europea y en las demás naciones del orbe, en la medida en que el proceso globalizador continúe su curso. Con base en los planteamientos precedentes el autor intenta delinear las bases futuras de ese derecho penal.

Palabras claves: derecho penal, integración, ciencia penal, globalización, garantías, causalismo, normativismo, funcionalismo.

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia); Director del Departamento de Derecho Penal, de la misma Universidad y líder del Grupo de Investigación en Ciencias penales y criminológicas "Emiro Sandoval Huertas". E-Mail: fernandovelasquez55@gmail.com

A. INTRODUCCIÓN

Los últimos años del desarrollo de la Ciencia del Derecho penal en Alemania parecen estar marcados por la irrupción de un nuevo período en la ya larga evolución de esta parcela del conocimiento, como se constata una vez advertido un virtual agotamiento del discurso burocrático y excluyente difundido por las concepciones funcionalistas normativistas a lo largo de las últimas cuatro décadas, en especial las tendencias más radicales.

En el contexto de un mundo que más allá de las fronteras artificiales no sólo globaliza la economía y el conocimiento científico sino también la pobreza, la delincuencia y el terrorismo –y, por ende, la respuesta penal–, en aquella nación y en los países de la ya floreciente Comunidad económica Europea (lo mismo que habrá de suceder con los demás continentes en un futuro no muy lejano), se abre paso un Derecho penal que puede ser calificado como "de la integración" no sólo en el plano legal sino también en el académico, cuyas directrices centrales deben ser estudiadas y evaluadas para –desde allí– mirar los horizontes futuros.

Este examen se hace aun más imperioso cuando se piensa en los sistemas punitivos vigentes en los países periféricos que, no sólo por las leyes de los mercados, se ven obligados a insertarse en un mundo caótico lleno de carencias, restricciones e inmensas desigualdades, sino también de privilegios y de grandes oportunidades, en la medida en que el azaroso proceso de mundialización sigue su marcha invasora a lo largo y ancho de un planeta que, sea bueno recordarlo, empieza a ver amenazada su supervivencia, dados los procesos masivos mediante los cuales se está produciendo la desestabilización del ecosistema, la contaminación, la destrucción de la capa de ozono, etc., sin que hasta ahora se hayan hecho esfuerzos de verdad significativos para evitar el colapso.

Con miras a mostrar cómo se empieza a producir un paso desde las concepciones funcionalistas normativistas a lo que se podría

llamar "el derecho penal de la integración", la presente exposición se ocupa, en primer lugar, del panorama de la ciencia penal alemana a lo largo de las últimas décadas con especial énfasis en la aparición de la primera de las corrientes citadas; en segundo lugar, una vez afirmada la superación de la etapa funcionalista, se aborda el que puede ser considerado el nuevo momento de dicha disciplina: el derecho penal de la integración; en tercer lugar, de la mano de las consideraciones anteriores, se consignan diversas reflexiones sobre lo que en opinión del autor –asistido de reflexiones previas sobre la materia– debe ser el derecho penal del porvenir.

B. UN ADIÓS AL FUNCIONALISMO NORMATIVISTA

Como es sabido, hasta los años sesenta del siglo pasado tres direcciones de pensamiento dominaron la discusión jurídico-penal alemana –salvado el macabro, vergonzoso y nunca olvidado, paréntesis irracionalista de los años treinta–: los positivistas hicieron énfasis en el derecho positivo, los neokantianos en consideraciones axiológicas y los finalistas en elaboraciones ontológicas¹.

A partir de ese momento histórico, tras el auge de la metodología del Finalismo, se abrió paso un período caracterizado por el predominio de una concepción mixta o sincrética, esto es, una elaboración que postuló construcciones del delito en las que tuvieron cobijo las elaboraciones neoclásicas y finalistas², al interior de las cuales se expresaron de manera cabal las diferentes preocupaciones metódicas del pensamiento jurídico penal a lo largo de un siglo de discusiones; a ellas, sin descartar el influjo de otras corrientes, como la abanderada por la Escuela de Frankfurt, sobre la que luego se volverá, o la propulsada por los propios finalistas ortodoxos tras la muerte de su fundador HANS

¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 62.

² Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 204 y 205; el mismo, *Derecho penal*, t. I, págs. 201-203.

WELZEL³, se sumaron las que hicieron hincapié en el aspecto teleológico, fruto del pasado neokantiano, en especial las autodenominadas *racionalismo del fin* o *concepciones funcionales*⁴, que maduraron hacia los años noventa del siglo XX, para las que la sociedad se contemplaba como un complejo organismo armónico integrado por miembros que desarrollan una "función" específica, lo que permitía la coherencia del sistema y contribuía a su desarrollo dinámico, manteniendo así su estructura básica⁵. Sin duda, ese viraje hacia el pensamiento funcional fue factible gracias a dos tipos de factores: uno de índole científica y el otro de naturaleza política.

Desde la perspectiva científica, estas corrientes fueron producto del regreso a las concepciones teleológico-valorativas de los años treinta y a las elaboraciones de los grandes filósofos del idealismo alemán: I. KANT y F. HEGEL, especialmente, con base en las que se ha producido la perpetuación del pensamiento sistemático (la Dogmática jurídico penal) y la entrada en escena del llamado "pensamiento problemático" (la Política criminal y las referencias a disciplinas metajurídicas)⁶.

En relación con la *continuidad del pensamiento sistemático*, debe decirse que la expedición de la reforma penal (1969, vigente desde 1975), tildada de transaccional⁷, después de un proceso de cerca de ochenta años de discusiones plasmadas en diversas

³ Así HIRSCH, "El desarrollo de la dogmática...", en *Estudios jurídicos*, pág. 44: "ni las premisas teóricas tienen suficiente madurez, ni se deducen de ella modificaciones de consideración en los resultados. A menudo parece tratarse solo de un cambio, una modificación o un nuevo etiquetamiento de las explicaciones científicas de las categorías existentes"; el mismo, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik...", págs. 399 y ss.

⁴ Cfr. SCHÜNEMANN, *El sistema*, págs. 63 y ss.; el mismo, *Grundfragen*, pág. 45; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., pág. 205; el mismo, *Derecho penal*, t. I, pág. 203. No obstante, ya SCHMIDHÄUSER ("Zur Systematik der Verbrechenslehre", págs. 268 y ss.) plantea un "sistema funcional" apoyándose en RADBRUCH; el mismo, "Sobre la sistemática...", págs. 41 y ss.

⁵ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, "Algunos planteamientos...", pág. 32.

⁶ Sobre ello, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, 3ª ed., págs. 728 y ss.

⁷ JESCHECK, *Reforma del derecho penal*, pág. 31.

propuestas, ayudó a consolidar este nuevo momento. Por ello, una vez superada la polémica entre causalistas y finalistas, que copó toda la atención a lo largo de los años cincuenta del siglo pasado, se continuaron los desarrollos propios de la Dogmática penal a partir de las consecuencias extraídas por H. WELZEL para la sistemática del delito, aunque a lo largo de todos estos años se discutieron y se rechazaron sus postulados metodológicos⁸; ello puede comprobarse, al ojear los más usuales "manuales" o "tratados" sobre la materia, que todavía, ahora, son de usanza en la actividad académica⁹.

Así mismo, sobre la *aproximación de la ciencia penal a la realidad social*, debe decirse que después de que TH. WÜRTENBERGER (1957) —luego de tender un puente a las corrientes propias de la Política Criminal— planteara una ruptura con las elaboraciones abstractas, al denunciar la situación que entonces atravesaba la ciencia penal alemana¹⁰, se produjo un cambio de rumbo caracterizado por tres tipos de manifestaciones:

⁸ Cfr. JESCHECK, "Nueva configuración de lo injusto...", pág. 103.

⁹ Cfr. H. H. JESCHECK/T. WEIGEND, J. WESSELS (*Strafrecht*, 35ª ed., págs. 1 y ss., aparecido a pocos días de la muerte de su autor, el 21 de agosto de 2005, con la actualización de BEULKE, hay 36ª ed. de 2006), E. SCHMIDHÄU-SER —con intentos superadores—, P. BOCKELMANN/K. VOLK (véase *Strafrecht*, 4ª ed., pág. 1 y ss.), A. ESER/B. BURKHARDT (cfr. ESER/BURKHARDT, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed.; y ESER, *Strafrecht*, t. II, 3ª ed), G. STRATENWERTH (ahora actualizado por KUHLEN. Cfr. *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 2 y ss.), F. HAFT (*Strafrecht*, 9ª ed., págs. 1 y ss.), H. OTTO (*Grundkurs*, 7ª ed., págs. 1 y ss.), R. MAURACH/H. ZIPF/K. H. GÖSSEL, G. JAKOBS, C. ROXIN [cuya obra, en dos tomos, ha visto la luz: t. I (4ª ed., 2006), t. II (1ª ed, 2003)], K. KÜHL (cfr. *Strafrecht*, 5ª ed., págs. 1 y ss.), M. KÖHLER, W. GROPP (cfr. *Strafrecht*, 3ª ed., págs. 1 y ss.), R. SCHMIDT (*Strafrecht*, 4ª ed., págs. 1 y ss.), KREY (*Deutsches*, ts. I (págs. 1 y ss.) y II (págs. 1 y ss.)), HEINRICH [*Strafrecht*, ts. I (págs. 1 y ss.) y II (págs. 1 y ss.), una obra de un Profesor joven que —al inicio del nuevo siglo—, con mucha claridad expositiva, expresa muy bien el Estado actual de la discusión al combinar el sistema y la Política Criminal, desde una óptica teórico-práctica y en la que se logran intercalar la jurisprudencia, la teoría científica y las necesidades prácticas de la justicia penal, así sus destinatarios principales sean los estudiantes o los abogados que preparan sus pruebas estatales]. Tal vez la única excepción sea la obra de J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH (cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, 11ª ed., págs. 193 y ss.), apegada a una sistemática neoclásica, pero en franca evolución hacia las nuevas corrientes.

¹⁰ Cfr. WÜRTENBERGER, *Die Geistige Situation*, 2ª ed., págs. 10 y ss.

En primer lugar, el paso del sistema al problema que se materializó a través del estudio de casos, bien sea en las obras especializadas sobre la materia que solían y suelen acompañarse de abundantes referencias a problemas concretos con sus soluciones teóricas¹¹, o en textos que exponían –y todavía sucede así– las más importantes decisiones de los tribunales para ilustrar los sonados problemas de la Teoría del delito o le indicaban al estudioso cómo resolverlos¹². Ello fue posible por factores como la influencia de las posturas filosóficas de N. HARTMANN (1882-1950), con su contraposición entre el *pensamiento aporético* y el *sistemático*¹³, y el paso de lo abstracto a lo concreto; la penetración después de la Segunda Guerra Mundial del "derecho del caso anglosajón"; y, por supuesto, por algunos vuelcos observados en la teoría del derecho que postularon un giro hacia los problemas concretos¹⁴.

En segundo lugar, se observó un viraje en el plano hermenéutico gracias al que se pasó de la aplicación a la concreción de la ley, pues a diferencia de las concepciones tradicionales en virtud de las que el juez se limitaba a utilizar para el caso en examen el texto legal previa y definitivamente dado, desde la nueva perspectiva de análisis se afirmaba que la tarea interpretativa suponía un proceso de concreción de la ley al caso preciso, a través del cual el juez no tenía más que buscar la norma aplicable al evento particular, surgido de la confrontación entre el tenor de la ley y las exigencias del sector de la realidad que alcanzaba (K. ENGISCH, P. BRINGEWAT, W. HASSEMER)¹⁵.

¹¹ Sólo a título de ejemplo, pues la bibliografía es muy numerosa, pueden mencionarse entre los recientes: HILGENDORF, *Fallsammlung*, 4ª ed., págs. 1 y ss.; GROPP/KÜPPER/MITSCH, *Fallsammlung*, págs. 1 y ss.; RUDOLPHI, *Fälle zum Strafrecht*, págs. 1 y ss.; JESCHECK, *Fälle und Lösungen*, págs. 13 y ss.

¹² Véase, por ejemplo, HASSEMER, *Fundamentos*, págs. 17 y ss.; TIEDEMANN, *Die Zwischenprüfung*, citado en la bibliografía; PUPPE, *Strafrecht*, t. I, pág. 15 y ss., t. II, págs. 25 y ss.

¹³ Cfr. VÉLEZ CORREA, *Filosofía contemporánea*, pág. 324.

¹⁴ Ilustrativa es la obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, págs. 49 y ss., 117 y ss.

¹⁵ Cfr. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, págs. 109 y ss., 163 y ss.; LARENZ, *Metodología*, págs. 194 y ss.

Para culminar, fue evidente la atención a la realidad metajurídica, lo que se originó gracias a varios fenómenos: la preocupación que se produjo en relación con la política criminal suscitada, sobre todo, por el debate originado tras la presentación del Proyecto oficial de Código Penal (1962), al que se opuso un vigoroso Proyecto alternativo (1966), con evidente influencia del movimiento de la Nueva defensa social francesa, por parte de un grupo de juristas, entonces jóvenes, que perseguían adecuar la regulación jurídico penal a las necesidades político criminales mostradas por la ciencia; en ese momento, justo es decirlo, se destacó una figura como la de C. ROXIN (n. 1931-), cuyos trabajos han sido también continuados por sus discípulos que confluyen en la llamada Escuela de München¹⁶ (cfr. H. J. RUDOLPHI, B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, K. AMELUNG, J. WOLTER, B. HAFFKE, entre otros¹⁷). Así mismo, se hicieron constantes las referencias a ciencias no jurídicas como la psicología –recuérdese, por ejemplo, cómo en 1960 el propio H. WELZEL señalaba que los conceptos de acción final y de culpabilidad eran producto de elaboraciones psicológicas–; la sociología, que había penetrado profundamente a través de la vertiente funcionalista de T. PARSONS, en trabajos como los de W. HASSEMER [quien intentaba distinguir Dogmática y Política criminal, a partir de su objeto específico¹⁸], K. AMELUNG, R. P. CALLIESS y N. LUHMANN (1927-2000) [quien mostró cómo la sociología podía permear el sistema jurídico¹⁹ (1974), según las directrices plasmadas en su fundamental obra *Sociología del derecho* publicada en dos tomos (1972), acogida en parte por G. JAKOBS]. Por último, la Criminología recibió un gran impulso –que decreció al culminar el siglo pasado y a inicios del presente–

¹⁶ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, “Introducción” a Schünemann, *El sistema moderno*, págs. 11 y ss.

¹⁷ Esta orientación se ha extendido también a Italia (Cfr. S. Moccia; Cavaliere), Portugal (Costa Andrade; Souza e Brito, De Figueiredo Dias) España (Muñoz Conde; Mir Puig; Silva Sánchez, en parte, pues ha terminado inclinándose hacia las corrientes Sociológicas abanderadas por Jakobs; y García Pablos, entre otros) y a Latinoamérica (Queiroz y Greco). Sobre ello, véase GRECO, “Das Subjektive an der objektiven Zurechnung”, pág. 536, nota 96, con citas precisas.

¹⁸ Cfr. *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, págs. 68 y ss.

¹⁹ Cfr. *Sistema jurídico*, págs. 11 y ss., 93 y ss.

en el que influyeron bastante las corrientes norteamericanas, como se percibió en las obras de G. KAISER (1928-2007), U. EISENBERG, H. GÖPPINGER, K. LÜDERSEN, H. D. SCHWIND, H. J. SCHNEIDER, P. A. ALBRECHT –quien, desde el ángulo del derecho penal la aborda críticamente²⁰– y M. BOCK (2000), entre muchos otros.

Sin duda –para aludir a los factores políticos–, los entonces nuevos desarrollos fueron producto también de la consolidación del Estado social y democrático de derecho, sobre todo a finales de la década de los ochenta con la caída del muro de Berlín y la consiguiente reunificación alemana, lo que le dio un nuevo impulso al Estado germano que ahora se inserta de mejor manera en la Comunidad Económica Europea, al interior de la cual ejerce un innegable liderazgo; lo anterior es más palpable en el momento actual con las directrices trazadas por el gobierno conservador que, con el apoyo de una "Gran coalición", rige los destinos de dicha federación de estados desde finales del mes de noviembre de 2005 y que, con rigurosas políticas en el campo económico y osadas proyecciones internacionales busca jalonar el desarrollo futuro de la sociedad alemana que, lenta pero seguramente, se introduce en un mundo cada vez más globalizado sin desatender la investigación y las tareas académicas.

Por supuesto, la discusión alemana no sólo ha girado estas décadas en torno a las corrientes funcionalistas con epicentro en München y Bonn, sino que también Frankfurt ha sido el lugar de confluencia de una escuela de pensamiento jurídico-penal – con W. HASSEMER (1940-) a la cabeza²¹, quien fuera secundado por figuras tan destacadas como el fallecido A. BARATTA, y los profesores K. LÜDERSEN, F. HERZOG, C. PRITZWITZ, P. A. ALBRECHT, W. NAUCKE, entre muchos otros– que no ha estado de acuerdo con la normativización de las categorías del delito y ha reclamado un derecho penal de garantías orientado hacia las ciencias

²⁰ ALBRECHT, *Kriminologie*, págs. 7 y ss.

²¹ No obstante, el propio W. HASSEMER (Cfr. "Presentación", en Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, *Crítica y justificación*, págs. 11 y 12) es el primero en discutir la existencia de tal Escuela.

sociales, en la línea tradicional del pensamiento penal europeo²² y con marcada influencia de la dirección filosófica que también se conoce con ese nombre²³; por ello, esta concepción ha ahondado sus estudios en el ámbito de la teoría del bien jurídico, en los delitos de peligro –sobre todo los de peligro abstracto que rechazan de manera franca– y ha afirmado que el derecho penal debe estar dirigido al individuo como centro de un derecho penal humanista²⁴, de corte clásico, que debe retomarse²⁵, por lo que la herramienta penal sólo se puede utilizar cuando se proteja directamente un interés individual y se debe dejar la protección de los sectores generales al derecho administrativo sancionador, o a un derecho intermedio entre el derecho administrativo y el derecho penal que, incluso, se ha denominado como "derecho de intervención"²⁶.

