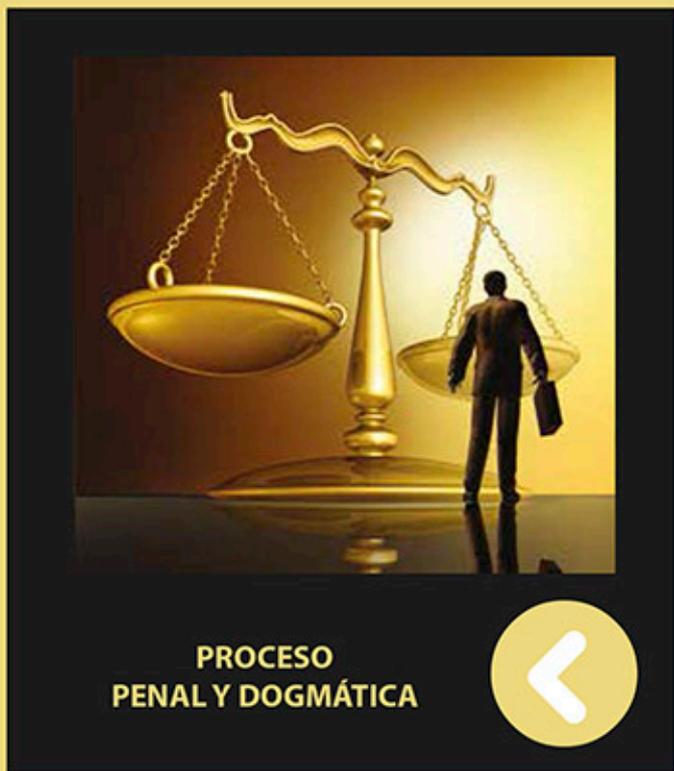


Cuadernos de Derecho Penal



PROCESO
PENAL Y DOGMÁTICA



11



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Penal

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

Cuadernos de Derecho Penal

11

(Enero-Junio de 2014)

PROCESO PENAL Y DOGMÁTICA

Director:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinador:

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ.

Gestora Técnica:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Doctrina

- El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días. *Juan Luis Gómez Colomer.*
- El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Ana Milena Díaz González.*
- Hábeas corpus 797-3. *Fernando M. Machado Pelloni.*
- La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado. *Andrés Felipe Díaz Arana.*

Jurisprudencia

- Posición de garante y funciones militares. *Fernando Velásquez Velásquez.*

Bibliografía

- Ambos, Kai (Coord.) AA.VV. Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. *Juan Sebastián Calderón Bareño.*
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

Entrevista

- Profesor John A. E. Vervaele. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 11

DIRECTOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

GESTORA TÉCNICA

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

José Hurtado Pozo

Alfonso Cadavid Quintero

Ricardo Molina López

Juárez Tavares

Fernando Velásquez Velásquez

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

Guillermo Portilla Contreras

Lotario Vilaboy Lois

Carlos Augusto Gálvez Bermúdez

COMITÉ CIENTÍFICO

Emiliano Borja Jiménez

Luis E. Chiesa Aponte

Juan Luis Gómez Colomer

Walter Perron

John D. Vervaele

Ricardo Posada Maya

Kai Ambos

Renzo Orlandi

CONSEJO ASESOR

Álvaro Vargas

Mario Trapani

Nodier Agudelo Betancur

Oscar Julián Guerrero Peralta

Hernán Gonzalo Jiménez Barrero

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Claudia Helena Serje Jiménez

Hernando León Londoño Berrío

André Scheller D' Angelo

Christian Wolffhügel Gutiérrez

Renato Vargas Lozano

CORRECTOR DE ESTILO

Fernando Velásquez Velásquez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Maruja Esther Flórez Jiménez

DISEÑO CARÁTULA

Maruja Esther Flórez Jiménez

IMAGEN DE PORTADA

Shutterstock.com

Fecha de edición: enero-junio de 2014

Queda prohibida toda reproducción por cualquier

medio sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda. Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131. www.usa.edu.co

Fax: 3177529

Correo: cuadernos.der.penal@usa.edu.co

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

ISSN: 2027-1743

Contenido

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. DOCTRINA	
- El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días. <i>Juan Luis Gómez Colomer.....</i>	13
- El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. <i>Ana Milena Díaz González.....</i>	35
- Hábeas corpus 797-3. <i>Fernando M. Machado Pelloni.....</i>	89
- La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado. <i>Andrés Felipe Díaz Arana.....</i>	113
III. JURISPRUDENCIA	
- Posición de garante y funciones militares. <i>Fernando Velásquez Velásquez.....</i>	169
IV. BIBLIOGRAFÍA	
- Ambos, Kai (Coord.) AA.VV. Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. <i>Juan Sebastián Calderón Bareño.....</i>	231
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación. <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.....</i>	236
V. Entrevista	
- Profesor JOHN A. E. VERVAELE. <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.....</i>	241

I Presentación



Es satisfactorio presentar a la comunidad académica el número once de la Revista en el cual, a lo largo de sus habituales secciones, se consignan diversos estudios que –como sucedió también en los dos últimos números– han sido objeto de revisión por parte de evaluadores, en la modalidad de par ciego, cuyos dictámenes ayudan a fortalecer el proceso de selección. Es más, como fruto de esta ardua tarea –iniciada desde el número nueve– encaminada a lograr la indexación de la publicación, en esta oportunidad se dan a conocer a los lectores, autores y comunidad académica en general, la nueva cuenta de correo electrónico: cuadernos.der.penal@usa.edu.co y el sitio en internet: <http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/index.htm> de la revista, éste último permite al lector interesado acceder a la versión en formato electrónico de todos los números. Una cosa más, se debe añadir: a partir de ahora se adopta el sistema de citación establecido por la American Psychological Association (APA) con base en el cual, sin falta, deberán construirse todos los trabajos que aspiren a ser publicados aquí.

Así las cosas, la habitual sección doctrinal incorpora cuatro artículos: el primero, intitulado El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la revolución francesa a nuestros días, confeccionado por el Profesor Juan Luis Gómez Colomer quien hace una importante reflexión acerca de la necesidad de garantizar la autonomía del poder judicial y los cánones necesarios para lograr ese cometido tomando como punto de referencia, principalmente, a Colombia y España. El segundo, denominado El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación, es obra de la egresada de la Maestría en Derecho Ana Milena Díaz González quien con él obtuvo su grado; allí se hace una oportuna reflexión sobre este axioma de cara a precisar si, en definitiva, se puede afirmar que el mismo es uno de los pilares del actual modelo procesal vigente en el país.

Del mismo modo, en tercer lugar, se consigna el artículo Hábeas corpus 797-3 que es obra del Profesor Fernando M. Machado Pelloni, quien destaca la importancia de esa garantía como instrumento por excelencia para la protección de la libertad, cuando esta se ve amordazada por los abusos de la autoridad. Para concluir, se da cabida al trabajo intitulado La relevancia de los llamados 'conocimientos especiales' en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado, estudio elaborado por el Abogado y Filósofo de la Universidad de los Andes, Andrés Felipe Díaz Arana, quien hace un análisis de las diversas tendencias doctrinales sobre ese asunto y le apuesta a una definición de construcción propia.

La sección de jurisprudencia se dedica a la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día cinco de junio de dos mil catorce (2014) en el caso de la Masacre de Mapiripán, en contra el General del Ejército colombiano Jaime Humberto Uscátegui Rodríguez; esa decisión es objeto de un análisis crítico por parte del suscrito Director.

Asimismo, la sección Bibliográfica destaca dos obras: la primera, coordinada por el Profesor Doctor Kai Ambos, intitulada Justicia de transición y constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional, cuya reseña hace el abogado Juan Sebastián Calderón Bareño. La segunda, se centra en el texto del profesor Carlos Arturo Cano Jaramillo intitulado como Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación, a cargo de la profesional Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.

Y, para culminar, la entrevista de esta entrega se destina al connotado catedrático y, recientemente, designado Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP, el Profesor John A. E. Vervaele quien, para fortuna de los estudiosos del Derecho Internacional Penal y de los Derechos Humanos, continúa adelante con sus investigaciones y sus valiosos aportes; esta sección ha sido confeccionada al impulso de la actividad de nuestra Gestora Técnica, la Señora Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.

Por supuesto, no se puede dejar pasar esta oportunidad sin mencionar un hecho luctuoso que enluta hoy al Derecho penal mundial. Se hace referencia al fallecimiento, en Frankfurt, el pasado nueve de enero de 2014, a la edad de 73 años y como consecuencia de algunas difíciles dolencias que lo aquejaron durante los últimos años, de ese gran teórico de estas disciplinas que fue Winfried Hassemer;

él se destacó como Profesor de Teoría del Derecho, Sociología Jurídica, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Frankfurt am Main y, por doce años, magistrado y vicepresidente de la Corte Constitucional alemana.

Un gran intelectual que, a lo largo de cuarenta y cinco años, dedicó toda su vida académica a investigar sobre los fundamentos del Derecho penal, la Sociología criminal, los problemas de la defensa penal en la teoría y en la práctica, las reglas y los métodos de la praxis judicial, la formación jurídica, la protección de datos, el Derecho constitucional y el Derecho penal. Todo ello, le mereció recibir plurales galardones y doctorados honoris causa en España, Portugal, Grecia, Brasil, China e Italia, nación esta última que a través de la Universidad de Florencia lo distinguió, en 2001, como Protagonista della Cultura Giuridica Europea.

Sus múltiples, concisos y brillantes libros, artículos de Revista, contribuciones en libros colectivos y conferencias, fueron publicados tanto en lengua alemana como en otros idiomas, en especial el español que, según dijo en Lección pronunciada en la Universidad española Pablo de Olavide –que lo investió con el título de Doctor Honoris Causa en 2005–, es “el que menos mal hablo entre los idiomas extranjeros”. La influencia de las concepciones de este estudioso a lo largo de las últimas décadas en el pensamiento penal de su país y, por supuesto, en el del mundo de habla asiática, hispana y portuguesa, ha sido inmensa.

Él abanderó –al lado de ese gran pensador italiano que es Luigi Ferrajoli– una concepción democrática del Derecho penal que lo puso durante este largo período como el más importante defensor alemán del garantismo penal, en la línea de la llamada Escuela de Frankfurt. El Derecho penal, dijo en la citada *Lectio*, “(...) no consta sólo de conminaciones penales y prohibiciones; sino también de seguridad y de concesión de garantías a las personas que pueden ser juzgadas y condenadas en un proceso penal (...) La Administración de Justicia penal tiene que proteger esos derechos fundamentales”.

El Derecho penal colombiano, por supuesto, no ha sido ajeno a los influjos filosóficos de la obra y el pensamiento de Hassemer, como lo prueba tanto el hecho de que sus textos sean material obligado de consulta por parte de toda la academia patria, como que algunos de ellos hayan sido publicados por la Universidad Externado de Colombia, la Editorial Temis y la Revista Nuevo Foro Penal a la que,

hasta el momento de su muerte, perteneció como miembro de su Consejo Consultivo.

Como ha dicho en la página web oficial el Ministro de Justicia alemán, Heiko Maas, con Winfried Hassemer se ha perdido a un gran pensador en el ámbito del Derecho; por ello, esta temprana muerte deja una inmensa sensación de pesar entre todos los estudiosos que veían en él a un gran pensador liberal (con L mayúscula) no en el sentido partidario sino filosófico, como defensor que fue de las libertades ciudadanas, de la tolerancia social y del Estado de Derecho.

Con él desaparece un gran profesor, uno de esos que deja una huella imborrable entre sus alumnos, pues como dijera un discípulo suyo al comentar la noticia de su muerte en el periódico *Der Spiegel*: “A todos los demás profesores de entonces los he olvidado, a él no. Era extremadamente competente, lleno de entusiasmo y, algo muy importante, una persona muy divertida, llena de humor. Cada tres minutos se reía de forma sincera”. Sin duda, una pérdida muy dolorosa tanto para sus seres queridos como para quienes entienden la libertad de la persona como uno de los valores supremos, fundante de cualquier organización social democrática.

Desde luego, esta presentación, no podía culminar sin agradecer también a los lectores y a todos los colaboradores por su valioso apoyo; el mismo, que abriga la continuidad de este proyecto académico, impulsado desde sus inicios por el Señor Rector, el Doctor Rodrigo Noguera Calderón. Para la consecución de esas metas, este equipo de trabajo continúa adelante con su labor en procura del fortalecimiento del debate académico serio, respetuoso de las garantías del Estado Social de Derecho, a través de la presentación de contenidos de alta calidad.

Fernando Velásquez V.
Director.

II Doctrina



El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días –una historia de utopías, mitos y realidades–

*Juan Luis Gómez Colomer**

Resumen

El texto consigna una importante reflexión acerca de la autonomía del Poder Judicial, a cuyo efecto toma como marcos de referencia a Colombia y España; se advierte que, si bien, existe cierta independencia del sector Judicial, ésta ha sido sometida y superada por el poder Político, lo cual lleva a su autor a cuestionarse si ese cometido es un mito o una realidad. De esta manera, se busca identificar las garantías sobre las cuales deben edificarse los sistemas judiciales, para lograr una separación real entre la política y la justicia, con énfasis en una clara división de poderes.

Palabras Clave

Administración de justicia, comunidad autónoma, democracia, división de poderes, Estado de Derecho, independencia judicial, poder judicial, poder ejecutivo, poder político, soberanía.

Introducción

“Sois inamovibles en vuestro cargo, porque sois responsables de vuestros actos”. Esta frase, atribuída al jurista liberal español Eugenio Montero Ríos, quien fue Ministro de Gracia y Justicia a finales del siglo XIX y Presidente del Gobierno a principios del

* Texto de la conferencia impartida por el autor en la inauguración de la VI Cohorte de la Maestría en Derecho, Línea de Derecho Procesal Penal, codirigida por él y el Profesor Fernando Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), el día 28 de febrero de 2014.

siglo XX, pone el dedo en la llaga y reitera como indiscutible, que responsabilidad e independencia judicial, caminan juntas; ambas, constituyen uno de los pilares esenciales del funcionamiento imparcial del Poder Judicial, así como una de las bases de la Democracia, pues sin jueces justos no hay Estado de Derecho. La evolución de su práctica nos lleva, sin embargo, a cuestionarnos si estaremos ante una utopía o ante un mito; porque la realidad se desmiente cada día, prácticamente en todo el mundo. Permítanme exponerles en el tiempo concedido unas reflexiones al respecto.

La utopía: ¿Qué es la independencia judicial?

De independencia judicial en sentido aprehensible por la ciudadanía, hoy únicamente puede hablarse a partir de la Revolución Francesa (1789). Lo que se trataba en aquel entonces, como hoy, era ubicar al nuevo juez en el nuevo Estado, o lo que es lo mismo, al Poder Judicial como tercer poder del Estado; según la aceptada y ejercida concepción del Barón de la Bréde en la Democracia, acorde con los principios que la sostienen.

No es difícil en este sentido, dar un concepto de independencia judicial admisible universalmente, si se atiende al ideario revolucionario francés. Aunque las soluciones propuestas en ese país se corresponden, como es lógico, con un determinado momento histórico; de ahí la relatividad con que deban contemplarse. El problema es más bien otro, a saber, analizar cómo se ha desarrollado y desarrolla ese concepto y sobre todo, cómo se ha practicado en los países que para nosotros constituyen un referente jurídico de primer orden, como también en aquellos en que vivimos y se desarrolla nuestra actividad profesional.

El Estado democrático moderno, se organiza políticamente por decisión libre de sus ciudadanos, distribuyendo sus potestades de gobierno en tres poderes: El Poder Ejecutivo (Administrativo o Político), el Poder Legislativo y el Poder Judicial, que ocupa el tercer lugar. España y Colombia han seguido este modelo al pie de la letra.

Sin embargo, pensar que el Poder Judicial estuvo y que se mantiene, al mismo nivel que los otros dos poderes, es desconocer la realidad; es algo inalcanzable ahora. En suma, es una utopía, porque los poderes verdaderamente importantes fueron, son y serán, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en este orden.

A pesar de lo anterior, si existe el Poder Judicial es por algo, y esa degradación cualitativa que ha sufrido y sufre no debería estar justificada. ¿De dónde surge el concepto Poder Judicial? la explicación es histórica y debemos mirar de nuevo hacia la Revolución Francesa: al establecerse políticamente el principio de la división de poderes, se quiso determinar con exactitud quién era el titular de la soberanía, para garantizar la libertad del ciudadano frente al poder absoluto, lo cual, implicó deslindar la función de legislar de las funciones de gobernar y de juzgar.

En ese momento histórico y en ese país (Francia), originariamente se pensaba que el Poder Judicial, sería un instrumento eficaz para acabar con la monarquía absoluta; a partir de la defensa de la libertad y mediante la aplicación de la ley. Como bien lo ejemplifica la famosa frase del propio Montesquieu (1995, p. 77), el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley.

Sin embargo, ¿Cómo se configuró el Poder Judicial inicialmente? Pues, ciertamente, no como un verdadero poder del Estado, sino como un falso poder; no equiparable a los demás, porque se partió de una gran desconfianza hacia los tribunales. De ahí que se atribuyera su titularidad, en un principio, al pueblo, quien elegía a sus Jueces por un tiempo. Con ello, se logró realmente que el Poder Ejecutivo se apoderara del Poder Judicial (con Napoleón); considerándose que juzgar era parte de gobernar. El Poder Judicial se tornó así sólo en una administración como otra cualquiera; la Administración de Justicia.

La Revolución Francesa muestra claramente, que el Poder Judicial, configurado con propósitos de controlar a los otros dos poderes, fue rápidamente absorbido por el Poder Político –nada proclive a ser controlado, y menos por un poder no elegido democráticamente–. Estas ideas, también pasan a España a lo largo del siglo XIX, otorgándose al Juez, de manera adicional, la consideración de funcionario administrativo; permitiéndose que fuera movible fácticamente por el Ministro de Justicia de turno (Ley Orgánica del Poder Judicial, 1870). Ello influyó en América, porque ésa es precisamente la época de mayor influencia legislativa Española en el Nuevo Mundo.

Desde cierta perspectiva y con estas bases, comienza en el siglo XX una importante lucha del Poder Judicial por el mantenimiento de la potestad inherente a él, independiente del Poder Ejecutivo y Judicial. Al mismo tiempo, comienza otra, no menos importante

lucha, de sus miembros por la propia identidad, negándose a denominarse servidores públicos como los demás, afirmando su propia independencia frente a todos los ciudadanos. La bandera de su existencia deja de ser nacional, para convertirse en la bandera de la independencia; la única que garantizará su subsistencia.

¿Qué hubo de hacerse en ese proceso de cambio para conseguir que el Poder Judicial fuera un verdadero Poder? Hacer que el Poder Político, presionado la mayor parte de las veces por los agentes sociales, creyera en él, proclamando formalmente que existe un Poder Judicial y regulándolo como tal. Se le deja, entonces, al mismo nivel que el Poder Político y Legislativo; como un verdadero tercer Poder del Estado. Esto únicamente sucede en mi país, España, tras la Constitución democrática de 1978, que sienta las bases del gran cambio frente a la dictadura Franquista.

En Colombia el advenimiento de la Democracia, implica las mismas tendencias, convirtiéndose la Constitución Política de 1991 y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1996, en las manifestaciones más claras en este sentido.

El punto de partida fue fijar el concepto de poder político (del Estado), como aquel que se deriva de la soberanía, para explicar cómo, el Poder Judicial, es parte del mismo y cómo se relaciona con los otros poderes del Estado, lo cual sólo tiene sentido dentro del Estado democrático.

Es necesario resaltar, que no basta con la concepción formal de Democracia, sino que debe existir además, una cultura democrática y una creencia cívica en su viabilidad, atendiendo su propio valor. La realidad muestra que los ataques a la independencia judicial son constantes y letales, también, en las democracias más consideradas. Estamos volando dentro de turbulencias apreciables, en ciertos casos con tramos insoportables; algunos, parece que las justifican expresamente frente al terrorismo y el crimen organizado, argumentando que el Estado debe defenderse como sea de los enemigos. Otros callan y luego asienten, aceptando con normalidad que haya menos garantías procesales. Mal camino en ambos casos: pues, acecha el mal.

Si se mantiene una postura autoritaria o de asentimiento tácito, uno de los principios que inmediatamente se resiente es el de la independencia judicial, porque al Estado sólo interesan jueces activos políticamente en su defensa. Jueces sin rostro, apolíticos

(pero en verdad los más politizados), premiados con ascensos y altas responsabilidades.

En su concepción revolucionaria francesa, la independencia es advertida como el principio garante de que el juez, únicamente, estará sometido a la ley a la hora de resolver el conflicto o imponer la pena. Sin embargo, este concepto se mantiene poco tiempo porque se quiere controlar políticamente esa aplicación de la ley.

En la actualidad, constitucionalmente la independencia judicial, es un principio subjetivo del poder judicial que aísla a sus miembros en el cumplimiento de su función, de los demás poderes. La verdadera independencia sigue implicando quedar sometido únicamente a la ley; como lo advierten tanto la Constitución Española¹ –que lo proclama directamente–, como la Constitución Colombiana. Esta última, en su artículo 228, utiliza la formulación indirecta, anticuada y confusa de decisiones independientes de la Administración de Justicia; y en el artículo 230 dispone mucho más certeramente que: “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”².

El mito: El juez no es un ser aislado

En el mundo del Derecho Procesal nos estamos acostumbrando a que ciertos principios, máximas, reglas esenciales o valores, se conviertan por diferentes razones en un mito. El mito es la atribución a alguien, o a algo, de una cualidad o excelencia que no tiene; ejemplos en lo procesal, sería el principio de oralidad, o la misma presunción de inocencia. ¿Es la independencia judicial en ese sentido un mito también?

En el Poder Judicial, el juez, es el encargado constitucionalmente de aplicar la ley; cuando resuelve los conflictos jurídicos de los ciudadanos o impone la pena que corresponde al delito cometido. Para un correcto ejercicio de esa función, se requiere cierto aislamiento, no sólo de carácter subjetivo; rodeándolo de aquellas garantías que más refuercen su independencia, sino también objetivo; enmarcándolo en una concepción democrática del Estado, que favorezca su suprema posición decisora del conflicto o de la pena.

Esta posición de aislamiento, de vivir en una burbuja que prevenga de cualquier infección, no es generalmente soportable por el Poder Político, el cual, solamente en una democracia sana y fuerte,

puede ser obligado (con garantías) a respetar absolutamente al Poder Judicial –ante cuyo desconocimiento queda sujeto a sanciones gravísimas, que pueden hacerle tambalear e incluso caer–. En las democracias débiles, el Poder Judicial es el que primero sucumbe, porque es el más moldeable, el mejor controlable y el menos poderoso en definitiva.

El Poder Político es sutil, no suele ser, en una democracia, amigo de enfrentamientos directos por el control de los otros dos poderes del Estado. Para controlar al Poder Judicial, históricamente se ha valido de dos instrumentos muy efectivos: negar la existencia de una verdadera carrera judicial y negar la inamovilidad judicial.

Esos dos instrumentos han atacado directamente al Juez independiente, responsable e imparcial, porque el ciudadano que sea juez o que desee serlo, sabe que determinados puestos únicamente podrá ocuparlos durante un período de tiempo determinado y que su plaza nunca estará segura; ya que podrá ser trasladado a otro lugar o a otro órgano jurisdiccional inferior. Por ello, aunque constitucionalmente la independencia judicial implique quedar sometido únicamente a la ley, no debe traer como consecuencia que el juez quede aislado o marcado socialmente por serlo.

Frente a las posibles agresiones del Poder Político indicadas, las democracias sólidas suelen establecer, al máximo nivel legal, una serie de garantías que le protejan y hagan viable. De lo contrario sería muy fácil convertir el concepto de Poder Judicial en mero papel mojado. El inconveniente es que no todas las democracias regulan la carrera judicial, como si lo hacen España y Colombia (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996, art. 156-175)³.

Esas garantías, de amplio reconocimiento internacional, presentan variantes y matices en cada país, como es lógico, pero persiguen lo mismo: proteger al juez cuando juzgue y mantener su independencia. Suelen distinguirse diversas garantías y, sólo por el tiempo concedido, me detengo en las más importantes:

– El legislador constitucional establecen en primer lugar una serie de garantías frente a los demás poderes del Estado, de manera tal que el Poder Judicial se encuentra en una posición ideal para cumplir con sus funciones. Así, por ejemplo, la ley prohíbe que se puedan dictar reglamentos interpretativos de las leyes por las cortes supremas.

Otra garantía en esta línea, es que ni el Gobierno, ni la Administración, ni el Poder Legislativo, ni entidad pública alguna, puedan dictar instrucciones que regulen el Poder Judicial, ni mucho menos condicionar sus decisiones mediante actuaciones concretas. En Colombia existe esta garantía en el artículo 5 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual prevé en su párrafo que: Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

Así mismo, con mayor fuerza normativa, el artículo 257.3 de la Constitución Política, contiene una previsión que puede ser peligrosa, y es que el Consejo Superior de la Judicatura tiene como una de sus funciones, la de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia; relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador (Véase. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996, art. 85).

Derivando lo anterior, en un control político o político-judicial del Poder Judicial, a consecuencia del cual no hay independencia.

– También, en segundo lugar, frente a la propia ley hay garantías: Toda la materia procesal debería aprobarse mediante ley y no permitir reglamentos, ni de la Corte Suprema, ni de nadie (en América es frecuente lo contrario, por ciertas vicisitudes históricas en las que no puedo entrar). Sin embargo, también hay matices, singularidades, que permiten cierta flexibilidad interpretativa; siempre conveniente para adaptar estas graves cuestiones a las peculiaridades de cada país. El problema, es que algunos de ellos pueden afectar a la independencia y sus garantías, lo cual conlleva a que el sistema se pueda derrumbar y los jueces de un país dejen de ser independientes. Por ello, en mi opinión, debe haber los siguientes mínimos intocables:

– Establecimiento de una verdadera carrera judicial (sin ella la independencia no está en absoluto garantizada), lo que implica una regulación legal muy clara del ingreso, permanencia, ascenso, suspensión y jubilación de los jueces y magistrados dentro del escalafón judicial. La clave está en el ingreso, porque si no se establecen

criterios objetivos que demuestren la capacidad y mérito del aspirante, el peligro de nepotismo (nombramiento de familiares, de amigos y de los inquebrantables del gobernante) es más que evidente. Un sistema de concurso-oposición, en el que el candidato a juez, además de sus méritos, ingrese por sus conocimientos jurídicos, es siempre bien recibido.

En Colombia, estos temas son controlados por el Consejo Superior de la Judicatura, sin que se pueda decir que exista una verdadera carrera judicial en términos comparatistas europeos (Constitución Política de Colombia, 1991, art(s). 255 y 256). En el país, los jueces de ingreso son generalmente egresados de Facultades de Derecho que aprueban una oposición (evaluaciones) y un curso de formación judicial (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996, arts. 160, 164 y 168). Los magistrados de apelación y de la Corte Suprema tienen normas especiales (Constitución Política, 1991, arts. 231 y 232).

– Ausencia de decisión política en la atribución de los puestos para la magistratura más elevada, (tribunales de apelación, tribunales de casación y cortes supremas).

Este aspecto resulta muy común en América Latina, lo cual representa un serio inconveniente para la afirmación positiva de la independencia judicial. Limitar, por ejemplo, a ocho años el período de disfrute del cargo de Magistrado de la Cámara o Sala (Civil o Penal), de la Corte Suprema, como ocurre en Colombia, sin posibilidad además de reelección (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 233), y además hacer depender ese nombramiento de la respectiva corporación, a partir de unas listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 231), no sólo es excluyente, sino que aumenta el riesgo de politización de los elegidos. Los nombramientos puede que ya no dependan de sus méritos y capacitación, sino de sus relaciones políticas.

– Establecimiento de un régimen de incompatibilidades claro e indubitado (v.gr., prohibición de ser abogado al mismo tiempo).

– Regulación de las prohibiciones en igual forma: por ejemplo, el juez no puede pertenecer a un partido político.

Tanto en este caso como en el anterior, se trata de ser más que la mujer del César, de manera tal que, en general o para el caso concreto, quede excluido el juez sobre el que recaigan determinadas

circunstancias objetivas o subjetivas que puedan perjudicar su imagen independiente e imparcial. Los ejemplos puestos son significativos. El problema no es establecer en la norma esas incompatibilidades y prohibiciones⁴, sino hacerlas realmente efectivas cuando surjan o se manifiesten. Por ejemplo, el juez no puede pertenecer a un partido político.

– Disfrute de un salario digno, desde los niveles iniciales de la judicatura.

Éste es el principal problema, (aunque no insalvable) porque un juez bien pagado tiene tendencia a no corromperse. Sin embargo, la mayoría de los países no son ricos, o están inmersos claramente en crisis económicas prolongadas y duraderas, lo que impide salarios altos. Es necesario entonces, hacer un esfuerzo por mejorar la situación económica, sobre todo de los jueces de ingreso, porque la independencia judicial lo exige.

Con todo, la protección más importante es la inamovilidad judicial. Esto, porque garantiza que sentencien lo que sentencien, los jueces, únicamente podrán ser trasladados, suspendidos, expulsados o jubilados de la carrera judicial, por las causas previstas legalmente –entre las que nunca estará, la de no ser simpático o dócil al poder ejecutivo o legislativo–.

En caso de existir un órgano de gobierno de los jueces en un país, como ocurre en España, o en Colombia con el Consejo Superior de la Judicatura (previsto en la Constitución Política, en los artículos 254 a 257); la ley garantiza la inamovilidad precisamente frente a sus decisiones. Lo que implica que el consejo judicial correspondiente no puede, por ejemplo, irrumpir ilegalmente en el ejercicio de la función jurisdiccional para trasladar o suspender al juez porque las decisiones de este, no agradan al Poder Político. El artículo 152.5 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (1996), establece como uno de los derechos del juez colombiano, el de: “Permanecer en su cargo mientras observe buena conducta, tenga rendimiento satisfactorio, no haya llegado a la edad de retiro forzoso, y en las demás circunstancias previstas en la ley”. Más claro y terminante, habría sido proclamar sin ambages la inamovilidad judicial como principio garante de la independencia.

En caso de no existir en el país un órgano como el mencionado anteriormente, la inamovilidad, legalmente consagrada, opera frente

a todos los Poderes del Estado en función de la injerencia sufrida. Sin embargo, la extensión de esa inamovilidad varía de país en país. Algunos, aunque la reconocen expresamente, en realidad la vulneran en sus propias normas o la desconocen en la práctica. Colombia no la respeta en su órgano judicial ordinario más importante; aunque sí en la justicia de instancia. La Corte Suprema de Justicia, como indicamos *supra*, limita su mandato a ocho años (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 233). Establecer una duración temporal del cargo judicial es un severo correctivo del principio de inamovilidad, pues en esencia la está negando. El juez, no por ello es un ser aislado de la sociedad en que vive, sino protegido, que es muy distinto.

La realidad: El poder de juzgar es el más importante

¿Qué está sucediendo en la práctica? ¿Cuál es la realidad sobre la independencia? En mi opinión, el poder de juzgar es el más importante de los tres poderes del Estado. Porque sin jueces verdaderamente independientes, no hay democracia.

Las claves del Poder Judicial en una democracia, deben ser la independencia y la imparcialidad anexa a ella, así como la responsabilidad; constituyendo las anteriores, las dos caras de la misma moneda. Recordando la frase inicial, de que los jueces son independientes porque son responsables, permite afirmar que la independencia y la responsabilidad son así reconocidas, en casi todas las constituciones democráticas.

Con estos supuestos, se pretende asegurar que el juez al decidir, será justo, objetivo e imparcial; que se cumplirá ese anhelo, tan respetable de todo justiciable, de que quien decida su caso reúna esas cualidades. El juez, tiene que ser ajeno al conflicto que se somete a su decisión.

Ahora, cabe una precisión de carácter internacional: sabedor el constituyente de la fortísima posición pública que puede significar en la realidad social un Poder Judicial independiente, lo instituye constitucionalmente responsable, pero esto no es una mera declaración retórica, sino que se establecen tres clases de responsabilidad, atinentes a lo siguiente:

– La disciplinaria, en caso de cometer el juez un ilícito administrativo (exigible administrativamente, pero el juez no es un funcionario, al menos no es el típico funcionario).

– La civil, en caso de responsabilidad civil del juez por daños causados dolosa o culposamente al ejercer la función jurisdiccional (exigible jurisdiccionalmente por esa vía).

– La penal por haber cometido el juez delito en el ejercicio de sus funciones (también exigible jurisdiccionalmente pero en la vía penal, en muchos países con una protección previa que opera como filtro para excluir actuaciones vengativas, como era el caso de España hasta 1995, o lo es ahora el de Guatemala, de acuerdo con el art. 206 de su Constitución Política de 1993). En otros países la garantía de protección se supone que consiste en el enjuiciamiento por órganos que en realidad no son jurisdiccionales, por ejemplo, en Colombia, pues los magistrados de la Corte Suprema, entre otros altos cargos, son enjuiciados por el Congreso de la República (arts. 116. II de la Constitución Política y 178 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

En Colombia, la potestad disciplinaria frente a los jueces, la tiene el Consejo Superior de la Judicatura (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 1996, art. 256.3).

La verdad, sin embargo, es que este diseño teórico de la independencia, admisible por todos en principio, no existe como tal en la realidad práctica, o todavía no hemos llegado a que el poder de juzgar sea ejercido verdaderamente por jueces independientes al cien por ciento.

En la mayor parte de los países, el juez tiene más de funcionario administrativo que de miembro de un poder independiente del Estado. Por ello, los ataques a su independencia son más fáciles y frecuentes. Citaré algunos ejemplos de ello, todos muy graves:

– Nombramiento político (por el Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, o por ambos, o por el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Poder Judicial conjuntamente) de los jueces inferiores (ingreso controlado en la carrera judicial, como ocurre en Colombia con los altos cargos judiciales, art. 231 de la Constitución, a cargo de corporaciones que los nombran de listas remitidas por el Consejo Superior de la Judicatura).

– Control político (por los mismos poderes del Estado) del ascenso (o juez de apelación).

– Nombramiento político de los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

– Cambios de destino jurisdiccional efectuados discrecionalmente sin sujeción a norma alguna, muchas veces con una clara vulneración del principio del juez legal o juez ordinario predeterminado por la ley⁵.

Todo lo anterior, implica en realidad que no haya una separación nítida entre Política y Justicia; pues en esos casos la carrera judicial (si existe), aparenta ser sólo una variante de la carrera política del magistrado, y si no existe, parece el camino o trampolín ideal para algo mejor. La consecuencia lógica de ese sistema, no debe ser otra que, para ascender y progresar dentro del escalafón judicial, hay que ser un juez sumiso y obediente.

Un ejemplo de los problemas expuestos: La opción político-legislativa española por la independencia judicial

Para que vean que el diseño de la independencia y responsabilidad judicial, no es una entelequia intelectual de un investigador encerrado en su despacho, sino algo muy real, les hablaré ahora de lo que pasó en España. Esto último, cuando hubo que abordar, al terminar la dictadura y empezar la democracia, la regulación del juez como Poder Judicial en el nuevo sistema; el cual, presenta una particularidad espectacular al afrontar el tema de la independencia judicial desde una perspectiva absolutamente novedosa.

En efecto, una de las decisiones más importantes que debió adoptar la clase política española en el tránsito de la dictadura a la democracia (1975-1978), fue la de dotar de singularidad política y jurídica a las diferentes realidades y sensibilidades existentes en España. Lo anterior, no sólo con reconocer legalmente todos los partidos políticos de claro origen y finalidad democráticas –e integrarlos en la ardua tarea de transitar adecuadamente hacia la plena democracia–, sino también (y esto es más importante de lo que parece a la vista de la evolución que se ha producido), reconocer explícitamente y encauzar en un nuevo modelo de Estado, los territorios, históricos o no, pero que tradicionalmente han conformado España desde finales del siglo XV; denominados reinos, principados, marquesados, condados, o simplemente regiones o provincias, algunos con más peso que otros, pero todos ellos claramente identificados.

Esta última decisión, dio origen a la reserva en la Constitución democrática de 1978, título XVIII, artículos 137 a 158, ambos inclusive. El título, comprende todo un texto dedicado a la nueva confi-

guración política de los territorios, que unidos conforman España y que pasaron a denominarse comunidades autónomas. Sin perjuicio de otras disposiciones dispersas en la propia Constitución, que hacen referencia política o jurídica a ellas.

En total son diecisiete comunidades (más dos ciudades autónomas). Cada una con sus particularidades propias, pero con el común denominador de disponer de los mínimos instrumentos políticos, jurídicos, sociales y económicos necesarios para desarrollarse y contribuir con ello a la mejora y progreso del Estado de España, sin la cual ni se entienden, ni tiene sentido su existencia jurídica.

Ese complejo entramado normativo que la Constitución diseña, parte de esa idea central, consensuada y apoyada por todos los partidos políticos de representación nacional en esos momentos. El mencionado título, establece, tras la formulación de unos principios generales y unas pocas reglas dedicadas a la Administración local, las normas básicas por las que se rigen las comunidades autónomas.

Establecida la base (el común denominador), el pensamiento fundamental del legislador constituyente fue que la comunidad autónoma se tradujera, desde el punto de vista organizativo, en un reflejo del Estado, si no idéntico, al menos bastante parecido. Adicionalmente, se autorizó en dicha comunidad, la constitución de un poder legislativo y de un poder ejecutivo propios (Constitución Española, 1978, art. 152). No se quiso, sin embargo, el cumplimiento cabal de la división de poderes de Montesquieu (referida al inicio de esta intervención), porque las comunidades autónomas no tienen un poder judicial propio. El poder judicial en España es único (Constitución Española, 1978, art. 117.5).

Este hecho indiscutible; esa realidad jurídica irrefutable, constituye una de las cuestiones clave del principio de la independencia judicial y su observancia en la práctica, a la vista de este diseño político del Estado en España.

Así, una pregunta inicial debemos hacernos inmediatamente, una vez constatada la inexistencia de poderes judiciales propios en las comunidades autónomas: ¿Por qué no quiso el legislador constituyente español (de 1978) que las comunidades autónomas tuvieran un poder judicial propio? No olvidemos que el negar dicho poder en la comunidad autónoma, fue un hecho indiscutido en su momento y que la amplísima mayoría que obtuvo el Sí,

en el referéndum del día 6 de diciembre de 1978 (más del 88 % de los votantes), demostró indubitadamente que eso era lo que querían los españoles, independientemente de los detalles en que se pueda discrepar legítimamente. Lo esencial de la propuesta de Constitución, y por tanto la inexistencia de poderes judiciales autonómicos, fue aceptado como tal sin discusión.

Pues bien, en mi opinión, la razón fundamental por la que se estimó no conveniente la existencia de un poder judicial propio en las comunidades autónomas, no fue ni jurídica, ni de otra índole, v.gr., económica o social, sino política, sólo que con enormes consecuencias jurídicas. La razón política está unida a la decisión, también constitucional, de que España fuese y sea un estado no federal, sin ser, tampoco, un estado centralista, sino un estado intermedio avanzado, al menos más sólido políticamente que otros estados que se organizan en regiones (Italia) o departamentos (Francia), más proclive a instituciones de corte federal que de cariz centralista, ciertamente, pero no totalmente federal. La innovación que suponía esta nueva vía política, implicó tomar decisiones excluyentes en su momento, es decir, hubo que optar por renunciaciones, por prohibiciones y por variantes. La más importante exclusión fue y es, precisamente, la concepción unitaria del estado en la configuración de su poder judicial.

Sin embargo, lo anterior, sólo explica la forma y no el fondo de la cuestión. Aún, aceptándose que la razón por la cual el diseño constitucional excluyó al poder judicial autonómico, fue por pensarse que los tribunales propios de las autonomías no encontraban acomodo en un estado no federal (modelo que políticamente fue desechado), la pregunta esencial sigue en pie: ¿Por qué se excluyó al poder judicial, y no a cualquiera de los otros dos, o a los dos, rebajándose la calidad del gobierno?

Esta segunda pregunta, como su respuesta, nos permite entrar de lleno en el objeto de nuestro análisis: la independencia judicial. De igual manera, permite reflexionar sobre el por qué estamos ante un tema tan candente hoy. No se previó entonces; y si se hizo no tuvo consecuencia alguna, que el desarrollo del estado, gracias al progreso de las autonomías, un día u otro llevaría a la formulación de la pregunta anterior, es decir, que la ciudadanía, y sobre todo sus representantes políticos, se acabarían cuestionando de alguna manera, acerca del por qué una comunidad autónoma no puede disponer, también, de un poder judicial propio.

Varias respuestas pueden darse a esta cuestión, pero después de tantos años estudiando la Constitución, explicando a mis alumnos la parte general del Derecho Jurisdiccional, e investigando sobre temas de Derecho Procesal de trascendencia en todos los procesos; sean civiles o penales, sólo me satisface una, y no es del todo convincente, como intentaré demostrar, por su carácter relativo. Las comunidades autónomas, en mi modesta opinión, no disponen de un poder judicial propio, porque en España después de una larga dictadura, se pensó en el momento histórico de la transición democrática y elaboración de nuestra constitución actualmente vigente, que era la decisión más apropiada para garantizar la independencia judicial; absolutamente necesaria para lograr, cuanto antes, la plena democratización.

Sin jueces verdaderamente independientes no hay democracia.

Esa contestación requiere varias matizaciones en aspectos de gran impacto jurídico. Esto, con el fin de que en el futuro se pueda garantizar un desarrollo no sólo equilibrado, sino también (sobre todo) justo del principio constitucional de la independencia judicial, lo que redundará sin duda alguna, en beneficio del propio estado y de las comunidades autónomas.

Permítanme recordar una afirmación que ya he hecho ante Ustedes, que no por obvia debe dejarse a un lado: La independencia judicial es claramente un principio político de naturaleza jurisdiccional orgánica en una democracia, sin duda alguna, pero no es una cuestión territorial, ni de un estado ni de un territorio de ese estado, sino un pilar básico para que el proceso sea justo, se celebre en donde se celebre y se desarrolle, en cualquiera de sus fases, en donde se desarrolle. La forma del estado no es lo importante. El único presupuesto para que su aplicación sea plenamente eficaz es que el estado sea una democracia. Da igual si es un estado federal, centralista, regionalista o autonomista. Sin el Estado de Derecho, la independencia judicial es una verdadera quimera.

La Constitución española (dejamos conscientemente fuera la Ley Orgánica del Poder Judicial y las leyes procesales particulares) proclama el principio de la independencia judicial en varios preceptos⁶, configurándola como uno de los pilares básicos de la nueva democracia española, surgida después de 1978.

Por tanto, la cuestión esencial es que sin independencia judicial, ni puede existir un proceso debido, un proceso justo, o un proceso

con todas las garantías, ni puede existir un verdadero Poder Judicial, ni en definitiva puede desarrollarse la propia democracia.

La independencia judicial es un principio político predicable del conjunto orgánico jurisdiccional. No sólo de un juez individual o de un grupo de tribunales, porque, aun predicable únicamente de los jueces y magistrados, su concurrencia afecta a todos los actos procesales que se celebren desde el principio hasta el final del proceso (actos cuyos destinatarios principales son las partes del proceso).

Estas ideas, forman parte esencial de la cultura jurídica del mundo más avanzado política, legal, social y económicamente a fecha de hoy. Tanto el sistema continental (países de *civil law*), como el anglosajón (países de *common law*), hacen de la independencia judicial uno de los pilares básicos del sistema de Justicia.

El Estado, garante inicial y final de la independencia judicial.

La cuestión central, entonces, es determinar si es admisible que las comunidades autónomas no tengan un poder judicial propio, en razón a la idea de que sólo el Estado es capaz en estos momentos de garantizar la independencia judicial. El Estado, garantiza la independencia judicial, insistimos, el pilar esencial para que el proceso, cualquiera (especialmente el civil y el penal), sea ajustado al Estado de Derecho, de varias maneras y a través de diversos modelos, como lo muestra el Derecho comparado.

Se ha hecho alusión al Estado unitario, es decir, al principio de la unidad jurisdiccional. Esa es la principal opción española: no es posible constitucionalmente que en nuestro país exista más de una potestad jurisdiccional, sólo hay una, y la posee el Estado por atribución expresa de la soberanía popular. Como consecuencia de ello, la potestad jurisdiccional es en España indivisible, de manera que todos los tribunales, desde el juez de paz del lugar más recóndito y pequeño, hasta la Sala I del Tribunal Supremo, la poseen en su totalidad. Por eso, nuestra Constitución dice que el principio de la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales (Constitución Española, 1978, art. 117.5).

Esta es la opción, que en su momento se consideró como la mejor para garantizar la independencia judicial. Sin embargo, no sólo se configuró el principio de la unidad jurisdiccional con ese fin, sino que también, derivadamente, se articuló en nuestra norma suprema

un Poder Judicial y una organización judicial únicos para todo el Estado, así como un estatuto jurídico común para todos los jueces y magistrados. Además, se dio un catálogo de garantías concretas de la independencia judicial, entre las que debe destacarse especialmente la inamovilidad; donde reside una de las claves esenciales, que tiene su fundamento constitucional en España igualmente (Véase Constitución Española, 1978, art. 117.1).

Esto es posible, entre otras cosas, porque la Constitución tomó paralelamente la decisión de que la legislación procesal orgánica, y también la procesal civil y procesal penal, fuesen de competencia exclusiva del Estado (1978, art. 149.1-5ª y 6ª). De tal manera que las comunidades autónomas no pueden legislar sobre esta materia, con la salvedad que mencionaremos enseguida.

En la unidad jurisdiccional, reside, pues, la clave de bóveda de todo el sistema para garantizar su sostenibilidad, en pro de la independencia judicial. No hay otra explicación posible: Al existir otras opciones, y dado que los privilegios de los fueros empezaron a desaparecer efectivamente a finales del siglo XIX, el legislador constituyente la consideró la única vía en ese momento histórico para que todos los jueces españoles, unidos por ese principio, fuesen y se sintiesen verdaderamente independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En la propia elaboración de la Constitución resultó evidente, sin embargo, que negar a las comunidades autónomas un Poder Judicial propio no iba a resultar, en lo político, absolutamente indiscutido y asumido por todos sin oponerse. Es por ello, que el propio texto constitucional fija en diferentes preceptos un mínimo de participación de las comunidades autónomas en la organización del Poder Judicial, que no en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. El problema, es que lo ha hecho de tal manera que, en vez de fijar la posición política de manera clara e irrefutable, ha sembrado dudas, incluso contradicciones, que han abierto sin desearlo, nuevas vías polémicas para mantener viva la llama sin cerrar el interrogante, que las comunidades autónomas (mucho más atentas que el Estado) han aprovechado hábilmente. Por eso, se ha forzado a que el máximo intérprete de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional, tome partido al firmar decisiones que no debería haber adoptado nunca, creando todavía más polémica.

Lo que ha resuelto nuestro Tribunal Constitucional era algo obvio y, gustara o no gustara, no debía causar sorpresas; porque

entraba dentro de las interpretaciones posibles, aunque haya sido ciertamente restrictiva, en el sentido de que no avanza en el desarrollo del estado autonómico. En esencia, lo que se ha dicho respecto a la participación de las comunidades autónomas en el Poder Judicial único, es que aquellas no pueden aportar mucho para garantizar la independencia de los jueces y magistrados que ejercen la función jurisdiccional en su territorio (es decir, la función de juzgar y hacer ejecutar, lo juzgado, del Poder Judicial español; a lo que llama núcleo duro de la administración de justicia). Aunque sí pueden -y deberían- ayudar, a que dicho trabajo se realizara, por quienes han sido legitimados constitucionalmente para ello, de manera más cómoda y agradable⁷.

Esta decisión, aunque poco afortunada en la nomenclatura –sobre todo porque en España no cabe hablar en democracia ya nunca más de Administración de Justicia, pues la Justicia no es un tema del Gobierno, del Poder Político, sino de Poder Judicial–, es sostenible jurídicamente en lo esencial, si se leen con detenimiento los preceptos afectados. A pesar de ello, no es evidentemente, una decisión atrevida, o que busque una mayor implicación en el estado de la comunidad autónoma; que es uno de los problemas políticos más graves que tenemos en la actualidad. No es en definitiva una decisión a favor de la comunidad autónoma, razón por la cual, en vez de cerrar la polémica, la ha abierto todavía más, dejando heridas graves e importantes en el camino.

Con el fin de redondear la estructura organizativa, la Constitución consagró también un órgano autónomo multifuncional, especialmente diseñado para lograr una práctica efectiva de la independencia judicial. El Consejo General del Poder Judicial, igualmente único para todo el Estado –Constitución Española, 1978, art. 122–, no es un órgano jurisdiccional, sino un órgano constitucional; cuya misión principal es gobernar administrativamente en forma autónoma todos los juzgados y tribunales españoles que conforman el Poder Judicial ordinario⁸. Aunque su composición, inicialmente, se pensó que fuera técnica, objetiva e independiente de los partidos políticos; la realidad actual es que, es un órgano que recoge en sus límites la composición política del parlamento de turno, lo cual, indubitadamente vulnera el espíritu de la Constitución en ese punto.

Pues bien, respecto al principio de la independencia judicial, me parece claro que el diseño que se articula en nuestra Constitución es el siguiente: en su vertiente subjetiva, la independencia es un

principio personal de todos los jueces y magistrados de España, en el ejercicio de la función jurisdiccional al aplicar las leyes, el cual, se protege también personalmente, mediante el establecimiento de ciertas garantías (inamovilidad principalmente). En su vertiente objetiva, se crea el Consejo General del Poder Judicial, para que, como órgano de autogobierno, proteja institucionalmente a todos los jueces y magistrados frente a los demás poderes del Estado; en particular, frente a intromisiones del poder ejecutivo, ayudado del Ministerio fiscal –otro órgano constitucional que debe velar por la independencia de los tribunales, según la propia Constitución–.

El Estado, es pues, el único garante de la independencia judicial en la actualidad política española así entendida, y, las comunidades autónomas, ningún papel pueden jugar en ello. Aunque, la realidad nos ha mostrado varias veces que este diseño no es ya aceptable, porque ha quedado anticuado⁹. Este tema, sin embargo, excede de la cuestión esencial que quería transmitir en este análisis y, por ello, no lo voy a tratar.

Conclusión

Obviamente, no hay un único modelo de organización del Poder Judicial. Cada país, atendidas sus razones históricas, su cultura y su forma política, es libre de escoger aquél que más convenga a sus intereses. Lo único que se exige con carácter previo, es que ese país sea una democracia formal y real; donde todos los modelos deben respetar unos mínimos, si quieren ser aceptados como manifestaciones de un Poder Judicial verdaderamente independiente.

No pienso en ningún país concreto. He realizado un sondeo de Derecho comparado para preparar esta conferencia teniendo en cuenta varios modelos; muchos de ellos de América Latina. He pretendido formular un diseño abstracto. En muchos países se dan algunos de los problemas indicados. Colombia no es una excepción.

Si queremos efectiva independencia, empecemos por lo verdaderamente importante. Debemos articular, si no lo tenemos o perfeccionarlo si lo poseemos, con fundamento en la Constitución política democrática:

– Una verdadera carrera judicial (y lo mejor sería que los nombramientos judiciales fuesen hechos objetivamente por el propio Poder Judicial, respetando la capacidad y mérito de los candidatos).

– Una auténtica inamovilidad, garantizando la protección legal máxima para el juez frente a agresiones de los tres poderes del Estado.

Notas

- ¹ La Constitución española, artículo 117.1, proclama directamente la independencia judicial al reconocer que los integrantes del poder judicial son independientes e inamovibles, y que se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley.
- ² Véase, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia, artículo 5; que es más directo y moderno: “La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia”.
- ³ En ellos se prevé una Ley de Carrera Judicial que hasta la fecha no ha sido aprobada.
- ⁴ Colombia lo hace en el artículo 232 de la Constitución y más detalladamente en los artículos 125 y 147 a 155 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- ⁵ Véase, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en Colombia, artículo 152.5, que permite cambios de destino judicial por no observar el juez buena conducta o rendimiento satisfactorios; que son conceptos demasiado peligrosos.
- ⁶ Constitución Española, art(s). 117.1, 117.2, 124.1 y 127.2, entre otros.
- ⁷ Los aspectos materiales y de recursos humanos no judiciales, a los que se llama la administración de la Administración de Justicia.
- ⁸ Los regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.
- ⁹ El caso del Magistrado Garzón sobre la Ley de Memoria Histórica, uno de los tres que se incoaron contra él, lo ha puesto a prueba recientemente en España. En el Auto de 3 de febrero de 2011 resolutorio del incidente de recusación en la llamada causa Crímenes de la Guerra Civil y de la Dictadura de Franco, la Sala Especial del Tribunal Supremo, constituida al amparo del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tomó la decisión importante a instancias de Garzón de apartar por falta de imparcialidad nada menos que a toda una Sala, al haber quedado contaminada a través de los recursos de los que no había tenido más remedio que conocer contra resoluciones del instructor, también magistrado del TS al ser Garzón aforado ante él, con base en el artículo 219-11° de la Ley Orgánica del Poder Judicial citada, dándole la razón. El conocido magistrado español fue absuelto finalmente en este proceso penal.

Lo impactante a nuestros efectos es la falta de respuesta legal para resolver este tema cuando se plantea un incidente de recusación para tutelar la independencia judicial *ex novo* en el Tribunal Supremo, ya que la contaminación con las actuales reglas parece inevitable, y además, lo que es mucho más grave, que nada menos que cinco magistrados del órgano judicial más importante de España, más el instructor, sean recusados por falta de independencia judicial habiendo negado inicialmente cinco de ellos la causa (el otro la admitió y se abstuvo directamente).

Referencias

- Cardozo, B. N. (1996). *La función judicial*. Atizapán de Zaragoza. México: Ed. Pereznieta.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- España. Constitución de España. (1978). Reino de España. España.
- Fairén, V. (1969). *La figura del Juez*. En V. F. Guillén. *Temas del Ordenamiento Procesal*. T. I. Madrid: Ed. Tecnos.
- Fairén, V. (1983). *La independencia judicial en España en la actualidad*. En V. F. Guillén. *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*. T. I. Madrid: Edersa.
- Gómez, J. L. (2012). *Independencia judicial y diseño político del Estado*. En J. L. Gómez Ed. *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango (Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños)*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- González, P. (1993). *Independencia del Juez y control de su actividad*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Hernández, V., (1991). *Independencia del Juez y desorganización judicial*. Madrid: Ed. Civitas.
- Ibáñez, P. y Movilla, C. (1986). *El Poder Judicial*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Congreso de la República de Colombia, marzo de 1996.
- Montero, J. (1990). *Independencia y responsabilidad del Juez*. Madrid: Ed. Civitas.
- Montero, J. (1999). *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Montero, J.; Gómez, J. L.; Montón, A. & Barona, S. (2013). *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. 21ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

- Santaella, M. (1995). *Montesquieu el legislador y el arte de legislar*. Madrid: Ed. Gráf. Ortega.
- Simon, D. (1985). *La independencia del Juez*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Taruffo, M. (2009). *La cultura de la imparcialidad en los países del Common Law y del Derecho continental*. En C. Gómez. Ed. *La imparcialidad judicial, Estudios de Derecho Judicial* (151). Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial y Escuela Judicial.

El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación

*Ana Milena Díaz González**

Resumen

El trabajo se ocupa de analizar cómo en el sistema penal de corte acusatorio vigente el dogma del principio acusatorio carece de estructura aplicable; muestra cómo, con extrañeza, se emplea ese postulado pese a que concebido de cara a instituciones que, justamente, hacían parte del sistema inquisitivo derogado. Así las cosas, se busca poner en evidencia de qué manera tales matices terminaron por desnaturalizar un diseño que prometía solucionar los problemas más importantes del derecho procesal penal y no lo logró.

Palabras Clave

Código de Procedimiento Penal, modelo adversarial, modelo inquisitivo, principio acusatorio, sistema penal.

Introducción

Colombia, pese a los intentos por garantizar la efectividad del modelo mixto de tendencia inquisitiva acogido desde el año 2000 mediante la expedición de la Ley 600 de ese año, optó más bien y de forma abrupta por cambiar su sistema procesal. Por ello, implantó un nuevo patrón procesal en el cual se han depositado todas las esperanzas de cara a terminar con la inconformidad de la sociedad, en relación con los instrumentos legales existentes para combatir la delincuencia; no obstante, debe decirse, muchas han sido las dudas

* Maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

suscitadas alrededor de la esencia, fines y formas de ese nuevo diseño procesal.

Para dar ese paso, el Acto Legislativo 03 de 2002 –que modificó en esta materia la Constitución de 1991 en su artículo 250– introdujo al ordenamiento interno el llamado sistema penal acusatorio, que se desarrolló y acogió legislativamente a través de la promulgación de ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal. Este modelo procesal trajo consigo el principio acusatorio que, en buena medida, prevé un esquema adversativo del cual se ha ocupado la doctrina procesal en plan de señalar sus diversas características, de tal manera que la estructura del mismo se haga más inteligible.

Por supuesto, la intención era introducir un diseño que permitiera aligerar los procedimientos, pero éste si bien no ha fracasado, ha sido objeto de algunas modificaciones que a juicio de la judicatura y de algunos críticos eran necesarias para satisfacer las expectativas del país. Sin embargo, dichas transformaciones han terminado por desquiciar el esquema en cuanto a la aplicación del principio acusatorio que, pese a ser concebido de una determinada forma, se ha desnaturalizado a lo largo de la implantación del sistema.

Inicialmente, tanto el modelo como el principio fueron concebidos con una visión acusatoria, que se denominó como adversarial o de partes, previa aceptación de que no se trataba de un sistema acusatorio puro sino de uno adversarial con un proceso penal modulado. Esto lo muestra el hecho de que se haya aceptado la participación de actores en el esquema procesal que en las legislaciones de otros países no se admiten, con lo cual se modifica de forma negativa la visión del principio acusatorio y, por ende, la concepción del proceso penal.

Con miras a ingerir en ese debate, esta aportación académica se ocupa del estudio de esos matices que, aplicados al modelo adversativo y al principio acusatorio, permiten concluir que el sistema introducido si bien responde a las expectativas y necesidades del país, no se corresponde con el patrón acogido en diversas latitudes, razón por la cual su estructura sólo funciona en el país.

De esta manera y para un mejor entendimiento del asunto a continuación se exponen, en primer lugar, las pesquisas preliminares de la investigación, de tal suerte que se delimita con claridad el objeto de estudio, los objetivos, el estado del arte, el marco teórico y la metodología de trabajo empleada. En segundo lugar, se discurre

sobre el principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano, con hincapié en su aplicación; en tercer lugar, se destina un acápite a las conclusiones; y, para terminar, se consigna la bibliografía consultada.

El Proyecto de investigación

Desde la promulgación e implantación paulatina de la ley 906 de 2004, ha cobrado gran importancia en este andamiaje procesal el llamado principio acusatorio que, con toda razón, es considerado por los estudiosos como el pilar fundamental de la estructura del proceso penal concebido por esa normatividad. En virtud de ese axioma se entiende que existe una clara división de funciones entre la acusación y el juzgamiento, en cabeza de un fiscal y de un juez —que en el sistema federal norteamericano corresponde al jurado— quienes tienen como rol primordial presentar la acusación y juzgar al acusado. Por ello, la tarea del juez se tiene que sustentar en la más absoluta imparcialidad de la cual se infiere su neutralidad, fruto de lo cual es la prohibición de decretar la práctica de pruebas diferentes a las solicitadas por la fiscalía y la defensa.

En ese contexto, la presente investigación busca precisar si el principio acusatorio es objeto de plena observancia y aplicación en el proceso penal hoy existente, en especial en lo atinente a la función acusatoria de la fiscalía, el rol de las partes e intervinientes en el proceso y el papel activo o pasivo del juez en las lides probatorias en el trámite. Se busca, por ello, demostrar que el postulado en estudio es uno de los pilares fundamentales del proceso penal que delimita los deberes de una fiscalía cuya función primordial radica en acusar, a la vez que garantiza el equilibrio de fuerzas en el proceso y sin injerencias probatorias oficiosas del juez que pudieran desnaturalizar el sistema.

Con tales miras se hace un examen de la Constitución Política de Colombia, del entramado legislativo plasmado en la ley 906 de 2004, de la producción jurisprudencial de las altas cortes sobre la materia y, por supuesto, del derecho comparado. De allí que el marco teórico tenga el enfoque propio de la concepción positivista en la medida en que se busca examinar la forma como el citado axioma ha sido plasmado en el ordenamiento jurídico, de tal forma que se pueda ahondar en los componentes característicos del precepto axiológico y evaluar su correspondencia con la función acusatoria del fiscal y, como es natural, con los roles desempeñados por las demás partes e intervinientes en el desarrollo del proceso, concretamente en el juicio.

Planteamiento del problema

El asunto jurídico objeto de indagación en el presente trabajo se concreta en la siguiente pregunta: ¿en el proceso penal colombiano se aplica, de verdad, el principio acusatorio? Para responder a ese interrogante, debe recordarse que la pretensión de los reformadores de 2004 fue implantar un sistema de procedimental penal que, ya desde su análisis y contextualización, pudiera ser concebido como una respuesta a las necesidades del país, aunque cimentado en unos pilares fundamentales (Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 03, 2002, p. 1-138). Uno de ellos, por supuesto, fue el principio acusatorio que, se traduce en la división de las funciones de acusación y juzgamiento entre la Fiscalía General de la Nación y los jueces. De igual manera y dada su naturaleza, ese axioma conlleva la prohibición para que el juez decrete pruebas de oficio, pues se busca mantener el equilibrio entre las partes (fiscalía y defensa), por lo que cualquier intervención en iniciativas probatorias de otro sujeto diferente a ellas, muta la concepción primigenia de la estructura acusatoria propia del proceso (Bernal y Montealegre, 2013, p. 196-197).