Desde luego, no se trata de una dirección de pensamiento monolítica, unificada, pues entre sus diferentes miembros existe diversidad de pensamiento y de directrices metodológicas²⁷, pero sí de un grupo de pensadores que coincide en su rechazo a las directrices básicas del funcionalismo normativista²⁸ y, por supuesto, en el combate frontal contra el expansionismo del derecho penal.

C. HACIA UN DERECHO PENAL DE LA INTEGRACIÓN

A la par que todas estas transformaciones se sucedieron al interior de la Ciencia del Derecho Penal alemana durante varias décadas, empezó a gestarse un nuevo momento en la evolución de la

²² Cfr. HASSEMER, *Fundamentos*, págs. 34 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, 3ª ed., págs. 225, 721 y ss.

²³ Las coincidencias entre la Escuela penal y la filosófica, son examinadas por SARRABAYROUSE, "Frankfurt y sus dos escuelas", pág. 955.

²⁴ Así NESTLER, "El principio de protección de bienes jurídicos", en *La insostenible situación*, pág. 64.

²⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, "Tendencias modernas en la Dogmática", págs. 87 y 88.

²⁶ Así HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pág. 43 y ss.

²⁷ Esto, sin embargo, parece olvidarlo GROSSO GARCÍA, *El concepto*, pág. 44, que hace una apresurada crítica a esta dirección del pensamiento.

²⁸ Véase el "Prólogo" de SILVA SÁNCHEZ, en *La insostenible situación*, pág. XII; GARCÍA CAVERO, "Tendencias modernas en la Dogmática", pág. 87.

misma, cuyas características más sobresalientes se pueden aglutinar de la siguiente manera.

En efecto, durante los últimos años se ha producido un amplio debate suscitado por las repercusiones dogmáticas y prácticas del estudio de la víctima, al punto de que se habla de un redescubrimiento de la misma para el Derecho Penal²⁹; se ha consolidado, pues, la llamada Victimo-dogmática³⁰.

También, valga resaltarlo, la discusión ha estado presidida por el estudio de los modernos brotes del terrorismo, en especial el islámico –recuérdese, de nuevo, el terrible Once de septiembre de 2001 con su réplica española del once de marzo de 2004, entre muchas otras recientes manifestaciones del fenómeno–, problemática que ha sacudido en sus más profundas entrañas al mundo civilizado en los albores del nuevo milenio.

De igual forma, al mismo tiempo que se ha profundizado la integración entre los países de la Comunidad Económica Europea, fortalecida ahora como un grupo de 27 naciones y otras tres que aspiran a ingresar³¹, se ha empezado a diseñar un posible derecho penal comunitario³² o europeo³³ que, al conjugar los diversos sistemas vigentes, está llamado a regir en todos los países miembros una vez que se logren superar los innumerables obstáculos que esa unificación demanda; a ello se suma, desde luego, la necesidad de emprender caminos teóricos conjuntos, tarea tampoco exenta de dificultades pero llena de perspectivas de análisis y que requiere del trabajo y de la reflexión

²⁹ Cfr. ESER, “Zur Renaissance des Opfers”, págs. 723 y ss.

³⁰ Cfr. BUSTOS/LARRAURI, *Victimología: presente y futuro*, págs. 13 y ss., 65 y ss.

³¹ Desde inicios de 2008 están pendientes de su ingreso tres naciones: ARYM (Macedonia), Croacia y Turquía.

³² Cfr. AMBOS, *Internationales*, págs. 301 y ss.

³³ Así, desde la óptica italiana, LUIGI STORTONI, “presentación” en Arroyo Zapatero/Neumann/NietoMartín, *Crítica y justificación*, pág. 16; MILITELLO, “Dogmática penal y Política criminal en perspectiva europea”, en la misma obra, págs. 41 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, t. I, 4ª ed., págs. 127 y ss.

mancomunada, sin olvidar que en ella coexisten tanto los retos científicos como los políticos³⁴.

Así mismo, la creación y consolidación de la Corte Penal Internacional mediante la expedición del Estatuto de Roma, ha permitido el surgimiento de un movimiento jurídico penal de hondo calado –para el caso, fundado en un derecho penal "positivo", amparado por gran parte de las naciones del orbe– cuyas repercusiones apenas empiezan a insinuarse y que, de seguro, no sólo está llamado a llevar a puertos lejanos la teoría del llamado "derecho internacional penal"³⁵ que en Alemania tiene grandes cultores³⁶, sino a marcar un nuevo rumbo a la legislación punitiva planetaria.

Se observa también la continuidad del trabajo dogmático como lo pone de presente el elevado número de manuales universitarios cada vez más esquemáticos dedicados a las partes general y especial y los textos que, a diario, aparecen en las revistas periódicas, en libros homenaje o en colecciones monográficas dedicados a dificultades particulares de esta construcción.

Del mismo modo, los estudiosos dedican su atención a múltiples problemas concretos (piénsese en los trabajos de la Parte especial;

³⁴ En este sentido, debe entenderse el llamado de SILVA SÁNCHEZ, "Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho penal", en Arroyo Zapatero/Neumann/NietoMartín, *Crítica y justificación*, págs. 25 y ss.

³⁵ La denominación "*Derecho internacional penal*" pone sobre el tapete la discusión atinente a las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho internacional (sea público o privado). En efecto, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (cfr. *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 195 y ss.) entiende que esos nexos dan lugar a cuatro disciplinas distintas: *Derecho internacional penal*, *Derecho penal internacional*, *Derecho internacional de los derechos humanos* y *Derecho internacional humanitario*. Obviamente, las dificultades empiezan con la traducción de la expresión *Völkerstrafrecht* –una de las tantas que se han ensayado en lengua alemana– vertida al castellano como *derecho penal internacional* mientras que otros la convierten en *Derecho internacional penal* (así los traductores de las tercera y cuarta ediciones del *Tratado* de JESCHECK) cuando técnica y literalmente se debió hablar del *Derecho penal de los pueblos*; hay, pues, honda confusión terminológica en estas materias.

³⁶ Así, por ejemplo, AMBOS, *Internationales*, págs. 77 y ss.

en los estudios dedicados al derecho médico; a la criminalidad mediante computadoras o a través de la internet, el crimen organizado, a los delitos contra el medio ambiente, etc.), no sólo en Alemania sino en todos los países de la órbita comunitaria que siguen estos desarrollos; por ello, los progresos posibilitados por la teoría de la imputación objetiva –pensada como problemática ligada a la causalidad, no como construcción del delito– se extienden y empiezan a calar en la jurisprudencia edificada a partir de las vivencias del acontecer cotidiano. Es indudable además que no han culminado las elaboraciones propias de la Política criminal máxime que, en contra de lo que suele creerse, no hay una sola manera de extraer las consecuencias de esas alzaduras para el sistema del derecho penal.

En fin, se advierte el advenimiento de un nuevo período caracterizado por la ausencia de grandes construcciones teóricas y que dirige sus preocupaciones a las cuestiones penales prácticas, ya no tanto las propias del orden jurídico alemán sino las que interesan a la Comunidad Europea, que se suscitan en la medida en que se trazan las nuevas políticas, ahora desde Bruselas, también en el ámbito criminal. Se abre, pues, paso el derecho penal de la integración.

D. EL FUTURO DERECHO PENAL

Obvio es decirlo, una vez consignadas las reflexiones anteriores, deben hacerse ahora algunas consideraciones sobre el panorama que se abre para esta disciplina y para el derecho penal positivo de cara al futuro, no sólo en Europa sino en los países de este margen planetario de cara al advenimiento del derecho penal de la integración, sin que esto signifique pretender cumplir el papel de arúspices o adivinos en torno a lo que, en algunas décadas, habrá de ser el nuevo orden mundial también en el ámbito del derecho penal.

De esta forma parece evidente, así diversas concepciones abolicionistas hayan pretendido todo lo contrario a lo largo de

la historia³⁷, que en las sociedades futuras enclavadas en un mundo cada vez más globalizado no se podrá prescindir del derecho penal positivo como mecanismo de control social³⁸; habrá, pues, como ahora, códigos y legislaciones penales³⁹ llamadas a recoger las conductas más sensibles para los nuevos espacios de convivencia, pero esas normativas tenderán cada día a ser más semejantes y a unificarse, en la medida en que las dificultades idiomáticas, históricas, religiosas y culturales lo permitan.

Naturalmente, en ese contexto será necesario y urgente replantear la protección a los bienes jurídicos que dispensa el derecho penal actual, pues la forma como ellos se tutelan no es la más afortunada; hoy, el desfase entre la globalización de la economía y el Derecho es evidente, dado que la primera ya no puede ser controlada por el segundo. Ello ameritará, sin duda, la construcción de un verdadero control jurídico global que pueda servirle de talanquera a estos desarrollos, también en el ámbito del Derecho penal. Al logro de esa meta deben destinar los teóricos todos sus esfuerzos.

Desde luego, en los años venideros –cualquiera sea el rumbo que tomen las organizaciones políticas, sobre todo las latinoamericanas y las del continente africano hundidas en el caos, la violencia, la corrupción, la pérdida de soberanía, que han presenciado las más horribles y atroces violaciones a los derechos humanos– se deberá continuar con los esfuerzos teóricos en este campo, aunque profundizando en las elaboraciones criminológicas y político-criminales. Por ello, a la par que se luche por la unificación de los derechos positivos, se puede augurar una creciente uniformidad de las categorías dogmáticas en las

³⁷ Cfr. MORILLAS CUEVAS, "Reflexiones", págs. 3 y ss.

³⁸ Cfr. ESER, "una Justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización", en AA. VV., *Modernas tendencias*, págs. 19 y ss.; GARCÍA PABLOS DE MOLINA en "Tendencias del actual Derecho Penal", en AA. VV., *Modernas tendencias*, pág. 59; HASSEMER, *Por qué no debe suprimirse*, pág. 34; MORILLAS CUEVAS, "Reflexiones", pág. 17: "En cualquier tipo de Estado, el Derecho Penal es inevitable".

³⁹ Cfr. ROXIN, *Dogmática penal*, pág. 447; el mismo, *La Teoría*, págs. 3 y ss.

legislaciones nacientes e, incluso, la posibilidad de construir una ciencia supranacional del derecho penal⁴⁰, que sea patrimonio común de las comunidades científicas y de los pueblos.

Lo anterior obliga al cultor del derecho penal a velar no sólo por la adquisición de una excelente formación teórica que le permita seguir el hilo conductor de la discusión sino que, por imperativo, le demanda una notable preparación política que lo habilite para denunciar los atropellos cotidianos y para luchar sin cuartel por los derechos fundamentales de la persona en pro de la paz, en el marco de sociedades pluralistas, abiertas y democráticas. Por ello, los estudiosos también deberán propugnar por el mantenimiento del Estado –pesar de que se anuncia el derrumbamiento de todas las fronteras– y por el restablecimiento de la primacía de la Política sobre la Economía⁴¹, con miras a evitar que la "sociedad 20:80" produzca un verdadero corto circuito global, que lleve a un punto de no retorno.

Desde luego, parece claro que el derecho punitivo del futuro sólo podrá enmarcarse dentro de los derroteros trazados por el "viejo" derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante. Se deberá, pues, acudir a tal modelo para ponerle cortapisas al llamado derecho penal máximo, una de cuyas modalidades es el *eficientismo* o *derecho penal eficaz*⁴² que, escudado en la prevención como único cometido de la pena, sólo piensa en un derecho penal "*de enemigo*", como estrategia de cara a los modernos desarrollos. Así las cosas, la concepción

⁴⁰ Cfr. PERRON, "Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?", págs. 282 y ss., 301; el mismo, "Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?", págs. 227 y 228; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2ª ed., págs. 82 y ss.

⁴¹ MARTIN/SCHUMANN, *La trampa*, págs. 19 y 297.

⁴² Véase HASSEMER, "El destino de los derechos...", en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 43 y ss., para quien "a la larga un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción" (pág. 50); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2ª ed., págs. 25 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 103 y ss. El *Eficientismo penal* ha sido definido por APONTE CARDONA (*Guerra y Derecho penal de enemigo*, pág. 13) como "aquella tendencia del derecho penal que privilegia la eficiencia sobre los derechos y las garantías, y que ve en estos un obstáculo para el ejercicio efectivo de la función de la justicia penal".

sistémica tendrá que ser rechazada por los graves peligros políticos que está llamada a potenciar⁴³ sobre todo después de que, al sacar el *as* de debajo de la manga, acuñara la concepción del "derecho penal del enemigo" –en un comienzo, al parecer, concebida con fines críticos pero luego con claros tintes legitimadores de tan desafortunada construcción so pretexto de trazarle límites, a manera de táctica de contención⁴⁴– al lado de la del "derecho penal del ciudadano"⁴⁵, con lo que, acota un crítico, "derecho y guerra no resultan antónimos"⁴⁶.

⁴³ Piénsese, en efecto, en Latinoamérica. Cfr. ZAFFARONI, "El Funcionalismo sistémico", pág. 747.

⁴⁴ Véase la crítica de ZAFFARONI, *El enemigo*, pág. 205; por ello, suena paradójico que todavía en 2002 (¡!) la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-939 de 31 octubre de ese año, muestre a Jakobs como un crítico de dicha concepción: "Este derecho penal, que Jakobs ha criticado en diversas oportunidades, se caracteriza básicamente por (i) la anticipación del ejercicio del ius puniendi a un estado previo a la lesión de bienes jurídicos, (ii) por la exacerbación de las penas y (iii) la supresión de las garantías procesales".

⁴⁵ JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios*, págs. 322 y 323; el mismo, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, págs. 33 y 34; el mismo, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft" en Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, págs. 53 y 54; JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, págs. 21 y ss.; como él GROSSO GARCÍA, *El concepto*, págs. 371 a 374, habla de un "derecho penal para el enemigo". Contra tan nefasta construcción, ESER, "Schlußbetrachtungen" en Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, págs. 445 y ss.; AMBOS, en AA. VV., *Derecho penal del enemigo*, vol. 1, págs. 119 y ss., quien en lugar de esa división habla de un "Derecho penal para todos los seres humanos" (pág. 150); SCHÜNEMANN, en AA. VV., *Derecho penal del enemigo*, vol. 2, págs. 963 y ss.; APONTE CARDONA, *Guerra y derecho penal de enemigo*, págs. 32 y ss.; el mismo, "Derecho penal de enemigo en Colombia", págs. 6 y ss.; el mismo, *¿Derecho penal de enemigo...?*, págs. 1 y ss.; BARATTA, "Prefazione", págs. 16 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, "Los excesos del formalismo jurídico", págs. 863 y ss.; ZAFFARONI, *El enemigo*, págs. 213 y ss.; GRACIA MARTIN, "El trazado histórico iusfilosófico...", págs. 447 y ss., 490-491: "El Derecho penal de enemigo no tiene cabida en el horizonte de la democracia y del Estado de Derecho, porque sólo (en) el horizonte de una sociedad no democrática y de un Estado totalitario es imaginable la emergencia de un Derecho penal del enemigo" (pág. 490); y FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 830: "La razón jurídica del estado de derecho, en efecto, no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas –si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas– no pueden ser doblegadas cada vez que conviene".

⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, t. I, 3ª ed., pág. 651.

El derecho penal de la globalización y de la integración supranacional tendrá que ser más garantista e impedir que se flexibilicen las reglas de imputación y se tornen relativas las garantías político-criminales de corte sustantivo y procesal, a pesar de que será más unificado que el actual. Deberá ser más humano, más respetuoso de los derechos inalienables de la persona, para contar con una percepción social positiva y con el apoyo decidido de los ciudadanos, más allá de una adecuada configuración normativa y de una infraestructura y dotación idóneas. Habrá de ser un derecho penal que pueda responder a las expectativas de los actores que lo involucran: el infractor, la víctima y la sociedad; que castigue de manera pronta y moderada al delincuente al que debe rehabilitar pero que, con igual celo, vele por las víctimas y posibilite la reparación del daño y la solidaridad con ellas⁴⁷. Tendrá, pues, que ser un derecho penal mínimo⁴⁸ que facilite una inserción democrática de los diversos estados en los procesos integradores vividos⁴⁹ y no un derecho penal máximo⁵⁰, como auguran quienes –en el marco de las modernas sociedades postindustriales– no sólo anuncian la demolición de la teoría del delito sino de las garantías formales y materiales del derecho penal y del derecho procesal penal, en aras de combatir los modernos y globalizados brotes criminales⁵¹.

⁴⁷ Como lo expresa DEMETRIO CRESPO: "...es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho penal, si de verdad quiere representar una «evolución» del mismo, debe llevarse a cabo con *escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho*, y no a golpe de las exigencias de «seguridad» de una sociedad que no conoce criterios de «razonabilidad» acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada" (Cfr. "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo», en Fernando Pérez Álvarez: *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, pág. 1052).

⁴⁸ En síntesis, como señala MORILLAS CUEVAS ("Reflexiones", pág. 23): "...un derecho penal para la igualdad y para la libertad".

⁴⁹ GAITÁN GARCÍA, "Derecho penal contemporáneo...", pág. 42. Sin embargo, son grandes los enigmas en relación con lo que pueda suceder con el mundo islámico y el extremo oriente. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2ª ed., págs. 93 y 94.

⁵⁰ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 103 y ss; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2ª ed., págs. 81 y ss., 97 y ss.; PASTOR, *Recodificación penal*, págs. 15 y ss. En contra de ese derecho penal, HASSEMER, "El destino de los derechos..." en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 39 y ss.

⁵¹ En este sentido la no compartible premonición de SILVA SÁNCHEZ. Cfr. *La expansión*, 2ª ed., págs. 81 y ss.; es más, tampoco parece cierta su afirmación en el

El nuevo derecho penal deberá propender por el arreglo del conflicto criminal en un contexto social macro, donde sea posible la solución pacífica y racional del mismo⁵², y no una herramienta al servicio de la lógica bélica⁵³ o de la política⁵⁴, sobre todo en países signados por la guerra en los que este instrumento tiene que ayudar a aniquilar la fuerza en todas sus manifestaciones, de cara a la búsqueda de la paz como derecho humano fundamental, pues de no ser así terminará inexorablemente confundándose con la violencia⁵⁵. En todo caso, no se debe olvidar que para lograr las transformaciones que requiere el derecho penal no basta con cambiar la ley, pues las grandes innovaciones se deben hacer en el seno del tejido social y en el plano económico.

En el seno de una sociedad de riesgo⁵⁶ y en medio de un proceso acelerado de globalización planetaria cuyos efectos positivos y negativos se sienten tanto en los países centrales como en la periferia, no se puede pretender que el derecho penal del porvenir sea la herramienta llamada a sofocar todos los conflictos, temores o inseguridades ciudadanas, so pena de tornarse en instrumento que desplace a los demás mecanismos destinados a controlar las reacciones al interior del tejido social; por ello, "se desprecia

sentido de que "es muy posible que el Derecho penal global resulte en su conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis" (cfr. pág. 85).

⁵² Cfr. GARCÍA PABLOS, "Tendencias del actual Derecho penal" en AA. VV., *Modernas tendencias*, pág. 57.

⁵³ Cfr. APONTE C., *Guerra y Derecho Penal*, págs. 57 y 58.

⁵⁴ Cfr. ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 471 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 336.

⁵⁵ Con razón, percatándose de esta problemática, el Profesor de la Universidad de Bari, E. RESTA, afirma que el Derecho, para serlo realmente, "deberá diferenciarse de la violencia; si, en cambio, termina por asemejarse demasiado al objeto al que pretende regular y de cuyo distanciamiento nace la posibilidad misma de la diferencia, sólo será otra forma de violencia" (Cfr. *La certeza y la esperanza*, pág. 12).

⁵⁶ Véase BECK, *La Sociedad del riesgo*, págs. 18 y ss. 29 y ss.; HERZOG, "Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho penal", en Arroyo Zapatero/Neumann/Nieto Martín, *Crítica y justificación*, págs. 249 y ss.; PRITTWITZ, "Sociedad de riesgo y Derecho penal", en la misma obra, págs. 259 y ss.

y brutaliza a sí misma una sociedad que no tiene la inteligencia necesaria para resolver sus temores y conflictos mayoritariamente de un modo no punitivo. El recurso al derecho penal es al interior de las sociedades lo que la guerra es a las relaciones interestatales y, por tanto, más que una comprensible sensación de justicia su utilización debería inspirarnos un sentimiento de vergüenza"⁵⁷.

En último lugar, en países como los nuestros, cuyo derecho penal es simbólico, promocional, con rasgos marcados de eficientismo y expansionismo, concebido para fabricar impunidad e incumplir la ley, etc., todo ello de la mano de unas constituciones políticas que, paradójicamente, abanderan el garantismo, es necesario rescatar el imperio de un derecho penal mínimo⁵⁸, de garantías, un derecho penal del ciudadano⁵⁹, para que —tras la crisis del Estado de bienestar o Estado asistencial que tanto ha influido en el derecho penal⁶⁰— el derecho resurja entre las ruinas de la violencia y del caos y el proceso de integración supranacional vivido hoy por el planeta, también posibilite la globalización de la dignidad humana de tal manera que no se generalicen la guerra y la violencia.

E. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, C. H. Beck, 2000, compilado por Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn.

AA. VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Ed. Comares, 2000.

⁵⁷ Cfr. PASTOR, *Recodificación penal*, pág. 265.

⁵⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 33 y ss., 851 y ss.

⁵⁹ Sobre ello, BARATTA, "Requisitos mínimos", págs. 421 y ss.; el mismo, "Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft", págs. 413 y 414; APONTE CARDONA, "Institucionalización de la función penal y garantismo", pág. 34.

⁶⁰ Véase SERRANO PIEDECASAS, "Efectos de la crisis del «Welfare State»", págs. 513 y ss.

AA.VV.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2001, compilado por Cerezo Mir, José/Alfonso Serrano Gómez.

AA. VV.: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, compilado por Arroyo Zapatero, Luis/Neumann, Ulfried/Nieto Martín, Adán.

AA. VV.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 Vols., Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F/Edisofer, 2006, compilado por Manuel Cancio Meliá/Carlos Gómez-Jara Díez.

ALBRECHT, PETER-ALEXIS: *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2005.

AMBOS, KAI: *"Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts". Ansätze zu einer Dogmatisierung*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot Verlag, Berlin 2004.
— *Internationales Strafrecht*, München, C. H. Beck, 2005.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID: *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Cijus, Universidad de los Andes, 1999.

— "Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia", en *NFP*, núm. 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, págs. 17 y ss.

— "Derecho penal de enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra", en Fernando Velásquez V. (Coordinador): *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 26 y ss.

— *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005.

— *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

BARATTA, ALESSANDRO: "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal" en *NFP*, núm. 34, Bogotá, Temis, 1986, págs. 421 y ss.

— "Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts" en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, C. F. Müller, 1993, págs. 393 y ss.; en español: "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del Bien Jurídico" en *Justicia Penal y Sociedad*, núm. 5, Guatemala, 1994, págs. 75 y ss., trad. de Mauricio Martínez S.

— "Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", trad. de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas, en *CPC*, núm. 25, Madrid, Edersa, 1984, págs. 533 y ss., también, en *DP* Año 8, enero-marzo de 1985, núm. 29, Buenos Aires, 1985, págs. 3 y ss.

— "Prefazione" al libro de Sergio Moccia: *La prenenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, edizioni Scientifiche Italiane, 1995, págs. XI y ss.

— *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, Julio César Faria-Editor, 2004.

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/ MITSCH, WOLFGANG: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª edición, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2003.

BECK, ULRICH: *La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. de Jorge Navarro/Daniel Jiménez/Maria Rosa Borrás. Barcelona/Buenos Aires/México, Paidós, 2006.

BOCK, MICHAEL: *Kriminologie. Für Studium und Praxis*, 2ª ed., München, Verlag Vahlen, 2000.

BOCKELMANN, PAUL/KLAUS VOLK: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 1987.

BORJA JIMÉ-NEZ, EMILIANO: "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España", en *NFP*, núm. 59, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1994, págs. 24 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/LARRAURI PIJOAN, ELENA: *Victimología: Presente y futuro*, Bogotá, Temis, 2ª ed., 1993.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: "Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»", en Fernando Pérez Álvarez: *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, págs. 1027 y ss.

DURÁN MIGLIARDI, MARIO: *Introducción a la Ciencia Jurídico-penal contemporánea*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006.

EISENBERG, ULRICH: *Kriminologie*, 6ª ed., München, C. H. Beck, 2005.

ESER, ALBIN/ BJÖRN BURKHARDT: *Strafrecht I (Juristischer Studienkurs)*, Allgemeine Verbrechenselemente, 4a. ed., München, C. H. Beck, 1992.

— Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Colex, 1995.

ESER, ALBIN: *Strafrecht II (Juristischer Studienkurs), Fahrlässigkeit, Unterlassung, Versuch, Tatbeteiligung, Konkurrenzen*, 3. Auflage, C.H.Beck München 1980.

— "Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und internationale Tendenzen", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns, 1989, págs. 723 y ss.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, t. 1, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

FERRAJOLI, LUIGI: "El derecho penal mínimo", trad. de Roberto Bergalli, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, págs. 25 y ss.

— *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez/Alfonso Ruiz Miguel/Juan Carlos Bayón Mohino/Juan Terradillos Basoco/Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

GAITÁN GARCÍA, OLGA LUCÍA: "Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos", en *NFP* núm. 60, Bogotá, Temis, 1999, págs. 31 y ss.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", *Doxa*, núm. 23, 2000, págs. 233 y ss., en <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>

GARCÍA CAVERO, PERCY: "Tendencias modernas en la Dogmática jurídico-penal alemana", en *RCJ* núm. 1, año 2000, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2000, págs. 66 y ss.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: *Autoritarismo y control social. Argentina-Uruguay-Chile*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Introducción al Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

GRECO, LUIS: "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens", en *ZStW* 117, 2005, Berlin, Walter de Gruyter, 2005, págs. 519 y ss.

GRACIA MARTIN, LUIS: "El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal de enemigo", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, págs. 447 y ss.

GROPP, WALTER/KÜPPER, GEORG/MITSCH, WOLFGANG: *Fallsammlung zum Strafrecht*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 2003.

GROPP, WALTER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, Verlag Springer, 3ª edición, 2005.

GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR: *El concepto del delito en el nuevo Código Penal. Una propuesta de interpretación desde el sistema de la Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y Validez*, introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid Trotta, 1998.

HAFT, FRITJOF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Eine Einführung für Anfangssemester*, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2004.

HASSEMER, WIN-FRIED: *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck bei Hamburg, Rowohlt, 1974.

— "El destino de los derechos del ciudadano en el Derecho Penal «eficiente»", en *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 45 y ss.

— *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

— *Fundamentos de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1984.

— *Persona, Mundo y Responsabilidad*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

— *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de Patricia Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

HEINRICH, BERND: *Strafrecht-Allgemeiner Teil I, Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, 1ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2005.

HERZOG, FELIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1991.

— "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", trad. de Elena Larrauri y Fernando Pérez Alvarez, en *NFP*, núm. 53, Bogotá, Temis, 1991, págs. 303 y ss.

HILGENDORF, ERIC: *Fallsammlung zum Strafrecht, Allgemeiner und Besonder Teil*, 4ª ed., München, C. H. Beck, 2003.

HIRSCH, HANS JOACHIM: "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, Köln, Carl Heymanns, 1989, págs. 399 y ss.

— "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel", trad. de Mariano Bacigalupo, en Miguel Polaino Navarrete: *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1987, págs. 19 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

— *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez G., y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.

— *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

— "La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal", en *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, México, Cepolcrim, 2003, págs. 69 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER/CANCIO MELIÁ, MANUEL: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

JESCHECK, HANS HEINRICH: *Fälle und Lösungen zum Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil mit Aufbaumustern*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

— "La nueva configuración de lo injusto en la teoría jurídico penal alemana en comparación con la doctrina actual española", trad. de José Luis Díez Ripollés, en *Estudios penales y criminológicos*, t. VIII (1983/1984), Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1985, págs. 75 y ss.

— *Reforma del derecho penal en Alemania, Parte general*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1976.

Tratado de derecho penal, Parte general, 2 vols., trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981.

— *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
— *Tratado de derecho penal*, Parte general, trad. de JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO: Granada, Pomares, 1993.

JESCHECK, HANS HEINRICH/ THOMAS WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª edición, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
— *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Granada, Comares, 2002.

KAISER, GÜNTHER: *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1996.
— *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 10 ed., C. F. Müller Verlag, 1997.

KÖHLER, MICHAEL: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, 1ª ed., ed., Springer Verlag, 1997.

KREY, VOLKER: *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. 1, Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2ª ed., Stuttgart, W. Kohlhammer, 2004.

KREY, VOLKER: *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. 2, Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte, 2ª ed., Stuttgart, W. Kohlhammer, 2005.

KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5ª edición, München, Verlag Vahlen, 2005.

LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994.

LUHMANN, NIKLAS: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de Ignacio de Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MARTIN, HANS PETER/SCHUMANN, HAROLD: *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, traducción de Carlos Fortea, 2ª ed., Madrid, Taurus, 2000.

MAURACH, REINHART/ HEINZ ZIPF: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. I. 8ª ed., Heidelberg, C. F. 1992.

MAURACH, REINHART/ KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPF: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. II, 7ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1989.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976.

MORILLAS CUEVAS, LORENZO: "Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro", en *RECPC* 04-06-2002, publicada por http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "El nuevo Derecho penal autoritario", en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Barcelona, Alexander von Humboldt Stiftung/Foundation, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 161 y ss.

— "De nuevo sobre el «Derecho penal de enemigo»", en Fernando Velásquez V. (Coordinador): *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 405 y ss.

OTTO, HARRO: *Grundkurs Strafrecht*, t. I, Allgemeine Strafrechtslehre, 7ª ed., Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2004.

PASTOR, DANIEL R.: *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

PERRON, WALTER: "Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?", en *Festschrift für Theodor Lenckner*, München, C. H., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, págs. 227 y ss.

— "Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?", en *ZStW* 109 (1997), Cuaderno 2, Berlin/New York, De Gruyter, 1997, págs. 281 y ss.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, págs. 853 y ss.

PUPPE, INGEBORG: *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, ts. I y II, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

RESTA, ELIGIO: *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995.

ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed. Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, C. H. Beck, 2006. También, 1ª ed., 1991, 3ª ed., 1997.

— *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, t. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1ª ed., München, C. H. Beck, 2003.

— *Derecho penal*, Parte general tomo I, 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.

— *Dogmática penal y Política criminal*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Idemsa, 1998.

— *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY, 2007.

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM: *Fälle zum Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., München, C. H. Beck, 2000.

RÜPING, HEINRICH: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1998.

SARRABAYROUSE, EUGENIO C.: "Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica", en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, págs. 925 y ss.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD: "Sobre la sistemática de la teoría del delito", trad. de Juan Bustos Ramírez, en *NPP*, Buenos Aires, Depalma, 1975, págs. 41 y ss.

SCHÜNEMANN, BERND: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1984, trad. de Jesús María Silva Sánchez: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

— *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado, 1996.

— "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva", trad. de Pablo Sánchez-Ostiz, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, págs. 89 y ss.

— "La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal", en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, págs. 643 y ss.

— *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez/Universidad de Santo Tomás, 2007.

SERRANO MAÍLLO, ALFONSO: *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, Madrid, Dykinson, 1999.

SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN: "Efectos de la crisis del «welfare State» en el ordenamiento jurídico-penal", en Fernando Velásquez V. (Coordinador): *Derecho penal liberal y dignidad humana. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 513 y ss.

SCHMIDT, ROLF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, 4ª ed., Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992.

— *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. actualizada y corregida, Madrid, Civitas, 2001.

STRATENWERTH, GÜNTHER/LOTHAR KUHLEN: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5ª ed., Köln, Carl Heymanns, 2004.

TIEDEMANN, KLAUS: *Die Zwischenprüfung im Strafrecht*, München, C. H. Beck, 1987.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", en RDPC, núm. 15, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2005, págs. 197 a 219.

— *Manual de Derecho penal, Parte general*, 3ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2007.

— *Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

VÉLEZ CORREA, JAIME: *Filosofía contem-poránea*, Bogotá, Bibliográfica Colombiana, 1965.

VIEHWEG, THOMAS: *Tópica y jurisprudencia*, trad. de José Luis Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1964.

VIVES ANTÓN, TOMAS S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, HANS: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975.

— *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 2ª ed. castellana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976 (cit. *Derecho penal*).

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

WESSELS, JOHANNES/WERNER BEULKE: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 36ª edición, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2006.

WÜRTEMBERGER, THOMAS: *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1959.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales" en *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1989, págs. 747 y ss.

— *Hacia un realismo jurídico-penal marginal*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1992, págs. 59 y ss.

— *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibañez, 2006.

ZAFFARONI RAÚL/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal*, parte general, 2ª ed, Buenos Aires, Ediar, 2002.

Normas A.P.A.

Wolffhugel Gutiérrez, C., (2009), La tentativa y el comienzo de ejecución de la conducta típica. Los aparatos organizados de poder. [Versión electrónica] consultado día- mes- año:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-ejecucion-cwg.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 1, Pág. Xxx.

Normas Icontec

WOLFFHUGEL GUTIÉRREZ, Christian. La tentativa y el comienzo de ejecución de la conducta típica. Los aparatos organizados de poder. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 1 (2009). [Acceso: Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp1/la-tentativa-el-comienzo-ejecucion-cwg.pdf

Sección de Jurisprudencia

LA TENTATIVA Y EL COMIENZO DE EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA. LOS APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Christian Wolffhügel Gutiérrez
Profesor de la Universidad Sergio Arboleda.

Se configura tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, cuando los inculcados han dado comienzo de ejecución al hecho punible al realizar actos socialmente adecuados y, unívocamente, dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión. Así mismo, quienes imparten las órdenes dentro de una organización delictiva que tiene la estructura propia de los aparatos organizados de poder tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo, y no de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin.

A. LA SENTENCIA, LOS SALVAMENTOS Y LA ACLARACIÓN DE VOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Aprobado Acta No. 140.
Radicado: 25974.
Bogotá D.C., agosto ocho (8) de dos mil siete (2007).

VISTOS

En atención a que la mayoría de la Sala no estuvo de acuerdo con el proyecto de sentencia de casación presentado por el Magistrado Ponente, se procede a decidir de fondo sobre los temas definidos en providencia del 28 de septiembre de 2006, orientados a verificar la eventual vulneración de garantías de los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, con ocasión del fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de julio de 2004, confirmatorio del dictado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 28 de julio de 2003, que los condenó como coautores del delito de tentativa de homicidio agravado en el periodista *Yamid Amat Ruiz*. Al primero también lo condenó como autor del punible de rebelión. En la misma decisión ordenó compulsar copias para que se investigara el delito de porte de explosivos.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal solicita en su concepto casar parcialmente el fallo atacado, en el sentido de absolver a los procesados por el delito contra la integridad personal, redosificar la pena y revocar la decisión de compulsar copias por el punible de porte de explosivos.