Se pretende entonces, analizar la estructura procesal y las facultades de las partes e intervinientes dentro del proceso mismo, para lo cual se debe abordar la ley contentiva de este andamiaje con sus respectivas reformas, fruto de la actividad de legisladores, jueces y doctrinantes; sin que ello sea óbice para auscultar los sistemas penales foráneos, a fin de comprender los lineamientos del sistema dentro de una concepción no pura, pero si determinada, para entenderlo y poder establecer si en Colombia, efectivamente, al traer y adecuar el sistema, se logró incorporar sus componentes esenciales y determinar si en la actualidad el principio se mantiene incólume en la estructura del proceso penal.

Objetivos

Con esta exploración académica se persiguen dos tipos de cometidos, como se muestra a continuación.

Objetivo general. Analizar si en el desarrollo del sistema penal adversarial colombiano el principio acusatorio es aplicado.

Objetivos específicos. Son los siguientes:

- Establecer el significado del principio acusatorio de manera independiente, en el contexto del proceso penal en Colombia.

- Analizar las atribuciones de las partes e intervinientes en el proceso penal.

- Ilustrar la concepción del principio acusatorio de algunos países que adoptaron el sistema penal acusatorio.

- Concretar la posición del juez desde el punto de vista probatorio en el proceso penal.

Estado del arte

El principio acusatorio se define como una de las piedras angulares del llamado sistema penal acusatorio, considerado a la vez como el verdadero proceso penal (Gómez, 2003a, p. 74), articulado por tres componentes (Montero, 1994, p. 537). El primero de ellos, es el ejercicio de la acción penal, la cual se encuentra en cabeza de un ente acusador que en el proceso penal nuestro le corresponde a la Fiscalía General de la Nación (Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el art. 250 de la Constitución Política). En segundo término, se caracteriza por la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, por lo cual aquel que acusa nunca puede ser el que juzgue; de esta manera, se tiene que todo proceso en el que se dé plena observancia al principio acusatorio, debe contar con que quien acusa no juzga y viceversa, de tal suerte que se garantice total independencia e imparcialidad al momento de juzgar los hechos objeto de investigación.

Por último, como tercer elemento constitutivo del principio, se tiene que quien juzga, llámese juez, jurado o tribunal especializado, debe estar desprovisto de cualquier conocimiento previo a su actuación. Así pues, el ejercicio de la función juzgadora debe estar colmada de la más absoluta imparcialidad, del enteramiento propio de los hechos a través de las pruebas y de los argumentos jurídicos de los contendores, fiscalía y defensa, los cuales deben ser apreciados en la audiencia pública; de tal manera que, una vez concluido el debate probatorio se emita un fallo absolutorio o condenatorio (Gómez, 2003a, p. 74).

Sobre estas problemáticas discurre con amplitud la doctrina de diversas latitudes, aunque se destacan los desarrollos españoles, italianos y alemanes. En el contexto latinoamericano, son abundantes las construcciones argentinas, aunque también se ocupan del asunto los estudiosos chilenos, mexicanos, peruanos, panameños, hondureños, costarricenses y, por supuesto, los colombianos. Igual sucede con las construcciones jurisprudenciales de los diversos países y,

como es obvio, con las normatividades foráneas. A ello se destinan diversos apartados en el acápite segundo de este trabajo.

El marco teórico.

Los aspectos generales en torno a las diversas concepciones que alumbran el principio acusatorio, son los que se señalan a continuación.

¿Qué es el principio acusatorio y cuáles son sus elementos? Lo primero que debe preguntarse es qué debe entenderse por principio acusatorio, interrogante cuya respuesta resulta de gran trascendencia a la hora de estructurar lo que se conoce como tal.

A este respecto, algunos autores (en este sentido Bovino, 2005, p. 37; Bovino, 1998, p. 10 y ss.; Moreno, Cortés y Gimeno, 2003, 218; Gimeno, 1981, p. 190-192; Vásquez, 1984, p. 373-418; Montero, 1992, p. 775-788; Montero, 1994, p. 537; Armenta Deu, 1995, p. 39-111; Asencio, 1991, p. 17 y ss.; Burgos, 2005, p. 44; Meza, 2009, p. 195-213; Gómez, 2003a, p. 74 y ss.) consideran que el postulado examinado se caracteriza por la división de funciones de acusación y juzgamiento, la primera a cargo de una persona no identificable como el juzgador; la imparcialidad del juzgador y la necesidad de la primera para que exista la segunda (Abad, 2000; Ortego, 2007, p. 57; Arbulú, 2006), por lo cual es prohibido condenar por los hechos que no correspondan a la acusación. No obstante, hay quienes le dan a este postulado otro alcance pues creen que él se concreta es en la prohibición de reformar en peor (Baumann, 1986, p. 48-49), mientras que para otros se estructura en la prueba de cargo por parte del Estado y en la igualdad de armas entre las partes (Herrera, 2005).

Por supuesto, es menester analizar si tales elementos se encuentran incluidos en el principio acusatorio asumido y aplicado por el derecho nacional a fin de concluir si el axioma acogido se corresponde o no al visionado en el modelo adversarial.

¿Es la imparcialidad judicial elemento del principio acusatorio? En relación con este tópico, resulta de vital importancia señalar que dicha característica puede tenerse como mal denominada. Esto si se tiene en cuenta que al principio acusatorio lo caracteriza es la neutralidad probatoria no la imparcialidad judicial, pues ella es el escenario ideal para la administración de justicia y, la neutralidad, debe concebirse como la pasividad probatoria del juzgador (Palomares, 2009, p. 66).

En Colombia, la discusión en relación con la neutralidad o no actividad oficiosa ha sido analizada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La primera (Corte Constitucional, Sentencia C-396, 2007) descarta la oficiosidad del decreto de pruebas porque se presume que esta intervención activa por parte del juez, termina por pervertir la imparcialidad que le debe caracterizar; además, desequilibra el sistema, inclinándolo la balanza de un lado, ya sea para la fiscalía o la defensa. Y, la segunda (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado: 24468, treinta de marzo de 2006), al considerar que en defensa de los fines del proceso penal, verdad y justicia, el juez puede decretar pruebas de oficio.

No obstante, se ha dicho que el juez de control de garantías puede decretar pruebas de oficio en la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

¿Existe autonomía del acusador para acusar? Así mismo, para abordar el otro elemento que perfila el marco teórico, sobre la potestad de autonomía del ente acusador en el ejercicio de la acción penal se cuestiona puntualmente la problemática descrita en los artículos 332, 334 y 335 del Código de Procedimiento Penal. Éste último, contempla la posibilidad de que así se hayan analizado ya los hechos materia de investigación y se haya determinado que no se puede continuar con el ejercicio de la acción, la fiscalía lo pueda solicitar pues se restituye el término y el juez pueda rechazar la solicitud de preclusión.

¿Hay injerencia de las partes en el equilibrio del modelo adversarial? Sobre la igualdad de armas o mejor de oportunidades, la jurisprudencia ha dicho que la víctima puede solicitar la práctica de pruebas, dejando de lado el equilibrio predicado para el proceso y, por supuesto, echando por el piso las bases del sistema penal acusatorio (Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). Por ello, se deberá abordar a fondo la participación de las partes en el proceso penal para así concluir si se mantiene el equilibrio de las partes (fiscalía y defensa) o si, por el contrario, se advierte que el sistema se desequilibra por la interacción de otros sujetos que terminan por desdibujar el tinte acusatorio.

La metodología de la investigación.

La investigación ha supuesto una ardua búsqueda documental, con base en la cual se ha hecho un estudio crítico de la normatividad vigente, de la doctrina y de la jurisprudencia de las altas cortes.

Los sistemas procesales penales

Para un mejor estudio del principio acusatorio como elemento del sistema penal acusatorio, resulta necesario abordar los modelos penales tradicionales (Vélez, 1956, 9 y ss.; Benabentos, 2005, p. 1 y ss.), el inquisitivo y el acusatorio o adversarial, puesto que el principio suele ser confundido con el sistema (Gómez, 2008, p. 21 y ss.; Rodríguez 2013, p. 647-648), lo cual es erróneo, pues el acusatorio es la especie del sistema anglosajón.

Los modelos tradicionales.

Como origen y cuna del principio acusatorio se suele citar la Grecia antigua en tiempos de Solón, (Vélez, 1956, p. 15) donde por primera vez –al acoger la Política Criminal de la época– aquel gobernante escribió una ley en la que habilitó a sus ciudadanos para que, en precisos escenarios, pudieran iniciar acciones frente a infracciones cometidas a otros, sin importar que parecieran individuales y no colectivas, pues se entendía que una ofensa a un integrante de la polis lo era para ésta (Vlastos, 1946). Por ello, tiene razón un sector de la doctrina para el cual no necesariamente se debe concluir que la aparición en escena del principio acusatorio aconteció con el sistema continental instaurado por los ingleses al bajar del barco proveniente de Inglaterra, considerando su origen mucho tiempo después. (Díez-Picazo, 1997, p. 295).

En lo que al sistema inquisitivo respecta, recuérdese, debe decirse que él se remonta a las cruzadas de la Europa de la Edad Media, siglos XII y XIII (Vélez, 1956, p. 79). Con posterioridad, el cristianismo a través de la iglesia católica, introdujo los tribunales de la inquisición, los cuales fueron suprimidos en el reinado de Napoleón (Tomás y Valiente, 1980, p. 41-60); pero llegaron a América con la compañía conquistadora que concentró en la Iglesia los juicios inquisidores, como bien lo advierte Maier (1996, p. 329). Penas como castigos religiosos, prisión o muerte, dependían de la colaboración del investigado, quien podía tener una sanción leve consistente en un sinnúmero de rezos en los casos en que acudía por iniciativa propia a la Iglesia a confesar su falta, o podía ser condenado a muerte si peleaba su inocencia.

En términos generales se acepta la existencia de un sistema inquisitivo caracterizado por: la dirección judicial del proceso, pues

era el juez el que dirigía, investigaba y juzgaba; la bipartición del proceso, pues existían dos etapas, una preliminar de investigación y el juicio o la causa; predominaba el secreto en el proceso, pues todas las actuaciones se consideraban reservadas. De igual manera, primaba el escriturismo; existía la tarifa legal, en el sentido de que la confesión era la prueba reina, gracias a lo cual se tornaba el proceso en abreviado y la tortura era el medio más idóneo para lograr la confesión de culpabilidad; y la declaración de inocencia era nula, pues se buscaba la verdad real, por tanto no era admisible la presunción de inocencia. (Tomás y Valiente, 1976).

El sistema procesal inquisitivo observa tres principios, i) el *non bis in idem*, cuyo origen se encuentra en el sistema; ii) el de doble instancia, que permite evitar abusos, garantiza la seguridad jurídica y el respeto del de cosa juzgada; y iii) el *in dubio pro reo*, cuya vigencia fue adoptada al inquisitivo luego del reconocimiento de garantías al procesado (Ordoñez, Cano, 2003, p. 77).

Posteriormente, con la revolución francesa, el modelo inquisitivo ortodoxo fue cambiando al reconocer al acusado algunos derechos individuales, dejando de ser el objeto del proceso. Se abolió la tortura; se abrió la posibilidad del juicio oral, público y contradictorio; se introdujo la separación de poderes en el proceso; se creó la figura del Ministerio Público, con la función de acusar y se incorporó el jurado de conciencia. Todas estas modificaciones renombraron el sistema inquisitivo como mixto, el cual fue conocido como modelo inglés, siendo Francia el país pionero a través de la expedición del Código Napoleónico de 1808, transformación que luego fue regada a lo largo y ancho del continente Europeo (Ferreiro, 2010).

Desde luego, los conceptos acusatorio e inquisitivo merecen un estudio juicioso que permita aclarar las estructuras de los sistemas anglosajón y continental. El primero, utilizó dos estructuras como lo afirma Langbein, (2003): un proceso penal para legos originario del siglo XV y otro para profesionales, capturado por juristas del siglo XVIII (p. 147). Éste último caracterizado por el silencio del acusado, la asistencia letrada (donde confluyen los papeles de protección y exposición testimonial a favor del acusado), la necesidad de acusación, juicio ante jurado, condena con pruebas de cargo del acusador (donde la defensa podía esperar los argumentos de cargo y guardar silencio), procedimiento en el que el contrainterrogatorio

era característico del adversativo y se evidenciaron las reglas de exclusión probatoria (Guerrero, 2011, p. 4).

En el proceso penal de legos, el principio de la *no autoincriminación* no tenía cabida, pues éste a pesar de ser una institución propia del derecho romano, se contrarrestaba con el juramento en nombre de Dios para responder las preguntas del jurado por parte del acusado, quien previamente debía aceptar una cuota de culpabilidad y, en el evento de negarse a jurar, implicaba valoración en su contra.

Tal vez por ello, se considera que el sistema inquisitivo remonta sus orígenes al absolutismo, posterior a la reagrupación de la corona frente a la división de la época feudal. En la lucha por el imperio cristiano en la Europa continental, la inquisición ejercía la acusación (atribución que en la época feudal le correspondía al ofendido y el acusado perdía su personería jurídica). El modelo se caracterizaba por la investigación de oficio, secreta con marcada escrituración y jueces colegiados (eclesiásticos) para el cual el acusado era el objeto del proceso. La búsqueda de la verdad se justificó, como lo menciona Maier (1996), mediante la introducción de la tortura, no sólo del acusado sino de los testigos –esclavos o indignos– que no podían prestar juramento, al igual que la prisión que era necesaria para el proceso (p. 288).

En relación con la competencia judicial, se estableció que era dada por el lugar donde ocurría el hecho, a lo que se llamó jurisdicción real en contraposición a los intereses del poder feudal ya desplazado. El poder jurisdiccional estaba en cabeza del rey, quien lo delegó en los tribunales y funcionarios organizados jerárquicamente, razón por la cual las decisiones eran apelables. La prueba testimonial se convirtió en la que fuese necesaria para apuntalar la sentencia judicial. La valoración legal de la prueba como semiplena prueba o plena prueba era utilizada. Además, la presunción de culpabilidad ante la ausencia de pruebas testimoniales o indiciarias permitía la tortura para que el acusado confesara (Maier, 1996).

En el viejo continente el sistema inquisitivo se fue sembrando en los modelos de enjuiciamiento, así, en la España del siglo XIII se estableció a través de Las Cruzadas, pero con la adopción de dos principios cardinales: el *in dubio pro reo* y el *ne bis in ídem* (Maier, 1996, p. 301). Alemania, recuérdese, lo adoptó en 1532 con el Código Carolina (la llamada *Constitutio Criminalis Carolina*) fruto del derecho

canónico; a su turno, en Francia se abrió paso con la Ordenanza de 1254. También Italia, después de la invasión de los bárbaros, aplicó el derecho germano. Con posterioridad, el sistema inquisitivo cobró vigencia con similares características que las desarrolladas en esos países en el resto de Europa donde terminó por generalizarse (Maier, 1996, p. 310).

En América, partiendo de la premisa de no contar con otro modelo en razón a la imposición de la cultura de un continente a otro, la conquista (sobre todo la española) trajo consigo el sistema inquisitivo, regido por el derecho colonial y las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. Por ello, el poder judicial estaba radicado en el rey, en quien confluían además las facultades de administrar y legislar, aunque sus decisiones podían ser recurridas hasta cuatro veces; no obstante y por vía excepcional, se aceptó la delegación jerárquica, el procedimiento se caracterizaba por ser escrito y secreto, se permitía la tortura y la investigación era de oficio y pública (Maier, 1996, p. 328).

Producto del inconformismo de los filósofos e ideólogos del siglo XVIII –entre los que se destacaron Montesquieu, Beccaria y Voltaire–, se inició la transformación del sistema de enjuiciamiento penal. De las resultas del derecho romano republicano y el derecho practicado en Inglaterra, se dio paso a los procedimientos orales, publicidad de los debates, libertad de la defensa y juicio ante jurados (Benabentos, 2005, p. 103).

Montesquieu, Voltaire y Beccaria, concibieron el proceso con el ejercicio libre de la defensa, sin tortura, con la presencia de tribunales populares legos y accidentales–siendo posible recurrir al jurado en caso de sospecha de parcialidad–(Vélez, 1956, p. 117), dotado de un juicio oral y público, con certeza para condenar – *in dubio pro reo*–; es más, en contraposición al acusatorio puro y a la acusación popular se defiende la persecución penal pública en cabeza del ministerio público y se rechaza la denuncia anónima, amén de que se abre paso a la libre valoración de la prueba desplazando el sistema de la tarifa legal; es más, se llegó, salvo por Beccaria, a cuestionar la privación de la libertad del acusado en la investigación (Maier, 2005, p. 336).

En lo que a América Latina concierne, y ya adentrados en el siglo XX, debe decirse que el origen del sistema mixto en Argentina se retrotrae al Código Procesal de la Provincia de Córdoba en 1939

(Vélez, p.182); se empezaron, pues, a adoptar los lineamientos de los códigos procesales penales italianos (1913) y la Ley de Enjuiciamiento criminal española de 1882 y de Costa Rica con la sanción en 1973 (Maier, 1996, p. 381). Ese sistema, ha dicho la doctrina, se caracteriza por: a) la disimilitud de las funciones de instrucción, acusación y juzgamiento; b) la aceptación del acusatorio, traducido en que sin acusación no hay juicio, no hay condena, se permite en algunos estados que el juez no actúe de oficio; c) la necesidad de una investigación como presupuesto para el juicio; d) el juicio debe ser público y contradictorio y las pruebas valoradas libremente por el tribunal (no existe tarifa legal), de acuerdo a la convivencia o con sujeción a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia; e) se acepta que el tribunal se conforme por un jurado de escabinos o con jueces profesionales y técnicos; y, f) se admite una relativa vinculación del tribunal o juez a las pretensiones de las partes (Martínez, 1992).

De forma errada se considera que el sistema acusatorio venía asociado a la acción privada, como era el caso de Grecia o Roma donde se admitía la heterotutela como forma de solicitar la efectividad de sus derechos sin intervención del Estado (Guerrero, 2009, p. 98). Sin embargo, el sistema acusatorio presupone la acción del Estado al considerar el delito como un perjuicio público, y el Estado está interesado en que no se reproduzca al interior del colectivo social (Diez-Picazo, 2000, p. 36); en los sistemas acusatorios puros, recuérdese, la acción es pública y el Ministerio Público es quien la ejercita (Guerrero, 2009, p. 99).

De lo anterior se puede colegir que el sistema acusatorio es aquel en el que: a) la facultad de acusación es de todo ciudadano y aquella es presupuesto del juicio, la cual debe ser formulada por persona diferente al juez; b) éste no puede actuar de oficio; c) el juez es el pueblo, las sentencias son proferidas por el jurado, por tanto son inapelables; d) no se permite la doble instancia; e) la regla general es la libertad del acusado hasta que se demuestre su culpabilidad; f) se admite la igualdad de armas entre acusador y defensa; y, g) se limita el fallo a los hechos alegados y probados en el juicio (Guerrero, 2009, p. 105-107).

Desde luego, pese a lo dicho, parece evidente que no todos los estados de derecho adoptaron el sistema acusatorio, lo que no implica aceptar que un proceso de otro modelo no pueda ser llamado como tal, o, peor aún, llegar a sostener –como lo hace

Gómez (2008)– que el proceso acusatorio es el único proceso o que el proceso inquisitivo es un no proceso (p. 74). Por tanto, puede advertirse que existen algunas diferencias entre los sistemas tradicionales y el acusatorio, una de ellas radica en considerar que el inquisitivo califica al procesado como el objeto del *ius puniendi* y no como titular de derechos y garantías procesales, mientras que el acusatorio reconoce al acusado como sujeto de derecho con garantías sustanciales y penales, contenidas en el debido proceso, los cuales constituyen un límite al poder punitivo del estado (Pfeffer, 2001).

Ahora bien, teniendo en cuenta las diferencias entre los dos sistemas, puede hacerse la siguiente tabla para contrastar sus notas más salientes (Cuéllar, 2001, p. 313).

Tabla 1.
Notas de los sistemas inquisitivo y acusatorio

SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA ACUSATORIO O ADVERSARIAL
IDENTIDAD DE QUIEN INVESTIGA Y JUZGA	SEPARACIÓN DE FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN Y CAUSA
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DEL PROCESADO ERA LA REGLA GENERAL	LIBERTAD DEL PROCESADO COMO REGLA GENERAL
INVESTIGACIÓN SECRETA Y RESERVADA	PUBLICIDAD EN EL JUICIO
PROCEDIMIENTO ESCRITO	PROCEDIMIENTO ORAL
JUZGADOR CON FACULTADES PROBATORIAS OFICIOSAS	JUZGADOR CON PROHIBICIÓN DE FACULTAD OFICIOSA PROBATORIA
PRINCIPIO DE PERMANENCIA DE LAS PRUEBAS DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y JUICIO	PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA
JUZGAMIENTO SIN ACUSACIÓN	ACUSACIÓN COMO PRESUPUESTO DEL JUICIO
LIMITACIÓN DE GARANTÍAS DEL PROCESADO	PREVALENCIA DEL DEBIDO PROCESO DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTÍA PROCESAL DEL ACUSADO
DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA	DECISIÓN SIN POSIBILIDAD DE RECURRIR

No obstante, existen diferencias coyunturales entre los sistemas penales que históricamente han cobrado vigencia; una de ellas, es la que toca con la naturaleza del delito que, desde la mirada del sistema acusatorio, es considerado un perjuicio público en franca rivalidad con los sistemas antiguos o inquisitivos, para los cuales siempre se contempló como un agravio privado a la víctima (Díez-Picazo, 2000, p. 36).

En fin, para materializar la investigación de las conductas delictivas, debe decirse que el sistema acusatorio concibe la figura del Ministerio Fiscal como órgano detentador del poder punitivo, estamento no concebido en los sistemas antiguos, de tal manera que tanto la estructura (Ministerio) como el fin (investigación de delito) son públicos (Guerrero, 2009, p. 99). Ahora bien, en los sistemas antiguos no acusatorios, existía una intervención mínima o nula del Estado en la investigación de los delitos, al entenderse como causa privada; y, en razón a ello, no se aplicaban los conceptos de imparcialidad y neutralidad (Guerrero, p. 99), situación diferente en presencia del modelo acusatorio, en el que se pretende la materialización del primero al dividir las funciones de acusación y de juzgamiento y en el que la vocación de ser neutral más allá de serlo, debe parecerlo (Guerrero, 2009, p. 55).

El principio acusatorio.

La doctrina –tanto nacional como extranjera–, que es fuente primordial del Derecho, ha contribuido en muy buena medida a la definición conceptual del principio acusatorio (Aguilera De Paz, 1923, p. 10 y ss.; Gómez y Herce, 1959, p. 116 y ss.), al señalar sus elementos de manera clara, lo que brinda una estructura transparente que facilita su hallazgo en el proceso penal. No obstante, hay quienes opinan que según el sistema en el que se desarrolle, anglosajón o continental, él tiende a ser el resultado de una práctica procesal o del cúmulo de normas que lo incluyen como derecho (Alliaud, 2001). Otro tanto cabe decir de las plurales construcciones jurisprudenciales y legislativas hechas por los diversos países que, sin duda, han alimentado esta construcción conceptual hasta límites insospechados.

Una breve mirada al derecho comparado, con un énfasis final en el derecho nacional, así lo confirma. En efecto, desde la perspectiva alemana, Baumann señala que el postulado acusatorio admite la división de las atribuciones de instrucción y la causa a cargo de dos sujetos diferentes, con lo que se garantiza la imparcialidad del operador jurídico, en el entendido de que: a) quien investiga –Ministerio Público– es un órgano público autónomo dispar desde el punto de vista orgánico del juzgador; y, b) el acusado deja de ser el objeto del derecho procesal para convertirse en un sujeto (1986, p. 48-49).

En esa misma dirección son de trascendencia los planteos de Roxin (2000) quien, al calificar el sistema vigente en su país como

regido por el principio acusatorio ‘soberanamente’ formal, señala que en virtud del mismo la apertura de una cognición jurisdiccional (por tanto, del procedimiento principal) está condicionada a la interposición de una querrela; además, que el tribunal no puede actuar jamás de oficio, así un hecho punible se cometa en plena audiencia ‘ante los ojos del tribunal’, pues rige el axioma ‘donde no hay acusador no hay juez’. Además, existe la obligación de perseguir y acusar y el tribunal tampoco puede extender un procedimiento, en el que él conoce, a otras personas o a otros hechos jurídicamente independientes del mismo autor. Añádase, que la interposición de la acusación le corresponde al Estado representado por la fiscalía que, en principio, tiene el monopolio de la acusación; incluso, se niega la sujeción de la fiscalía a la jurisprudencia del tribunal, lo que repercute también en la comprensión del principio acusatorio. Así las cosas, concluye, “de este modo, una condena presupone que dos autoridades –fiscalía y tribunal– consideran, de forma coincidente, que un comportamiento es punible, aun cuando no necesariamente en el mismo estadio del procedimiento” (2000, p. 86 y 87). Por supuesto, con semejante enfoque es entendible por qué el citado profesor afirma que el tipo de proceso penal que rige en un país, se constituye en el termómetro que indica el carácter autoritario o liberal de un Estado (2000, p. 10).

Desde el enfoque italiano pueden mencionarse múltiples y complejos estudios sobre el entendimiento del asunto, aunque aquí interesa destacar los de Petrone (1994) y Ferrajoli quien, con toda razón, lo llama como principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación y que califica como el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio (1995, p. 93, 561 y ss.).

Por su parte, desde la óptica hispana, Bujosa (2004) comulga con la división de funciones de acusación y juzgamiento, y entiende que la primera es el presupuesto de la segunda; afirma que es necesaria la distinción entre la investigación y la decisión, considerándose que la instrucción es preparatoria mientras que el fallo es el resultado de la actividad del juicio. Además, entiende que existe una clara sujeción de la decisión a lo pedido en la acusación y que, en consecuencia, se prohíbe la reforma en peor salvo que se trate de apelante plural. En fin, advierte que el juzgador debe asegurarse de mantener la objetividad y neutralidad necesarias al momento de emitir su decisión.

En una parecida dirección, el profesor Asencio Mellado, (1991) menciona como notas esenciales del postulado las siguientes: a) la

existencia de acusación por órgano distinto al juez; b) La división de etapas de investigación y juzgamiento, con titulares diferentes, negándose la posibilidad de identidad entre investigador y juez; y, c) la vinculación de la decisión del juez a las pretensiones acusatorias, concibiendo la posibilidad de mutabilidad de la calificación jurídica de los hechos en pro del interés jurídico más no de los hechos (p.17). A su turno, Vicente Gimeno Sendra (1999), aúna a las ya descritas la prohibición de la reforma en peor (la *reformatio in peius*), en cuya virtud el juez no puede agravar la situación del acusado en la sentencia, salvo que no sea apelante único y está sometido en el trámite de la apelación a lo pedido en la impugnación (p. 78).

Desde otra perspectiva, Abad Licerias (2000) lo define como aquél que exige la acusación como antecedente del proceso y de la sentencia, la cual debe ser formulada por el Ministerio Público o fiscal o por un acusador particular (artículo 125.1 Constitución Española y el artículo 101 de la ley de Enjuiciamiento Criminal), quien ejercita la acción penal. Montero Aroca (1994), a su vez, estima que se caracteriza por la imparcialidad judicial, lo cual dota a sus intervinientes de la nota de supra partes de tal manera que el funcionario judicial está excluido del ejercicio de la investigación y de la acusación, so pena de afectar la imparcialidad que lo debe caracterizar (p. 537).

A su turno, para citar a uno de los más representativos exponentes de la doctrina hispana actual, Gómez, en su obra 'La investigación del crimen', asevera que el mencionado principio garantiza la imparcialidad y la neutralidad del juez respecto del objeto del proceso, esto es, el hecho criminal. Considera que la primera, supone la separación entre el órgano acusador y el juzgador, por lo cual no es posible condenar por hechos diferentes a los enunciados en la acusación, ni a persona distinta de la acusada; y, la segunda, obliga al operador a mantener la pasividad probatoria (p. 74). Este planteo –que recoge los desarrollos de su Maestro– asevera que el principio tiene tres aristas: a) Sin acusación no hay proceso y la misma debe ser formulada por persona diferente al juez; b) no puede proferirse condena por hechos ni en relación con persona distinta a la señalada en la acusación; y, c) el juez no tiene facultades de dirección material del proceso so pena de empañar su imparcialidad (Montero, p. 538). En fin, debe decirse que de forma precisa este gran teórico español sostiene que el postulado desarrollado por el sistema penal europeo se caracteriza por: a) requisito de acusación para que haya proceso, por persona distinta de quien juzga, es decir separación de

funciones de acusación y juzgamiento; b) el fallo está limitado a los hechos de la acusación y a la persona acusada; y, c) el juez carece de facultad oficiosa de dirección material del proceso (Gómez, 2003, p. 41-46).

Vergé, a su vez, estima que los elementos del apotegma acusatorio son incoación de parte; existencia de acusador como requisito de validez del juicio –aunque presentada la acusación el juez no está vinculado con ésta–; incompatibilidad entre quien acusa y quien juzga; y, por supuesto, supone la actividad probatoria de parte, pues la imparcialidad debe caracterizar al denominado juzgador supra partes (1994, p. 21 y 22).

De la Oliva (1999), al hacer un muy buen planteo sobre el asunto, considera que un proceso en el que se respete el principio acusatorio es aquel en el cual se requiere de la acusación a uno o varios sujetos determinados por hechos concretos, como presupuesto del juicio oral que terminará con una decisión de condena (p. 42 y 43). Así mismo, para González, el principio se entiende desde dos puntos de vista. Uno positivo, caracterizado por la separación de las conocidas funciones, la correlación ente la acusación y el fallo y la vinculación del órgano jurisdiccional al objeto del proceso, evidente iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y la prohibición de la reforma en peor (2004, p. 23), y, desde la óptica negativa, en el principio acusatorio no es característica la separación entre quien instruye y quien juzga y el derecho de defensa (González, 2001, p. 144 y ss.; González, 2004, p. 159). A su vez, Ortego, cree que el principio acusatorio requiere de una parte acusadora pública o privada que ejerza la acción penal ante el juez, en un juicio que lo vincula al objeto del proceso, pudiendo condenar sólo por los hechos de la acusación y exclusivamente a la persona acusada (p. 56).

En fin, también desde la perspectiva hispana, Díaz (1996) señala que el principio en estudio se traduce en la distinción de las funciones acusatorias y las decisorias y la adversariedad de partes, separando el apotegma acusatorio del dispositivo (p. 209, 214).