HECHOS

Los hechos que motivaron este diligenciamiento fueron resumidos por el *a quo* en los siguientes términos:

"El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la PIZZERIA D'OMO de la carrera 21 No. 39 – 70 de Bogotá a JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra

la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro".

ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía Seccional de Bogotá declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, definiéndoles su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional como posibles coautores del concurso de delitos de rebelión y tentativa de homicidio agravado, decisión confirmada en segunda instancia al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa. Posteriormente se ordenó la vinculación de *Henry Castellanos Garzón*, alias "Romaña".

Clausurada parcialmente la instrucción respecto de los sindicados *BUITRAGO GONZÁLEZ* y *PUERTAS TRIANA*, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá calificó el mérito del sumario el 26 de abril de 2002 con resolución de acusación en contra de aquellos como presuntos coautores del concurso de delitos que sustentó la medida de aseguramiento, a la vez que ordenó compulsar copias para investigar a "*los restantes vinculados*", providencia que al ser impugnada por la defensa, fue objeto de confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá mediante resolución del 15 de agosto del mismo año.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que una vez surtido el rito dispuesto por el legislador profirió fallo el 28 de julio de 2003, a través del cual condenó a *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* a la pena principal de doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión como autor penalmente responsable del concurso de delitos objeto de acusación.

En el mismo proveído condenó *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA* a la pena principal de ciento ochenta (180) meses de

prisión como coautor responsable del delito de tentativa de homicidio y lo absolvió por el punible de rebelión.

Los inculcados fueron condenados a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena y les fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Interpuesto recurso de apelación contra el fallo de primer grado por parte de los defensores de los procesados, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 26 de julio de 2004, pero lo modificó en el sentido de dosificar en diez (10) años la pena accesoria, al tiempo que dispuso compulsar copias para que, por separado, se investigara el delito de porte de explosivos.

Contra la sentencia del *ad quem* el defensor de JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ interpuso recurso extraordinario de casación. La Sala mediante auto del pasado 28 de mayo decidió inadmitir el referido libelo casacional, pero dispuso oficiosamente surtir traslado al Ministerio Público en protección de los derechos fundamentales de las partes y el desarrollo de la jurisprudencia, delimitando la siguiente temática:

"a) En general, la diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución".

"b) La misma diferencia en el caso concreto".

"c) La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización".

"d) La responsabilidad del autor material y el comienzo de la misma cuando se trata de conductas obedientes a órdenes impartidas por quien dirige una organización, sean generales, es decir, trazadas 'desde arriba', sean específicas, o sea impartidas 'cara a cara'".

"e) Como el Tribunal ordenó compulsar copias para que independientemente se investigara 'el delito de porte de explosivos', instrumento que sería utilizado para cometer el homicidio, se hace necesario determinar su concurrencia como causal de agravación del delito de homicidio en el grado de tentativa".

En el trámite casacional se recibió concepto del Ministerio Público.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, luego de manifestar su desacuerdo con la variación del procedimiento establecido por la Sala, al disponer el traslado al Ministerio Público tras inadmitir la demanda, señala que el fallo del Tribunal desconoció la garantía fundamental de la legalidad de la conducta contenida en el artículo 29 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 6°, 9°, 10 y 27 del Código Penal, porque con fundamento en una equivocada interpretación de los presupuestos del fenómeno de la tentativa, dedujo la existencia de uno de los elementos del hecho punible y predicó de allí la responsabilidad de los procesados.

Además, estima relevante desarrollar y aplicar al caso, el tema del autor material que actúa por otro y la posible concurrencia del delito de porte de sustancia o arma explosiva.

(i) "Tentativa: actos preparatorios, principio de ejecución e idoneidad de la conducta".

Luego de abordar el tema de la tentativa, su significado y elementos que la componen y, con respaldo en la doctrina, el momento en que surge la responsabilidad y punibilidad por el delito tentado, así como las teorías existentes acerca de la diferencia entre un comportamiento preparatorio y uno ejecutivo, afirma que al lado de la existencia de actos ejecutivos, para que se pueda configurar la tentativa, es necesario el propósito de cometer una conducta punible (dolo), la idoneidad y univocidad de la conducta y la no consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Señala que si el comportamiento idóneo es aquél que según las reglas de la experiencia es apto para conseguir un cierto efecto y es unívoco cuando sin lugar a dudas está encaminado a un fin específico, en este caso no existe el principio de realización de

actos de ejecución del homicidio agravado, en cuanto no concurrieron los elementos objetivos ni subjetivos para ello.

Precisa, que de acuerdo con el plan del autor, aún hacían falta comportamientos intermedios sin los cuales no era posible obtener el resultado y, conforme a las reglas de la experiencia, el bien jurídico no estuvo en peligro concreto.

Considera que los juzgadores dedujeron la tentativa de homicidio agravado con fundamento en el estado de flagrancia en que fueron capturados los procesados, a quienes les fue hallado en su poder un artefacto explosivo y no justificaron su presencia en el lugar.

Asevera que dicha apreciación es equivocada porque, de un lado, la sentencia confunde la idoneidad del medio para lograr el resultado con la idoneidad del comportamiento para obtener el mismo fin y, de otro, confunde los actos preparatorios que por sí mismos constituyen delito con los actos consumativos del punible pretendido.

Agrega que si bien el procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ* reconoció que su intención al portar un elemento explosivo era atentar contra un periodista y que dicho artefacto era un medio idóneo para obtener el fin pretendido, como lo aseguró el perito, es necesario tener en cuenta que el comportamiento efectivamente desplegado distaba de ser un acto consumativo, porque la mera intención de dar muerte, el porte del explosivo y la posesión de la moto para escapar después del atentado, no alcanzan a configurar el inicio del verbo rector del tipo.

Lo anterior, porque atendiendo a la naturaleza de la acción y al plan preconcebido por el agente, aún faltaba emprender una actividad decisiva para que el bien jurídico fuera puesto en peligro, esto es, la colocación del material explosivo que debía ir adherido a la puerta delantera derecha del vehículo de la víctima objeto del atentado, como lo aseguró el procesado en su indagatoria. Por tanto, afirma que pese a la clara intención criminal de

los acusados y a lo apropiado del medio para obtener el resultado, el comportamiento analizado no es idóneo.

Resalta que era necesario para cumplir la finalidad pretendida que el artefacto no estuviera en manos de los procesados, sino a una proximidad de 10 a 15 metros de la víctima, como lo declaró el perito bajo juramento, quien también descartó la posibilidad de que pudiera activarse a distancia. Además, de las acciones que describió el procesado en su indagatoria se deriva que el explosivo sólo era letal si se adhería al vehículo del periodista. Observa que desde la acusación fue débil la acreditación de la idoneidad de la conducta desplegada por los procesados, pues allí se afirma que constituyen principios de ejecución del hecho punible, *"la elaboración del arma, la llegada a Bogotá, la inteligencia realizada y los medios para ejecutarlos"*, cuando lo cierto es que tales circunstancias no son más que actos preparatorios del delito, puesto que es equivocado asegurar que se trata de manifestaciones exteriores del inicio del comportamiento consistente en dar muerte a una persona e indica, que tanto en la acusación como en el fallo se aludió a un medio idóneo pero nada se dijo sobre la idoneidad de la conducta.

Puntualiza que si bien no deja de ser penalmente relevante el porte de la sustancia explosiva, no lo es como parte de la tentativa de homicidio sino como delito autónomo que se encuentra descrito en el artículo 365 del Código Penal.

Entonces, manifiesta que observa una violación de derechos fundamentales al calificarse el asunto como tentativa de homicidio agravado, dado que se le otorgó una connotación jurídica que no corresponde, lo cual condujo a que se desconociera la garantía fundamental de la legalidad, pues el sentenciador dedujo los elementos de la tentativa sin que estos hubieran sido acreditados en el diligenciamiento y, por tanto, el comportamiento de los procesados deviene atípico.

A partir de lo anterior, la Procuradora Delegada sugiere a la Corte corregir el yerro de manera oficiosa.

(ii) "*Autoría inmediata de quien actúa a órdenes de una organización*".

La Delegada aduce que el tema resulta relevante, porque en la forma como ocurrieron los hechos es obligatorio analizar la situación del procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ*, en atención a que detrás de su comportamiento estuvo un tercero – alias "Romaña" – aspecto que conlleva a verificar si la relación entre este y el inculcado tiene incidencia en la responsabilidad de este último.

Una primera aproximación, afirma, puede consistir en considerar que si varias personas concurren a la realización de una conducta punible, pero no todas efectúan la acción descrita en el tipo, es posible atribuir a todas el delito como propio. Una de esas formas, es la hipótesis de actuar por otro, que supone la posibilidad de que quien no realiza materialmente la acción pueda llegar a responder como su autor si guarda cierta relación con el verdadero ejecutor material y como la responsabilidad penal se funda en la propia culpabilidad, no en la de otro, surgen dificultades para concebir que un agente que no realiza la conducta típica (según la doctrina conocida como el "*hombre de atrás*") pueda responder por alguna forma de autoría respecto de la ejecución material de quien actúa de manera dolosa y sobre quien recaen todos los elementos que permiten deducir responsabilidad penal.

Indica que en los eventos de concurrencia de personas a la ejecución del delito, se han ensayado varios criterios para determinar cuándo se puede predicar la calidad de autor o partícipe del agente. Uno de ellos, corresponde a la teoría del dominio del hecho, de Claus Roxin, que básicamente distingue dos maneras de dominar el hecho: i) El dominio de la acción que ejerce el propio ejecutor material o autoría única inmediata, y ii) El dominio de la voluntad del otro, que a la vez contiene cuatro hipótesis: a) mediante coacción, b) aprovechando el error en que actúa el ejecutor material, c) la superioridad psíquica sobre inimputables y menores y, d) cuando actúa con el auxilio

del poder superior de un aparato organizado que tiene a su disposición, dominando así el curso del suceso.

En las tres primera hipótesis, quien domina el hecho es el hombre de atrás porque el coaccionado, el que actúa en error, el menor y el inimputable, son verdaderos instrumentos de aquél. No ocurre lo mismo cuando quien domina el hecho lo hace a través de un aparato organizado de poder, porque en tal caso, el ejecutor material actúa con voluntad, también domina el hecho, es un *instrumento doloso*, mientras que quien se sirve del aparato organizado de poder es el *autor detrás del autor*.

Esta manera de dominar el hecho a través del dominio de la voluntad del ejecutor material, tiene tres características relevantes: a) Es irrelevante que el autor inmediato actúe con voluntad propia o que desista del comportamiento, porque en todo caso se cumplirá gracias a que el instrumento doloso es fungible, puede ser reemplazado por otro que ejecute el mandato. Así, el aparato organizado de poder funciona automáticamente porque la realización del delito está asegurada. b) Aunque el hombre de atrás es un individuo anónimo y sustituible, el ejecutor material actúa con libertad y responsabilidad, de modo que asume el hecho como autor de propia mano. c) Como se trata de un aparato organizado de poder, carece de relevancia la lejanía o cercanía entre el ejecutor material y el autor mediato, o que la orden de cometer el delito se profiera al ejecutor material directamente o a través de sucesivas órdenes de individuos situados en diferentes niveles de la jerarquía de la organización. Lo contrario, implicaría la presencia de un jefe de una banda que imparte órdenes a sus coasociados y no la de un aparato organizado de poder.

Esa condición de aparato organizado de poder con dirigentes que cometen delitos que les son atribuibles mediante el dominio de la voluntad de un ejecutor material que a la vez actúa con plena responsabilidad, a juicio de la Procuraduría, es del todo predicable de las FARC, como organización subversiva, armada y al margen de la ley.

Aunque en el caso en estudio existe un agente ejecutor material que actuó para un autor mediato perteneciente a las FARC, organización subversiva que no es otra cosa que un aparato organizado de poder, la teoría en comento no se puede aplicar porque fue concebida, y así está regulada legalmente, para ser implementada en los eventos de delitos especiales, esto es, en aquellos donde el tipo penal exige elementos especiales que fundamentan la penalidad de la conducta. La norma lo que permite, es que se le pueda atribuir el delito especial al autor inmediato que asume voluntariamente la representación de un ente colectivo o de una persona natural de quien el tipo penal exige los aludidos elementos especiales y adopte para sí dichas calidades.

Frente a delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquier agente sin cualificación alguna, lo relativo a la coautoría se determina por los criterios ordinarios de autoría, coautoría o participación, como lo señaló la Sala de Casación Penal en el radicado No 20249 del 8 de septiembre de 2004.

En este asunto, el delito imputado como cometido por otro, fue el homicidio agravado en grado de tentativa, que no exige elementos especiales para su autor. Pero así el procesado hubiera actuado asumiendo las calidades exigidas para el autor de un delito especial o hubiera cometido un delito común para otro como integrante de una organización de poder, en cualquier caso su responsabilidad es propia, porque actuó con voluntad y culpabilidad, no como un instrumento. De allí que su responsabilidad se produce cuando surgen los elementos de la tentativa.

De lo anterior concluye la Delegada, que para efectos de deducir la responsabilidad penal del procesado *BUITRAGO GONZÁLEZ*, no tenía ninguna injerencia que hubiera actuado en cumplimiento de una orden proferida por el comandante del frente 53 de las FARC, porque su responsabilidad es por un delito propio cometido con culpabilidad y su grado de participación es el de autor inmediato, al margen de la responsabilidad y modalidad de participación que pueda caber a quien dispuso la comisión del delito.

(iii) Concurrencia del delito de porte de explosivos

Comienza la Procuradora por señalar que el Tribunal dispuso compulsar copias con destino a la autoridad judicial competente, por considerar que se dejó de investigar el delito de porte de explosivos, consagrado en el artículo 365 del Código Penal actual.

Sobre lo anterior expone que el comportamiento del procesado consistente en portar consigo un explosivo con la intención de adherirlo al vehículo para dar muerte al periodista que lo ocupaba, en ejercicio de su papel de integrante de un reconocido grupo subversivo, fue calificado como homicidio agravado, según las causales previstas en el artículo 104, numerales 8° (por la finalidad terrorista del comportamiento) y 10° (por la condición de periodista del sujeto pasivo), en concurso con el delito de rebelión, por tanto, concluye, que la acción de portar un explosivo se tuvo en cuenta dentro de la calificación jurídica, pero allí no se contempló el numeral 3° del artículo citado al lado de las otras dos causales de agravación, lo cual no significa que la situación fáctica del porte del explosivo, no haya sido objeto de juzgamiento.

No obstante, como el comportamiento se subsumió en las causales de agravación 8ª y 10ª y el acusador hubiera podido deducir la otra causal de agravación, pero no lo hizo, considera que ahora no es posible subsanar el yerro en la calificación a través de una nueva investigación que indague una vez más por el hecho ya juzgado, porque sería violatorio del principio de cosa juzgada, o el de la prohibición de la doble valoración, pues sería tanto como enjuiciar el mismo comportamiento –que para esta actuación fue tenido como homicidio agravado conforme a las causales 8ª y 10ª del artículo 104– para que en otra investigación sea tenido como delito contra la seguridad pública.

Puntualiza que si hubiese existido el delito de homicidio agravado en el grado de tentativa, no sería posible hablar de un concurso entre éste y el porte de explosivo, porque el homicidio agravado por razón de la causal 3ª del artículo 104 es un delito

complejo, según sentencia de casación del 4 de junio de 1982, en cuanto involucra en su descripción típica un comportamiento que está descrito como punible de manera autónoma, situación que descarta la figura del concurso y el asunto se habría tratado como una sola conducta punible que involucraría la muerte y el porte de explosivos.

De esa manera, estima que no acertó el Tribunal al disponer la compulsación de copias para que se investigara el delito de porte de sustancia o arma explosiva.

En suma, con fundamento en las anteriores consideraciones, la Delegada solicita a la Sala casar el fallo de manera oficiosa para que se corrija el yerro respecto de la condena por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa y en su lugar absolver por ese comportamiento, amén de redosificar la pena. Así mismo, revocar la decisión de compulsar copias para la investigación en actuación separada del delito de porte de explosivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por razones de método, se abordaran en su orden cada una de las temáticas planteadas por la Sala en auto del 28 de mayo de 2006, así:

1. Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución, en general.

La tentativa como dispositivo amplificador del tipo se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

"El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad...".

La tentativa, entonces, supone un comportamiento doloso que ha superado las fases del *iter criminis* correspondientes a la

ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento.

Por lo anterior, la doctrina insistentemente se ha ocupado de establecer criterios que permitan diferenciar entre los actos preparatorios –que salvo cuando autónomamente son considerados delitos por el legislador, resultan impunes– de los actos ejecutivos que, a la postre, resultan sancionables en aplicación del dispositivo amplificador que se estudia.

Es así como se han propuesto, básicamente, tres clases de teorías. Son ellas, las subjetivas, las objetivas y las mixtas.

Las primeras, las teorías subjetivas, propugnan porque se indague únicamente por el plan del autor, esto es, por la intención de quien realiza la conducta, de manera que serán ejecutivos aquellos actos que según dicha planeación sean necesarios y suficientes para consumar el delito, con independencia del peligro o lesión del bien jurídico tutelado. Serán actos preparatorios los que de acuerdo con el plan del autor no se encuentren dirigidos al resultado final que pretende, aunque presten alguna utilidad.

El anterior planteamiento ha sido objeto de críticas, en la medida en que se desentiende del derecho penal de acto establecido en el artículo 29 de la Carta Política, además, porque no tiene en cuenta los principios de lesividad y antijuridicidad material.