Así las cosas, debe decirse que España ha tenido una gran tradición en materia del principio acusatorio: primero, con la doctrina preconstitucional, en cuya virtud se sostenía que él encarnaba todo aquello que se edificase en contraposición a las normas inquisitivas, por lo cual implicaba los derechos de audiencia, de

contradicción y de defensa, tal como lo manifestó en su momento Alonso Martínez, Padre de la antigua Ley de Enjuiciamiento Criminal todavía vigente. No obstante, otros lo relacionaban con la etapa de juicio de manera radical y atenuada en la investigación, admitiendo la participación de juez durante la investigación, situación que se mantiene en el proceso penal español actual (Guerrero, 2009, p. 62).

En la doctrina argentina Julio B. Maier expresa que:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir (1998, p. 207).

No muy distantes son los planteos de Bovino (2005) cuando considera que el axioma acusatorio se caracteriza por la distinción entre las funciones de persecución y juzgamiento (p. 37), con lo cual se logra la realización efectiva de una garantía fundamental, que denomina 'meta garantía' (1998, p. 10). Así mismo, a partir del enfoque chileno, dice Rodríguez (2013):

No es más que uno de los principios configuradores del proceso acusatorio que regula aspectos bien específicos de éste, cuyo contenido se ciñe a la separación de la función de acusación de la de enjuiciamiento, funciones que deben ser atribuidas a órganos distintos, y por tal motivo la acusación –el objeto del proceso– ha de ser planteada en juicio por un sujeto distinto del juez (p. 647).

Para Herrera (2005), acorde con la visión panameña del asunto, el acusatorio comporta la carga de la prueba en cabeza del Estado todo ello en el seno de un juicio oral, público y contradictorio entre partes investidas de los derechos propios de quien concurre a la actuación de la mano del postulado de la igualdad de armas.

Burgos, desde la legislación peruana, advierte que el principio acusatorio se determina por varias notas: la separación de funciones de investigación y juzgamiento; el juez no interviene en el proceso de oficio y le está prohibido condenar a persona distinta o por hechos diferentes de los imputados. Además, para que este postulado rija de verdad, asevera que en el proceso se deben observar los principios de oralidad, contradicción e igualdad, y debe primar la liber-

tad del acusado durante su desarrollo (2005, p. 44). No muy lejos aparecen los planteos de Arbulú Martínez (2006), quien encamina la definición sobre el asunto para afirmar que el axioma es aquel en virtud del cual el Ministerio Público (acusador) persigue el delito, dejando en manos del juez el sentido del fallo, siendo la primera, la acusación, condición inexorable de la decisión.

Por supuesto, debe tenerse en cuenta que a través del Tribunal Constitucional, se identifica el principio acusatorio a partir de la separación de roles entre el Ministerio Público (fiscal) y el poder judicial (juez), siendo el primero el titular de la acción penal, cuya función es investigar y acusar; y, el juez, el responsable de juzgar y decidir sobre la culpabilidad o no del procesado, escenario en el cual la acusación es un requisito ineludible del juicio (Perú, Tribunal Constitucional, Caso Manuel Sandoval, 2006). Por ello, de forma puntual en cuanto a la resolución de sobreseimiento (conocida en Colombia como preclusión de la investigación) señala que si el Ministerio Fiscal como titular de la acción penal como dispone el artículo 159, de la Constitución política de Perú, decide retirar la acusación, el juez no puede iniciarla por su cuenta. (Perú, Tribunal Constitucional, Caso de la Defensoría del pueblo, 2004).

Además, el Tribunal ha señalado que el principio en estudio se caracteriza porque debe existir acusación como requisito anterior del juicio, la cual debe ser formulada por persona diferente al juzgador –en este punto se acepta la acción particular ejercida por persona diferente al fiscal– en la que debe predicarse la congruencia entre el hecho narrado en la acusación y los hechos que sustentan la decisión, contra persona determinada y sin que, en ningún momento, el juez pueda dirigir materialmente el juicio, so pena de afectar su inexcusable imparcialidad (Perú, Tribunal Constitucional, Caso Ricardo Gómez, 2005).

En el ámbito mexicano, Meza (2009) señala que el principio acusatorio inscrito en el juicio oral determina la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, bajo el presupuesto de una imparcialidad frente a las partes y a los hechos y en cuanto a las pruebas del proceso; supone la obligación de ejercer la acción penal por parte del acusador y su limitación para renunciar a la misma (p. 199).

Además, en el contexto hondureño deben mencionarse los aportes de Cuéllar (2002) quien, al coincidir con algunos de los expo-

sitores hispanos ya citados, hace un intento por señalar las características del principio acusatorio que no distan mucho de las ya expuestas.

En Colombia, diversos estudiosos se ocupan del tema: por ejemplo, Guerrero enruta sus elaboraciones en la dirección ya apuntada de Gómez (2005, p. 81-86); y Bernal-Montealegre (2013), estiman que este axioma es propio del sistema vigente y comporta siete consecuencias distintas: a) las atribuciones de instrucción y juzgamiento están encargadas a dos órganos distintos; b) la decisión de responsabilidad penal debe establecerse a instancias de un órgano acusador; c) debe existir correlación entre la acusación y el fallo; d) opera de acuerdo con la ley el principio de *reformatio in pejus*; e) la investigación constituye una actividad que prepara el juicio oral y suministra el material necesario para que opere la contradicción; f) el proceso penal es una actividad en cabeza del Estado gobernado por el principio de legalidad de la actuación y de la prueba; y vii) las formas rituales que deben observar el procedimiento son la oralidad y la publicidad (p. 197).

Así las cosas, con la puesta en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal se ha buscado adecuar un proceso con la mayor atención a los principios constitutivos del sistema penal acusatorio, en virtud del cual la jurisdicción la ejercen los tribunales populares, el ejercicio de la acción penal es pública y sólo se emplea a través de un proceso; la defensa y acusado están en igualdad de armas frente al ente acusador, la función del juez es exclusiva, restringida y nula en cuanto a la intervención oficiosa probatoria. Además, la regla general es la libertad del procesado durante el proceso; el procedimiento es oral, concentrado y público; y, por supuesto, se propende por la separación entre las funciones de acusación y de juzgamiento, algo propio del principio acusatorio.

El sistema procesal penal colombiano.

– Antecedentes.

Con la Carta Política de 1991, se adoptó un sistema procesal penal mixto con tendencia inquisitiva, el cual fue incorporado en el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 600 de 2000. Luego, ante la deficiencia del sistema, se acogió el diseño procesal acusatorio vertido en el ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo

03 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)¹ que entra a desarrollar la estructura del sistema penal de corte acusatorio, de tal manera que el principio acusatorio (objeto de estudio) es considerado como el elemento estructural del mismo².

Dentro de la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, Cámara que, finalmente, se convirtió en el número 03 de 2002, que modificó de manera sustancial el artículo 250 de la Constitución Política, se pretendió abordar desde diferentes aristas el significado del sistema acusatorio: por ello, después de aceptar la deficiencia del sistema mixto vigente y de las necesidades de lograr cambios, se adoptó uno de tendencia acusatoria, en cuya virtud se predica la adversariedad entre contendores, acusador y defensa, en un plano de igualdad de armas en el que, como resultado del debate probatorio, un tercero imparcial tomará una decisión. En consecuencia, el juicio constituye la base del modelo, en el que las partes protagonizan la práctica de pruebas en presencia del juez, las cuales son sustento de la sentencia que emite, asegurando con ello su imparcialidad. Allí se lee:

La premisa anterior se sustenta en que, mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales: defensa y acusador, ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión. (Cámara de Representantes, Exposición de motivos al Proyecto de Acto Legislativo 237, 2002).

Así las cosas, el cambio propuesto respondía a la necesidad de una transformación de fondo tras advertir las deficiencias del modelo implantado con anterioridad; no obstante, tras diez años de puesta en vigencia de ese sistema se puede advertir hoy que por la vía de las construcciones jurisprudenciales una práctica judicial incoherente ha terminado por mezclar el modelo novedoso entonces adoptado con su predecesor, deformando así la aplicación debida del principio acusatorio y, por ende, del sistema lo cual ha significado un retroceso en el avance del proceso penal en el país.

– El principio acusatorio en la jurisprudencia.

La Corte Constitucional, como órgano supremo y guardián de la Carta Política, ha sido enfática en señalar que el sistema penal de tendencia acusatoria obedeció a las necesidades y particularidades propias del país, admitiendo que su concepción no es pura y que, por el contrario, se trata de un sistema de partes modulado por un proceso adversarial, dejando ver entre frases que el modelo Colombiano rescata del puro algunos elementos tales como la igualdad de armas entre las partes, con un procedimiento oral, público y contradictorio, sin embargo aceptó que fue acondicionado a las particularidades del país (Corte Constitucional, sentencias C-873, 2003; C-591, 2005; C-1194, 2005; C-454, 2006; C-209, 2007; C-396, 2007; C-186, 2008; C-025, 2009; C-069, 2009; y C-144, 2010, entre otras).

En igual sentido, al trazar el modelo, la alta Corporación señaló que desde el punto de vista teleológico y sistemático del ya citado Acto Legislativo de 2002 y lo normado en desarrollo del mismo, se caracteriza por la separación de las etapas de instrucción y causa, siendo la primera el espacio para la preparación del juicio y, la segunda, el momento en el cual se concibe al juez como aquel que ejerce el control jurisdiccional de los actos que ocasionen la limitación de los derechos fundamentales, por lo cual su función no es oficiosa sino a petición de parte. En consecuencia el proceso penal es oral, contradictorio, público y concentrado y se permite la aplicación del principio de oportunidad en los casos previstos bajo causales precisas, existe distinción entre las potestades de los jueces de control de garantías –quienes tiene como función la de proteger las garantías individuales y derechos en las etapas preliminares a la imputación –y las de los jueces de conocimiento– a los que les corresponde adelantar el juicio con el respeto de las garantías procesales (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-396, 2007). Es más, dicho organismo coincide con la doctrina especializada al indicar que el principio acusatorio, denominado *nemo iudex sine actore*, se caracteriza por la separación de funciones entre el acusador y el juez (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-818, 2005).

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha bautizado el sistema –no el principio, que es cosa distinta– como adversarial cuando señala que Colombia no acogió un sistema acusatorio puro sino que, por el contrario, el Constituyente adecuó uno para satisfacer sus necesidades y posibilidades. Así, afirmó que el principio llamado adversarial no era absoluto, pues la estructura

desarrollada en Colombia permitía matizar sus componentes, aceptando la intervención activa de la víctima y del Ministerio Público en el juicio, figuras que dentro del esquema de los sistemas penales acusatorios puros no tienen participación alguna (Sentencia 30 de marzo, 2006). De igual forma, asevera que el juez no ocupa un papel pasivo frente a los contendores –como bien se aprecia en un sistema acusatorio primigenio– puesto que en aras de emitir un fallo basado en la verdad real y en la justicia material, debe tener una actitud pro activa encaminada a proteger los derechos fundamentales de los actores de amenazas o vulneraciones.

Por ello asevera que la reforma del artículo 250 constitucional, le encomendó a la Fiscalía la función –no judicial– de presentar la acusación ante el juez de conocimiento de cara a iniciar con ello el juicio oral, público, concentrado y respetuoso de garantías procesales. Además, se advierte que el Acto Legislativo trajo consigo características propias pero disímiles a las del modelo desarrollado por otros países, y destaca como axiomas la igualdad de armas en el juicio entre la fiscalía y la defensa, la iniciativa probatoria de la fiscalía para la demostración de su estrategia, la separación entre los actos de investigación, acusación y juzgamiento, que son exclusivas de ella y del juez.

Sin embargo, en cuanto a la imparcialidad del juez respecta, estima que si bien en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal se establece que el operador no puede decretar pruebas de oficio, existe la posibilidad constitucional excepcional de hacerlo; por ello, cree viable que el juez razonadamente y en el caso concreto pueda motivar la inaplicación del artículo 361 del citado estatuto procesal, so pretexto de dar prelación a los mandatos, principios y fines constitucionales del proceso penal, soportados en el artículo 4° de la Constitución, por ser el punto de inicio y cierre del ordenamiento jurídico.

No obstante, la Corte Constitucional señaló que en su criterio el juez de control de garantías o de conocimiento no puede ser un mero árbitro frente a las partes y que, por el contrario, debe propender por la búsqueda de la verdad y la justicia material, salvaguardar los derechos fundamentales y las garantías del acusado y los derechos constitucionales de las víctimas (Cfr. Sentencia C-591, 2005). Incluso luego, zanjó la discusión en relación con la potestad probatoria del juez (como punto minado de su imparcialidad y de su neutralidad), concluyendo que en tratándose de un juez de control de garantías

dicha prohibición es relativa, con el argumento de que se busca proteger los derechos fundamentales objeto de control; sin embargo, frente al juez de conocimiento dijo que esa potestad es absoluta al ostentar una función de dirección del debate probatorio, lo cual le impide desquiciar el modelo de matiz acusatorio y transgredir tanto su objetividad como el axioma de la igualdad de partes, características del principio adversarial y del sistema penal acusatorio, según dijo. (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-396, 2007).

La realidad del principio acusatorio en Colombia.

Si bien, el principio acusatorio concebido en Colombia tiene ciertas modificaciones que el constituyente visionó como necesarias para su adecuación al modelo acusatorio (o de tendencia acusatoria) introducido, debe estudiarse si los desarrollos observados se corresponden con la esencia de aquel o si, por el contrario, desquician su naturaleza, de tal manera que se pueda concluir si realmente tiene aplicación en el proceso penal. Ese, pues, es el objeto del presente apartado.

Así las cosas, si se tienen en mente las diversas notas que la doctrina le atribuye al principio ya vistas, se advierte que el postulado aplicado en el país posee características que no se corresponden con aquellas. Ejemplos claros de lo afirmado son el papel de la víctima en el juicio como interviniente especial; la interferencia del Ministerio Público como interviniente principal y discreto; y, añádase, la neutralidad probatoria relativa del juez, sobre los cuales se quiere discurrir a continuación. Su incorporación a la estructura del proceso vigente es producto de la clasificación que hace el Código de los actores en partes e intervinientes (artículos 113 y ss.), donde incluye como partes a la fiscalía y a la defensa (amén del imputado y acusado, como unidad), y como intervinientes al Ministerio Público, a la víctima; el Juez, adviértase, es el Director de la actuación judicial y también participa el tercero incidental (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-873, 2003).

Desde luego, las atribuciones otorgadas a esos actores son diversas y no existe controversia en relación con las que les corresponden a las partes (fiscalía y defensa), toda vez que tanto la Constitución como el estatuto procesal penal establecieron que el proceso ventilado dentro del sistema con tendencia acusatoria es protagonizado por ellas que, además, son consideradas como contendoras en el escenario judicial.

Sin embargo, no puede predicarse igual situación en relación con la participación activa del Ministerio Público y la víctima, rotulados como intervinientes, puesto que la discusión no ha sido pacífica. La Corte Constitucional los denomina como actor principal y discreto y especial, en su orden, admitiendo su extraña ubicación dentro del proceso penal (en comparación con el modelo acusatorio implantado en otros países, de corte anglosajón, como por ejemplo el estadounidense), o por lo menos disímil (de acuerdo a la exposición de los autores en el respectivo capítulo), pero no por ello carente de importancia (Corte Constitucional, Sentencia C-260, 2011).

Por ello, la propia Corte Constitucional señala –al examinar el papel del juez en la búsqueda de la materialización de la justicia material y como guardián del respeto de los derechos fundamentales y de las garantías de los actores del proceso, amén de la participación del Ministerio Público y de la víctima– que el proceso adoptado no es adversarial puro (Cfr. Sentencia C-591, 2005). De igual manera, en cuanto a las potestades y facultades de estos intervinientes principal y especial, esa Corporación reitera que el proceso penal tiene características –como la participación del Ministerio Público en defensa de la legalidad y el respeto de los derechos humanos y la víctima en defensa de sus propios derechos– que le imprimen identidad única en relación con otros sistemas procesales³.

Así las cosas, es por la actividad del juez y la participación activa de los intervinientes que la jurisprudencia constitucional estima que el proceso penal es de partes, adversarial, por lo cual en un sistema modulado de tendencia acusatoria no puede hablarse de un sistema penal acusatorio propiamente dicho y, mucho menos, de la existencia de un auténtico principio acusatorio. Y no es para menos: las atribuciones de los intervinientes en el proceso penal vigente desquician ese apotegma y la estructura del adversarial, por lo cual es necesario analizar de manera minuciosa sus alcances dentro de la investigación y el juzgamiento, para entender de mejor manera la afirmación acabada de hacer. A esa tarea se destinan las siguientes líneas.

La víctima, interviniente en el proceso penal colombiano.

La víctima, que puede ser sujeto pasivo de la conducta punible, y/o aquel perjudicado con ocasión del injusto, es un interviniente en la estructura del proceso penal actual que ha adquirido una importancia extrema, la misma que ya empezó durante la vigencia de la Ley 600 de 2000 –que, recuérdese, todavía se aplica para ciertos

sujetos de la ley penal, para el caso aforados– sobre todo a raíz de algunos pronunciamientos de la jurisprudencia.

Como se recordará, el artículo 250 original de la Constitución Política de 1991 –norma de normas, punto de inicio y finiquito del ordenamiento jurídico– establecía la obligación de la fiscalía de propender por la protección de la víctima ya desde el momento en el que tuviera conocimiento de la realización de la conducta y le imponía el deber de adoptar las acciones tendentes a lograr el restablecimiento de sus derechos y el pago de los perjuicios con ocasión del injusto. Ese precepto constitucional fue desarrollado en su momento por el anterior y derogado Código de Procedimiento Penal, para el cual la víctima era concebida como un verdadero sujeto procesal siempre y cuando actuara a través de apoderado y se constituyera como parte civil, con la pretensión de obtener el resarcimiento de los perjuicios individuales y colectivos causados con el delito, como se disponía en su artículo 45 (Congreso de la República, Ley 600, 2000). Además, a la fiscalía como director de la instrucción le correspondía proteger a las víctimas, cosa que también sucedía con los testigos y otros intervinientes incidentales en el proceso, y debía adoptar las medidas necesarias tendentes al resarcimiento de los perjuicios y el restablecimiento del derecho, si a ello hubiere lugar, como se infería del artículo 114 de esa normatividad.

Por ello, la víctima actuando como parte civil, contaba con una participación activa en el proceso, podía solicitar la práctica de pruebas, tanto en la instrucción como en la causa, recurrir las decisiones, participar activamente en el ritual probatorio (Congreso de la República, Ley 600, 2000, art. 407) y presentar alegatos previos al fallo (Congreso de la República, Ley 600, 2000, art. 393 inciso 2°). Tenía pues, una vez constituida como parte civil, iguales facultades que los demás sujetos procesales. Ello era producto del modelo de corte mixto de tendencia inquisitiva que se implantó entonces en Colombia; sin embargo, no se puede decir que el sistema aplicado hasta el año 2004 –con la salvedad ya anota en lo que toca con su vigencia– fuera insuficiente –basta con aceptar su deficiencia– de lo que se trata es de advertir que la criminalidad y la impunidad se mostraron incontrolables y el sistema se tornó inane para abarcar tal problemática estructural que, en términos de justicia, terminó por desajustar y tornar inoperante el patrón adoptado.

Con posterioridad, el ya citado Acto legislativo 03 de 2002 adoptó el nuevo modelo de contenido acusatorio o mejor llamado

por la jurisprudencia y doctrina adversarial, como se ha dicho ya, en virtud del cual se le encomendaron a la Fiscalía General de la Nación las funciones de investigación y acusación, por lo cual se le despojó de la potestad de precluir las investigaciones adelantadas que tenía hasta ese momento. En consecuencia, la función de juzgar se dejó en cabeza del juez concebido como un ente imparcial dentro de la contienda de partes, dotado de ojos para ver y de oídos para oír, pero sin manos para actuar; todo ello, porque acorde con el diseño acogido él se debe limitar a acoger una de las teorías del caso propuestas en el juicio sin la facultad de decretar pruebas de oficio que puedan desequilibrar el esquema, supeditando su fallo al desarrollo del debate probatorio de las partes (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 361).

Pero la fiscalía, según ya se dijo, conservó la potestad de proteger a la víctima y de satisfacer sus necesidades al interior del proceso (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 114), además las de la ejecución de las medidas encaminadas a su atención y protección inmediata, la comunicación e información, etc. funciones señaladas en la ley 906 de 2004, Título IV (art. 132). Así las cosas, la víctima aparece como un interviniente, pero se le otorgaron una serie de atribuciones o facultades para actuar por sí misma, so pretexto de la verdad, la justicia y la reparación integral, que son fines del proceso penal (véase Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 137); no obstante, a partir de la audiencia preparatoria se le exige que actúe a través de un profesional del Derecho, aunque cuando carece de recursos la fiscalía lo debe proporcionar de oficio. Por supuesto, con ello comenzó a cojear todo el sistema adoptado si se tiene en cuenta que, en modelos como el vigente en los Estados Unidos de América, no se le da cabida a la víctima en la actuación (Gómez & Esparza, 2013, p. 169-180).

Añádase que, en principio, el estatuto procesal penal establecía que la víctima, además de ser asistida y protegida por la fiscalía, tenía la facultad de intervenir en las actuaciones y diligencias por intermedio de ésta y, en apariencia, le era prohibido elevar solicitudes encaminadas a la práctica de pruebas e intervenir de forma activa en la consecución de las decretadas por el juez, en el entendido de que dichas atribuciones terminarían por desequilibrar el proceso de partes. Es más, como posible sujeto pasivo del delito, se le otorgó a la víctima el derecho al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con ocasión de aquel, así como también a hallar la verdad y la justicia.

Sin embargo, en aplicación del control constitucional, la Corte Constitucional, se ocupó de la revisión del articulado atinente a la víctima y emitió sendos pronunciamientos en los que todo cambio, y, de las buenas intenciones encaminadas a tener un modelo de partes adversarial, de garantía en garantía, se terminó por establecer su participación en la actuación que hoy solo puede ser calificada poco menos que de “absoluta” (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). Por eso, dijo que la víctima era un interviniente especial que tiene intereses concretos en el proceso, como lo son el derecho a la verdad (en el entendido que se logre que la procesal sea la verdad material), a la justicia (garantizando el derecho a evitar la impunidad) y a la reparación integral (el cual se refiere a la forma tradicional de pago económico), razón más que suficiente para permitirle actuar activamente en el proceso más allá de un simple convidado de piedra, aunque se advierte que ello se plantea sin que resulte contraviniendo el sistema adversarial. Además, se dijo que ella debe ser tratada con dignidad y que tiene todo el derecho a conocer las decisiones que la afectan y a la tutela judicial efectiva, como forma de acceder a los susodichos fines (verdad, justicia y reparación integral) (Véase, Corte Constitucional. Sentencia C-228, 2002; Sentencia C-454, 2006).

Es más, se citaron sus derechos desde la óptica internacional, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que contemplan el derecho a la tutela judicial efectiva (normas concordantes con el ordenamiento interno: artículos 29 y 229 de la Constitución Política), en especial el último de los citados que establece la posibilidad de que las víctimas puedan intervenir en los procesos, gozar de atención y garantías y ser indemnizadas cuando sufran perjuicios (Organización de los Estados Americanos, Pacto San José de Costa Rica, 1969). Incluso, la Corte señala que el derecho a la tutela judicial efectiva se traduce en el derecho de acceso a la administración de justicia, como el mecanismo idóneo para lograr la verdad, la justicia, el restablecimiento del derecho, la indemnización de los perjuicios, a recibir información, a obtener decisiones de fondo, a participar en el proceso, incluso desde la indagación preliminar y a ser escuchada, todo dentro de una concepción amplia de sus derechos (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006).

De esta manera, se entiende que la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva como forma de lograr la verdad, la justicia

y la reparación integral en los términos ya señalados; sin embargo, esa protección se materializa desde el inicio de la investigación, al poner en marcha el andamiaje jurisdiccional a fin de sancionar a los responsables de la conducta punible que le ocasionaron perjuicios de cualquier índole. Incluso, se recuerda que la participación de la víctima en el proceso penal –contemplada en Acto Legislativo 03 de 2002–, debe ser objeto de reglamentación legal para considerarla en atención a su condición e intereses en el proceso, en el entendido de que su participación no se circunscribe solo al aspecto económico, por lo que debe ser considerado como un sujeto especial, sin importar la denominación de parte o interviniente que se le dé; además, para prever la figura de acuerdo a los rasgos y características del sistema que se considera adversarial (de partes) modulado, con tendencia acusatoria (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006).

Es en este punto en el que se considera que si bien el Acto Legislativo guardó prudencia, la ley y la jurisprudencia (esta última de manera dañina) dieron rienda suelta al otorgamiento de potestades al interviniente especial, tirando por la borda la estructura propia del sistema. Por supuesto, no se pretende con lo dicho dejar sin medios idóneos a la víctima para materializar sus fines, pues está claro que la Constitución le permite a cualquier persona hacer efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva (1991, art. 229) y le endilga a la fiscalía claras y precisas obligaciones. No se trata, pues, de considerarla como desvalida; por el contrario, es evidente que mucho antes de que la jurisprudencia –en un derroche de garantías– le permitiera acomodarse activamente en el juicio, la Constitución la dotó de herramientas, unas a cargo de ella y otras dependientes de la fiscalía, todas encaminadas a materializar sus derechos en el proceso.

Sin embargo, a lo largo de los últimos años la Corte ha modulado su participación en el proceso a través de sentencias, como la que declaró la exequibilidad del numeral 4 del artículo 192 del Estatuto Procesal, para permitir que ella pueda recurrir el fallo absolutorio (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-979, 2005). También, ese organismo se ocupó del derecho a la información a las víctimas por parte de los órganos de investigación desde el momento en que tengan comunicación con las autoridades (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2005). Incluso, se declaró exequible el artículo 79 del Código incluyendo el requisito de motivación de la decisión de archivo y que la misma fuera comunicada al denunciante y al

Ministerio Público (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2005); además, con similar condición, se declaró la exequibilidad del artículo 69 en relación con la inadmisión de la denuncia (Corte Constitucional, Sentencia C-1177, 2005).

El pronunciamiento de constitucionalidad declaró la exequibilidad del artículo 135 del Estatuto Procedimental –que se ocupa de la garantía de comunicación a las víctimas, concretamente para solicitar su pretensión económica–, en el entendido de que debe hacerse desde el momento del contacto con las autoridades y la misma no sólo debe garantizar la reparación integral sino, además, los derechos a la verdad y a la justicia (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006). Mediante esa decisión fue declarada exequible la facultad de la víctima para elevar solicitudes probatorias, potestad establecida en el artículo 357 del estatuto procedimental.

También, se declaró inexecutable el artículo 327 que le negaba a la víctima la posibilidad de recurrir la decisión que aprueba la aplicación del principio de oportunidad (Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007).

De igual manera, con la finalidad de hacer extensivos sus derechos, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de algunos apartes legales y facultó a la víctima para: solicitar la práctica de pruebas anticipadas; asistir a la audiencia de imputación; allegar o solicitar elementos materiales o evidencia física para oponerse a la solicitud de preclusión; solicitar el descubrimiento de un elemento material probatorio o evidencia física específicos; hacer observaciones sobre el descubrimiento de los mismos y de las pruebas que se harán valer en juicio; y solicitar la exhibición de los elementos materiales de las pruebas durante la audiencia preparatoria. Así mismo, solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba en la audiencia preparatoria; acudir ante el juez competente para solicitar medida de aseguramiento o medidas de protección; y efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades (Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006).

Con similar finalidad, declaró inexecutable el ordinal h del artículo 11 y el numeral 4 del artículo 137 *ibídem*, por limitar el derecho de postulación en el caso de existir más de una víctima, por considerarse desproporcionadas tales limitantes en desmedro

de sus derechos (Corte Constitucional, Sentencia C-516, 2007). También, ordenó excluir del ordenamiento la palabra “directa” de los incisos primero y segundo del artículo 92; “directo” del artículo 132; el inciso segundo del artículo 102; y el numeral 4° del artículo 137, por limitar el concepto de víctima. De igual manera, declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la ley 906 de 2004, facultando a la víctima para que intervenga en los acuerdos y preacuerdos (Corte Constitucional, Sentencia C-454, 2006); además, hizo otro tanto con el art. 101, en el entendido de que también la víctima tiene la facultad de solicitar la suspensión provisional del poder dispositivo sobre bienes sujetos a registro (Corte Constitucional, Sentencia C-839, 2009).

Lo anterior confirma, pues, la tarea de la Corte encaminada a colmar a la víctima de garantías procesales que le permitan materializar sus derechos; sin embargo, ha señalado que su intervención directa en las instancias procesales puede en algún momento menoscabar los rasgos estructurales del sistema adversarial, llegando a anular principios como el de la igualdad de armas; de tal manera que es necesario establecer en qué eventos no pueden ser extensivas a las víctimas las facultades de otras partes, pues con ello podría descomponer y desnaturalizar el modelo. Por eso sostiene, en concreto, que en la etapa del juicio –donde se predica la atención extrema del principio de igualdad de oportunidades–, instancia en la que las partes, fiscalía y defensa, son los llamados a protagonizar la intervención de las víctimas, puede llegar a truncar la materialización de la adversariedad o la tendencia acusatoria.

Advirtiendo la Corte la posible mutación del sistema en cuanto a su participación en la práctica de pruebas (por ser este un punto dirimido por la Constitución y la ley) concluyó que su limitación estaba justificada en lo adversarial del sistema (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). Sin embargo, agregó que en las demás etapas del proceso tenía la posibilidad de impulsar el procedimiento sin sustituir las funciones de la fiscalía; por tanto se concluye que su participación en el juicio se limita en atención al carácter adversarial, pero en las demás etapas procesales, indagación, investigación y acusación por no haber sido definidas por el legislador como adversariales, se admite que el papel sea más activo. Por supuesto, con tales decisiones la Corte terminó por sepultar el principio acusatorio, porque si algo está claro es que este no se predica sólo del juicio sino de todo el proceso; además, su aplicación debe ser constante y no intermitente.

Peor aún, como se verá más adelante, ni siquiera en el juicio se respeta el principio acusatorio, al permitirse al Ministerio Público ejercer el contrainterrogatorio y oponerse a las preguntas, dejando a un lado, el postulado de la igualdad de armas y la batalla de partes en la práctica de las pruebas (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). No obstante, se consideró que la participación de la víctima de manera directa en el juicio oral tiraría al traste con el sistema penal, al convertirse en un segundo acusador que desequilibraría la balanza y con ello el modelo; entendió ese organismo que no hay violación de sus derechos en el juicio, en el entendido de que la fiscalía es la encargada de ser el vocero de las intervenciones y el apoderado también puede ejercer las facultades propias de su calidad, de tal manera que sus derechos no se vean limitados, por lo cual estimó que la comunicación debía ser fluida entre ellos y que esa situación debía ser verificada por el juez (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007).

Así las cosas, más que decantado el papel de la víctima en el proceso penal, es claro que ella goza de un protagonismo inusual, con ciertas limitaciones en el juicio, que realmente –contrario a lo manifestado por la Corte Constitucional– sí logran desquiciar el modelo de partes so pretexto de materializar sus derechos con la efectividad de la tutela judicial, lo cual como ya se dijo se lograba antes del reconocimiento de la cantidad de garantías anti-acusatorias con las que se adornó a un interviniente que ya contaba con la protección y la atención necesaria para lograr sus objetivos en el proceso.

Si se quiere, los órganos de la Fiscalía y del Ministerio Público, las garantías constitucionales y legales que implica el debido proceso, el principio de legalidad y los controles jurisdiccionales, se convierten en los verdaderos mecanismos de revisión y control sobre las facultades decisorias del ente acusador, por lo que su participación activa en el proceso penal, en atención al sistema adversarial –es decir, de partes– no debería ir más allá del logro de un fin del proceso, para el caso la satisfacción de sus derechos. Sin embargo, permitir que sea la víctima quien actúe en la búsqueda de la reparación no deja de ser un contrasentido, pues es el Estado –quien detenta el poder punitivo acorde con los principios de necesidad y oficialidad– el llamado a administrar justicia y a proporcionarle a todas las partes y no solo a la víctima la verdad y la justicia.

Por ello, para recabar sobre un aspecto importante, permitirle a la víctima hacer peticiones probatorias en la audiencia preparato-

ria es brindarle una potestad contraria al modelo acusatorio y, por tanto, al principio acusatorio, puesto que la sentencia debe ser resultado del debate probatorio aportado por las partes, la fiscalía y la defensa, y no el producto de la intervención de la víctima o de otros intervinientes. Incluso, mucho menos resulta atemperado el sistema cuando se le permite al apoderado de la víctima incluir en juicio su alegación, argumentando que se trata de una etapa final en la que se escucha la posición de la víctima, puesto que en el pensamiento del juez solo deben quedar las alegaciones de la defensa y la fiscalía, para finalmente proferir un fallo.

Se reitera, pues, que la víctima en el proceso es un interviniente por lo que el legislador atendiendo al modelo por el cual optó, de forma expresa limitó su participación en el juicio; por ello, en lo no regulado ni la ley ni la jurisprudencia pueden desnaturalizar lo acusatorio con el otorgamiento de facultades tales como las ya vista, con lo cual podría concluirse que con ello devolvieron el sistema al modelo inquisitivo propio de la Ley 600 de 2000.

El Ministerio Público en el proceso penal colombiano.

El órgano llamado en el derecho positivo como Ministerio Público no es un instituto propio del sistema penal acusatorio ni del principio acusatorio, por lo cual no se puede acudir al derecho comparado –donde no existe con esas características, o se utiliza esa denominación para designar a la fiscalía– para hacer una reflexión sobre su papel en la estructura del proceso adoptado; por ello, solo en el modelo colombiano se incluye este actor de manera activa y equilibrada, con facultades autónomas que le permiten defender el interés público y el orden jurídico. Su inclusión en el proceso penal, recuérdese, tiene precedentes en la Ley 600 de 2000 que lo considera un sujeto procesal con iguales facultades, además de las especiales, que la fiscalía, la defensa, el procesado y la víctima, entre otros.

No obstante, en la Ley 906 de 2004 se le incorpora al sistema y su papel –como el de la víctima– es considerado como una característica propia del, así denominado por la Corte Constitucional, sistema adversarial modulado con tendencia acusatoria (sentencias C-873, 2003; C-591, 2005; C-1194, 2005; C-454, 2006; C-209, 2007; C-396, 2007; C-186, 2008; C-025, 2009; C-069, 2009; y C-144, 2010, entre otras). Por supuesto, la finalidad de la intervención del Ministerio Público en el proceso no es otra que la defensa de orden jurídico, del

patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; sin embargo, la figura suele en ocasiones desdibujarse en el escenario procesal puesto que la asunción de determinada posición termina por desconocer justamente los fines de su intervención.

Por ello, el organismo encargado de guarda e integridad de la Constitución entiende que las facultades del Ministerio Público en el proceso penal son una notoria particularidad del sistema penal implantado, por lo cual parece admisible –según ese punto de partida– aceptar que intervenga en todo el trámite procesal al tenor de lo señalado en el artículo 277 de la Constitución Política (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005); incluso tiene facultades de iniciativa probatoria (excepcionalmente), de tal manera que, en caso de olvido de alguna de las partes en relación con pruebas de vital trascendencia para su teoría del caso, el Ministerio Público las peticione.

De ahí que se destaque su papel como un interviniente principal y discreto, activo en todas las etapas del proceso, en cuya virtud debe velar por los intereses de la sociedad, el respeto de los derechos y garantías procesales y la legalidad, el equilibrio entre las partes para impedir el exceso o abuso de una sobre otra; desde luego, ello hace que sus actuaciones no desnaturalicen el sistema al mantenerse, pese a su injerencia, como un proceso de partes en el que fiscalía y defensa gozan de igualdad de oportunidades (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2010). Esto último, téngase en cuenta, es contrario a lo que se considera en tratándose de los intereses de la víctima que persigue la condena del procesado, tornándose en un segundo acusador.

No obstante, no es cierto que esa interferencia no se presente pues si se le permite participar de los conainterrogatorios y de la oposición a las preguntas en una estructura en la que sólo las partes interrogan, conainterrogan y se objetan, es evidente que ese interviniente termina por inclinar deliberadamente la balanza (Corte Constitucional, Sentencia C-209, 2007). De igual manera, debe decirse que su intervención en el proceso deviene innecesaria, puesto que si se pretende justificar su participación como guardián de la legalidad, de los intereses de la sociedad, de los derechos humanos y los derechos fundamentales, el juez –ya sea de control de garantías o de conocimiento– está obligado a respetarlos y a garantizarlos en virtud del principio de legalidad. De igual manera, los fines ya referidos están protegidos por el ejercicio de los fines del proceso que cobijan a todas las partes e intervinientes.

Así mismo, es claro que la Fiscalía detenta la titularidad de la acción penal (Constitución Política, 1991, art. 250) y entre sus facultades está la investigación de los delitos. Sin embargo, tiene la potestad de archivar aquellas investigaciones que no constituyen ilicitud (Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 79) y tal decisión, a pesar de ser autónoma, debe ser notificada al Ministerio Público quien puede impugnarla en caso de que la considere contraria a la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2010). De igual manera, a pesar de predicarse igualdad de oportunidades entre la fiscalía y la defensa, como contendores en el juicio, se admite desequilibrar la balanza al facultar al Ministerio Público para interrogar al testigo pero no se le permite contrainterrogar –porque no se quiere desequilibrar el sistema–; no obstante, cuando se le da la sola posibilidad de interrogar se desvirtúa el esquema adversarial puesto que, se reitera, su función no es otra que la de defender los intereses de la sociedad y las garantías en el proceso, de cara a mantener la igualdad de armas, la participación en una proporción justa y el principio acusatorio.

En fin, la función del Ministerio Público está superada e inmersa en el mismo proceso penal; sin embargo, permitirle –así sea de manera condicionada– su intervención en el juicio sí desequilibra el sistema y, por ende, desnaturaliza el principio acusatorio, puesto que la igualdad de armas cede frente a su pretensión, por ser un tercero ajeno a los contendores que participa en el juicio y que desequilibra la balanza, desquiciando el sistema adversarial.

La neutralidad probatoria del juez.

Otra de las formas de quebrantar la vigencia del principio acusatorio, es el desconocimiento de la neutralidad probatoria del juez, como ha sucedido con un sector de la jurisprudencia (la Sala de Casación Penal, mediante sentencia de 30 de marzo 2006, radicado: 24468, afirmó que el juez puede de oficio –ello a pesar de la prohibición legal expresa contenida en el artículo 361 del C. P. P.–, en casos excepcionales, decretar pruebas de oficio); por ello, es necesario ocuparse de esta materia. Al respecto, debe advertirse que en esta sede no se habla de imparcialidad judicial porque esa no es una característica del principio acusatorio; ese término, el de imparcialidad judicial, es utilizado por el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para señalar la garantía de toda persona a ser oída y juzgada por un juez natural, independiente e imparcial

(Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Por su parte, la previsión constitucional establece que quien ejerza las funciones de control de garantías en determinado asunto no podrá ejecutar las de conocimiento del caso como forma de imparcialidad judicial (1991, art. 250). Así las cosas, la imparcialidad jurisdiccional no debe ser concebida como una característica propia del modelo acusatorio como se dijo y, por ende, del principio, sino como un elemento esencial del proceso con independencia de cuál sea su naturaleza. No obstante, es importante dilucidar si se debe hablar de imparcialidad jurisdiccional o de neutralidad judicial, dos conceptos bien distintos.

De un lado, la imparcialidad jurisdiccional deviene de todo operador jurídico en todo proceso sin que importe su naturaleza y se traduce en la obligación de aquel de guardar una aptitud y actitud recta, ecuánime, equilibrada y justa en relación con su forma de administrar justicia, la cual debe ajustarse al principio de legalidad; por algo, pues, el Código de Procedimiento Penal (2004), reza de la siguiente manera: “*Imparcialidad*. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (art. 5). Por ello, en caso de advertirse parcialidad jurisdiccional, el mismo ordenamiento jurídico contempla herramientas procesales que bien pueden diluirla, como sucede con los artículos referentes a las causales de impedimento y recusación las cuales persiguen el saneamiento del proceso en relación con la imparcialidad del juez una vez comprobada una de ellas, con la consecuencia procesal de que se separa al funcionario del conocimiento del asunto, como lo disponen los artículos 56 a 60 del Código de Procedimiento (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-881, 2011). Esta forma de entender el concepto coincide, *grosso modo*, con las construcciones doctrinarias como la elaborada por Aguiló:

(...) la imparcialidad podría definirse como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso. Como se ve, estamos apuntando en la misma dirección de antes: imparcial será el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra. En este sentido, los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman “garantías objetivas” y “garantías subjetivas” de la imparcialidad. Las objetivas están vinculadas a la legalidad de la decisión (en nuestra interpretación, deber de aplicar el derecho),

y las subjetivas a las características del juez llamado a decidir en nuestra interpretación deber de actuar conforme a derecho por las razones que el derecho suministra (Aguiló, 2003, p. 75).

Por otro lado, el segundo de esos conceptos o la neutralidad judicial, que sí es una característica propia del principio acusatorio y del sistema adversarial, supone que al juez como director del proceso “se le exige centralmente neutralidad (equidistancia) respecto de las partes en conflicto, de forma que las decisiones que toma no prejuzguen el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas” (Aguiló, 2003, p. 78).

Así las cosas, son distintos los conceptos de imparcialidad y neutralidad: el primero, supone que el juez cuando decide el conflicto lo debe hacer en atención con equilibrio y con la debida conducción del juicio, esto es, él está comprometido con la verdad de los hechos y la corrección de la decisión; el segundo, supone que el juez debe ser equidistante respecto de las partes en conflicto, de tal forma que las decisiones adoptadas por él no supongan un prejuzgamiento en relación con el resultado del proceso y mantengan el equilibrio entre ellas. De nuevo lo explica la doctrina:

En definitiva, la neutralidad se exige al tercero cuando no está llamado a decidir el resultado y la imparcialidad cuando sí está llamado a hacerlo. Por ello la idea de imparcialidad remite a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantiva. Sin criterios de corrección, sin sustancia, no cabe, hablar de imparcialidad. La imparcialidad no puede ser una cuestión meramente formal o procesal (Aguiló, 2003, p. 78).

Por ello, el concepto de neutralidad aplicado al ámbito probatorio implica una actitud o comportamiento en cuya virtud se le impide al juez inmiscuirse en las labores probatorias que por su naturaleza le competen en exclusiva a las partes, con lo cual se cuida de un conocimiento previo o con prejuicios anteriores al momento en que el debate probatorio acaece (véase, Congreso de la República, Ley 906, 2004, art. 361). Por ello, al ocuparse del asunto la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que pareciera confundir imparcialidad con neutralidad, expresa:

Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy caro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el Juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas

de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el Juez predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio. (2006, p. 34).

Y añade que permitirle al juez iniciativa probatoria desquiciaría el esquema contentivo del régimen de enjuiciamiento adoptado, eliminando uno de los elementos estructurales del principio, la separación entre los actos de investigación y los de juzgamiento, para permitir que el juez participe de manera activa en el decreto de pruebas, lo cual acarrearía su parcialización frente al asunto al anticipar su postura de acuerdo al desarrollo probatorio. Sin embargo, se asevera que tal prohibición no es absoluta puesto que de acuerdo a los fines constitucionales al juez le atañe, como director del juicio, el interés público traducido en la necesidad que se investiguen los delitos, se encuentre y se conozca la verdad real, se sancione a los responsables y se indemnice o repare a la víctimas del injusto. De igual manera, precluir las investigación y absolver a los inocentes si es el caso.

Por su parte, para la Corte Constitucional el proceso –en el marco del debido proceso– exige que el juez además de ser competente y anterior al acto imputado, sea imparcial, lo cual repercute en su neutralidad, es decir la no dirección material del proceso, con lo cual se permite afianzar el sistema acusatorio, caracterizado por ser adversarial, contradictorio, en condiciones de igualdad y ante juez imparcial (Sentencia C-600, 2011). De allí que, al retomar a la más calificada doctrina, se hable de la imparcialidad en dos esferas: la primera subjetiva, en virtud de la cual, el juez luce como independiente, recto, ecuaníme, sin inclinar los intereses de alguna de las partes para favorecer o perjudicar de manera intencional, en cuyo caso el impedimento o la recusación verificará la situación; y, la objetiva, en el entendido que no quepa duda sobre su imparcialidad desde la óptica funcional y orgánica (Corte Constitucional, Sentencia C-396, 2007).

Pareciera, pues, aceptarse que una cosa es la imparcialidad judicial entendida como el proceder recto, ecuaníme, ajustado a la Carta Política y la ley del operador jurídico y, otra, la neutralidad judicial o pasividad probatoria, en virtud de la que el juez debe estar maniatado para decretar pruebas de oficio, con ello se asegura

la estructura adversarial, de partes, en igualdad de armas y ante un juez neutral. En otras palabras: en la imparcialidad, el juez, ya sea civil, penal, contencioso o de otra índole, debe auto someterse al principio de legalidad de acuerdo al proceso debido signado en la Constitución, el cual garantiza la visión objetiva en todo momento desde el inicio del proceso hasta la sentencia, la cual de igual manera debe corresponder al principio de congruencia. No obstante, esa corporación termina por confundir ambos conceptos cuando asevera:

El concepto de imparcialidad en el modelo penal acusatorio pasó a ser sinónimo del concepto de neutralidad cognoscitiva del juez, lo cual responde al esquema procesal que escogió el Constituyente con la introducción del sistema penal acusatorio en el Acto Legislativo número 3 de 2002 (Corte Constitucional, Sentencia C-396, 2007).

Ahora bien, por ser el principio de congruencia uno de los elementos característicos del principio acusatorio, resulta importante ocuparse de él para entender sus alcances en el proceso penal y verificar si el mismo se respeta o no en el derecho nacional.

El principio de congruencia.

En el proceso debe existir una relación de consonancia muy clara entre la acusación y la sentencia, característica que se identifica con el principio acusatorio (Armenta, 1995, p. 72). Al respecto, recuérdese que tanto el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada mediante ley 16 de 1972), como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado mediante ley 74 de 1968), señalan la necesidad de sustanciación de la acusación como derecho del acusado, axioma Internacionalmente conocido como el principio de coherencia o de correlación que, como se dice en la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 20 de junio de 2005 (Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, párr. 67 y 68), está íntimamente relacionado con el derecho de defensa, pues el acusado tiene derecho a conocer de manera clara, detalla y circunstanciada, los hechos por los cuales es acusado y ello marca el punto de referencia de la actuación defensiva, siendo inmutables los hechos de la acusación pero sí la calificación jurídica, ésta última siempre y cuando se respeten las garantías para la variación. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso de Pelissier y Sassi Vs. Francia, 1999, párr. 62 y 63), en el cual abordó la necesidad de

conocer la variación de la calificación puesto que al pretermirse tal situación se advierte conculcación del derecho de defensa.

Ahora bien, desde la Teoría General del Proceso el principio de congruencia es entendido como la regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, supeditando su decisión respecto a lo solicitado por las partes, de tal manera que no pueden existir fallos *ultra ni extrapetita*, salvo las excepciones legales, *verbi gratia* en materia laboral donde el juez puede fallar lo no pedido y más allá de lo pretendido por las partes⁴. En materia penal, el principio es una garantía constitucional y legal que se infiere de los artículos 29, 31 y 250 de la Constitución, y 448 del Código de Procedimiento Penal: “*Congruencia*. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

El precepto legal citado condiciona la declaración de culpabilidad a la solicitud de parte, sin la cual (en caso de mediar solicitud de sentencia absolutoria) el juzgador no podrá proferir fallo condenatorio. Y es apenas entendible que suceda: la fiscalía detenta el poder punitivo del Estado y es el titular de la acción penal, razón por la cual es quien debe configurar la imputación fáctica y jurídica de los hechos por los cuales se solicita condena; presupone, pues, la existencia de una acusación pero limita el campo de acción de la sentencia a los hechos plasmados en la acusación e impide que la persona sea condenada por delitos no enrostrados por el fiscal.

Así las cosas, se tiene que dicho principio permite la estricta correlación entre la acusación y la sentencia, que conlleva a la vinculación judicial con el objeto del proceso, lo cual repercute en el principio acusatorio, como se ha dicho (Armenta, 1995, p. 72). El principio de congruencia es, entonces, uno de los ejes centrales del sistema penal acusatorio; por ello, en países como Italia, Portugal y Alemania, se resalta la necesidad de: i) determinar los hechos constitutivos de la acusación de manera inequívoca y, ii), la garantía de los derechos de defensa y de contradicción del procesado, preservando bajo determinadas situaciones la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los hechos (Armenta, 1995, p. 80).

Añádase, que el principio de congruencia guarda íntima relación con el derecho de defensa en el entendido de que la defensa no solo debe conocer los hechos de la acusación sino que, además, ha de ser informado de la calificación dada a los mismos, puesto que la estrategia defensiva irá encaminada a desvirtuar los cargos enros-

trados por el fiscal, de tal manera que si no se conoce la calificación se impediría ejercer la defensa en términos garantistas (Armenta, 1995, p. 80).

Para la jurisprudencia nacional este postulado gravita en torno a la identificación de la existencia de una relación causal entre la acusación y la sentencia, que se extiende a la correspondencia entre la audiencia de imputación y la de la formulación de acusación, por lo que es inadmisibles la incorporación de nuevos hechos no contenidos en las audiencias previas (Corte Constitucional, Sentencia C-025, 2010). No obstante, se señala que la variación de la calificación jurídica se justifica cuando se buscan los fines del proceso, la justicia y la verdad, o se quiere preservar el deber del estado de investigar los delitos puesto que se torna en provisional, es decir, que puede ser modificada dentro de las pautas establecidas, bien sea en primera o segunda instancias (Corte Constitucional, Sentencia C-025, 2010).

Es más, se ha estudiado el comportamiento del principio comentado en cada uno de los sistemas procesales precedentes, para afirmar que el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 permitían que la calificación jurídica fuera provisional, y que esto no afectaba el derecho de defensa; incluso, se ha señalado que en vigencia de las normas citadas no se aceptaba que la acusación fuera invariable, aclarando que la defensa tenía la oportunidad de modificar sus tesis (Sobre ello, se construyó una línea jurisprudencial clara como se infiere de las sentencias C-491, 1996; C-541, 1998; C- 620, 2001; y, C-1288, 2001).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sendos pronunciamientos (Sala de Casación Penal, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicado: 27.518) se ha ocupado del asunto en los siguientes términos: a) el principio supone el derecho del acusado a conocer la acusación, en cuanto a los hechos y a la calificación jurídica, es decir, la conducta atemperada a la calificación jurídica que de ellos realice la fiscalía; b), se aplica tanto en el proceso que termina con sentencia como en todas los eventos de terminación abreviada del mismo cuando, por ejemplo, hay una aceptación de cargos (pues se debe confrontar los hechos de la formulación de imputación y acusación); y, c) en los casos de allanamiento a cargos se debe verificar que los hechos de la imputación con la cual se allanó sean los mismos que se incluirían en la acusación (Sala de Casación Penal, Sentencia de 20 de octubre de 2005, radicado: 24026).

Ese organismo agrega que se puede infringir el postulado por acción u omisión en los eventos de proferirse condena por hechos o por delitos diferentes a los señalados por el acusador en la imputación y en la acusación, o cuando se solicite condena por un delito adicionando agravantes no enunciados desde la imputación o acusación, o al desconocer situaciones de menor punibilidad incluidas en dichas etapas (Sentencia de seis de abril de 2006, radicado: 24668). Es más, señala que, en caso del retiro de los cargos por parte de la fiscalía como titular de la acción penal, la decisión del juez queda condicionada a ese comportamiento procesal de tal manera que, si aquel pide sentencia absolutoria, el juez deberá absolver (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencias de 20 de octubre de 2005, radicado: 24.026, 29 de junio de 2006, radicado: 24.529; trece de julio de 2006, radicado: 15.843; 27 de julio de 2007, radicado: 26468; 28 de marzo de 2012, radicado: 36.621; siete de diciembre de 2011, radicado: 37.211; y 21 de marzo de 2012, radicado: 38.256).

Esta última postura ha sido muy discutida desde la óptica del derecho foráneo; por ejemplo, se ha debatido en la Argentina lo sucedido luego de que el Tribunal –tras anular varias sentencias– proferió fallo condenatorio pese a la solicitud de absolución por parte del Ministerio Fiscal (Mendoza, 2009, p. 149-171).

De igual manera, el juez respetuoso del principio de legalidad, sin exacerbar su rol y dentro de los límites de variabilidad de la calificación jurídica manifestada por la fiscalía, le es permitido hacer menos gravosa la calificación jurídica, respetando el contenido de la acusación, pero no podrá agravar su situación; y, en cuanto a la sentencia, se entiende que es un acto complejo, inescindible, que inicia con el sentido del fallo y la sentencia, por tanto la congruencia se predica de ellas (Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2007, radicado: 27.336). Así las cosas, pareciera que en apariencia el derecho vigente respeta el principio acusatorio en este particular aspecto, aunque una práctica contraria a los dictados de la propia ley y la Constitución pareciera indicar que ello no es así.

Conclusiones

Después del análisis anterior, enderezado a auscultar los componentes propios del principio acusatorio en el modelo procesal penal adoptado por el legislador, se puede concluir que:

El principio acusatorio es el elemento estructural del sistema penal acusatorio.

El proceso penal colombiano no se corresponde con un sistema penal acusatorio sino con uno adversarial, con un proceso modulado, que responde a las necesidades y estructura del ordenamiento jurídico de Colombia.

Su concepción, si bien discrepa con el modelo puro, encuentra expreso asidero en la Constitución con lo que se presume que su estructura no riñe con la Carta Política ni con ordenamiento interno.

La Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha constitucionalizado aún más el modelo, sin embargo las sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentido estricto, han servido como criterio auxiliar en la mejor interpretación y aplicación del sistema.

La forma como se ha introducido la participación activa del Ministerio Público y de la víctima, ha llevado al desquiciamiento del principio acusatorio y del propio sistema adversarial.

El principio acusatorio no se caracteriza por la imparcialidad jurisdiccional sino por la neutralidad judicial.

Las funciones que en la práctica cumple el Ministerio Público son llevadas a cabo por el juez, quien debe supeditarse al principio de legalidad, por lo cual la participación de ese interviniente en la actuación no aporta nada al sistema; se trataba, en verdad, de cumplir con las cuotas políticas que en su momento se demandaba y con ello se enlodó todo el sistema.

Como lo han dicho tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el principio de congruencia se torna absoluto en cuanto a la correspondencia de los hechos de la acusación con los narrados en la sentencia, y, provisional o relativo, en tratándose de la calificación jurídica dada, lo cual es aceptado bajo ciertos condicionantes.

La prohibición de decretar pruebas de oficio por parte del juez de conocimiento permite la neutralidad judicial, al impedir la dirección material del mismo en atención a la estructura adversarial; sin embargo, se permite tal facultad al juez de control de garantías para evitar la violación de garantías y derechos de quienes se involucren

en el trámite puesto en su conocimiento, lo cual –se dice– no lesiona el principio acusatorio pues se trata de audiencias preliminares en las que se decide una materia incidental del proceso, pero no la responsabilidad del acusado.

Notas

- ¹ Ya en el Código de Procedimiento Penal de 1981 (Decreto 181), sin embargo, se acogía el principio acusatorio (véase artículos 87 y siguientes); este Código no pudo regir ante la declaratoria de inexequibilidad del Acto legislativo 1 de 1979 (Corte Suprema de Justicia, sentencia (1981, noviembre 3). Como precedente suyo, debe mencionarse el Proyecto elaborado por el Profesor Jaime Bernal Cuéllar, que defendía ese mismo principio en sus artículos 7°, 12, 74 y ss.; véase, Código de Procedimiento Penal. Ponencia. Bogotá: Librería el Foro de la Justicia, 1980. Así lo explicaba su autor en las ‘Explicaciones previas’: “(...) desarrolla la institución del Fiscal General de la Nación consagrada en la reforma constitucional, creando, al lado de cada funcionario judicial de las categorías existentes en el momento actual, un fiscal de acusación con funciones concretas en cada una de las etapas del proceso” p. 5). El Acto legislativo 1 de 1979, en su art. 41 disponía: El artículo 144 de la Constitución Nacional quedará así: “La persecución de los delitos, de oficio o mediante denuncia de cualquier persona y la acusación de los infractores ante las autoridades competentes corresponden, en los términos y casos que señale la ley, al Fiscal General de la Nación, quien será el jefe superior de la Policía Judicial. /El Fiscal General dispondrá de los agentes que establezca la ley, con las atribuciones que ésta determine. Tendrán competencia en todo el territorio nacional. /La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales”.
- ² Sala de Casación Penal, Sentencia (2006, marzo 30), radicado: 24468. Dice esa decisión: lo cierto es que el Acto Legislativo No. 03 de 2002 introdujo el *principio acusatorio*, caracterizado por diversos aspectos que coinciden, con algunas variaciones, con los sistemas acusatorios de que habla el derecho comparado, entre ellas: 1.4.1 El Reconocimiento de la “igualdad de armas” entre la fiscalía y la defensa, de modo que puedan actuar en el mismo plano como adversarios que someten su teoría del caso y sus pruebas a conocimiento del juez, encargado de resolver el asunto en justicia. Con la intención de garantizar la defensa en términos adecuados se reconoció al defensor iniciativa probatoria y se ordenó la implementación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública, aparejada con el fortalecimiento general de la Defensoría del Pueblo. 1.4.2 La separación entre actos de investigación, acusación y actos de juzgamiento, los cuales son exclusivos y excluyentes, pues, por principio general, el Fiscal no puede decidir con autoridad judicial sobre cuestiones que afecten los derechos fundamentales de los intervinientes,

ni el Juez puede inmiscuirse en la investigación decretando pruebas de oficio. Este último aserto será desarrollado en un capítulo propio.

- ³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-144 (2010, marzo 3). M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Allí se dice: “De la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes: i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego. iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7). iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público. v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada. vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso”.
- ⁴ Devis Echandía, H., (1985). *Teoría General del Proceso*, t. II, Buenos Aires: Editorial Universidad. Para este autor: es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado,

sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (p. 533); y añade: “los derechos de acción y de contradicción imponen al Estado el deber de proveer mediante un proceso y por una sentencia, cuyo alcance y contenido están delimitados por las pretensiones y las excepciones que complementan el ejercicio de aquellos derechos” (p. 536).

Referencias

- Abad, J. (2000). El papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal español. *Ámbito Jurídico*, Rio. Recuperado de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5072
- Acto Legislativo 03 de 2002, Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No. 45.040. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.
- Aguilera, E. (1923). *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Madrid: Editorial Reus.
- Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’. En G. Burgos (Ed), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* 1 ed. Bogotá: Colección de Textos de aquí y ahora, ILSA (pp. 65-81).
- Alliaud, A. (2001). Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución. En E. Hendler. (Ed.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto (pp. 211-238).
- Arbulú, V. (2006). *Principio Acusatorio y Debido Proceso: Perspectivas desde el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República*. Academia de la Magistratura. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/item/25096/principio-acusatorio-y-debido-proceso-perspectivas-desde-el-tribunal-constitucional-y-la-corte-suprema-de-la-republica> [citado en dos de marzo de 2014].
- Armenta, T. (1995). *Principio Acusatorio y Derecho penal*. Barcelona: José María Bosch.
- Armenta, T. (2004). *El proceso penal: fines y características* (2 Ed.) Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas.
- Asencio, J. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. (1 Ed.) Madrid: Trívium Editorial S. A.

- Baumann, J. (1986). *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*. Buenos Aires: Depalma.
- Benabentos, O. (2005). *Teoría General del Proceso 2* (2 Ed.) Rosario: Editorial Juris.
- Bernal, J., Montealegre, E. (2013). *El Proceso penal. Fundamentos constitucionales y teoría general*. 6ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bovino, A. (2005). *Principios Políticos del Procedimiento Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bovino, A. (1998) *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bujosa, L. (2004) Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español. *Derecho Penal Contemporáneo*, (9) (pp. 55-84).
- Bujosa, L. (2009). Prueba de oficio y proceso con todas las garantías. Análisis comparativo de derecho español y colombiano. En J. Almagro *et al.* (Ed), *Rigor Doctrinal y Práctica Forense. (Liber Amicorum)* Madrid: Atelier (pp. 233-256).
- Burgos, V. (2005). *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal Peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, (2005, junio 20). Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso de Pélissier y Sassi v. France, (1999, marzo 25). Reports of Judgments and Decisions, 1999-II. Köln: Carl Heymanns Verlag, s/f. Tribunal Europeo De Derechos Humanos. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_1999-II.pdf (pp. 281-345).
- Código de Procedimiento Penal, Ponencia. (1980) Bogotá: Librería el Foro de la Justicia.
- Cuéllar, R. (2002). *La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras: Justificación y Perspectivas*. Tegucigalpa: Ministerio Público.
- Cuéllar, R. (2006). *El principio acusatorio en el proceso penal moderno: significado y alcance*. Recuperado de <http://rigobertocuellar.blogspot.com/2006/08/el-principio-acusatorio-en-el-proceso.html>.
- De la Oliva, A., Aragonese, S., Honjosa, R., Muerza, J. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Devis, H. (1985). *Teoría General del Proceso*. T. II, Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Díaz, J. (1996). *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Editorial Comares.
- Díez-Picazo, L. (2000). *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. (1 Ed). Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Díez-Picazo, L. (1997). La configuración jurídico-política de la acusación pública en los Estados Unidos. Tribunales de justicia. *Revista española de derecho procesal*. (Nº 3) (pp. 291-306).
- España. Constitución Política (1978). Reino de España. España.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. tr. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta. 1995.
- Ferreiro, A. (2010). *Procesos Inquisitivo, Acusatorio y Mixto*. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/26298268/Procesos-Inquisitivo-Acusatorio-y-Mixto>.
- Gimeno, V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*. Madrid: Civitas.
- Gimeno, V., Moreno, V., Cortés, V. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Gómez, J. (2003). *El Tribunal penal internacional: investigación y acusación*. Valencia: Tirant monografías.
- Gómez, J. (2003a). La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional. *Revista de Derecho Penal*. (Nº 12), pp. 72-97. Recuperado de http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero_12/72-98.pdf.
- Gómez, J. (2008). *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*. México: Universidad Jaume I-Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Gómez, J. (Coord.) AA.VV., (2013). *Introducción al Proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, E., Herce, V. (1959). *Derecho Procesal Penal*. (5 Ed.) Madrid: A.G.E.S.A Rustica: Madrid.
- González, A. (2001). *Correlación entre acusación y sentencia penal*. (Tesis doctoral). Universidad de La Laguna. Recuperado de <ftp://tesis.bbtkull.es/ccsyhum/cs118.pdf>.
- González, A. (2004). *Acusación y defensa en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Guerrero, S. (2009). *El Principio acusatorio*. (2 Ed.) Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi-Thomson.