Entre las teorías objetivas se encuentra la teoría formal objetiva, la cual plantea que la ejecución de la conducta comienza cuando se da inicio a la acción contenida en el verbo rector del tipo penal, es decir, cuando se comienza a matar, a hurtar, etc., mientras que los actos preparatorios carecen de tal condición.

Tal postura no ha tenido acogida, pues en la práctica resulta de dificultosa comprobación establecer cuándo se comienza a realizar la conducta rectora del precepto normativo, con lo cual, la pretendida distinción se torna difusa y ambigua.

También está la teoría material objetiva, según la cual, son actos ejecutivos aquellos que invaden la órbita del bien jurídico protegido y lo ponen en peligro, a la par que son actos preparatorios los que no alcanzan dicha situación riesgosa.

Este planteamiento ha sido objeto de reparos, en atención a que no define con claridad desde qué momento en la realidad puede considerarse que el bien jurídico objeto de tutela se encuentra efectivamente amenazado.

Finalmente, se han propuesto las teorías mixtas de carácter tanto objetivo como subjetivo, en virtud de las cuales se considera que para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, es preciso acudir mediante un juicio *ex ante*, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza, tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta, como el elemento subjetivo de la misma, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

Concluye la Sala, que es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo.

2. Diferencia entre actos preparatorios y principio de ejecución en el caso concreto.

Con el propósito de establecer si la conducta adelantada por los procesados *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA* corresponde simplemente a actos preparatorios del delito de homicidio y, por tanto, no configura tentativa de tal punible, o si, por el contrario, comporta actos ejecutivos y en consecuencia, configura el mencionado dispositivo amplificador del tipo penal que se ocupa del delito contra la vida, se cuenta con la indagatoria del primero de los

nombrados, quien manifestó en su intervención del 21 de septiembre de 2001:

"(...) vivo en el monte del páramo del Sumapaz, ya que soy guerrillero del frente 53 de las FARC (...). Fui capturado como a las ocho de la noche del día miércoles 19 del presente año (septiembre de 2001, se aclara) me encontraba en una pizzería cerca de Caracol en la calle 39 con carrera 20 barrio Teusaquillo, me encontraba con otro muchacho que se llama LUIS ALBERTO el apellido no lo se, hace seis meses que lo distingo, nunca lo he visto uniformado, lo conocí en la guerrilla, andábamos un grupito pequeño, él fue a hablar con el comandante de una comisión del frente 53 de las FARC, con esa comisión andábamos de arriba abajo haciendo reconocimiento del área del Sumapaz, él volvió y se fue de ahí, no se para donde, estuve como unas tres horas y me volví a ver con él aquí en Bogotá en un hotel que queda en el centro (...) al otro día por la mañana como a las seis de la mañana me vi con los otros muchachos, yo ya los conocía allá en la guerrilla, luego nos reunimos los tres, uno se llama HUMBERTO y el otro se llama WILLIAM; hablamos de una bomba explosiva que teníamos que ponerle a un carro mercedes, de color negro que se parqueaba en las oficinas de Caracol. Entonces nosotros hablamos de la forma como deberíamos colocar la bomba (...). Es un periodista por ahí de unos 50 o 60 años, no me dijeron más, el siempre se hacía al lado derecho y a ese lado era que teníamos que poner la bomba explosiva (...). Allá mismo la hicieron (en un campamento móvil de la guerrilla, se precisa), un muchacho experto en bombas, no se dónde conseguirían los elementos, la bomba la hicieron y por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes. Teníamos que colocarla encima del carro, es un cubo de lámina se 5 x 5 x 20, tiene un imán pegado, que con ese es con el cual se pega al vehículo, se acciona como se acciona una granada quitándole el pin y soltándole la espoleta, en este caso tenía cinco segundos máximo para accionarla y correr, porque de lo contrario también muere uno en el mismo instante (...). Yo estuve por allí hasta las dos de la tarde faltaban diez minutos para que el señor saliera

cuando fui capturado (...). Como guerrillero que soy yo estaba cumpliendo lo ordenado por el comandante Romaña" (subrayas fuera de texto).

Ahora, definido que para distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos es preciso acudir a teorías mixtas, esto es, a verificar el plan del autor, así como la ocurrencia de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, observa la Sala en primer término, que de acuerdo con la planeación del atentado al periodista, no hay duda que los procesados ya se encontraban en la fase de ejecución de la conducta, pues luego de haber recibido instrucciones, tanto en el campamento móvil de la guerrilla, como en la ciudad de Bogotá, estaban merodeando por el sitio donde se encuentran las instalaciones de la empresa Caracol, de donde sabían tendría que salir su víctima, para acto seguido adherir la bomba al vehículo que ya habían identificado suficientemente y huir, dado que antes de cinco segundos se produciría la explosión.

Es decir, considera la Sala que si tal como lo expresó JHON JAIRO BUITRAGO en su injurada, para el momento en que se produjo su captura había pasado dos veces por el lugar donde se encontraba el vehículo Mercedes Benz, "*sobre la acera al frente de la puerta del Canal*"¹, es claro que de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar el artefacto explosivo y conseguir su propósito.

En segundo lugar, respecto de la ocurrencia de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, advierte la Sala que dadas las características del instrumento con el cual se perpetraría la agresión, no era posible que los inculpatos instalaran el dispositivo al vehículo sin que su objetivo de encontrara dentro del mismo, como ocurre con las "*bombas lapa*"², las cuales se adhieren

¹ Fol. 127. c.o. No. 1.

² Conocidas por ser utilizadas por el grupo separatista Euskadi Ta Askatasuna (ETA) en España.

mediante un imán en la parte baja de los vehículos y son activadas mediante sensores de movimiento, controles remotos, detonadores o temporizadores incorporados al explosivo.

En este caso, el ataque consistía precisamente en esperar que el periodista abordara su automotor e inmediatamente acercarse al mismo para adherir el artefacto a la puerta o al techo mediante un imán, retirar la espoleta y huir, pues unos segundos después tendría lugar la explosión, dado que se trataba de *"un sistema de ignición inelétrico de acción directa (halón)"*.

Por tanto, si ya JHON JAIRO BUITRAGO había transitado en dos ocasiones por el sitio donde se hallaba estacionado el vehículo de la víctima, portaba el artefacto que sería colocado en el automotor al cual debía retirar el pin para que explotara y contaba con una motocicleta en la cual huiría en asocio de LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, encuentra la Sala que la ponderación de tal cuadro conjunto permite concluir que los acusados no se encontraban en la fase de preparación del delito, sino en el comienzo de su ejecución, pues su intención se encontraba dirigida a la producción del resultado pretendido y adelantaban acciones socialmente adecuadas y unívocamente dirigidas a la consecución de su propósito criminal.

Oportuno resulta señalar que también la doctrina y la jurisprudencia han dicho que existen varias clases de tentativa. En el Código Penal de 1936 se distinguían la tentativa acabada, inacabada, imposible o inidónea y la desistida. En el estatuto penal de 1980 sólo aparecían las dos primeras, y en la Ley 599 de 2000 se consagraron tres clases, la tentativa acabada, la inacabada y la desistida (que guarda ciertos matices respecto de la así denominada en el Código de 1936, pero que no tiene las mismas características).

Pues bien, para el asunto objeto de estudio resulta útil señalar que la tentativa acabada se presenta cuando el agente ha realizado todos los actos que de conformidad con su plan son suficientes para conseguir la producción del resultado

pretendido, pero este no se reproduce por causas ajenas a su voluntad, como cuando dispara en múltiples ocasiones contra su víctima y consigue hierirla, pero una oportuna y adecuada intervención médica logra salvarla.

Por su parte, la tentativa inacabada ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del delito, pero no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su planeación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el *iter criminis* se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le impide continuar.

Pues bien, efectuada la anterior precisión, considera la Sala que en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión.

Ahora, en punto del peligro efectivo para el bien jurídico es necesario expresar que la temática de la tentativa en casos como el analizado, no puede quedar simple y llanamente en la verificación físico –empírica de la proximidad de la conducta al resultado pretendido, más propia del causalismo, como si la ciencia penal no hubiera avanzado sobre el particular al abandonar la simple constatación de la relación causa– efecto, para propugnar, tanto por la exigencia de la responsabilidad subjetiva con todas las consecuencias que ello supone, conocimiento de hechos, conciencia potencial de la antijuridicidad, ausencia de error, miedo o coacción insuperables, como en la necesidad de dotar de sentido a las normas, entendidas no como simples decisiones inmotivadas y neutras del legislador, sino como preceptos dirigidos a mantener la convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas y la confianza en las

relaciones sociales (teoría de la prevención positiva de la pena) a partir de restaurar la confianza en el derecho cuando alguien la ha defraudado, amén de interpretar las normas no solo lógicamente, sino dentro de un contexto social específico para el cual se hayan destinadas de conformidad con lo definido por la política criminal.

Y aún más, al analizar la conducta realizada por los acusados, consiguiese establecerse, que su proceder no correspondería simplemente al delito de porte de artefacto explosivo, en la medida en que desbordaron el peligro derivado de tal punible, dado que su conducta estaba idónea y unívocamente dirigida a quitar la vida a un periodista, es decir, comportó un riesgo real para la vida de éste, que no se concretó en su lesión efectiva, en atención a que, iniciada la ejecución del atentado, se produjo la aprehensión de quienes lo estaban realizando.

Es igualmente relevante precisar que no se trata de confundir la idoneidad del medio utilizado por los agresores con la capacidad letal del artefacto hallado en poder de JHON JAIRO BUITRAGO, como lo sugiere la Procuradora Delegada en su concepto, pues si bien lo primero encuentra acreditación dentro del diligenciamiento con lo manifestado por el mismo procesado en su injurada, al decir que *"la bomba (...) por dentro iba llena de explosivo TNT y cordón detonante, de alto poder, capaz de destruir cualquier vehículo y matar sus ocupantes"* (subrayas fuera de texto), así como con lo dicho por los peritos expertos en explosivos, quienes dijeron que *"se trata de un artefacto explosivo de fabricación casera, compuesto aproximadamente por mil gramos de una sustancia amarillenta al parecer pentonita, utilizando como multiplicador trescientos cincuenta gramos aproximadamente quince (15) centímetros, con un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón) (...) es un artefacto letal en un radio de acción de diez (10) metros"* (subrayas fuera de texto), también se encuentra demostrada la idoneidad de la conducta.

En efecto, no hay duda que el comportamiento realizado por los acusados resulta idóneo e inequívocamente dirigido a causar

la muerte al periodista, pues está demostrado que para realizar tal cometido fueron enviados directamente por el comandante del Frente 53 de las FARC, para lo cual recibieron un artefacto de gran poder explosivo, se reunieron en un hotel de Bogotá con otros guerrilleros y el día de su aprehensión estuvieron acechando a la víctima para colocar la bomba en su vehículo y provocar su inmediata explosión.

Por tanto, dado que no consiguieron colocar el explosivo y conseguir el resultado pretendido, en atención a que las autoridades de policía los aprehendieron al ser señalados por una llamada de la ciudadanía como individuos en actitud sospechosa, es evidente que la conducta que realizaron corresponde al comienzo de ejecución del delito de homicidio agravado por el cual fueron condenados en las instancias. Vale aquí preguntar, qué acción debía mediar entre el comportamiento de recibir instrucciones, recoger y alistar el explosivo, estar en cercanías al sitio de trabajo de la víctima esperando que esta abordara el vehículo para colocar y activar el artefacto, y el resultado muerte del periodista?

La respuesta es una sola, lo que faltó fue colocar el explosivo y retirar la espoleta, de manera que la conducta que realizaron los inculpatos, como ya se dijo, corresponde al comienzo de ejecución del punible contra la vida agravado, sin que lograsen, por causas ajenas a su voluntad, realizar la totalidad de actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, esto es, según ya se advirtió, se trata de un delito de tentativa inacabada.

De no arribar al anterior aserto tendría que concluirse, en manifiesto olvido de la misión protectora de bienes jurídicos del derecho penal, entre ellos, el más importante, el de la vida, que toda la actividad desplegada por los inculpatos enviados por el comandante de un frente de las FARC en procura de ubicar a un periodista al cual debían dar muerte, previo el recibo de la bomba y una vez rondaron en varias ocasiones por el lugar en busca del momento propicio para realizar la agresión, sólo constituye el punible de porte de explosivos, sin tener en cuenta

que en el caso en concreto, de una parte, sólo faltó que los agresores colocaran la bomba en el vehículo cuando subiera a él la víctima y, de otra, que el bien jurídico de la vida del periodista sí estuvo expuesto al peligro, pues de no ser por la llamada de la ciudadanía a las autoridades y la aprehensión de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* y *LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA*, muy seguramente estos habrían alcanzado a culminar la ejecución del delito y conseguir su propósito.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que no hay lugar a la casación del fallo cuyo estudio congrega la atención de la Sala.

3. La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización.

En atención a que en su primera intervención, *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* manifestó haber actuado en cumplimiento de órdenes impartidas por el comandante del Frente 53 de las FARC, es pertinente abordar la temática referida a la responsabilidad, tanto de quien da la orden como de quien la acata, de conformidad con los preceptos de la Ley 599 de 2000.

Para el mencionado propósito se tiene que el artículo 29 de la referida legislación dispone:

"Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento".

"Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte".

"También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta

punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado".

"El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible".

A su vez el inciso 2° del artículo 30 establece:

"Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción".

De los anteriores preceptos se deduce que tiene la condición de autor, tanto quien realiza la conducta (autor material), como aquél que domina la voluntad de otro y lo objetiva como instrumento de su propósito criminal (autor mediato).

También incluye el legislador la coautoría material propia y la impropia. La primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo, como cuando cada uno de los coautores hiere letalmente y con el propósito de causar la muerte a la víctima.

La otra, la coautoría material impropia, tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división de trabajo, figura también denominada "*empresa criminal*", pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, como cuando alguien finge ser víctima de un ataque dentro de las instalaciones de un banco y distrae la atención de los vigilantes, mientras sus compañeros toman poder de la situación y consiguen apropiarse ilícitamente de dinero.

A su vez, dentro de la misma preceptiva puede efectuarse un cotejo entre la determinación y la autoría mediata. En aquella se establece una relación persona a persona a partir de una orden, consejo, acuerdo de voluntades, mandato o coacción

superable entre el determinador y el determinado (autor material), dado que ambos conocen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento realizado, pero sólo éste tiene dominio del hecho, motivo por el cual, también ambos responden penalmente de la conducta hasta la fase en que se haya cometido.

Por su parte, en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado "*el hombre de atrás*" o el que "*mueve los hilos*") y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a "*persona objetivada*" o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que sólo el autor mediato conoce de la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra –salvo cuando se trata de inimputables– bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En efecto, hay casos en los que el ejecutor sí responde, como ocurre cuando el autor mediato utiliza a inimputables, quienes responden penalmente al serles impuestas medidas de seguridad.

Autores como el profesor alemán Claus Roxin incluyen una tipología adicional dentro de la figura de la autoría mediata, y es aquella relativa a la condición de quien actuando como jefe de un aparato organizado de poder, imparte una orden, pues sabe que alguien de la organización –sin saber quién– la ejecutará, de modo que "*el hombre de atrás*" no necesita recurrir ni a la coacción ni a la inducción en error o al aprovechamiento de error ajeno (hipótesis tradicionales de la autoría mediata), puesto que, además, tiene certeza en que si el ejecutor designado no cumple con su tarea, otro la hará, es decir, que el autor inmediato resulta fungible y, por tanto, su propósito será cumplido.

Sobre este tema se impone recordar que recientemente la Sala en un caso que guarda algunas semejanzas con el aquí analizado puntualizó:

"Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo".

"En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal".

"En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las 'políticas' del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar".

"Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos

según la división preacordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias. No es, como suele entenderse, que cada uno sea autor sólo de la parte que le corresponde en la división del trabajo; ya que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento común y una voluntad que también es común y por ello, el delito que recaiga en ese marco de acción, pertenece a todos como a sus autores".

"Quizá, un entendimiento equivocado de esa temática, llevó al Tribunal Superior a concluir erróneamente que los integrantes del Comando Central del ELN son responsables únicamente por trazar 'políticas' de ataques terroristas a la infraestructura petrolera, pero no así de las voladuras concretas de los oleoductos, que, serían atribuibles sólo a sus ejecutores. Y tal conclusión es incorrecta, porque parte de suponer que los directivos del grupo armado ilegal se limitan a trazar líneas de pensamiento político, como si ignorase que tales directrices también son de acción delictiva; y que para su materialización consiguen recursos, los administran, los adjudican a los planes operativos concretos y asignan prioridades a las gestiones de ataque al 'enemigo' o simplemente para el adoctrinamiento o la supervivencia cotidiana del grupo".

"De otra parte, cuando existe división del trabajo criminal, para predicarse la coautoría impropia, no se requiere –como piensa el Tribunal Superior– que hasta los más mínimos detalles de las tareas que a cada uno corresponden, deban ser previamente determinados con la aquiescencia de todos".

"Un 'experto' en instalar artefactos explosivos no necesita recibir instrucciones minuciosas. Es más, él puede seleccionar el tiempo, modo y la ubicación que estime adecuados y no por ello desarticula el vínculo de coautoría con los restantes partícipes que aportaron su gestión para lograr el delito común. En ello consiste precisamente la división del trabajo según la habilidad o especialidad de cada quien, todo para lograr una finalidad

ilícita compartida; ya que, si así no fuera, indistintamente cualquiera acudiría a realizar las diversas acciones, caso en el cual la intervención plural podría no ser necesaria"³ (subrayas fuera de texto).

De lo expuesto, en punto del caso objeto de estudio observa la Sala que la orden de causar la muerte al periodista *Yamid Amat Ruiz* de Caracol, impartida por el comandante del Frente 53 de las FARC a los acusados, como acertadamente lo manifiesta la Procuradora Delegada en su concepto, no incide de manera alguna en la declaración de su responsabilidad penal, dado que actuaron libremente y con conocimiento de la antijuridicidad de la misión dispuesta por "Romaña", amén de que no tienen la condición de meros ejecutores instrumentales de aquél como autor mediato dentro de la concepción tradicional, pues quienes pertenecen a una organización guerrillera, como aquí se constató respecto de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ*, tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan.

Además, respecto de los mandos o cabecillas de la organización se observa que tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad por los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron, sin que, entonces, haya lugar a la configuración del instituto de la determinación.

4. Responsabilidad del autor material en tratándose de aparatos organizados de poder al ejecutar órdenes generales ('desde arriba') o específicas ('cara a cara').

Ab initio impera recordar, que fue el juzgamiento del Teniente Coronel Adolf Eichmann por el Tribunal de Jerusalén en 1961,

³ Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad. 23815.

el que planteó la necesidad de pensar en un mayor alcance para las figuras de la autoría mediata y la determinación con ocasión de los programas de exterminio masivo adelantado por la Alemania nazi bajo órdenes de Adolfo Hitler.

En efecto, el 15 de diciembre de 1961, el Tribunal de Jerusalén condenó a Eichmann como autor de los crímenes por los cuales fue acusado, argumentando para ello que se trataba de la figura de la "*autoría mediante aparatos organizados de poder*", caracterizada porque la persona ubicada en la cabeza imparte la orden, desconoce quién la ejecutará, pero confía en que algún miembro de la organización la cumplirá (fungibilidad del ejecutor), sin que el denominado "*hombre de atrás*" precise de acudir a la fuerza o al error dentro de la concepción tradicional de la autoría mediata.

Ya desde 1963 y a partir del caso Eichman, el profesor Roxin introdujo en la dogmática tal categoría, en virtud de la cual, cuando dentro de un aparato organizado de poder, generalmente de orden estatal, sus miembros cometen delitos en cumplimiento de órdenes impartidas por rangos superiores dentro de la jerarquía de la organización, también tendrán la calidad de autores, y más exactamente de autores mediatos, quienes impartieron tales ordenes, en cuanto controlan la organización y por tanto, les asiste mayor responsabilidad que los autores directos.

En tal planteamiento precisó que, dada la fungibilidad del autor material, el "*hombre de atrás*" desconoce quién será el que finalmente ejecute la orden impartida, pero es evidente que tiene el dominio del hecho, en cuanto le asiste certeza en que por el control que tiene del aparato organizado, su voluntad se cumplirá, motivo por el cual se trata de un autor mediato.

Entonces, con fundamento en la teoría sucintamente reseñada se pretende extender al "*hombre de atrás*" la atribución de que con sus órdenes está tomando parte en la ejecución del hecho, tanto en sentido literal como jurídico penal⁴.

⁴ La Cámara Federal en Argentina empleó en sentencia del 9 de diciembre de 1985 la teoría de Roxin, a fin de condenar como autores mediatos a los

Es oportuno señalar, que los críticos de la tesis de la coautoría material impropia para quienes dan la orden y los que la ejecutan, aseveran que con tal postura no se tiene en cuenta que la autoría mediata se estructura verticalmente de "*arriba abajo*", encontrándose el autor mediato en la parte superior y el ejecutor instrumental en la parte inferior, mientras que la coautoría se organiza horizontalmente "*cara a cara*" (tareas similares y simultáneas).

Ahora, al verificar si el planteamiento anterior resulta aplicable al caso objeto de estudio, sin dificultad observa la Sala, de un lado, que no se discute aquí acerca de la responsabilidad de quien impartió la orden de ocasionar la muerte al periodista, sino la que corresponde a quienes dieron inicio a la fase ejecutiva de la conducta encaminada a tal propósito, sin cumplir su cometido, gracias a la oportuna intervención de la autoridad policial.

Y de otro, que como ya se dilucidó en el numeral segundo de las consideraciones, en tales situaciones, la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división de trabajo⁵, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin, de manera que ninguna incidencia tienen tales planteamientos en punto de la conducta aquí analizada.

5. La investigación separada del delito de porte de artefacto explosivo dentro de este asunto.

La Procuradora Delegada plantea en su concepto que la decisión del Tribunal de compulsar copias con destino a la autoridad judicial competente para que se investigue por separado el delito

Comandantes de sucesivas Juntas Militares que tuvieron el poder desde 1976 con relación a los homicidios, secuestros, torturas y robos que en cada caso fueron comprobados. Por razones de votación de los Magistrados, finalmente se los condenó como cómplices necesarios.

⁵ Partidario de esta tesis es el profesor Günther Jakobs.

de porte de explosivos, consagrado en el artículo 365 del Código Penal actual, constituye un atentado al principio de cosa juzgada, en atención a que dicho comportamiento fue ponderado al tipificar el atentado contra la vida del periodista como agravado, conforme a las causales 8ª y 10ª del artículo 104 del Código Penal.

Sobre el particular considera la Sala lo siguiente:

En la resolución de acusación se imputó a los procesados, además del delito de rebelión, el de tentativa de homicidio, agravado por las causales 8ª (con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas) y 10ª (si se comete en persona que sea o haya sido servidor público, *periodista*, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello).

Como el artefacto explosivo que fue hallado en poder de uno de los acusados, iba a ser utilizado para acabar con la vida del periodista de la Cadena Caracol, esa situación permitía deducirles, además, la circunstancia contenida en el numeral 3º del artículo 104 del Código Penal consistente en que el homicidio se cometa por medio de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo.

En el capítulo II del Título XII, que trata de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, se encuentran consagradas las conductas punibles de tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (art. 358) y de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos (art. 365).

Como esa circunstancia no se incluyó en el pliego de cargos, resulta completamente viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo. Conviene recordar que el legislador consagró tal conducta como delito autónomo, en orden a garantizar la convivencia y a prevenir la puesta en peligro de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el orden público, entre otros.

Por tanto, concluye la Sala que no se trata de un hecho ya juzgado, porque el análisis de los funcionarios judiciales en torno al artefacto explosivo estuvo encaminado a establecer la responsabilidad de *JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ* frente al delito de rebelión y a determinar la finalidad terrorista del homicidio. En ningún momento examinaron la conducta desde el punto de vista del riesgo objetivo que su tenencia comporta para la colectividad, ni la consecuente afectación del bien jurídico de la seguridad pública, como supuesto de hecho del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Código Penal.

Por las razones precedentes, la Sala no accederá a la solicitud de la Procuradora Delegada, orientada a que se revoque la orden de compulsar copias dispuesta por el Tribunal Superior de Bogotá.

De acuerdo con todo lo anterior, considera la Sala que no se advierte dentro del trámite o en el fallo objeto del recurso, violación de derechos o garantías de los procesados, como para que tal circunstancia impusiera el ejercicio de la facultad oficiosa que sobre el particular le confiere el legislador en punto de asegurar su protección, motivo por el cual no se dispondrá la casación del fallo atacado ni se modificará en modo alguno lo decidido por el *ad quem*.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SALVAMENTO DE VOTO
Magistrado Alfredo Gómez Quintero

Mi desacuerdo con el criterio mayoritario de la Sala, radica en que los elementos consagrados en el artículo 27 del Código Penal no concurren a cabalidad y por esa razón no es posible predicar que la conducta de los procesados JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA constituye tentativa de homicidio agravado.

No puede perderse de vista que los justiciables fueron aprehendidos en un establecimiento público ubicado a tres cuadras de las instalaciones donde funciona la Cadena Caracol, con un potente explosivo, situación que por sí sola no alcanza la connotación de *actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta punible*. Si bien es cierto que el artefacto sería utilizado para atentar contra el señor Yamit Amat, el comportamiento que hasta el momento de la captura habían desplegado los infractores, no alcanzó a poner en peligro la vida del periodista.

Esto, porque cualquier exteriorización del agente no puede calificarse como componente del delito, sino solamente aquellas que entrañen una *relevante amenaza o lesión al bien jurídico tutelado*, y que se conocen como *actos ejecutivos*.

Manifestaciones que se pueden confundir con los *actos preparatorios*, y que hacen relación a todas aquellas actividades que el sujeto activo dispone para emprender su actividad criminal pero que, como tal, no son punibles dada su irrelevancia frente a la lesión de los bienes jurídicos, a menos que el legislador las haya consagrado como delitos autónomos.

Para la configuración de la tentativa es prioritaria la determinación de *actos ejecutivos* o, *actos idóneos e inequívocamente dirigidos* a poner en peligro, de los cuales no da cuenta la foliatura.

Es que la *idoneidad* de los actos, no es predicable simple y llanamente de los medios utilizados, sino de la conducta objetivamente desplegada por el autor para la consecución del resultado

típico. La *equivocidad* o *univocidad* hace relación a la aptitud y suficiencia de los actos, según la experiencia, para la producción de la conducta punible.

A partir de ese referente teórico, insisto en que los justiciables no alcanzaron a poner en peligro la vida del periodista, porque para ese efecto debían realizar varias acciones; la primera, esperar a que el vehículo pasara por el lugar donde se encontraban; la segunda, adherir el explosivo a una de las puertas del vehículo en que se movilizaba el personaje y, la tercera, activar el artefacto. Si, para el momento de la captura, se encontraban esperando el paso del automotor, no es posible derivar un grado de aproximación al momento consumativo del homicidio, porque aún les faltaba a los infractores poner en marcha todas las demás actividades que, por la oportuna llegada de los policiales no pudieron realizar.

La inidoneidad del *comportamiento* asumido por los procesados para conseguir el fin propuesto, que en este caso surge incuestionable, no se puede confundir con la idoneidad del *elemento* que se utilizaría para atentar contra el periodista.

Menos aún se puede derivar la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado a partir de otras circunstancias que los juzgadores apreciaron como indicativas de la responsabilidad de los acusados, como la cercanía de estos a las instalaciones de la Cadena caracol y la moto en que pretendían huir, porque en ese análisis se dejó de considerar la principal misión, consistente en la ubicación del artefacto en el sitio donde lo tenían planeado.

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado Javier Zapata Ortiz

Con el respeto que profeso a las decisiones de la Sala mayoritaria, comedidamente salvo mi voto, porque desde mi punto de vista, cuyo horizonte se fija en el derecho penal constitucionalizado, no es factible afirmar que los procesados, JHON JAIRO

BITRAGO GONZÁLEZ y LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA incurrieron en el delito de *tentativa de homicidio* agravado.

En el presente asunto, probablemente, debido a que el implicado, JHON JAIRO BITRAGO GONZÁLEZ confesó ser miembro del grupo armado ilegal FARC y que su misión consistía en asesinar un periodista de la Cadena Radial Colombiana (Caracol), la Sala mayoritaria dejó de lado toda la doctrina y la jurisprudencia reiterada, que desarrolla la exigencia constitucional del *derecho penal de acto*, para conceder mayor importancia al *derecho penal de autor*; y, por ello, en atención a que ese grupo se caracteriza por el despliegue de atentados con utilización de artefactos explosivos, la Sala no constató lesión o puesta en peligro efectiva contra la vida del periodista, sino que anticipó la protección a ese bien jurídico, en una forma que la normatividad vigente no autoriza; y, entonces, tomó por actos ejecutivos de un homicidio, los que no eran más que actos preparatorios y, por ende, no se adecuaban típicamente en la modalidad tentada.

Creo en la posibilidad de distinguir entre preparación y ejecución en un discurso de justicia que aporte criterios razonables para deslindar esa puntillosa distinción.

"Las proposiciones del derecho no son principios lógicos superiores que se puedan deducir jurídicamente. Ellos reflejan originalmente experiencias de moral social a que se les da forma jurídicamente" (*Herbert Waider, Berlín, 1970, pág. 35, citado por Sergio Politoff*).

La respuesta depende, en efecto, de si el fundamento de la punibilidad en la tentativa se hace residir en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, como quieren las variantes del paradigma objetivo; o si lo que se castiga en la tentativa es la actuación de una voluntad enemiga del derecho, como pretenden las teorías que pertenecen al modelo subjetivo, que es, a no dudarlo, la que se ensaya en la posición mayoritaria en el presente caso. En este sentido el sólo esperar a que aparezca la víctima significa, en cuanto actuación de una voluntad hostil

al derecho, ya un hecho de puesta en ejecución suficiente para que haya tentativa; o, si, por el contrario, el énfasis aparece colocado sobre el peligro para el bien jurídico, es necesario que exista a lo menos cercanía de la víctima para que un observador objetivo pudiera establecer una estrecha conexión espacial y temporal entre el acto de estar a la espera de la víctima con el tipo delictivo de que se trate.

Una interpretación pura o fundamentalmente subjetiva no corresponde al espíritu del Código Penal, concebido con arreglo al criterio liberal que exige una afectación real en el mundo exterior, constatable en la forma de daño o de peligro.

Se habla de injusto, así sea en la modalidad tentada, cuando concurren a la vez el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Los meros actos preparatorios indican un principio de desvalor de acción; y si no se da inicio a la ejecución a través de actos idóneos e inequívocos, no podrá existir lógicamente desvalor de resultado, pues será imposible constatar la lesión o puesta en peligro efectivo para el bien jurídico tutelado.

Me preocupa sobremanera y por ello me vi precisado a salvar el voto, que la decisión mayoritaria comporta dos problemas esenciales: i) la expansión por vía jurisprudencial de las categorías dogmáticas hacia extremos que no le corresponden (*la tentativa a los actos preparatorios*) y ii) la anticipación de la respuesta protectora de la norma, sin constatar lesión o riesgo para el bien jurídico considerado en concreto, por estimar que el implicado es peligroso (*retorno al derecho penal de autor*).

Pertenecer al grupo armado ilegal, viajar a Bogotá, diseñar el explosivo, estudiar la rutina de la víctima y esperar la hora del ataque en una pizzería, son actos preparatorios del homicidio planeado.

Los últimos actos, las rondas por el lugar y la espera en la pizzería, además de ser preparatorios, de ninguna manera fueron idóneos en el sentido que exige la tentativa; y tan no lo fueron, que la "*actitud sospechosa*" hizo que un ciudadano llamara a la

Policía y que unidades de esta Institución reaccionaran para neutralizar a los implicados.

En Colombia no son punibles ni la confección de la idea criminal, ni lo que piense quien quiere delinquir, ni los actos preparatorios, salvo que estos constituyan una conducta punible autónoma, como por ejemplo, adquirir una arma sin permiso de autoridad competente. La conducta empieza a producir consecuencias penales a partir del momento en que se despliegan actos *idóneos* e *inequívocos* dolosamente encaminados a la producción del resultado criminal.

De otra parte, la antijuridicidad que reclama la estructura del delito no es meramente formal, sino material, verificable en cada caso específico en la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico. Cosa que aquí no sucedió, pues la presunta víctima siempre estuvo indemne, ni siquiera se enteró del atentado en su contra, precisamente porque no empezó a ejecutarse; y vino a conocer los pormenores posteriormente, cuando fue llamado por las autoridades para enterarlo del asunto.

No se desconocen las dificultades para calificar algunos comportamientos delictivos. Sin embargo, para una solución como la aplicada por la mayoría, sería necesaria la modificación de la Carta y de la ley, sin que pueda compartirse la interpretación que se hizo en el fallo y que no cabe en la sistemática jurídica actual, que en la práctica conlleva a la ampliación del ámbito protector del tipo penal de homicidio, para extenderlo a través de la tentativa, en aplicación de criterios de peligro y de autor, a quienes no desplegaron actos que indicaran inequívocamente que iniciaron la ejecución de esa conducta punible.

El estudio de la Constitución Política de Colombia enseña que todo el sistema jurídico está destinado a proteger bienes jurídicos y no sólo la vigencia del mismo derecho (*normativismo puro al estilo de Günther Jakobs*). Vale decir, si un comportamiento se aparta del deber funcional o legal, pero no lesiona o pone en peligro algún bien tutelado por la ley, entonces ese comportamiento no es relevante para el derecho penal.

En el Preámbulo de la Carta, que tiene reconocida fuerza normativa y vinculante, se expresa que la Constitución se expide con el fin de. *"asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz"*. Todo el ordenamiento jurídico colombiano gira en función, no de sí mismo, como si se tratara de promover un normativismo a ultranza, sino para el servicio de la dignidad humana y de sus más caros y sentidos bienes. Corrobora tal aserto, que en el artículo 2° la Norma Superior expresa en modo diáfano que *"las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas la personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades."* En otras palabras, a través de su gestión, las autoridades deben proteger los bienes jurídicos de las personas, y no sólo la vigencia del derecho, por el derecho mismo.

Como la Constitución Política también reafirma el principio *pro libertatis*, y concede la facultad a las personas de disfrutar de sus derechos hasta el límite del derecho de los demás⁶, es claro que no cualquier comportamiento en contra de la ley será sancionable, sino aquellas acciones u omisiones culpables que pasen por el tamiz del principio de antijuridicidad material, pues si no existe lesión o puesta en peligro de un bien, no es legítimo que las autoridades intervengan para aplicar una pena, como se hizo en el presente caso, donde sólo se comprobaron actos de preparación para un eventual homicidio, pero no se verificó que hubiese iniciado su ejecución a través de acciones idóneas e inequívocas.

Probablemente, quienes sostienen que la Constitución Política de Colombia resiste un sistema normativo fuerte, que propugna por la defensa del derecho mismo antes que por la protección de bienes jurídicos, toman como marco de referencia el artículo sexto de la Carta, que estipula lo siguiente:

"Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.

⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 95, numeral 1.

Al parecer, e interpretando en modo aislado el precepto constitucional, debido a que todos respondemos por infringir la Constitución y las leyes, entonces, en tal mandato Superior estaría la fuente del "*normativismo puro*" en Colombia.