- Guerrero, O. (2011). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. (2 Ed.) Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Herrera, J. (2005). *El principio Acusatorio. Procuraduría General de la Nación*. Recuperado de www.ministeriopublico.gov.pa.
- Langbein, J. (2003). *The Origins of Adversary Criminal Trial. Oxford Studies in Modern Legal History*. New York: Oxford University Press.
- Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658. Congreso de la Republica de Colombia, agosto de 2004.
- Maier, J. (1998). *Derecho Procesal Penal Argentino*. T. I. Vol. b. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal*. (2 Ed.) Buenos Aires: Editores el Puerto.
- Martínez, A. (1992). Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica. Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia. *Cuadernos del Poder Judicial*, (Nº 5), 51-102, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.
- Mendoza, J. (2009). La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, (Nº 24), Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla. pp. 149-171.
- Meza, E. (2009). Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos a los delitos de delincuencia organizada. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (Nº 27) (pp. 195-213).
- Montero, J. (1992). El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual. *Revista Justicia*, (Nº 4), pp. 775-788.
- Montero, J. (1994). La garantía procesal penal y el principio acusatorio. En A. De la Olivia Santos (Ed.), *Justicia y Sociedad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 525-546.
- Moreno, V.; Cortés y V., Gimeno, V. (2003). *Introducción al Derecho procesal*. (4 Ed.) Madrid: Colex.
- Ordoñez, M. y Cano, D. *La Resistencia del sistema penal inquisitivo. Perspectiva histórica*. (Tesis doctoral) Universidad Javeriana. Recuperado de <http://hermes.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>.

- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). Pacto de San José de Costa Rica*. Costa Rica. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris. Recuperado de <https://www.un.org/es/documents/udhr/>.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm/>.
- Ortego, F. (2007). *Juicio de acusación*. Barcelona: Ateliers Libros S. A.
- Perú. Constitución Política (1993). Congreso Constituyente Democrático. Perú.
- Perú. Caso Manuel Enrique Umbert Sandoval. (2006, Marzo 13). Recurso de agravio constitucional. Tribunal Constitucional de Perú.
- Perú. Caso de Ricardo Ernesto Gómez Casafranca (2005, Julio 21). Recurso extraordinario. Tribunal Constitucional de Perú.
- Perú. Caso de Jacinta Margarita Toledo Manrique. (2005, Agosto 6). Recurso de agravio constitucional. Tribunal Constitucional de Perú.
- Perú. Sentencia 0023-2003-AI/TC (2004, julio 9). Acción de Inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional de Perú.
- Petrone, M. (1994). El principio acusatorio. En A. De la Olivia Santos (Ed.) *Justicia y Sociedad*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 503-524.
- Pfeffer, E. (2001). Entrada en Vigencia del Nuevo Código Procesal Penal en el País. En *Ius et Praxis, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (2), 2001. pp. 259-271. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200011&script=sci_arttext.
- Proyecto de Acto legislativo 237 de 2002, Exposición de motivos. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política. Gaceta del Congreso No. 134 de 2002. Cámara de Representantes.
- Rodríguez, M. (2013). Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, pp. 643 – 686.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. tr. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Sentencia C-491 (1996, septiembre 26). Acción pública de inconstitucionalidad. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-541 (1998, octubre 1). Acción pública de inconstitucionalidad. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C- 620 (2001, junio 13). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C- 1288 (2001, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-228 (2002, abril 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-873 (2003, septiembre 30). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-818 (2005, agosto 9). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-979 (2005, septiembre 26). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-1154 (2005, noviembre 15). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-1177 (2005, noviembre 17). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-1194 (2005, noviembre 22). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-454 (2006, junio 7). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-209 (2007, marzo 21). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-396 (2007, mayo 23). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-516 (2007, julio 11). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional de Colombia.

- Sentencia C-186 (2008, febrero 27). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-025 (2009, enero 27). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-069 (2009, febrero 10). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-839 (2009, noviembre 20). Acción de tutela. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-025 (2010, enero 27). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-260 (2011, abril 6). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-600 (2011, agosto 10). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-881 (2011, noviembre 23). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia (2005, octubre 20) radicado: 24.026. M. P. Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2006, marzo 30) radicado: 24468. M. P. Edgar Lombana Trujillo. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2006, abril 6) radicado: 24.668, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2006, junio 29) radicado: 24.529, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2006, julio 13) radicado: 15.843. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2007, septiembre 17) radicado: 27.336. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2007, noviembre 28) radicado: 27.518, M. P. Julio E. Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2011, diciembre 7) radicado: 37.211. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.

- Sentencia (2012, marzo 21) radicado: 38.256. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (2012, marzo 28) radicado: 36.621. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal.
- Tomás y Valiente, F. (1980). *Relaciones entre la inquisición con el aparato institucional del Estado, en la inquisición española*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Vásquez, J. (1984). El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras cien años de vigencia. *Revista Jurídica de Catalunya*, 83 (2) (pp. 373-418).
- Vélez, A. (1956). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Imprenta de la Universidad de Córdoba.
- Vergé, J. (1994). *La Defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Vlastos, G. (1946). Solonian justice. *Classical Philology*, 12(2), pp. 65 y ss. Chicago: University of Chicago Press. Recuperado de <http://www.jstor.org/discover/10.2307/267356?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21103657592123>.
- Zamora, J. (1994). El principio acusatorio. En A. De la Oliva Santos (Ed.) *Justicia y Sociedad*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (pp. 563-573).

Hábeas corpus: 797-3

Fernando M. Machado Pelloni*

“Los derechos fundamentales, los reconocidos como los tácitos, son una positivación del Derecho, de ahí que se encuentren ligados a una determinada situación”.

J. Van Der Ven

Resumen

Al retomar la figura del *Hábeas Corpus* desde sus orígenes en la Gran Bretaña hasta la época actual, el trabajo hace una importante reflexión sobre este instituto que es un remedio e instrumento por excelencia para la protección de la libertad de los asociados; con ese punto de partida se diseña un modelo que torna ese instituto más democrático y lo aleja de las violaciones a través de las privaciones injustas de la libertad, tarea en la que deben influir de forma positiva las fuerzas policiales de seguridad y los propios jueces al cumplir con su función.

Palabras Clave

Derechos fundamentales, Estado social y democrático de derecho, Estado autoritario, *Hábeas Corpus*, privación de la libertad.

Territorio de labor y maniobra

Uno de los hallazgos más comunes en la inspección, que es factible hacer a las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos,

* Abogado; Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales, U. del Salvador (Buenos Aires, Argentina). El presente texto se compadece con la conferencia dictada en el Encuentro de la Asociación Italiana de Filosofía del Derecho, celebrado en Roma, el 22 de junio de 2013.

la Corte Interamericana e incluso fuera de los ámbitos regionales de protección por los más diversos tribunales estatales, es que el *Hábeas Corpus* (en cuanto a su existencia normativa, sin abordar ahora en sus fuentes), es una señal o rastro de entidad para alcanzar la idea de que un Estado es compatible con la regla de la democracia y, también, con la defensa de los derechos fundamentales. En este contexto, obsérvese, el control judicial es un principio esencial a una sociedad democrática y a sus instituciones, como también lo es la vinculación a la ley y a la defensa de los atributos humanos básicos¹.

Lo que me he propuesto aquí es poner de relieve, que muy a pesar de la fuerte señalización en torno al Estado social y democrático de derecho, cuanto menos tres tesis, resienten la compatibilidad de cierta facticidad con la normatividad específica de aquél. Para comenzar: i) la propia necesidad histórica de la (re)forzada existencia del *hábeas corpus*, nos conduce a cuestionar la adecuación de la legalidad, la democracia y la defensa, por los derechos humanos en una determinada longitud y latitud pero hacia el presente y en pro del futuro; luego, y para proseguir, ii) la obligación de comprometerse en la renovación del debate (igual de substancial), respecto de la fundamentación del derecho en disputa, a la conflictividad por la validez teórica o la verdad pragmática; y, para concluir, aunque derivado de los asuntos precedentes, iii) enarbolar la casuística de la exclusión que afirma, al negársela cuanto inclusión, que la tentativa de acceso a la tutela judicial efectiva es inidónea para reconocer, respetar o proteger a una persona ante una situación deficitaria.

Desde el inicio, se persigue la aclaración de cuestiones esenciales de orden estructural o material al sistema jurídico, que a mi juicio repercuten en el plano coyuntural o formal en el que se dan ciertas decisiones, como resultados difíciles de creer o de comprender, cuando no imposibles de justificar o de disculpar. En los apartados siguientes, más allá de si resulta o no una contribución, persigo advertir sobre el *statu quo* del *Hábeas Corpus*, para concluir sobre una suerte de inventario faltante a esta figura.

De la *Magna Charta Libertatum* de 1215 al 2014, 799 años de *Hábeas Corpus*: necesario pero insuficiente

No me ocupa indagar, que el *Hábeas Corpus* encuentre su origen en Gran Bretaña, como resultado en esencia de la permanente tensión entre el poder político con tendencia a la expansión y a la autonomía personal, con aptitud como para atravesarse en el rumbo

de aquél. La cuestión transita más allá. Lo que es clave en la elección, a partir del dato histórico, es el reconocimiento de un derecho de protección, por el cual –cuanto menos documentalmente desde el 15 de junio del año 1215²– en virtud del cual una persona no debía ser privada de su libertad ni de sus bienes fuera de lo prescrito por la ley, y cuando tal situación tuviere lugar, contaba con un *Writ* por el que se ponía en discusión la detención o los elementos que, según el procedimiento legal, debían darse en relación con ella³. Tanto esta herramienta medieval, como su análoga de la *libero homine exhibendo* en la cultura romana, dejaban al desnudo una preocupación por la arbitrariedad. Sin embargo, en la era contemporánea la tribulación por el abuso estatal subsiste; de lo contrario, no se le otorgaría espacio en una perspectiva contractual a esta garantía como defensa.

Lo anterior, mueve no elimina (porque no puede) la preocupación concreta: del absolutismo a la post-ilustración, de la consagración y la deflagración de las normas fundamentales, a la edad de los derechos humanos; en ese escenario, el instrumento del *Hábeas Corpus* sobrevive y connota la habilitación de un compartimento que persigue prevenir, detener o restaurar, dicho sea *grosso modo*, una constelación de puestas en peligro o lesiones a la libertad, a la vez que denota un contexto de raíz autoritaria⁴.

La puesta en escena, que puede ser apropiada para un guión, tiene dificultades sin más, en su adaptación a otro. En mi opinión, no menos conflictivo y estéticamente diferente. Con esto, puede destacarse que en el marco estatal (decididamente autoritario), la aparición y el desarrollo de la garantía es bastante simple de comprender; sin perjuicio del marco general de peligro concreto o inmediato para la libertad personal y la fortuna que su defensa a través del *Hábeas Corpus* pueda tener. Ahora, la desaparición de una amenaza extendida o propagada contra la autonomía, a partir de la adopción de la regla de la democracia, la sujeción del Estado al principio de legalidad y la asunción de obligaciones en el plano internacional de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, contradice –al menos intuitivamente– la necesidad de una garantía tal. Desde esta óptica, hay que hallarle a la supervivencia una argumentación racional. Mi conclusión es que el Estado social y democrático no es lo que se presume de él.

El Estado autoritario, cuenta, entre sus más relevantes características, la desviación de la coerción hacia el sendero del terror lo cual conlleva niveles inimaginables de represión. Es la conducción del po-

der para la destrucción de la libertad, que se halla impedida o altamente restringida como autonomía, sin margen para su progreso: la perspectiva totalitaria ahoga la ideología propia para la imposición de la ajena, impide el disenso en favor de la verdad oficial estatal, e intimida a través de sus agentes en múltiples espacios y de las más variadas formas (Mantovani, 1984, p. 19). En especial, por el indisimulado traspaso del legado iluminista⁵ que opera en la destrucción de lo que se ha denominado la *Magna Charta* ya no del delincuente ni tampoco del ciudadano, sino de toda persona⁶. Ello resiente el pluralismo, tomado esto desde un ventanal que abre a la exégesis de principios y reglas retratados en un oleaje constitucional generalizado, que se registra en un superávit de procesos públicos, y que, por todo lo anterior, se convierte en un balance deficitario en marcos de intolerancia, o de reducción en la estimación de la dignidad humana (Häberle, 1980, p. 46).

El Estado social y democrático de Derecho es, desde su base, opuesto. No hay conmovición de principios y reglas en estricto sentido. En la perspectiva del conocimiento, es la contradicción con la dominación popular; expuesta en su lugar, con la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales (Häberle, 1980, p. 129). Sin embargo, los análisis descriptivos de normas y procedimientos penales, que revelan la facticidad de resultados más que dudosos en el terreno de un *test*, advierten la coexistencia con un orden alternativo, cuantitativa y cualitativamente diferenciado, por un lado, porque contextualmente el Estado autoritario requiere, como connatural y necesario, una máxima presión coactiva para su propio sostén, que en su contracara es eventual y excepcional como transitorio. Por otro lado, porque semejante ordenamiento fuera de la juridicidad penal, sustancial y jurisdiccional, en el totalitarismo es la máxima, como está bien dentro de un bastión como puntual apartado, unas cuantas respuestas penales que pueden (mal) destacárselas en su adverso (Mantovani, 1988, p. 431). Sin embargo, entonces, el antagonismo que lleva a comprenderlos como asimétricos entre sí, no debe encontrar el más mínimo descuido en el juicio: aquél es peor a éste (que es indudablemente mucho mejor); es decir, mientras el primero es calamitoso, el segundo no. Ahora, que quede aclarado: el último es marcada y testimonialmente imperfecto, sea por dolo o imprudencia y esto, en mi concepto, suma en la causa del *Hábeas Corpus*. Veamos.

La seducción oscura por el peligro, resulta marcada por el propio Estado Constitucional; cuando se vuelca dolosamente por la perma-

nencia de su propia exclusión y en determinadas coordenadas. Esta cuestión es conocida desde una aproximación sistemática, puesto que la aclamación y la defensa del capital del iluminismo requiere de un compromiso constante que no podría, bajo ningún pretexto, hacerse a un lado, para aprovecharse por las inconcebibles prácticas que originalmente se desaprueban en el contrato social (Radbruch, 1987, p. 141-142)⁷. Si se trata de una estructura que se denomina *Magna Charta* de la persona, es y debería de serlo siempre.

Con todo, resulta que es verificable nuestra asistencia ante la coexistencia de, con sustento en actuaciones estatales altamente sospechosas de arbitrariedad o abuso de poder, bajo las normas específicas del principio de legalidad, el compromiso con los derechos humanos y la adecuación en ello de instituciones democráticas. Si, a no dudarlo, se contradice lo anterior cuando se priva de *Hábeas Corpus* a un sospechoso de terrorismo⁸ (pero debe comprendérselo respecto de toda persona, bajo cualquier imputación por un hecho punible), su reconocimiento como garantía de defensa, prevención o reparación no autorizaría a creer que contenerlo por varios días es compatible o conforme con las características del mejor de los dos esquemas estatales⁹: es posibilista de un escenario de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, aunque con otro marco, iguales sucesos tengan espacio¹⁰.

A aquella situación, se agrega imprudentemente la superación de la distinción entre normalidad y excepción, a la cual, lo ordinario y lo extraordinario se dan cita y origen a una suerte de convivencia (De Vergottini, 2004, p. 1187). Es que, a la existencia de una multiplicación por doquier del Derecho penal –por la invasión de normas de flaqueo; que asumen adelantos de punibilidad y pérdida de fragmentariedad o del retroceso de la libertad¹¹ y que persigue una auto-aplicación normativa antes que la tutela de bienes jurídicos o distinguen tipos de autor y no de culpabilidad¹² (con más presión en escalas penales carentes de razón y de proporción¹³)– las amenazas y las privaciones de libertad aumentan sin un *Hábeas Corpus* robusto, porque el orden democrático asegura la “jurisdiccionalización” de la regulación (Mantovani, 1988, p. 433). Es decir, toda restricción se vuelve (aunque no debería) legal y legítima¹⁴. Aunque se volverá *ut-infra* sobre los conflictos, basta la mención para arribar a puerto: como *iuris tantum* no alcanza para ir en contra de lo reseñado, es la última barrera de la dignidad¹⁵ ante la respuesta (control) a la desviación –como desorden–¹⁶.

Que el Estado social y democrático de derecho, no prohíba la garantía, no controvierte que la dificultad existente, de comprobar la arbitrariedad o los abusos –que existen¹⁷– (por un cenáculo de autoritarios (sin importar la función estatal que se trate) en el reino de los demócratas –en especial, la rama judicial–), exige desde su intacta matriz medieval, una mirada un poco (no mucho) más amplia que la disposición común frente al *habeas corpus*; extraño a un marco totalitario pero propio de uno bien imperfecto.

El derecho y la garantía del *habeas corpus*: ¿problema de (in) validez, (in)eficacia, o ambos?

Otra anatema bien conocida por cierto, y muy unida con la tesis anterior, se presenta. Históricamente, el problema del respeto por la libertad como ideal y el reconocimiento de la última por las modernas constituciones primero (donde dejó de ser un mero valor) –para su entronización en el *core* de los instrumentos de derechos humanos–, después ha terminado en la placidez de su protección por el Estado social y democrático de Derecho e incluso, contra él¹⁸. Hoy hay más derecho que antes (Bobbio, 1991, p. 43). Sin embargo, creo que todo esto es un placebo, por algunas razones.

Más allá de que siempre han existido normas que no se han cumplido en todos los tiempos y que no parece racional aguardar a que una de ellas exprese la total corrección jurídica del objeto que regula, la vinculación estatal (en especial del juez) a la ley, tenía alguna barrera sobre la justificación de la última (Kaufmann, 2011, p. 74-75). Después de la exploración anterior, el impacto cronológico del derecho, en especial la última etapa universal de los derechos humanos, supone una evolución exógena a la sociedad de un Estado social y democrático de Derecho, por la que corresponde discutir su correspondencia endógena. En tal sentido, la actuación del poder conoce expresiones contradictorias o muy polémicas con el modelo de defensa de la libertad y ello pone sobre la mesa desacuerdos básicos sobre el terreno de la significación de las prescripciones.

Rastros de mis enunciados se observan cuando agentes penitenciarios se niegan a proveer alimentación adecuada a la dignidad humana –en esto avalado por el rechazo del *Habeas Corpus* de un magistrado federal, felizmente revocado por el Tribunal de Apelaciones¹⁹– o bien, si acaso el soporte de la edificación donde se alojan personas privadas legalmente de la libertad se cae a pedazos y resulta ser que no hay espacio para exhortar u obligar a nadie para

que haga nada –por empezar, conviene que un magistrado indispensable para la garantía vaya a ver semejante lugar fuera del radar, detalle ilustrado por la judicatura del recurso (que jamás tiene bajo su competencia al ser humano que interpone una impugnación, que es responsabilidad pero de otros)²⁰, o cuando en la distribución vertical de la federación, agentes policiales apalean a un ser humano sin causa y desde la jurisdicción, a la vez de tutelarlo, le obligan a evitar ser sujeto pasivo de tal brutalidad –una omisión desconocida del área de libertad en el amparista (fácticamente punible) y una comisión normada de funcionarios (normativamente impune)²¹. Con ello, se destaca que es perfectamente verificable el hallazgo de varios idiomas en el Estado social y democrático de Derecho: la tutela judicial efectiva e inmediata puede, como en algún caso, predicarse bajo el horario de atención al público o en el día hábil siguiente²²; tanto como para afianzar el contacto familiar, hacer depender de la calificación del comportamiento en manos penitenciarias y trascender la condición personal de la coacción, volviéndola transpersonal²³; y mucho peor si, al no reunirse circunstancias excepcionales (que son difíciles a un ejercicio cognitivo puesto que nunca se explicitan), no se resuelve el acercamiento entre el privado de libertad y sus afectos, sin siquiera un poco de preocupación por analizar la versión relatada en una denuncia, más si es por un factor económico –categoría sospechosa en la (des)igualdad ante la ley– que no se materializan las visitas²⁴.

La navegación en aguas inseguras, no exclusivas de latitud sur²⁵, es reveladora. Palabras como democracia, ley, dignidad, libertad y alimentación, pierden todo significado o valen con alguna distinción, según los interlocutores de que se trate. Marcos fácticos medievales o propios de un Estado totalitario, que podrían (y deberían) ser atacados con más rudeza en cuanto tales, al darse fuera de sus presupuestos característicos, padecen el relativismo de su propia mutabilidad. Es clave percibir, al menos en la tensión que se inspecciona, que lo único realmente inmutable es la conflictividad, que el mal radical –no dije absoluto– sobrevive esparcido como una enfermedad a la que no se le encontró todavía cura, y que el *Hábeas Corpus* no es otra cosa que un medio que, a tiempo, transforma en crónica a una propia, de un diagnóstico historiográficamente mortal.

Desde allí, lo que sigue es simplemente observar que el positivismo, o la resultante de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, no es tan contundente a la hora de definir la naturaleza y

la estructura del Estado, como para validar normas omnipotentes a toda intervención humana o más todavía, las que en cualquier caso son su propio testimonio (Ellscheid, p. 154-155). La edificación de producción o aplicación del derecho, en el marco de organización (sea para descubrirlo o aplicarlo), está perfectamente abierta –no tratándose de otra cosa más que de homologar su existencia jurídica– al abuso y, como reconocimiento de la descripción de la pérdida de esencia –abordándose su búsqueda seria y racional–, en el escudo de la libertad, el *Hábeas Corpus* opera como una vía de resistencia al margen o a pesar de la competencia.

Bajo ningún concepto, los problemas para la autonomía se terminan porque ha llegado la era de la garantía (si es tal); con ella sí, como mucho, se piensa en una sensible reducción a la dimensión de aquellos en cuanto a su existencia; y de su mano, se debería tomar en cuenta, en función de la evidencia casuística, que la medida de la democracia se determinará por cuanto sea capaz de la expansión de los límites de la teoría y de la práctica institucional en pos de la dignidad humana (Ellscheid, p. 157). Para este petitorio tomo en consideración que la problemática viviente, no deriva tanto o solamente de la exigibilidad en el cumplimiento normativo, sino que la respuesta estatal frente a la demanda por (in)eficacia se traba en la determinación o el alcance de lo que esencialmente se reclama, o sea en la (in)validez de cuanto se cuestiona. A esta altura, nadie podría ni menos debería propender hacia ninguna tranquilidad merced a la distancia conceptual de los Estados, como para aceptar que el hacinamiento de Birkenau (Auschwitz II)²⁶ –donde cuarenta y cinco desamparados llegaron a ocupar el espacio criminalmente diseñado para quince– respondía a la negación de la persona en cuanto tal, mientras que el de un establecimiento carcelario obedece a la dificultad en la maximización de los esfuerzos para con los que allí están y deben de estar, según el principio de legalidad y la regla democrática, aunque allí de facto incompatible con los derechos humanos²⁷. A su vez, si en un régimen autocrático no se da curso al procedimiento garantista por su inclinación a estar cómodo sin ella, la falsedad para su tramitación y final denegatoria en el imperio legal lleva, sino igual desilusión para el que sufre la lesión²⁸, de mínima, una análoga²⁹. Con este elenco situacional es que se dispara la alerta sobre la que se reflexiona.

El salto hacia la total erosión de las normas, en la medida en que ya no son afirmadas por su sanción o coacción, o dejan de serlo sistemáticamente, puede llevarnos sin más a otro sistema

(Alexy, 1997, p. 87). A partir de la devaluación de la ineficacia, por disponibilidad de la esencia de la autonomía (a sabiendas de la utopía que persiga luz perpetua en un ámbito social en donde la sombra es inevitable), inseparablemente se abordará la altura de la propia existencia de la validez (Dahrendorf, 1994, p. 35). A partir de tal toma de posición, si no son muchas, tampoco son pocas, las ocasiones en las que bajo cualquier pretexto se limita la libertad personal en ámbitos del Estado social y democrático de Derecho, o bien se le pone en peligro; ambas miradas, sin embargo, toman cuantitativamente distancia en el ya inocultable resultado, a la hora de estudiar el agravamiento ilegal de una legal reglamentación de aquella, en el marco de la prisión cautelar o como consecuencia de una responsabilidad penal. En este horizonte, la inactividad en las instituciones que atentan contra la dignidad, produce más tarde o más temprano su propia destrucción, de modo que rectificar o reconstruir, validar o efectivizar el sentido de aquella envuelve a la tarea más delicada que puede y debe ocupar a la democracia, en la seria pretensión de (ser lo más perfecta o) lo menos imperfecta de todo y cuanto sea capaz.

La ejecución de la labor deberá consistir en la minimización de los conflictos en los que la libertad se observe atrapada y si el remedio a ellos es a través del *Hábeas Corpus*, como se advierte, este último tendrá que afrontar discusiones capitales que actualmente esquivo o se le sustraen. En alguna medida, las evita cuando sus límites infra-constitucionales, reductores respecto de la comunicación *Constitutione lata*, acordonan el área de sensibilidad tornándola insensible; como también se le quita expansión normativa *Constitutione ferenda* cuando las soluciones deben acechar por medio de la garantía y se las esconde. Así es como habrá de proceder la erradicación del no querer vulnerar la limitación arbitraria –e incluso su agravación por acción u omisión– judicialmente ordenada, como a su vez el no intentar la promoción de derechos fundamentales reservándose conservadoramente apenas para respeto, reconocimiento o restauración del núcleo de ellos. Aquí subyace la explicación del *statu quo* del mecanismo frente al crecimiento de su primo (lejos más joven), el amparo.

Lo anterior, constituye un pilar de donde salen más razones para actuar, a partir de las propias normas del sistema jurídico, que son las que definitivamente guían la actuación estatal (Nino, 2006, p. 24). Con ello, el modelo superior se vuelve más democrático –o se aleja millas náuticas del peor– en las fuerzas policiales, de seguridad

y también en la propia función judicial. En esta perspectiva, no menos importante, también controvierte lo privado, devolviéndolo como público y viceversa. Por último, lograr acuerdos básicos sobre lo antecedente, determinará también alcanzar los desacuerdos frente a la letra chica, o sea la constelación de desapercibidas o menospreciadas desventuras cotidianas a la libertad. La democracia, para seguir la ordenación, no cabe por la realidad social o por los comandos normativos o, dicho mejor, no interesa aquí sujeta en esas variables, sino por la participación y la determinación en los derechos fundamentales como máxima de la administración (Häberle, 1980, p. 130): la comunidad está por fuera de lo que sucede dentro de las estructuras y los hilos de conducción que no son privados (no digo que la competencia de las agencias incumpla con la que le autoriza la organización o sistema, punto sobre el que, no obstante, me permito dudar). Señalo que la función pública tiene muy poco de pública; en el cordón entre poder y autonomía, en el que sus órganos no tienen la publicidad republicana de los rostros visibles de los caracterológicos órganos constitucionales (Häberle, 1980, p. 130-131): contra el secreto también lucha el *Hábeas Corpus*, quitándole intimidad al abuso al divulgarlo para el foro republicano³⁰.

La cultura constitucional demanda permanentemente una mirada en relación o en contexto (Häberle, 2011, p. 122); también la hermenéutica para validar el derecho y su garantía, lo que sin proa a ese puerto, difícilmente nos autorice a evaluar con alguna satisfacción la eficacia en cuestión: la protección de la dignidad no debe ir contra los órganos del Estado, tampoco mirar a otro lado cuando son los últimos los que van a la carga de la primera; todo lo opuesto, hay que vincularlos (Häberle, 2007, p. 295) y el *Hábeas Corpus* se pone esa mochila en la espalda. En verdad, y por lo que se lleva dicho, no debería ser el único.

El balance deficitario. Una quita en la deuda

En líneas generales, cuando se considera la protección de personas privadas en su libertad, se pone atención en tres ángulos: i) la existencia de un mecanismo de cobertura o escudo contra el arresto, detención o cualquier otra sustracción; ii) la constatación de herramientas para reconocer o respetar el proceso legal debido que, de no serlo, podría violar ese derecho; y iii) las pautas para que, de no quedar alternativa, se observen unas reglas para el tratamiento de quienes perdieron el derecho por causa legal (Kälin, p. 440). Del enunciado,

ahora voy a hacer un inventario, no exhaustivo por cierto, de lo que podría ser objeto del *Hábeas Corpus* y está actualmente fuera de él. Esto cotiza en baja para el Estado social y democrático de Derecho, en presunción largamente alejado del totalitario, e invalida derechos como inexistentes que hacen de la ineficiencia por desinterés, la moneda en cuanto a la esencia, todo lo cual, culmina en una muy mala prensa en el relevamiento de la garantía.

En esencia, la privación arbitraria de la libertad individual, es decir, sin ninguna causa racional, para empezar prohíbe u obliga, a negar una prerrogativa cualquiera al agente estatal que quisiera, como si pudiera lo que no debiera, detener, arrestar, demorar, acompañar o cualquier otro verbo que obstaculice la autonomía de una persona. Esto va más lejos que la existencia jurídica del *Hábeas Corpus* contra quien no cometió ningún hecho punible bajo el *nomen iuris* de delito; es acerca de su inexistencia contra quien no ejecutó y aún contra el que sí, pero que presuntamente violó un marco de referencia que no admite medidas cautelares o del que cabe un control judicial –no administrativo– *ex post*, o sea que debe proceder sin más ante la desproporción y el abuso de restricciones por contravenciones y faltas. Mi punto de partida, es que si se presenta demasiado obvio que alguien, por uno o varios días, no pueda disponer de su vida según su propia razón para obrar (Machado, 2007, p. 46-47), no viene lo contrario con una, varias o muy largas horas. El Estado social y democrático de Derecho, que no puede y ello porque no debe suspender la garantía ni en las hipótesis en las que suicidamente puede auto concederse excepciones según la Ley Mayor de que se trate³¹, silenciosa o astutamente, tampoco debe ni puede darse recreos para jugar a ser autoritario³². Esto para comenzar y tallar sobre la primera problemática.