Quienes así piensan, no encuentran necesario el principio de antijuridicidad material, porque, según ellos, es suficiente que una persona se aparte de la Constitución o de la Ley, con culpabilidad, para que pueda ser sancionada.

La última apreciación es incompatible con la legislación vigente. A partir del balance constitucional, terreno jurídico donde ha de resolverse la cuestión, se infiere que en Colombia todo el derecho sancionador, sea cual fuere su estirpe (*administrativa, penal, disciplinaria, fiscal, etc.*), participa y debe participar de la noción de bien jurídico protegido, y, por ende, si el comportamiento contrario a derecho no lesiona o pone en peligro algún bien que la ley proteja, entonces ese comportamiento de acción u omisión no será sancionable, por no ser antijurídico, o por no conllevar ilicitud sustancial.

Cuando se trata de homicidio, las conductas que lo intentan empiezan a ser punibles a partir de la realización de actos idóneos e inequívocos para su ejecución; antes de ello no se genera antijuridicidad material (*ni lesión ni puesta en peligro efectivo*) y por ende, no es atinado predicarse la tentativa ni imponerse una sanción.

En los anteriores términos doy a conocer las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto.

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado Mauro Solarte Portilla

Comparto las determinaciones del fallo de casación en cuanto resuelve no casar la sentencia objeto del recurso extraordinario y, en consecuencia, mantener incólume la decisión adoptada

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el sentido de condenar al procesado JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ a la pena principal de doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión como autor penalmente responsable del concurso de delitos de rebelión y tentativa de homicidio agravado, y a LUIS ALBERTO PUERTAS TRIANA, a la pena principal de ciento ochenta (180) meses de prisión a consecuencia de hallarlo coautor penalmente responsable del delito tentativa de homicidio agravado.

Ello por cuanto, como con acierto se precisa en la decisión adoptada por la Sala, "en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado, pues los inculcados habían dado comienzo de ejecución al punible al realizar actos socialmente adecuados y unívocamente dirigidos a su pretensión delictiva, que se concretan en arribar al sitio, ubicar el vehículo, portar el explosivo listo para ser activado, acechar por largo tiempo a su víctima y sólo esperar el momento en que ésta abordara el automotor, para proceder a acercarse, adherir el artefacto y provocar la explosión".

Discrepo, no obstante, de algunas consideraciones plasmadas por la mayoría de la Sala en el fallo, y en tal sentido particularmente me parece que resulta innecesario calificar de *"viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo"* y asumir de antemano *"que no se trata de un hecho ya juzgado, porque el análisis de los funcionarios judiciales en torno al artefacto explosivo estuvo encaminado a establecer la responsabilidad de JHON JAIRO BUITRAGO GONZÁLEZ frente al delito de rebelión y a determinar la finalidad terrorista del homicidio. En ningún momento examinaron la conducta desde el punto de vista del riesgo objetivo que su tenencia comporta para la colectividad, ni la consecuente afectación del bien jurídico de la seguridad pública, como supuesto de hecho del tipo penal consagrado en el artículo 365 del Código Penal"*.

A este respecto debo precisar que cuando consentí con mi voto la decisión de veintiocho de septiembre de dos mil seis mediante

la cual la Sala dispuso correr traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto en torno, entre otros aspectos, a la eventual concurrencia entre el delito de homicidio agravado y el porte de explosivos como causal de agravación, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 31, 104.3 y 365 del Código Penal de 2000, fue sobre dicho supuesto y en manera alguna con la finalidad de admitir que la Sala se halla facultada para revisar la decisión de expedir copias adoptada por el ad quem.

Esto por la sencilla razón de que la decisión de compulsar copias para que se investigue una presunta conducta punible, ha reiterado la jurisprudencia, no es impugnabile ni revisable, pues sólo refleja el cumplimiento de un deber legal.

A este respecto no puedo menos que recordar la pacífica jurisprudencia de esta Corte según la cual es práctica usual en los estrados judiciales que por razones de economía procesal se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido (Cfr. entre otras, casaciones de agosto 3 de 1995 y julio 3 de 1996, mayo 20 de 2003, y febrero 24 de 2005).

Considero, en este sentido, que resultaba suficiente a los fines de la casación precisar, como así se hizo, que *"como el artefacto explosivo que fue hallado en poder de uno de los acusados, iba a ser utilizado para acabar con la vida del periodista de la Cadena Caracol, esa situación permitía deducirles, además, la circunstancia contenida en el numeral 3° del artículo 104 del Código Penal consistente en que el homicidio se cometa por medio de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del Libro Segundo"*.

Otro tipo de pronunciamientos, relativos a la viabilidad o no de la decisión de expedir copias para poner en conocimiento de la

autoridad competente un hecho considerado, en principio, como punible que deba ser investigado de oficio, me parece, no deben ser objeto de valoración por los superiores funcionales del servidor que la adopta, en razón a que una tal determinación corresponde al cumplimiento de preceptos de orden público, por ende inamovibles, en cuanto con la orden judicial el funcionario se limita a acatar el imperativo de dar noticia del hecho, siendo el funcionario competente, por la naturaleza del hecho, a quien han de corresponderle las copias, el que ha de tomar la decisión que en derecho corresponda sobre el fondo del asunto de que da cuenta la noticia.

Son estas breves consideraciones las que me obligan aclarar mi voto a la decisión mayoritaria.

B. COMENTARIO

1. Introducción.

La presente exposición busca hacer un estudio de la sentencia acabada de transcribir y de los salvamentos y la aclaración de voto, en cuanto abordan no sólo la problemática del comienzo de ejecución de la tentativa –para, de manera sorpresiva, cambiar toda la jurisprudencia precedente sobre la materia y, de paso, abogar por la trasgresión del principio del acto gracias al análisis que de dicha materia hace ese organismo– sino la de los aparatos organizados de poder.

Así las cosas, en primer lugar, se discurre en torno al problema nuclear que debe ser objeto de examen con base en las construcciones doctrinarias sobre el asunto, a cuyo efecto se examina el tema atingente al fundamento de la punición tentativa y al distingo entre actos preparatorios y actos de ejecución; en segundo lugar, una vez sentadas las bases anteriores, la exposición se ocupa de analizar dicha providencia a la luz de esa problemática, para confrontar los planteos en ella consignados con esas construcciones doctrinarias; por último,

se consignan las conclusiones fruto de ese análisis, para el necesario debate que este tipo de decisiones debe suscitar.

2. Del problema nuclear.

La doctrina de la tentativa, señala el Profesor C. ROXIN, instala a la ciencia del Derecho penal ante un problema central: la delimitación entre la preparación y la tentativa¹; expuesto de otra forma: la demarcación entre actos preparatorios y actos de ejecución. Este asunto es de suma importancia, máxime si se advierte que su solución determina, ni más ni menos, la punibilidad o la impunidad del comportamiento realizado²; con toda razón, ha dicho el Profesor CEREZO MIR que *"El problema fundamental, desde el punto de vista político-criminal, consiste en determinar desde qué momento debe intervenir el Derecho penal, dónde debe situarse la línea de separación entre actos impunes y actos punibles"*³.

Al respecto, conviene decir que la respuesta a este asunto ha sido objeto de enormes disputas y, cierto es, *"ha servido para un crudo enfrentamiento entre diversas posiciones doctrinarias"*⁴. Desde luego, la Sala de Casación Penal no ha sido ajena a esta discusión como se verá al hacer el examen de la sentencia sometida a debate.

Por supuesto, antes de determinar cuál es el criterio que gobierna la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución en nuestro Derecho penal, se hace imperioso volver la mirada sobre las construcciones teóricas que discurren acerca del fundamento de la punición de la tentativa. Esta última discusión se torna necesaria para, a partir de ella, sentar las bases de cara al debate en torno a dicho asunto; así mismo, se busca dejar sentado un planteamiento que –desde el plano dogmático– sea coherente y sólido, sin perjuicio –claro está– de las disputas que ello pueda suscitar.

¹ Cfr. ROXIN, *La Teoría del Delito en la discusión actual*, pág. 391.

² Ibid.

³ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal Español*, Tomo III, pág. 177.

⁴ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, 3ª ed., pág. 478.

3. Del fundamento de la punición de la tentativa.

Como bien se sabe, son diversas las posturas que se han ocupado del asunto a lo largo de la historia del Derecho penal. En primer lugar, las *teorías subjetivas* han dicho que lo decisivo a la hora de punir la tentativa es la voluntad delictiva o la peligrosidad del autor; esta concepción, como se puede ver, es propia de un Derecho penal de autor y, a la postre, no formula ningún razonamiento diferenciador, por lo que identifica el acto tentado y el acto consumado⁵.

En segundo lugar, las *teorías objetivas*⁶, en una de sus más reconocidas formulaciones, basan el fundamento jurídico de la punición de la tentativa en la peligrosidad del ataque realizado por el agente para el bien jurídico objeto de tutela⁷, de lo que se desprende la necesidad de distinguir entre actos de preparación y actos de ejecución, negando de contera trascendencia alguna a la tentativa inidónea⁸.

En tercer lugar, las *teorías mixtas* pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa a partir de la combinación de los mencionados criterios, con base en una postura sincrética bastante discutible.

En cuarto lugar, la llamada teoría de la impresión⁹, que desde luego también se ubica dentro de las corrientes mixtas¹⁰, basa el

⁵ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 476

⁶ En España constituyen la opinión mayoritaria. Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal*, 6ª edición, pág. 330.

⁷ Cfr. SERRANO-PIEDRAS, "Fundamento de la punición de la tentativa", en *Nuevo Foro Penal* No. 61, pág. 4.

⁸ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 476.

⁹ En efecto, se dice: "El Derecho vigente (Alemania) se comprende mucho mejor desde la óptica de la teoría de la impresión"; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal*, pág. 553. En contra: JAKOBS, *Derecho penal*, pág. 863. Por su parte, C. ROXIN plantea que "el punto de partida es que toda tentativa tiene dos presupuestos conceptuales: una resolución hacia el hecho y el inicio de ejecución", ob. cit. pág. 392.

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, ob. cit., pág. 331.

fundamento penal de la tentativa "*en la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor*"¹¹.

Finalmente, la concepción denominada como *infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo*¹², que se sustenta en un daño a la vigencia de la norma y no en la lesión efectiva de un bien jurídico, por lo cual cree que el fundamento jurídico penal de la punición de la tentativa es exactamente el mismo que el de la consumación¹³.

Por supuesto, al llegar a esta altura del análisis, bien vale la pena hacer una breve digresión acerca del cuál es el fundamento en nuestro Derecho penal de la punición del mencionado dispositivo amplificador. El asunto ha sido también objeto de enconadas polémicas:

De un lado, hay tesis para las cuales tal disputa carece de importancia, debido a que la razón de punición es la misma que puede argüirse para cualquier infracción al ordenamiento jurídico penal¹⁴; así mismo, opinan otros a partir de criterios subjetivos que dicho fundamento descansa en la manifestación de "*la voluntad de producir la ofensa propia de un cierto delito*"¹⁵; finalmente, aparecen las posturas mixtas con predominio del criterio objetivo que, como la del Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ, entienden que "*lo más acertado es partir de una concepción objetivo-subjetiva, para la que el castigo de la figura en examen se justifica en cuanto el agente realiza conductas socialmente relevantes, que buscan el menoscabo de los bienes jurídicos protegidos según el plan concreto del autor; la tentativa, pues, se pune no porque sea una mera manifestación de voluntad sino porque representa una lesión o menoscabo para los bienes jurídicos, producto del comienzo de ejecución de un comportamiento dañoso*"¹⁶.

¹¹ Cfr. ROXIN, ob. cit. págs. 386 y 387.

¹² Cfr. JAKOBS, ob. cit. págs. 863, 864.

¹³ Cfr. SERRANO-PIEDRASAS, ob. cit., pág. 21.

¹⁴ Cfr. ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, 2ª edición, pág. 28.

¹⁵ Cfr. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, undécima edición, pág. 120.

¹⁶ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 533; también, *Manual*, pág. 477.

En el caso colombiano, no cabe duda de que el fundamento de punición emana de la última concepción aludida. Así, pues, lo objetivo está delineado por el principio de ejecución; y, lo subjetivo, atemperado desde luego, por el plan del autor, anclados, naturalmente, en el artículo 27 del C. P.

4. De la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución.

De lo anterior se infiere entonces que también son diversas las posturas en torno a la distinción entre estas dos fases del llamado *iter criminis*, como se muestra en seguida.

Para algunos es imposible intentar la diferencia entre actos de preparación y actos de ejecución porque, según se ha dicho, es un problema similar al de la cuadratura del círculo; se trata, por consiguiente, de las llamadas *teorías negativas*¹⁷. A la inversa, un nutrido grupo de concepciones, pretende todo lo contrario, pues cree posible efectuar el distingo. Así sucede con las teorías subjetivas, objetivas y mixtas.

En efecto, para las *subjetivas* el comienzo de la tentativa se funda en la representación del autor¹⁸; lo decisivo es, pues, la opinión del sujeto acerca de su plan criminal¹⁹. La verdad es que estas concepciones no son otra cosa que un desarrollo consecuente de una fundamentación puramente subjetiva de la punición de la tentativa²⁰, ya esbozada.

Del mismo modo, dentro de las construcciones objetivas deben mirarse dos corrientes diferentes: la *teoría objetivo-formal*, muy difundida en España y abandonada en Alemania²¹, según la cual: "*se debe acudir a los tipos penales previstos en la respectiva ley*

¹⁷ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 479.

¹⁸ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, ob.cit., pág. 557.

¹⁹ Cfr. MIR PUIG, ob. cit., pág. 339.

²⁰ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa del delito y delito irreal*, pág. 228.

²¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 8ª ed., pág. 347.

y precisar, con base en el uso del lenguaje y con fundamento en la consideración natural de la vida, si la acción allí descrita se identifica o no con los actos de ejecución"²². Ahora, si bien esta construcción tiene la virtud, dice el Profesor MIR PUIG, de respetar al máximo el principio de legalidad, también tiene la dificultad de determinar cuándo empieza la ejecución típica²³; por ello, cabe preguntar, ¿Cuándo comienza la acción de matar: al sacar la pistola, al apuntar, al apretar el gatillo?

Así mismo, para la *teoría material objetiva*, serán actos ejecutivos aquellos comportamientos que ponen en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador²⁴, de donde se infiere que el peligro para el bien jurídico es la *ultima ratio* delimitadora de la esfera punitiva²⁵, de suerte que habrá actos de ejecución cuando se ha dado inicio a la acción típica y se ha puesto en peligro el bien jurídico, de lo contrario se tratará de meros actos preparatorios²⁶.

En este estadio de la discusión, es menester determinar cuál es la postura que se debe asumir. Como es natural, y atendido el punto de partida erigido en torno al fundamento de la punición de la tentativa, se debe concebir, de cara el Derecho penal patrio y con la finalidad de deslindar los actos preparatorios de los actos de ejecución, una postura de talante mixto²⁷, con marcada influencia del componente objetivo²⁸, "*en la que se verifique tanto el plan concreto del autor como la realización de actos socialmente relevantes que entrañen, según el contenido del tipo penal concreto, amenaza o lesión de bienes jurídicos*"²⁹, como ha dicho la más elaborada doctrina nacional.

²² Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 479.

²³ Así, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 479; MIR PUIG, ob. cit., 8ª ed., pág. 348; MORENO-TORRES HERRERA, ob. cit., pág. 230.

²⁴ Cfr. CÓRDOBA ANGULO, "La tentativa", en *Lecciones de Derecho penal*, pág. 293.

²⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, 5ª edición, pág. 721.

²⁶ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 480.

²⁷ Cfr. CÓRDOBA ANGULO, ob. cit., pág. 293, para quien estas teorías han sido acogidas con amplitud en nuestro país.

²⁸ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., 2009, en prensa.

²⁹ *Ibíd.*, págs. 480 y 481.

5. Del asunto objeto de debate.

Así las cosas, en la providencia en estudio se discute –al tenor de los cauces de este escrito– si bajo el ropaje de los criterios que gobiernan la figura de la tentativa, los hechos que a continuación se expondrán, corresponden a actos preparatorios o, si por el contrario, constituyen principio de ejecución y por ende tentativa.

Así, entonces, la situación fáctica, bien se puede resumir de la siguiente forma: el día 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 p.m., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en una pizzería de la ciudad de Bogotá a dos personas, la primera de las cuales portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al Frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de la Cadena Radial "Caracol" que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro.

La Sala de Casación Penal, decidió no casar la sentencia impugnada y entendió que, excepto los Salvamentos de voto, los actos realizados por los acusados constituyen principio de ejecución; así, pues, dice el fallo *"en este asunto se configura una tentativa inacabada del delito de homicidio agravado"*. Así mismo, consideró viable la decisión de expedir copias para investigar por separado el porte del explosivo³⁰.

³⁰ En relación con el hecho de que la Sala se haya ocupado de ese tema, la Aclaración de Voto del Magistrado MAURO SOLARTE PORTILLA, establece que estas determinaciones: *"no deben ser objeto de valoración por los superiores funcionales del servidor que la adopta, en razón a que una tal determinación corresponde al cumplimiento de preceptos de orden público, por ende inamovibles, en cuanto con la orden judicial el funcionario se limita a acatar el imperativo de dar noticia del hecho, siendo el funcionario competente, por la naturaleza del hecho, a quien han de corresponderle las copias, el que ha de tomar la decisión que en derecho corresponda sobre el fondo del asunto de que da cuenta la noticia"*.

No obstante, de cara a precisar bien el asunto debatido, debe determinarse, en primer término, cuál es el fundamento de punición de la tentativa. Al respecto, la sentencia objeto de análisis no se ocupa de dicha problemática por lo cual no se señala cuál es la razón de ser de la punición de dicha figura; en todo caso, de sus consideraciones sí se puede inferir a qué postura adhiere, como se verá más adelante. Por lo pronto, debe afirmarse que en pronunciamientos recientes³¹, la Sala de Casación Penal ha entendido que las teorías subjetivas no son el fundamento de la punición de la tentativa de cara al Derecho penal vigente.