En segundo término, siempre a partir del sentido negativo del concepto y esencia de libertad, al día de hoy, están absolutamente excluidos en la Ley 23.098 de la garantía los jueces. Vale decir, los últimos (en la teoría, no hago en este lugar descripción de ninguna realidad)³³ no deben, pero pueden, sustraer ámbitos de sustancial libertad con arbitrariedad fáctica, normativa o mixta y la inexistencia del *Hábeas Corpus* a su respecto, no hace sino (con)validar la falta de protección efectiva hasta que un tribunal superior a aquellos acaricie semanas o meses más tarde al caído en desgracia, después del tremendo zumbido que la coacción del Estado social y democrático de Derecho le dejó en sus oídos.

Esta pretensión procesal, que comienza y culmina con el respeto y el reconocimiento de una base jurídica capital o elemental, es primordialmente –concebida como mínimo y a fecha cierta, hace 799 años así– un proceso urgente de tutela jurisdiccional, con doble fuerza normativa hoy, nacional e internacional. Todo lo anterior, torna insostenible la invulnerabilidad teórica de una decisión judicial incompatible con una mínima fundamentación, una verificable motivación o el resultado de una deliberada sustracción de ambos ingredientes.

Queda de manifiesto la insuficiencia y por consiguiente la necesidad de discutir en detalle la forma (pero ya no la materia): se trata del núcleo de la dimensión ii). El peso de la historicidad al que se le debe agregar la presunta potencia coactiva del derecho transnacional de los derechos humanos gravitan sobre este déficit (Machado, 2007, p. 52 nota 54). La única racional objeción contra esta deuda radica en el procedimiento, esto es para darse cuenta: su instrumentalización. Sin embargo, tal desacuerdo es periférico y no modifica la inocultable afectación del derecho ante una impotente garantía, por cuenta de la judicatura que la lesiona. Cualquier pánico por un abuso procesal a través del *Hábeas Corpus* –que paradójicamente atemoriza no al Estado totalitario sino al Social y democrático de Derecho– puede controlarse por una alternatividad entre el camino urgente (por la claridad esencial que irradia el caso³⁴) y la impugnación común –porque se tiñe de oscuro y saldría despedido, perdido– o con las costas, tal y como actualmente sucede, fuera de todo aluvión.

Como un desprendimiento de lo precedente, está la defensa colateral de la libertad al interior de la federación. Siempre en la propuesta teórica, puede (y ello aunque no deba), existir arbitrariedad en el proceso con la competencia de un juez de provincia. Agotada la organización judicial allí, la esencia del derecho visto ineficaz por la luz de una vela, obliga a la existencia de un mecanismo de revisión sobre lo allí decidido; punto que salpica el deber primario del Estado Federal de velar (todavía incluso en la distribución vertical del poder) por la libertad cual reflector en el marco del tratado regional de protección³⁵. También se podría y debería polemizar sobre conflictos satelitales, pero irremediamente se descubriría que no debe impedir el acuerdo fundamental de un fortalecimiento de una vía de tutela. Por cierto, que tanto aquí, como en la reflexión que le sirviera de anuncio (la segunda parte), el objeto no se contenta al desatender las constelaciones.

La actuación con la legalidad supra e infraconstitucional del Estado, que cumple por sus agentes con su obligación de restringir la libertad de quien no reconoció derechos básicos ajenos, o atentará contra su función de poder, no implica que deje a su suerte a condenados y acusados: tomar razón de la problemática.

En reflexión del tercer aspecto, asume una multiplicación de casos todavía mayor que los dos primeros. Vale reiterarlo, porque todas mis intuiciones me tienden a indicar lo contrario, acaso porque pienso que por una temprana actuación compatible con la esencia jurídica, se tiende a sostener la inexistencia de controles sobre aquella: en las limitaciones legitimadas del poder, la prolongación del encierro define el problema de la continuidad de la dignidad humana en el tiempo. Ello se traduce tan gráfico como en la diferenciación de la atención en la cima y en la indiferencia en la pendiente. Esta tentativa de cancelación parcial indica que al *Hábeas Corpus*, a la obvia preocupación por el derecho a la vida y a la salud en el irrefutable argumento de que la reglamentación del ejercicio no legaliza atentados contra ningún derecho³⁶, se le trepa la vigilancia del conflicto en lo que guarda al debido proceso de ejecución penal (o de lo que bajo una medida cautelar).

La convivencia penitenciaria está abierta a conflictos por la supervivencia con agentes estatales y con otros internos; la realidad la acerca bastante a un infierno terrenal pero en la posición judicial aquella es (casi) impenetrable por el *Hábeas Corpus*, de modo que las discusiones más delicadas –no digo con unanimidad; hay algunas excepciones– se presentan banales, incluso con la intimidad –mayor a la que cuenta en el haber estatal de la policía, o las fuerzas de seguridad– en la que se mueve el poder público dentro de sus muros. La falta de buena alimentación o la desatención médica, para ir a lo más gravitante, como dar con traslados que superan en trayectos suburbanos el tiempo en el que quien ha tenido posibilidad de volar una países³⁷, el señorío de facto sobre lo que se hace o lo que no³⁸, buena parte fuera de todo sustrato normativo ni que decir sobre su propia racionalidad³⁹, y sobre todo la desatención de la proporción en los mecanismos de prevención y resguardo ni que acotar sobre las sanciones disciplinarias, se concentran bajo la judicatura de quien depende la orden que pesa sobre la persona, en donde flota ambientalmente la sensación de que todos estos problemas son totalmente normales al Estado social y democrático de Derecho. Con la fuerza de la historicidad, un magistrado de la garantía deberá disentir y apreciarlos anormales.

La exposición del balance deficitario y entender que el *Hábeas Corpus* podría ser mayor contribuyente con el Estado social y democrático de Derecho apenas haría a una quita de su deuda. Debe mucho más (Machado, 2010, p. 643). Se recuerda que una notoria diferencia con un marco totalitario es que se le puede reclamar. Todavía.

Notas

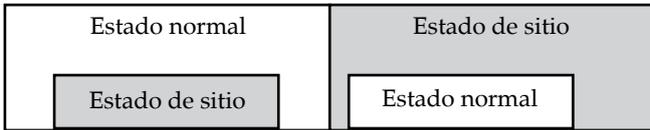
- ¹ Cfr. ECHR, “Brannigan and McBride v. UK”, app. 14.553/89-14.554/89, rta. 25/5/93, par. 41; CiDH (1987, octubre 8); House of Lords, UK, “A. (F.C.) and others (F.C.) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), X. (F.C.) and another (F.C.) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)”, (2004), UKHL 56 leadin’ opinion by Lord Bingham of Cornhill; Schutter, O. (2010). *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge U. Press, p. 541.
- ² Tengo en mi haber sin experticia alguna que puede resultar algo inexacto, y que en un punto de hecho lo es, la diferencia del paso del tiempo desde entonces a la actualidad. El sistema calendario de Inglaterra se mantuvo en el denominado juliano (en mérito a quien se ocupó de poner orden a la contabilización de la época, Julio César) hasta mucho después que en Europa continental se adoptara con prontitud el gregoriano impulsado por Gregorio XIII como Papa. (1582, octubre); lo que recién llegó a territorio insular hacia 1752. No parece que impactara en el nivel cultural inglés como para que se lo destacara; véase, Maurois, A. (2007). *Historia de Inglaterra*. (Trad. Morales, M. L.). Barcelona: Ariel, p. 38.
- ³ Blackstone, W. (2001). *Commentaries on the Laws of England*, ed. Wayne Morrison, vol. 1, Book 1, Chap. 1, 5.II. London: Routledge-Cavendish. Más tarde se consagró que nadie debía ser privado de su libertad sin el proceso legal debido (*due process of law*), merced al *Habeas Corpus Act*, de mayo 27 de 1679. Ambos son claros antecedentes de la tutela de la libertad en el sector de los derechos fundamentales; Kälín, W. y Künzli, J. (2010). *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford U. Press, p. 440.
- ⁴ Véase Faria Costa, J. (2005): *Hábeas corpus: ou análise de um longo e ininterrupto ‘diálogo’ entre o poder e a liberdade”*, en *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: edit. Coimbra p. 44.
- ⁵ Para una síntesis, sobre el dogma objetivo, primacía de la ley, precisión y determinación por y en ella, sumado a la prohibición de analogía, el desarrollo de un concepto de delito material como atentado o puesta en peligro de un bien jurídico; y del dogma subjetivo, el obrar culpable,

Marinucci, G.-Dolcini, E. (2001). *Corso di Diritto Penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*; Milano: Giuffrè, p.15, 415 y 617.

- 6 Aquí es forzoso derivar en la dogmática jurídico-penal. La expresión que proviene de 1215, ha sido acondicionada por Franz von Liszt (1905), quien con su *“das Strafgesetzbuch ist die magna Charta des Verbrechers”*, quiso señalar la barrera a un desborde del poder estatal contra todo ser humano, a partir de la legalidad; *“Ueber den Einfluß der sociologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”*, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II. Berlin: Guttentag, p. 80). Sin embargo, nada impidió la relativización al punto de destrucción, en leyes como las sancionadas (1933, febrero 28 y marzo 29) en donde, respectivamente, se adoptó la pena capital para el estrago doloso hacia adelante, primero, y más tarde se extendió la modificación hacia atrás, en segundo lugar, como para que Marinus van der Lubbe, imputado del incendio del Reichstag (1933, febrero 27) pudiera ser ejecutado bajo la pena a él escogida un día después del hecho. Para evitar repeticiones de episodios así, se adaptó la frase del profesor que fue de Marburgo y Berlín por *“magna Charta des Bürgers”*. Sin perjuicio de que von Liszt confiaba así en bloquear un criminal empleo político de la coacción *“-das Strafrecht ist ein unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik”-*, la sustitución del *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*, movilizó a una formulación con menor margen de evasión: ya no había que proteger delincuentes (¡por eso se quebraba la prohibición!), sino ciudadanos (von Liszt, Franz, p. 80); en la herida descubierta, la mención de Calvi por Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, (Liszt, F. (1984). Programa de Marburgo, en von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso: Edeval, p. 13). Ahora, siempre en la tensión perpetua entre libertad y poder, resulta que el problema perdura: se separa ciudadanos de quienes no lo serían, dándose lugar a varios órdenes jurídico-penales. Por ello es que tampoco empleo, por equívocos, Derecho penal del ciudadano sino simplemente de la persona, aunque se pueda discutir normativamente su concepto y, entonces, sea probable encontrar a un ser humano a la que el derecho maltrate e incluso ignore; en contra de lo señalado, Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Grijley, p. 75; a favor, Mantovani, F. (2008). *El Derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal* (trad. Stipa, G.-Figueroa Navarro, C.), en García Valdés, C.-Cuerda Riezu, A.-Martínez Escamilla, M.-Alcácer Guirao, R.-Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T, I. Madrid: Edisofer, p. 431.
- 7 Radbruch, G. (1987). *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Heidelberg: C. F. Müller, con un especial análisis a la *Magna Charta* en el ámbito del Derecho penal, p. 141-142. El *dolo* estaría en la *excepción* a la regla garantista, por la que el Estado social y democrático de Derecho se

modifica, al suprimir un principio de expansión hacia más derechos y garantías, por otro de restricción, especialmente con reglas de privaciones injustificadas de libertad por quien no cuenta con ninguna autorización normal –el ejecutivo– para hacerlo. No hay ninguna norma capaz de controlar su futuro en un concierto ontológico con capacidad para mudar y convertir en regla, la excepción de hoy, y viceversa. En mi concepto, la hipótesis del art. 23 CN no difiere del caso del art. 36 CN, más que en un caso el constituyente originario se ha creído en la capacidad institucional del control del descontrol, o el reformador en que la judicatura pudiese hacer todo aquello que debiera según el art. 43 CN; en tanto al último se rinde ante la revolución pero espera contra-revolucionar al fin. O sea, todo se reduce a la virtud de la fe.

Figura 1.
Relaciones entre el estado normal y el estado de sitio



Es claro que el poder absoluto tiende al aniquilamiento por su propio objeto. Esto no mueve ni quita que otro bien o mejor legitimado en sus fundamentos por *imprudencia* se desvíe, y entonces, lo regular, se aborte al decantar por lo irregular, bajo formas espurias. Para eso también está, con enorme modestia, el *habeas corpus*; De Faria Costa, J. *Habeas corpus: ou a análise de um longo e ininterrupto 'diálogo' entre o poder e a liberdade*. En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos* (p. 53-54).

- ⁸ ECDH “*Brogan and others v. United Kingdom*”, app. 11209/84/11234/84/11266/84/11386/85, rta. 29/11/88, par. 32 y 58 cuando se ejerció control de convencionalidad respecto del Act de 1984, por el que sospechosos de terrorismo podían estar en custodia legal –art. 5.2 de esa legislación especial– y no tenían acceso a la tutela judicial efectiva por exclusión de los supuestos tratados por la legislación antiterrorista, lo cual resultó descalificado por cuanto era y es fundamental en una sociedad democrática: el art. 15.2 –emergencia– de la Convención no deroga el derecho a la vida, la prohibición de tortura, de esclavitud o servidumbre ni la *Magna Charta* en derecho penal, arts. 2, 3, 4.1 y 7; análogo, art. 27.2 CADH. Esto es necesario para comprender nuestros arts. 23 y 43 CN., aunque insuficiente para cuidar la libertad.
- ⁹ ECHR, “*Brannigan and McBride v. UK*”, app. 14.553/89-14.554/89, rta. 25/5/93, par. 63ss. en función del 48: racional y necesaria detención por siete (7) días de sospechosos de terrorismo.
- ¹⁰ ECDH, para marcos extraordinarios, “*Ireland v. UK*”, app. 5310/71, rta. 18/1/1978, par. 104; en lo ordinario, *in re “Aksoy v. Turkey”*, app.

21987/93, rta. 18/11/96, par. 76, 311, en donde el denunciante estuvo catorce días privado de su libertad y sin asistencia médica a instancias de fuerzas policiales; puesto que no se trata apenas de reparar violaciones –en lo que hace a las obligaciones primarias de los Estados– sino especialmente prevenir las, ECDH, *in re "Kaya v. Turkey"*, app. 22729/93, rta. 19/2/1998, par. 105.

- 11 Art. 13 en función de los arts. 10, 11 y 12 de la Ley 25.891 de telefonía móvil, de cuestionable idoneidad para reprimir hechos punibles.
- 12 Art. 189bis (2) del Código Penal, según la Ley 25.886, por la que se le da un perfil de persona a la punibilidad, más que a un hecho del que sea racional consecuencia. La crisis del tipo de autor termina en la inconstitucionalidad pero los magistrados judiciales se ven influenciados a individualizar penas más altas por la *ratio legis*.
- 13 Art. 13 del Código Penal, según la Ley 25.892, que modificó los espacios temporales para la libertad provisional para las penas indivisibles, y que incluso las vuelve interminables para el art. 14 en homicidio calificado para impunidad o para su éxito, violación y privación de libertad seguidas de muerte, latrocinio y secuestro seguido de muerte, de cuestionable idoneidad preventiva y de más objeciones para las características de una pena humana. Es muy complejo que este contexto, conjuntamente al de la Ley 25.928 por el que la pluralidad delictiva puede hallar una pena de hasta cincuenta (50) años, no vuelva más severa la coacción del orden jurídico-penal general, y la actuación de todas las funciones estatales ligadas a ella. Más preocupación bate la delgada línea entre libertad y punibilidad en la reciente redacción del art. 41quinquies del código sustantivo, Ley 26.734, que agrava cualquier delito con fin terrorista pero no se aplica ante el ejercicio de derechos fundamentales, ni que decir con el despliegue policial merced a contravenciones.
- 14 La realidad en la preocupación por la libertad impide aceptar la tranquilidad por la convivencia en un orden democrático. (De Faria, J. Habeas corpus ou análise de um longo e ininterrupto `diálogo` entre o poder e a liberdade, En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, p. 48.
- 15 Como contra a un adelanto de punibilidad o pérdida de ciudadanía, se procedió por vía del amparo (en rigor *habeas corpus* correctivo restituyente –para los que ya habían perdido una oportunidad– y preventivo –para los que podrían haberse visto impedidos–) a conminar al Estado a que facilite las condiciones para que personas no condenadas pudieran sufragar, Fallos: 325:524; o como contra el amontonamiento de detenidos en un Estado de la federación, Fallos: 328:1146, consid. 19º.
- 16 Porque es factible hallar datos que expliquen el delito en el orden democrático, desde una constelación de vectores. Para esto, Rock, P.

Sociological theories of crime, En Maguire, M. y R. Morgan (2007). *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford: Oxford U. Press, p. 8). Recuerdo que Pedro Abramovay, viceministro de justicia de Brasil bajo la presidencia de Lula señaló que el Estado para implementar un programa de seguridad debía hacerse cargo de una política social ausente por más de veinte años, y ello hace a un modo de control social; fuente: Clarín. (2009, octubre 25).

- ¹⁷ De lo contrario el idealismo, lejos de iluminar, colaboraría con estrellarnos, en la desconexión entre el mundo de las ideas y el físico, sin interés de aquél por la verdad en el mundo que se quiere conocer o que es desconocido; para vivir bajo una ignorancia culpable, a la que le molesta lo que pueda llegar a descubrir; véase Popper, K. (1985). *Realism and the Aim of Science*. London: Routledge, p. 81. Para la afirmación, de acuerdo, De Faria, J. Habeas Corpus ou análise de um longo e ininterrupto `diálogo` entre o poder e a liberdade”, en *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, p. 51.
- ¹⁸ Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (trad. de Asis Roig, R.). Madrid: sistema, p. 39; también Ferreyra, R. G., *Enfoque sobre el mundo jurídico*, VI, y sus citas, disponible en el portal académico de la cátedra de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a su cargo. Le estoy muy agradecido por los comentarios a la lectura del borrador de este trabajo.
- ¹⁹ CF La Plata, Sala III, Expte. 6021/III “Procuración Penitenciaria s/habeas corpus”, Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora, T. 78, R. 87, rta. 23/12/2010. Esto prosiguió en una estructura judicial más, luego que el juez federal ordenara más de un nutricionista en el establecimiento carcelario, y que regularizara la provisión de menús indicados por el profesional, cuestión revocada por el tribunal de apelaciones, pues no fue consentido por el agente penitenciario; ¿para qué habilitar un juicio de *habeas corpus* si se impedirá lo que de allí se ordene? Los jueces de casación señalaron pautas para que se cumpla con el derecho, pues la legislación no es la que plantea problemas –a pedir de este fragmento de mi reflexión–; CNCP Sala II, “Proc. Penitenciaria s/recurso de casación”, c. 13.788, reg. 18469, rta. 11/05/2011. Véase frente al caso lo establecido por el art. 5 de la CADH.
- ²⁰ CNCP, Sala III, “Mugnolo, Francisco s/recurso de casación”, c. 13.717, reg. 545/2011, rta. 4/05/2011. También, véase frente al caso lo establecido por el art. 5 de la CADH.
- ²¹ Cfr. J. Civil y Comercial N° 6, Resistencia-Chaco, “Gómez, Rubén Darío s/hábeas corpus”, rta. 26/11/2011.
- ²² Surge de la nota elevada (2010, octubre 6) a la Sra. Presidente del Tribunal Superior de Córdoba –Dra. María de las Mercedes Blanc G. de Arabel–,

suscrita casi por doscientos profesores, magistrados federales y de otros Estados de la República Argentina, abogados y otros profesionales universitarios, con varias organizaciones no gubernamentales, en la que se solicitaba poner en práctica la letra de la Ley Mayor, en la medida que los arrestos por faltas, registraba más de cincuenta y cinco mil (55.000) detenciones por agentes policiales (2009) en la provincia mediterránea. Sobre las privaciones de libertad al margen de orden judicial, bajo el lenguaje infraccional –no delictivo–, ha sido expresamente aclarado por el juzgado de San Carlos de Bariloche, respecto de la comisaría 12 de El Bolsón, expte. S-3-10-319, sec. III “Arrien, Francisco Aníbal s/hábeas corpus”, rta. 30/9/2010, a la par que clausuraba calabozos, inhabitables para un ser humano, que se extiende a otras en ese Estado de la federación; expte. 878-JE10-11 “Agente fiscal y defensores oficiales s/hábeas corpus”, juzgado penal de General Roca, rta. 24/05/2010.

- 23 Véase MDPlata, Tribunal Penal N° 1 “Perez Corrales, Daniel s/hábeas corpus”, c. 2705, rta. 19/05/2005.
- 24 Cfr. CF Rosario, Sala B, “Cabrera, Juan José s/hábeas corpus”, expte. 3933-P (expte. 1170/B, juzgado federal n° 3), rta. 23/12/2010.
- 25 Entre muchas más, como mera enunciación, ECHR *in re* “Öcalan v. Turkey”, app. 46221/99, rta. 12/5/05, par. 70 donde un detenido no podía estar aislado de asistencia legal, que su abogado no debía a su vez estar imposibilitado de actuar por las autoridades –policiales *ad casum*– y que ello debía desenvolverse normalmente, conforme el derecho del Estado parte; “Kafkaris v. Cyprus”, app. 21906/04, rta. 12/2/08, par. 96 donde se afirmó que la pena (o la coacción) no podía llevar más sufrimiento que el inherente a la restricción; o bien en “R.M.D. v. Switzerland”, app. 19800/92, rta. 26/9/97, par. 52 por el cual una organización federal debía garantizar –en cada miembro parte de ella– un medio de acceso al control judicial a cualquier privación de libertad.
- 26 Auschwitz no fue un campo de exterminio, sino varios: de ahí que se lo puede comprender como un complejo. Al que se hace referencia, y que usualmente se lo identifica como Auschwitz, supo tener un espacio aproximado en un tercio menor al pensado en los demás, por cada ser humano: por ejemplo, mientras una barraca original tendría quince por cuarenta y cinco (15x45 mts.), la nueva doce por treinta y seis (12x36 mts.), sin hablar del salto de los materiales de construcción. Incluso quien comandara en ese lugar, Rudolf Höss, lo explica por la pretensión que le hiciera Heinrich Himmler, *Reichsführer* del *Reich*: pasar a cien mil (100.000) prisioneros de diez mil (10.000); v. Höss, R. (2009). *Yo, comandante de Auschwitz* (trad. Fassio, J. E.), Barcelona: Ediciones B, p. 105.
- 27 ECHR, “*Mayzit v. Russia*”, app. 63378/00, (2005, enero 20) par. 38-40. En esta ocasión la Federación Rusa, que se halla comprometida bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, resultó que tenía menos

de siete (7) metros por cada ser humano en prisión; tenía apenas dos (2). Al norte del cabo de Hornos, se detectaron problemas parecidos. En efecto, conflictos de similar falta de proporción espacial por persona, más problemas sanitarios y de seguridad de los más graves –en el déficit se contabilizaba también la falta de respuesta a los *hábeas corpus* contra el Estado–, guiaron el dictado de medidas cautelares por el tribunal regional contra un miembro de nuestra federación; CIDH, “*Caso de las Penitenciarías de Mendoza*” (solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Argentina), (2004, noviembre 22). Por otra parte, y a partir de un precedente como el citado, urge trabajar –en serio– para eliminar el filtro de la Comisión para acceder ante la Corte Interamericana –en lugar de ser funcional al cuerpo–, de modo que quienes resulten lesionados en sus derechos fundamentales, no dependan en absoluto de ella, ni de nadie. No siempre interpreta la Convención y en esos casos tampoco beneficia la defensa de la dignidad humana. Debería imitarse la modificación del ámbito europeo en la materia, que a través del Protocolo n. 11, desde el año 1998, deja al individuo como *ius standi*, con plena capacidad. Más, Trincade, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, ed. Jurídica de Chile, Santiago, p. 319.

- ²⁸ Siempre he pensado que un buen ejemplo literario para dar una idea al problema de la indisponibilidad de la libertad frente a modelos estatales, derivaba de la opresión del nacional socialismo alemán en Berlín y la liberación a manos del ejército rojo. Cfr. Anónimo (2006). *Una mujer en Berlín* (trad. Seca, J.), Barcelona: Editorial Anagrama.
- ²⁹ Cfr. CIDH, “*Bayarri v. Argentina*” (2008, octubre 30) nota al pie 41. *Ad casum* de la averiguación por *Hábeas Corpus*, se llega hasta una solicitud de detención que no se concreta puesto que la persona ya había sido detenida, un día antes, por cuenta de un juez que, al final, no había dictado la orden en cuestión, todo lo cual impidió que la acción progresara. La persona privada de libertad fue sometida a torturas para confesar la autoría de un hecho punible, pues la jornada siguiente a su arresto, con noticia de la jurisdicción, se mantuvo su restricción pero no fue llevado prontamente ante el juez, lo que tendría lugar bastante después.
- ³⁰ Lo opuesto a la ignorancia culpable que las más de las veces se prefiere; ésta debe ser la perspectiva de la judicatura como control de la “cosa pública”; (Häberle, P. (1980). *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein: Athenäum, p. 16.
- ³¹ Véase la cita de nota 1.
- ³² Para este propósito se obstaculiza, al ya impedido en el ejercicio de su libertad, el acceso a asistencia legal. Al respecto, por ejemplo, ECDH *in re “Öcalan v. Turkey”*, app. 46221/1999, Z (2005, mayo12) par. 70 analíticamente, en tres pasos, se dijo que un detenido no podía estar aislado

de asistencia legal, que su abogado no debía a su vez estar imposibilitado de actuar por las autoridades –policiales *ad casum*– y que ello debía desenvolverse normalmente, conforme el derecho del Estado parte. Solo queda agregar, corrijo por reiterar, que no son pocas las condiciones que, a partir de injustificadas pérdidas de libertad, resultan causas a las que le siguen resultados de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes que el Estado está obligado a prevenir, reparar y luego penalmente perseguir.

- ³³ Quien se interese por la teoría y la realidad conjuntamente, podrá acceder a la clasificación en burócratas, justicieros, psicópatas, etc., ampliamente en la primera de dos investigaciones de Nieto, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- ³⁴ ECHR, *in re "Chahal v. United Kingdom"*, app. 22.414/93 (1996, noviembre 15) par. 127 y las citas que allí se recogen.
- ³⁵ Art. 1 CADH y cons. Sobre la colateralidad, con detalle del marco federal norteamericano, véase Machado, P., Rivas, M., (2004). *Resquicio Constitucional y apertura a influencias externas e internas para un Habeas Corpus federal pleno*. En Rivas, A. –Director–, Machado Pelloni, F. –Coordinador, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires: Ad Hoc., p. 175.
- ³⁶ Cfr. ECHR, "*Kafkaris v. Cyprus*", Op. cit., par. 96. Doctrina de Fallos: 318:1894 consid. 9º, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano: la prisión no despoja a la persona de dignidad.
- ³⁷ No me parece obvio, por lo que veo necesario describir que arribar a una audiencia por la mañana, implica ser levantado a la medianoche en algunos establecimientos, por lo que lo un traslado judicial difícilmente compatibilice con un tratamiento respetuoso de la dignidad humana.
- ³⁸ Quien quiera estudiar debe, a pesar de perseguir su propia educación (lo que se llevaría a gusto con aspectos propios de la necesidad de la sanción en sintonía con la prevención positiva), esforzarse para lograr dar con un derecho que no está recortado por la consecuencia punitiva; lo que es análogo a lo que sucede con quien quiera trabajar, lo que además multiplica más tarde sus problemas a la hora de su retribución por la labor, sea la totalidad de horas (que no se le quieren reconocer), o la de la remuneración (porque no se la quieren dar íntegramente), por citar algunos ejemplos.
- ³⁹ Quien persiga cumplir con todas las normas de seguridad podría encontrarse con situaciones absurdas pero por la naturaleza del resguardo, a pesar de ello, indiscutibles. Aunque cualquiera lo puede entender, de todos modos desde Fallos: 318:1894 se ha dicho que no es ni suficiente ni necesariamente así.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho* (Trad. Seña, J. M.). Barcelona: Gedisa.
- Anónimo (2006). *Una mujer en Berlín* (trad. Seca, J.). Barcelona: Editorial Anagrama.
- Blackstone, W. (2001). *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Cap. 1, 5. II. London: Routledge-Cavendish.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (Trad. De Asis Roig, R.). Madrid: Editorial Sistema.
- Dahrendorf, R. (1994). *Ley y orden "Law and order* (trad. Díez-Picazo, L. M.), Madrid: Civitas.
- De Schutter, O. (2010). *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge U. Press.
- De Vergottini, G. La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre 2004 (pp. 1185-1211).
- De Faria Costa, J. (2005). Habeas Corpus ou análise de un longo e ininterrupto 'diálogo' entre o poder e a liberdade. En *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora.
- Ellscheid, G. (2004). *Strukturen naturrechtlichen Denkens, AA. VV.: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Häberle, P. (1980). *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts: Athenäum.
- Häberle, P. (1980). *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft: Recht aus Rezensionen: Verfassungsgerichtsbarkeit als polit. Kraft: 2 Studien*. Königstein/Ts: Athenäum.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional* (trad. Fix Fierro, H), Buenos Aires: Astrea.
- Häberle, P. (2011). *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat: "DenkMal"-Themen, Geschichtsorte, Museen, nationaler und universaler Kulturgüterschutz*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Höss, R. (2009). *Yo, comandante de Auschwitz* (trad. Fassio, J. E.), Barcelona: S. A, Ediciones B.