Para ilustrar lo afirmado, paradigmático es el siguiente caso sucedido en la Ciudad de Tunja, que fue objeto de análisis por dicha corporación, en cuya virtud un ciudadano que iba a abordar un carro de servicio público fue interceptado por varios sujetos quienes aprovechando su estado de alicoramiento le esculcaron los bolsillos de su pantalón y su billetera, sin encontrarle dinero o bienes de valor. Al respecto, la Sala de Casación Penal absolvió al procesado por atipicidad de la conducta, pues entendió que se trataba de una tentativa inidónea, no punible en el ordenamiento colombiano que, como se sabe, no da cabida a las posturas subjetivas en este ámbito; por ello, no es de extrañar que el ponente de esta decisión haya salvado su voto a la providencia que aquí es motivo de análisis.

Desde luego, cuando en un caso como el del periodista ya mencionado se afirma que hay un comienzo de ejecución de la conducta típica, no cabe duda en el sentido de que se han adoptado las posturas subjetivas en este ámbito; nótese que el magistrado JAVIER ZAPATA ORTIZ, en el Salvamento de Voto, dice: *"si lo que se castiga en la tentativa es la actuación de una voluntad enemiga del derecho, como pretenden las teorías que pertenecen al modelo subjetivo (...) es, a no dudarlo, la que se ensaya en la posición mayoritaria en el presente caso"*; por ello, algún sector doctrinario ha dicho que en

³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del cinco febrero 2007, radicado: 22164, M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

la mentada decisión se da "*cabida a un desenfrenado derecho penal de autor que menosprecia el concepto de bien jurídico*"³².

Ahora bien, en segundo término, téngase en cuenta que según la decisión en examen se sostiene la teoría mixta en torno a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, pues, según se dice, es "*a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo*"³³.

Aquí, conviene detenerse un momento a fin de establecer si en la discusión dogmática el fallo se compadece con la orientación formulada por la Sala de Casación Penal o, si por el contrario, muy a pesar de plasmar teóricamente una visión de tipo mixto, se trata más bien de un planteo que hunde sus raíces en los turbios desafueros de las teorías subjetivas, esto es, se da cabida a un derecho penal de autor.

Por lo mismo, debe precisarse si a partir de las concepciones mixtas hay o no, en el caso *in examine*, comienzo de ejecución. Para ello, se debe estudiar la presencia o no de las dos aristas que dan pie a la construcción de esa elaboración teórica. En primer lugar, debe decirse que de cara al plan del autor desde un ángulo objetivo³⁴, se plantea un criterio de valoración³⁵ de suma importancia: *la inmediatez temporal*, acorde con el cual habrá principio de ejecución de la conducta típica cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos elementos del tipo; en otras palabras, es indispensable "*que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de*

³² Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., 2009, en prensa.

³³ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974.

³⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, ob. cit., pág. 340; MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa del delito*, ob.cit. pág. 234; JESCHECK/WEIGEND, ob.cit., pág. 558.

³⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, 8ª edición, pág. 340.

*que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo proyectado"*³⁶.

En este punto en concreto, el de la inmediatez temporal se repite, dice la sentencia: *"de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar (sic) el artefacto explosivo y conseguir su propósito"; a la inversa, dice el Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, en su Salvamento de Voto: "para ese efecto debían realizar varias acciones; la primera, esperar a que el vehículo pasara por el lugar donde se encontraban (téngase en cuenta que los procesados al ser aprehendidos se encontraban a tres cuadras del lugar donde funciona la cadena radial); la segunda, adherir el explosivo a una de las puertas del vehículo en que se movilizaba el personaje y, la tercera, activar el artefacto"*.

Ahora bien, esbozadas estas dos posturas no resulta difícil determinar si en el asunto en estudio, acorde con dicha pauta, la inmediatez temporal, se habían realizado a plenitud todas las fases previas a la realización del tipo de homicidio o, si por el contrario, los procesados se hallaban en un estadio intermedio, Vr. gr., el de los actos preparatorios.

Al respecto, si se toma como punto de partida una teoría de talante mixto, como la aquí defendida –en la que el analista parte de la perspectiva de un observador objetivo³⁷, así se trate del plan del autor– la conclusión es, sin duda, que los actos realizados lejos estaban del inicio de ejecución, tal y como lo advierte el salvamento de voto aludido; ahora bien, si la tesis se sustenta en el plan del autor sin más, esto es, sin ninguna pauta objetiva, la conclusión es otra: si se acude simplemente a lo que el autor considera, al tenor de su plan, como principio de ejecución, sin

³⁶ Ibid., pág. 341.

³⁷ Así, el Magistrado JAVIER ZAPATA ORTIZ, enfatiza: *"es necesario que exista a lo menos cercanía de la víctima para que un observador objetivo pudiera establecer una estrecha conexión espacial y temporal entre el acto de estar a la espera de la víctima con el tipo delictivo de que se trate"*.

emplear correctivos como el de la inmediatez temporal, cualquier acto se erige en ejecutivo por lo que, de contera, se asumen las conocidas posturas subjetivas en las que decae cualquier interés en cuanto al distingo entre actos preparatorios y principio de ejecución y que, por cierto –sostiene el magistrado JAVIER ZAPATA ORTIZ, en el Salvamento de Voto– *"no corresponde al espíritu del Código Penal"* ni tampoco, indudablemente, a sus letras.

De esta forma, en atención al plan criminal del autor, los hechos examinados no constituyen principio de ejecución al tenor de una teoría mixta con marcado acento objetivo, como lo pregona el estatuto penal; diferente es, desde luego, el desenlace si se razona desde el plano de una teoría subjetiva, para la cual lo decisivo es *"la opinión del sujeto acerca de su plan criminal"*³⁸. Esto último, parece ser confirmado por la Sala cuando señala *"que si tal como lo expresó (el procesado) en su injurada..., es claro que de conformidad con su plan, sólo faltaba que el periodista abordara su automotor, para que los procesados procedieran a colocar (sic) el artefacto explosivo y conseguir su propósito"*³⁹ (resaltado fuera del texto).

Es obvio, si lo que cuenta es la percepción del sujeto acerca de su plan criminal, cualquier acto puede ser ejecutivo; no obstante, si como ya se advirtió, ha de analizarse el plan del autor desde el prisma objetivo, en el caso en estudio no sólo faltaba que el periodista abordara el automotor sino que los procesados de desplazaran tres cuadras (trescientos metros aproximadamente), que pusieran el explosivo y, por si fuera poco, que lo activaran. Ahora bien, una vez examinado el primer criterio, atinente al plan del autor, debe ahora estudiarse el segundo, o sea, el que toca con que el actuar comporte *"la realización de actos socialmente relevantes que entrañen, según el contenido del tipo penal concreto, amenaza o lesión de bienes jurídicos"*⁴⁰. Naturalmente, se trata de determinar si el comportamiento desplegado por los procesados

³⁸ Cfr. MIR PUIG, ob.cit., pág. 339.

³⁹ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974.

⁴⁰ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 481.

comportó o no, una amenaza o lesión al bien jurídico. Véase, en efecto, cuál es el fundamento esgrimido al respecto por la posición mayoritaria de la Sala:

"...respecto de la ocurrencia de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, advierte la Sala que dadas las características del instrumento con el cual se perpetraría la agresión, no era posible que los inculpatos instalaran el dispositivo al vehículo sin que su objetivo de (sic) encontrara dentro del mismo, como ocurre con las "bombas lapa", las cuales se adhieren mediante un imán en la parte baja de los vehículos y son activadas mediante sensores de movimiento, controles remotos, detonadores o temporizadores incorporados al explosivo... En este caso, el ataque consistía precisamente en esperar que el periodista abordara su automotor e inmediatamente acercarse al mismo para adherir el artefacto a la puerta o al techo mediante un imán, retirar la espoleta y huir, pues unos segundos después tendría lugar la explosión, dado que se trataba de "un sistema de ignición ineléctrico de acción directa (halón)"⁴¹.

En contra de dicha postura, en el mencionado Salvamento de Voto del Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, se afirma: *"Si bien es cierto que el artefacto sería utilizado para atentar contra (el señor periodista), el comportamiento que hasta el momento de la captura habían desplegado los infractores, no alcanzó a poner en peligro la vida del mismo. Esto, porque cualquier exteriorización del agente no puede calificarse como componente del delito, sino solamente aquellas que entrañen una relevante amenaza o lesión al bien jurídico tutelado, y que se conocen como actos ejecutivos...Manifestaciones que se pueden confundir con los actos preparatorios, y que hacen relación a todas aquellas actividades que el sujeto activo dispone para emprender su actividad criminal pero que, como tal, no son punibles dada su irrelevancia frente a la lesión de los bienes jurídicos, a menos que el legislador las haya consagrado como delitos autónomos"*⁴². Así, entonces, *"si no existe lesión o puesta en peligro de un bien, no es*

⁴¹ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974.

⁴² Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974, Salvamento de voto.

*legítimo que las autoridades intervengan para aplicar una pena, como se hizo en el presente caso"*⁴³.

Como ya se dijo, entre la conducta llevada a cabo por los procesados y la eventual realización del homicidio planificado, hacían falta varios actos parciales y esenciales que, si bien son censurables desde otras arenas del conocimiento, al tenor del *iter criminis* son actos preparatorios que, salvo contadas excepciones, no son punibles en nuestro derecho penal.

En resumidas cuentas: en el asunto objeto de debate no se satisfizo este cardinal presupuesto, ni tampoco el anterior, por lo cual —de cara al debate— debe decirse que si bien la Sala de Casación Penal opta en el plano teórico por una tesis de carácter mixto, en relación con la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, en verdad, hay en el fondo del asunto una postura que se nutre de corrientes subjetivas como se ha dicho. Nada, pues, más expresivo de tales concepciones que la decisión en comento. En este sentido, anota el Magistrado JAVIER ZAPARA ORTIZ: *"la Sala mayoritaria dejó de lado toda la doctrina y la jurisprudencia reiterada, que desarrolla la exigencia constitucional del derecho penal de acto, para conceder mayor importancia al derecho penal de autor"*⁴⁴.

Por ello, no es una mera coincidencia que en esta providencia se planteen dichas posturas subjetivas, si se tiene en cuenta que también en el texto de la misma —esta vez de manera marginal— también se aborda la problemática de *"La determinación y la autoría directa respecto de las conductas delictivas cometidas por integrantes de una organización"*, a partir de los preceptos que gobiernan esta materia (Arts. 29 y 30 del C. P.), lo cual le permite a la Sala insistir en la inconstitucional construcción de la llamada *"coautoría material impropia"*, que, según se afirma, *"tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media*

⁴³ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974, Salvamento de Voto Magistrado JAVIER ZAPARA ORTIZ.

⁴⁴ *Ibid.*

*división de trabajo, figura también denominada "empresa criminal", pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, como cuando alguien finge ser víctima de un ataque dentro de las instalaciones de un banco y distrae la atención de los vigilantes, mientras sus compañeros toman poder de la situación y consiguen apropiarse ilícitamente de dinero"*⁴⁵. En otras palabras, se trata de una elaboración que desdibuja las fronteras cardinales entre autoría y participación por las que tanto han luchado a través de los años la doctrina y la jurisprudencia, para dar cabida de nuevo a las construcciones subjetivas de antaño y a un concepto extensivo de autor.

Por supuesto, si se parte de la noción de coautoría anclada en el art. 29 del C.P. no es posible tener como coautor del delito de hurto a quien finge *"un ataque dentro de las instalaciones de un banco y distrae la atención de los vigilantes, mientras sus compañeros toman poder de la situación y consiguen apropiarse ilícitamente de dinero"*; todo ello, claro está, a menos que el punto de partida esté abanderado por las teorías subjetivas, propias de un derecho penal de autor como acaba de decirse en precedencia *"que generalmente van de la mano de un concepto extensivo de autor, (donde) la distinción entre autor y partícipe tiene poca trascendencia pues lo importante es determinar quién –causalmente –hablando– ha contribuido a ocasionar el resultado típico sin necesidad de que la contribución al hecho por parte del agente sea constitutiva de una acción legalmente consagrada"*⁴⁶.

Desde luego, el hecho de que en la sentencia objeto de análisis, se erija el caso relatado como paradigmático en relación con la "coautoría material impropia", no es casual, ni mucho menos fruto de azar, sino que ello guarda estrecha coherencia con el punto de partida que –en cuanto a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución– la sentencia comentada

⁴⁵ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974.

⁴⁶ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, 4ª ed., 2009, en prensa.

asume; consecuencia de lo dicho: no sólo en materia de coautoría se afincan las teorías subjetivas, sucede lo propio en torno a la problemática aquí debatida.

6. Conclusiones.

Llegados a esta altura del análisis es pertinente dejar sentadas algunas consideraciones para el debate final, que sólo buscan llamar la atención en torno a estos difíciles desafíos que la dogmática penal plantea, sobre todo cuando los administradores de Justicia se escudan en ella no para fundamentar de manera racional sus decisiones sino, como en el caso que se examina, para legitimar exabruptos que reniegan de los postulados plasmados en la Carta Fundamental y que constituyen el programa penal de la Constitución, que ni es asimilado ni mucho menos respetado.

Es significativa la importancia que tienen las llamadas "Normas rectoras de la ley penal colombiana" como límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado cuando se abordan problemas como el que aquí ha sido discutido en los trazos precedentes. En esa línea de análisis, principios como los del de acto, de lesividad y culpabilidad, entre muchos otros, no se deben desatender como ha sucedido en el presente asunto.

Además, cuando en el caso en estudio se adoptan teorías subjetivas en torno a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, se activa de forma violenta el sismógrafo de nuestro Derecho penal, pues si el principio de acto que es pieza fundamental del mismo se pone en entredicho, qué se puede esperar del resto del andamiaje jurídico penal si a partir de dichas posturas entra en escena el Derecho penal de autor, en franca contravía con la Constitución. Hacer lo contrario, es olvidar que este postulado de clara estirpe constitucional, es un faro inexorable para quienes razonan en estos ámbitos y no se puede desconocer, por más temibles y reprobables que sean los comportamientos realizados por los grupos criminales a los que pertenezcan personas como las que, en el presente caso, fueron

objeto de juzgamiento. Con razón pues, ese postulado "*se constituye en la piedra angular de la moderna construcción dogmática del delito*", como ha dicho el Profesor FERNANDO VELÁSQUEZ⁴⁷.

Así mismo, el principio de lesividad o de la exclusiva protección de bienes jurídicos como lo denomina el Profesor –recientemente fallecido– JUAN BUSTOS RAMÍREZ, enseña que si la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos⁴⁸ esa pauta ha de ser siempre empleada a la hora de hacer el distingo entre actos preparatorios y actos ejecutivos. En ese sentido, el Salvamento de Voto es consecuente al sostener que "*el comportamiento que hasta el momento de la captura habían desplegado los infractores, no alcanzó a poner en peligro la vida del periodista*"⁴⁹. Por ello, bien vale la pena recordar que, como dicen el Profesor IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y sus colaboradores, ese axioma "*no opera sólo en el momento legislativo, de creación del delito, sino también en el de aplicación de la ley penal, exigiendo que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado*"⁵⁰. En fin, cabe concluir, la postura de la Sala desatiende este bastión al considerar como acto ejecutivo un comportamiento que, como se advirtió, no implica la puesta en peligro del bien jurídico y que sólo resulta punible a la sazón de posturas claramente subjetivas en esta materia.

Por último, debe decirse que cuando se estudian casos como el examinado es necesario rescatar el papel de la dogmática jurídico penal para que, como alguna vez dijera el Profesor ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, ella no se vuelva una cuestión de mero albur, pues "*cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite*"⁵¹;

⁴⁷ Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual*, pág. 45.

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 46.

⁴⁹ Cfr. C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia del ocho agosto 2007, radicado: 25974, Salvamento de voto Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

⁵⁰ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal*, pág. 57.

⁵¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene futuro la Dogmática Penal?*, pág. 27.

y, por supuesto, para que la racionalidad –siempre necesaria cuando de administrar Justicia Penal se trata– no abandone a los administradores de Justicia. Pobre servicio, pues, le prestan al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica, decisiones como la ya examinada.

Bibliografía.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO/LUIS ARROYO ZAPATERO/NICOLÁS GARCÍA RIVAS/JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ/JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS: *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Madrid, Edit. Praxis, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Derecho penal*. Tomo I, Fundamentos del Derecho penal y Teoría del delito y sujeto responsable, 2ª ed., Bogotá, Edit. Leyer, 2008.

CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de Derecho penal Español*, Parte general. Tomo III, Madrid, Edit. Tecnos, 2001.

COBO DEL ROSAL, MANUEL/TOMÁS SALVADOR, VIVES ANTÓN: *Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1999.

CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL: *La tentativa*, en *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *¿Tiene futuro la Dogmática Penal?*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho penal*, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS, WEIGEND: *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Granada, Edit. Comares, 2002.

MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA: *Tentativa del delito y delito irreal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1999.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general. 8ª ed., Madrid, Edit. Reppertor, 2008.

— *Derecho penal*, Parte general. 6ª ed., Madrid, Edit. Reppertor, 2003.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal*, Parte general, undécima ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989.

ROXIN, CLAUDIUS: *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Lima, Edit. Jurídica Grijley, 2007.

SERRANO-PIEDRASAS JOSÉ RAMÓN: "Fundamento de la punición de la tentativa", en *Nuevo Foro Penal* No. 61, Bogotá, Edit. Temis. 1999, págs. 3-31.

VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2007.

—*Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1995.

—*Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