- Kälin, W. y Künzli, J. (2009). *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Kaufmann, A. (2011) Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, en Kaufmann/Hassemer/Neumann (Ed.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Auflage, (pp. 26-109). Heidelberg: C. F. Müller.
- Machado Pelloni, F. M. (2007). Hábeas Corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica. En *Estudios Constitucionales*. Año 5 N° 1 (pp. 31-58). Talca: U. de Talca-Chile.
- Machado, F. M. (2010). Hábeas corpus: pasado, presente y futuro. Teoría y práctica. En *Estudios Constitucionales*. "Hábeas corpus: derecho de derechos", Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Comparado y Transnacional, T. I, Buenos Aires: La Ley.
- Machado, P., Rivas, M., (2004). Resquicio Constitucional y apertura a influencias externas e internas para un Habeas Corpus federal pleno. En Rivas, A. -Director-, Machado Pelloni, F. -Coordinador, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Maguire, M. Morgan, R. (2007). *The Oxford Handbook of Criminology*. 4 edition, Oxford: Oxford U. Press.
- Mantovani, F. (1984). *Il problema della criminalità, Compendio di scienze criminali*. Padova: Cedam.
- Mantovani, F. (2008). El Derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal (trad. Stipa, G.-Figueroa Navarro, C.), en García Valdés, C.-Cuerda Riezu, A.-Martínez Escamilla, M.-Alcácer Guirao, R.-Valle Mariscal de Gante, M. (coords.): *Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I. (2008). Madrid: Edisofer.
- Mantovani, F. (2008). *El derecho penal del enemigo, el derecho penal del amigo, el enemigo del derecho penal y el amigo del derecho penal*. (trad. Stipa, 6.) En AAVV Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer.
- Maurois, A. (2007). Historia de Inglaterra (trad. Morales, M. L.). Barcelona: Ariel.
- Marinucci, G.-Dolcini, E. (2001). *Corso di Diritto Penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano: Giuffré.
- Nieto, A. (2005). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- Nino, C. S. (2006). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Polaino-Orts, M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*, Lima: Grijley.
- Popper, K. (1985). *Realism and the Aim of Science*. London: Routledge.
- Radbruch, G. (1987). *Einführung in die Rechtswissenschaft 1. Rechtsphilosophie*
I. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Trincade, A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: ed. Jurídica de Chile.
- Von Liszt, F. (1984). *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaiso: Edeval.
- Von Liszt, F. 1905) *Über den Einfluß der sociologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. En *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II, Berlin: Guttentag.

La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado

*Andrés Felipe Díaz Arana**

Resumen

En este escrito, se pretende reseñar el estado actual de la discusión en torno a la ubicación sistemática del estudio de los conocimientos especiales en la teoría material del delito, los límites a la exigencia de activarlos para tales o cuales casos, y las pautas a partir de las cuales han de ser diferenciados de los conocimientos ordinarios o conocimientos comunes. Este desarrollo tiene como fin proponer una definición general de especialidad, que permita determinar con claridad suficiente los criterios que han de emplearse a la hora de determinar cuáles conocimientos son relevantes en la determinación del deber objetivo de cuidado y cuáles no.

Palabras Clave

Acción, conocimientos especiales, deber objetivo de cuidado, dolo, imprudencia, teoría del delito, omisión.

Introducción, planteamiento del problema y metodología a seguir

En el curso de Derecho penal, Parte general, al abordar las distintas escuelas de la teoría material del delito el profesor explicaba que, como regla general, ellas suponían distintos caminos para llegar a un mismo resultado en la atribución de responsabilidad. Se refería con ello a que, bien sea desde una perspectiva causalista, finalista o normativista, el resultado –en cuanto a responsabilidad penal o no– tendía a ser el mismo. Rara vez, los postulados de una escuela

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes.

del delito conllevan a responsabilidad penal o impunidad los de la otra, en un mismo y único caso. Ante este panorama, la importancia del estudio de las escuelas del delito radica, pues, en que estas ofrecen una amalgama de fundamentos iusfilosóficos a través de los cuales puede explicarse la vinculación o no, de la conducta con las formas de responsabilidad penal. Sin embargo, el caso que ocupa el presente estudio, constituye una excepción a dicha regla.

A decir verdad, la teoría general del Derecho penal no se caracteriza por discurrir en un terreno doctrinario pacífico. Por el contrario, en casi todos los puntos de vista importantes se encuentra un sector disidente con relativa fuerza, cuyos planteamientos tienen vocación suficiente para cuestionar seriamente los postulados de la hegemonía mayoritaria. No son muchos los aspectos de la teoría material del delito en los cuales puede hablarse de consenso y en ninguno puede afirmarse la uniformidad. Nudos gordianos se forman alrededor de la mayoría de las categorías que se pretenden erigir como pilares de la responsabilidad penal; no obstante, son relativamente escasos los escenarios en los cuales las respuestas son tan disparejas como aquellas apreciables en la discusión sobre los llamados *conocimientos especiales*. Con respecto al tratamiento que haya de dársele a esta figura, las posiciones encontradas en la doctrina son tan variadas como distantes entre sí.

Lo que puede percibirse en el caso de la discusión en torno al tratamiento de este tipo de conocimientos, es que al no haber consenso alguno, ni siquiera acerca de si la ausencia de su activación genera o no responsabilidad penal, las respuestas están mucho más alejadas entre sí de lo que sucede en otras discusiones. En realidad, se está muy lejos de alcanzar un acuerdo en torno a los fundamentos que permitan contestar por qué (y cuándo) sí han de ser activados, o por qué (y cuándo) no. Esto es así, porque tampoco hay acuerdo alguno en torno a lo que hay sobre la mesa de discusión. Como se dice más adelante, todo ello puede reconducir a un vacío en el debate, pues no se sabe con claridad a qué se refiere cada autor cuando emplea el término conocimientos especiales.

En este escrito, se pretende reseñar el estado actual de la discusión en torno a la ubicación sistemática del estudio de esa materia en la teoría material del delito, los límites a la exigencia de activarlos para tales o cuales casos, y las pautas a partir de los cuales han de ser diferenciados de los conocimientos ordinarios o conocimientos

comunes. Este desarrollo tiene como fin proponer una definición general de especialidad, que permita determinar con claridad suficiente los criterios que han de emplearse a la hora de determinar cuáles conocimientos son relevantes en la determinación del deber objetivo de cuidado y cuáles no.

Aclaraciones preliminares

Antes de empezar con el desarrollo es conveniente hacer ciertas precisiones llamadas a evitar que las ideas expuestas causen malestar en el lector, producto de su falta de fundamento *in extenso*. En efecto, lo que con este estudio se pretende es algo muy ambicioso, pero a la vez muy limitado: lo primero, porque se busca ofrecer una noción novedosa que altere el tratamiento de la doctrina mayoritaria a los conocimientos especiales del autor; lo segundo, pues muchas de las afirmaciones esgrimidas aparecen –tomadas aisladamente– como infundadas. Ello es inevitable, pues, para fundamentar de forma adecuada cada idea en la que se apoya la presente disertación, ésta ha de ser mucho más larga (quizás del estilo de un manual). No obstante, con dichas aclaraciones se espera que dicho problema ineludible sea, al menos para efectos de este artículo, llevadero.

Delimitación del estudio: ¿dolo/imprudencia, acción/omisión?

Es cierto que “todo lo que es presupuesto común de la imputación tanto dolosa como imprudente es presupuesto del tipo objetivo” (Martínez, 1992, p. 84), sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que todo presupuesto del tipo objetivo sea común tanto a la imputación dolosa como a la imprudente. Aún, a pesar de estar de acuerdo con la unificación del delito doloso y el delito imprudente bajo una misma estructura de imputación, éste es un tema que requiere de una fundamentación que desborda los límites de esta exploración académica. Aquí, se aborda el asunto en el delito imprudente, sin que los argumentos esgrimidos sean aplicables *ipso facto* al delito doloso; de hecho, muchos de los argumentos aquí esgrimidos no son aplicables cuando el autor se vale de los conocimientos especiales para desviar un curso causal existente –o para crear uno nuevo– con el fin de que desemboque en un ataque a un bien jurídico ajeno.

En cuanto a la diferencia entre acción y omisión, iguales consideraciones han de valer en aras de la concreción del trabajo. Aunque la estructura de la exposición demuestra una clara coincidencia con los

postulados del Normativismo (o Funcionalismo Radical) (Grosso, 2006) con respecto a la unificación de la estructura de imputación de la acción y la omisión, dicha defensa no hace parte del objeto de indagación.

¿Qué es un conocimiento especial?

Varias son las fórmulas y definiciones empleadas por la doctrina para separar aquellos conocimientos especiales de otros que son comunes u ordinarios. Muchos emplean criterios normativos a partir de baremos como los de hombre medio, hombre prudente, buen padre de familia, etc., para caracterizar los conocimientos especiales como aquellos que superan lo que conocería “un observador sensato; el ciudadano medio que participara en la actividad en cuestión” (Serrano-González de Murillo, 2011, p. 634). Otros, en sentido similar, explican que un conocimiento especial será “aquel que supere el exigido por el Ordenamiento para cualquiera que ocupe una determinada posición jurídica dentro del tráfico jurídico” (Frisch, 2006, p. 122). A la hora de precisar dicha definición, un sector de la doctrina entiende que con el término se puede hacer referencia “tanto a los conocimientos (...) exigidos por la posición jurídica que el sujeto ocupa (sólo que poseídos en un grado superior al que resulta habitual) como a conocimientos (...) de distinta naturaleza” (Paredes, 1995, p. 260, con cita de J. Wolter). Una corriente minoritaria, apoyada en concepciones funcionalistas sociológicas, define tal concepto como “los conocimientos que superan los propios del rol del autor” (Jakobs, 2011, p. 273).

De cualquier forma, sea cual fuere la definición adoptada, ésta debe contar con una delimitación suficiente a partir de una exposición clara y sucinta de los distintos elementos que deben ser comunes al objeto a definir. Sorprendentemente, son escasas las definiciones que vienen acompañadas de tal fundamentación previa; por el contrario, la definición de conocimiento especial no aparece como un elemento central en estudios que versan sobre el tema; de hecho, en un par de líneas superan este paso y dedican el grueso de la exposición a argumentar a favor o en contra de su relevancia en casos particulares. Pero, ¿es suficiente postular una definición sin cimentar las bases que habrán de sostenerla por encima de las otras? Gran parte de la discordia en torno a la relevancia o no de tales conocimientos parte de la falta de consenso sobre el objeto mismo de definición (Paredes, 1995, p. 24).

Por esta razón, aquí se empieza por suponer que un conocimiento especial es, en términos generales, aquél que posee el sujeto activo a la hora de desplegar la conducta pero que dista de aquél que ordinariamente se esperaría que tuviera. Determinar cuál ha de ser el baremo que sirva para dotar de contenido a esta expresión vacía, o de qué forma ha de distar de lo ordinariamente esperado, es el objeto de esta exposición. Luego, una definición rigurosa de lo que deba entenderse por conocimiento especial es, en estos momentos, inconveniente; la razón principal es que tal noción se cimienta en la medida en que el trabajo se desarrolle y es expuesta como fundamento de la toma de postura. De esta forma, la definición ofrecida se construye a partir de la argumentación y el estudio de la doctrina relevante y no, simplemente, asumido como verdad necesaria algo que, dicho sea de paso, no suele ser raro entre los textos que estudian el particular.

¿Existe alguna diferencia entre conocimiento y capacidad?

Dicho esto, también cabe ocuparse de manera preliminar del problema encaminado a precisar si existe o no una diferencia (relevante para el Derecho penal) en los términos conocimiento y capacidad. Evidentemente, no son raras en la doctrina opiniones que abogan por un trato unificado para ambos términos, toda vez que “los conocimientos (...) determinan ya la propia capacidad del sujeto al momento de realizar la conducta” (Corcoy, 2008, p. 13; Mir, 2011, p. 299, por razones prácticas). Posturas de este corte, tienden a marcar una tenue diferencia teórica entre ambos conceptos pero, por razones metodológicas (Corcoy, 2008, p. 13) y debido a su falta de importancia práctica, los tratan como sinónimos. En este sentido, quien está mejor preparado –conoce más– probablemente tenga una mayor capacidad para controlar un curso causal particular: por eso, el corredor de fórmula uno que tenga mayor conocimiento sobre el funcionamiento de su motor, el rendimiento de sus neumáticos y las condiciones de humedad de la pista, tendrá una mayor capacidad para ganar la carrera (Quintero, 1989, p. 122).

No obstante, otro sector de la doctrina resalta el hecho de que, si bien los conocimientos sobre las circunstancias fácticas en las cuales se ve envuelta la conducta determinan el grado o la capacidad de controlar o evitar un posible resultado, no es cierto que ante igualdad de conocimiento, las capacidades no sean relevantes a la hora de controlar la producción de un posible resultado (Paredes, 1995, p.

261). Es decir, aun cuando la representación de dos sujetos sobre las condiciones fácticas que rodean su conducta sean las mismas, de todos modos la posibilidad de control sobre el curso causal puede ser distinta en razón de sus capacidades individuales. Podría pensarse por esto que no es adecuado unificar bajo un mismo rótulo las capacidades técnicas y los conocimientos especiales, ni siquiera por razones metodológicas.

Otra razón adicional para la separación entre ambos conceptos es que “ciertamente, en muchas ocasiones el grado de conocimiento sobre la situación y el de capacidad técnica para afrontarla están interrelacionados: frecuentemente el sujeto más preparado –con más capacidades– percibe mejor la situación; y, sin duda, un buen conocimiento de la situación es condición imprescindible para poder ejercer las propias capacidades de control de la misma. No obstante, dicha interrelación no es mecánica e incluso, a veces, no existe: el conocimiento que un cirujano tenga acerca de la clase de operación quirúrgica que sería necesaria para salvar al paciente, por muy exacto que sea, no le capacita por sí solo para realizar dicha intervención; e igualmente, la capacidad para realizar un tratamiento médico puede ver menguada su eficacia por el desconocimiento de algún factor adicional de riesgo inherente a dicho tratamiento” (Paredes, 1995, p. 261).

En este sentido, Paredes (1995) hace una distinción –que en principio parece muy oscura– entre conocimientos y capacidades para explicar que en tanto los conocimientos “serán en principio relevantes en todo caso a efectos de determinar el deber de conducta” (p. 261), la utilización de las capacidades especiales ha de quedar a la discreción del sujeto, pues “al actuar dentro del ámbito del riesgo permitido, su actuación, ejercitadas las capacidades normalmente presupuestas, sería lícita en cualquiera de los casos” (Paredes, 1995, p. 265). Es decir, al sujeto se le puede exigir que actúe con todos sus conocimientos, pero no que haga uso de todas sus facultades. Esto lleva a una paradoja, pues no parece ser claro qué opción debe acogerse en casos en los cuales las capacidades están dadas en términos de conocimientos: si a un médico se le exige que utilice todos sus conocimientos, pero no sus capacidades, ¿qué debe hacer cuando para salvar a un paciente debe implementar una técnica que sólo él es capaz de aplicar, porque sólo él la conoce? Parece haber en esta argumentación una contradicción insuperable. Se utiliza el ejemplo del médico pues el propio Paredes (1995) se basa en él para argumentar su posición una vez ha afirmado que “la capacidad para

realizar un tratamiento médico puede verse menoscabada en su eficacia por el desconocimiento” (p. 261 y 266) –con lo cual sugiere que dado que debe emplear sus conocimientos al máximo, ha de emplear su especial capacidad al máximo–, y otra vez para aseverar que “el cirujano que domina una técnica quirúrgica novedosa puede utilizarla si lo desea (...) pero el ordenamiento jurídico no debe obligarle a ello (p. 261 y 266)”.

Sin embargo, la razón principal esgrimida a favor de tal diferenciación es que es mucho más factible una variación de esos conocimientos durante el curso de una acción que la de las aptitudes técnicas que la sustentan (Corcoy, 2008, p. 22; Paredes, 1995, p. 265). Aunque es cierto que algunos de los conocimientos son fácilmente adquiridos (como enterarse de que el conductor del tren está borracho porque se escuchó a dos personas hablar de eso), difícilmente puede sostenerse qué conocimientos de orden más técnico (como entender a cabalidad cómo funciona el sistema de enfriamiento de motor de un carro arrendado) se den de un momento a otro. Éstas y otras aparentes paradojas surgen a causa de la falta de delineación entre conocimientos especiales en razón de la *materia* sobre la cual tratan, de un lado, y conocimientos especiales en virtud de la *forma* como son adquiridos, de otro. Parece, pues, conveniente que a la hora de definir la idea de conocimiento especial, se distinga entre conocimientos adquiridos por puro azar –esto es, con independencia de la posición jurídica que ocupa el sujeto activo– y los que son fruto de la posición jurídica ocupada por el sujeto, a fin de que se entienda la idea de especialidad propuesta.

En definitiva, tiene razón la doctrina mayoritaria cuando afirma que la distinción entre *conocimientos* y *capacidades* tiene relevancia principalmente en el ámbito metodológico; por esta razón, con base en el enfoque de Corcoy (2008, p. 13), cuando aquí se hable de conocimientos no debe entenderse como una oposición en la cual lo dicho no aplica para las capacidades del sujeto activo. Por el contrario, y a menos de que de forma expresa se advierta así, las consideraciones sobre los conocimientos especiales atañen también a las capacidades especiales, teniendo en cuenta las reservas que se expresan a continuación.

¿Máximos o mínimos?

Además de la anterior diferencia, según una parte de la doctrina, es evidente que por establecerse un nivel mínimo (presupuesto a las

capacidades del sujeto que ocupa la posición jurídica) no se deriva la prohibición para éste de actuar utilizando tales capacidades superiores (Paredes, 1995, p. 264). Esto implica que “la conducta del conductor de *rallies*, que conduce por una carretera comarcal como si se tratase de una competición, puede no constituir todavía una imprudencia, debido a sus mayores capacidades de control del vehículo frente a imprevistos” (Paredes, 1995, p. 265).

Este punto de vista sirve para introducir una precisión metodológica importante: cuando se estudia la relevancia de los *conocimientos especiales* en la delimitación del contenido del deber de cuidado, jamás se pregunta por el máximo de permisibilidad sino por el mínimo de exigencia. Aclarar esto es relevante pues pueden apreciarse dos casos límite problemáticos: el primero, aquél en el cual ante la constatación de conocimientos especiales se pretende aumentar el margen del riesgo permitido en favor del sujeto activo; el segundo, aquél en cuya virtud ante la ausencia de aplicación de los conocimientos especiales se pretende extender el límite de lo exigido por el deber objetivo de cuidado, en perjuicio del sujeto activo.

El caso de un conductor de *rallies*, que a causa de su especial entrenamiento tiene un mayor margen de control sobre la producción de resultados lesivos en actividades riesgosas (como es la de conducción a exceso de velocidad), no se corresponde con lo estudiado. La pregunta por el caso en que a causa de tal exceso de velocidad –y a pesar de su especial capacidad– lesione a otra persona, no es directamente el objeto de las presentes reflexiones. Sí lo es, en cambio, la situación en la cual pese a conducir dentro del límite de velocidad permitido omite utilizar sus capacidades especiales y lesiona a otra persona pudiendo (y debiendo) evitarlo.

El punto de partida no está en si a mayor conocimiento hay más permisión en el deber de conducta, sino en si a mayor conocimiento hay más exigibilidad en dicho deber. No se trata, se repite, del estudio del contenido del límite máximo a la hora de riesgo permitido, sino del límite que establece lo mínimo exigible a una persona para ser juzgada por un delito imprudente. En el primer caso, la utilización de los conocimientos especiales es un presupuesto del problema; en el segundo, su omisión *es* el problema.

¿Dónde debe ubicarse el estudio de los conocimientos especiales?

Surge también otro problema preliminar cual es el atinente a la ubicación de los conocimientos especiales en el estudio de la teoría

material del delito. Hay quienes optan por la tipicidad o la culpabilidad, mientras que un importante sector doctrinario entiende que es un problema de antijuridicidad; desde luego, según la ubicación adoptada los argumentos serán distintos y las conclusiones pueden ser radicalmente opuestas.

Sea lo primero, decir que la ubicación de los conocimientos especiales en sede de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, depende, en gran medida, de la concepción de la teoría del delito que se adopte. Bajo un esquema causalista, en el cual el dolo hace parte de la culpabilidad, los conocimientos especiales no podrían ser tratados en otra sede que no fuera ésta. Para el Finalismo, en cambio, habiéndose desplazado el aspecto cognoscitivo fáctico junto con el volitivo del dolo hacia la tipicidad, el problema de los conocimientos especiales es esencialmente típico. Igualmente, en atención a la concepción que se tenga sobre la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad, el problema recaerá sobre una u otra, o sobre ambas.

Dicho esto, cabe notar que una gran parte de la doctrina que aborda el problema de los conocimientos especiales lo hace solo con el fin de determinar cuándo han de incluirse en el juicio de responsabilidad, conocimientos superiores al promedio que el sujeto activo tenía al momento de llevar a cabo su conducta. En efecto, es común que el término en cuestión sea empleado para referirse a “aquel que ha tenido acceso a hechos que sobrepasarían los conocidos por el observador objetivo” (Serrano-González de Murillo, 2011, p. 634). Sin embargo, la especialidad no supone per se superioridad y nada se opone a que los conocimientos especiales estén dados también por una especial deficiencia en el aspecto cognitivo. Tales casos, han llevado a un sector de la doctrina a argumentar que el problema de los conocimientos especiales debe ser analizado en sede de culpabilidad, teniendo en cuenta que se trata de la valoración del poder subjetivo del autor para ajustar su conducta a la norma de cuidado.

Al respecto, Mir (2011) explica que cabe diferenciar dos ámbitos de la problemática en torno a los conocimientos o capacidades del sujeto activo: puede estarse frente a conocimientos y capacidades superiores al promedio, caso en el cual habrán de incidir sobre la antijuridicidad de la conducta; o puede estarse frente a conocimientos y capacidades inferiores al promedio, caso en el cual deben ser tenidos en cuenta en el juicio de culpabilidad (p. 300). Por ello, señala:

...una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal (reflejos demasiado lentos, capacidad intelectual inferior, etc.) no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino sólo puede producir la exclusión o atenuación de la imputación personal de la objetiva norma de cuidado (Mir, 2011, p. 297).

Aunque pueda ser cierto que en tales casos se está frente a una posible disminución de la culpabilidad, o su exclusión, en la concepción de conocimientos especiales aquí ofrecida el énfasis nunca se pondrá sobre una especial discapacidad cognitiva, o eventos semejantes que justifiquen una particular consideración en torno a la capacidad de motivarse con respecto a la norma, o de comportarse de acuerdo a ella. Por el contrario, deben estudiarse aquellos casos en los cuales puede constatarse que el autor cuenta con una base cognitiva –fáctica o normativa– dada por un conocimiento superior al promedio, que le permite comportarse conforme a una representación de la realidad, que no es accesible al común de las personas que ocupan su cargo o posición.

Sin embargo, históricamente no han sido pocas las posturas que equiparan mayores o menores capacidades a la hora de abordar el problema de los conocimientos especiales, ubicándolo siempre en sede de culpabilidad. Así, concepciones de corte causalista que incluyen el dolo en esa sede, ubican el problema de las mayores capacidades o conocimientos del sujeto activo allí, con lo cual es un asunto irrelevante tanto para la tipicidad como para la antijuridicidad. En este sentido, autores que optan por la sede de culpabilidad afirman que, como regla general, han de ser aplicados por el sujeto activo (Cobo del Rosal y Vives, 1999, p. 646), pero también hay quienes afirman lo contrario (Cfr. Torío, 1974, p. 33).

Otra corriente, de corte finalista, se inclina por aceptar la ubicación del dolo en sede de tipicidad, pero mantiene que la discusión en torno a la obligación de activar o no los conocimientos especiales es natural a la antijuridicidad (Mir, 2011, p. 296-297). En general, autores que conciben una relación de *ratio cognoscendi* entre la tipicidad y la antijuridicidad suelen trazar una fuerte división entre ambas categorías del juicio de responsabilidad. En este sentido, suele argumentarse que el problema de los conocimientos especiales es uno que atañe a la antijuridicidad, aisladamente de la tipicidad. Así, el injusto del delito imprudente ha tenido como fundamento la idea de que “la infracción del objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico (según la fórmula del parágrafo 276

del Código civil alemán) condiciona ya la antijuridicidad (...)” (Mir, 2011, p. 296). Autores que se casan con esta corriente (Huerta, 1984, p. 119), afirman que, siendo la pregunta si en dado caso de que no se aplique un conocimiento especial se vulnera o no un interés jurídico, el problema no pertenece al juicio de tipicidad sino a la esfera de antijuridicidad; así, se afirma: “quien podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio y con ello evitar el resultado, debió hacerlo, y si no lo hizo actuó antijurídicamente” (Stratenwerth, 2000, 15-21; Mir, 2011, p. 300).

No obstante, una gran parte de la doctrina que ubica el problema como atinente a la antijuridicidad suele manejarlo bajo el concepto global de injusto personal. Con esto, se suelen ver la tipicidad y la antijuridicidad como un holismo descriptivo pero también valorativo en el cual ambas nociones configuran un primer criterio en la teoría material del delito. Aunque hay gran divergencia entre la relación en la que se encuentra la antijuridicidad y la tipicidad¹, pocos hoy aún sostienen que son figuras categóricamente aisladas entre sí. En realidad, la doctrina que ubica el problema de los conocimientos especiales sin referencia a la tipicidad es hoy muy escasa.

Por estas razones, el desarrollo más importante de esta figura entre la doctrina mayoritaria hoy en día se da bajo el presupuesto de que el problema debe abordarse al menos parcialmente en sede de tipicidad². De hecho, el grueso de la discusión actual sobre la ubicación sistemática de esta figura dentro de la teoría material del delito se encuentra entre quienes mantienen pautas ontológicas para situar esta figura en el tipo objetivo o subjetivo, frente a quienes abogan por la introducción de criterios normativos como el de riesgo jurídicamente desaprobado y deber de cuidado, con independencia de dichas categorías.

Como anotación preliminar, cabe aclarar que aquí no se mantiene una división tajante entre tipo objetivo y tipo subjetivo basada en criterios ontológicos. Por el contrario: lo objetivo o subjetivo de la conducta, y, en particular de la imputación, debe estar dado por criterios de índole normativo. Lo que interesa en una valoración objetiva de la conducta es determinar si hubo o no un ataque indebido al bien jurídico objeto de protección, lo que empieza con la verificación de si se creó un riesgo jurídicamente desaprobado (Serrano-González de Murillo, 2011, p. 629; Reyes, 2002, p. 538), entendido éste como una violación al deber objetivo de cuidado.

Por eso, el estudio de los conocimientos especiales del sujeto activo, teniendo como referencia el deber objetivo de cuidado, se enmarca dentro de la imputación objetiva lejos de todo contraste entre criterios ontológicos de objetivo y subjetivo. De acuerdo con el profesor Reyes, el concepto tradicional de injusto puede ser abarcado (en su totalidad) por la imputación objetiva, con lo cual desaparece la distinción ontológica que la doctrina dominante suele hacer entre tipo objetivo y tipo subjetivo (2002, p. 53). En este sentido, lo objetivo (de la imputación objetiva) no está dado por los mismos criterios ontológicos utilizados para separar el tipo objetivo del tipo subjetivo. Por el contrario, debe estar dado por una comparación entre el comportamiento del sujeto activo y un estándar normativo como punto de partida a la hora de evaluar su conducta, en la cual confluyen los elementos que tradicionalmente habían sido diferenciados como objetivos y subjetivos.

Riesgo jurídicamente desaprobado, deber de cuidado y conocimiento especial desde una perspectiva normativa

Al abordar el problema de los conocimientos especiales, gran parte de la doctrina suele enfrentarlos con la figura del riesgo jurídicamente desaprobado (bien sea para abordarlos desde esta perspectiva, o para criticar la imputación objetiva como teoría adecuada para resolver dicha cuestión), de cara al deber objetivo de cuidado. Y, aunque en la actualidad hay cierto consenso entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva con respecto a la ubicación del problema del deber de cuidado dentro de la categoría de riesgo jurídicamente desaprobado, como se dirá luego, tal coincidencia desaparece por completo a la hora de definir qué se entiende por riesgo jurídicamente desaprobado o, cómo éste habrá de determinarse para casos concretos. En efecto, para referirse al particular, varias son las definiciones que aparecen en la doctrina, por ejemplo: “riesgo tolerado” (Frisch, 2004, p. 19), “riesgo adecuado” (Jescheck, 1981, t. I, 523), “riesgo socialmente adecuado” (Cancio, 1994, p. 28), “riesgo consentido” (Hirsch, 1993, p. 32, quien basado en tal caracterización, tiende a enfocar la discusión en torno a la antijuridicidad del injusto), entre muchas otras.

Sin embargo, en algunas ocasiones la doctrina es tan vaga a la hora de precisar el contenido del riesgo jurídicamente desaprobado, que tal figura se considera como “expresión vacía de contenido, que encubre bajo nuevas formas conceptos ya conocidos (antijuri-

dicidad, imprudencia, imputación del resultado,...), y que lo hace además de una forma poco diferenciada, aportando así más confusión que claridad” (Paredes, 1995, p. 273; Mir, 2011, p. 24). En efecto, siendo el debate sobre la exigibilidad en la aplicación de conocimientos especiales en la conducta del sujeto activo uno que trata esencialmente sobre cuándo se entiende que el sujeto ha cumplido su deber de cuidado –o cuándo éste ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado– es menester, si se quiere estudiar la figura de los conocimientos especiales, antes reflexionar acerca de la incidencia que tiene el cómo entendamos el deber de conducta sobre los argumentos empleados para abogar a favor de la obligación de activar los conocimientos especiales del autor. Pues, en gran medida y en atención a qué ha sido entendido por deber objetivo de cuidado, históricamente la doctrina se inclina a favor o en contra de la obligación de activar los conocimientos especiales del autor.

Al intentar delinear el riesgo permitido de su contraparte, la doctrina implementa distintos modelos normativos a través de los cuales se intenta establecer cuál es el patrón de conducta exigible de cualquier individuo ante tal o cual circunstancia. Con ello, se abre el debate en torno a cuál debe ser el modelo que agrupe el conjunto de expectativas que el Estado impone sobre las personas en la configuración de las normas que rigen la vida en sociedad.

Entre dichos modelos, se encuentran en la doctrina los de evitabilidad individual o eficacia causal, para las cuales “el deber de conducta consiste en *hacer todo lo posible para evitar* la realización del desvalor de resultado” (Paredes, 1995, p. 256, quien hace citas de Hippel, Exner, Oheler, Hardwig, Blei y Rodríguez Devesa). Dentro de dichos modelos, se encuentra un sinnúmero de posturas que confunden la posibilidad causal de evitar con la exigibilidad jurídica de evitar (Mir, 2011, p. 297; Jescheck, t. I, 1981, p. 523). Con ello, imponen al individuo la exigencia de evitar a toda costa la producción de resultados disvaliosos, con lo cual la pregunta acerca de cuándo deben y cuándo no, aplicarse los conocimientos especiales, carece de mayor utilidad. La respuesta es obvia: siempre que se tengan, han de aplicarse los conocimientos que lleven a la no producción del resultado lesivo independientemente de su naturaleza.

Otros, consideran que el modelo a imponer, debe partir de la consideración según la cual a nadie le es reprochable evitar *todo* riesgo que su conducta pueda generar para los bienes jurídicos ajenos. Bajo el entendido de que la sola causalidad no era suficiente para

determinar cuándo han de aplicarse los conocimientos especiales, otra corriente parte de la tesis según la cual el contenido del deber jurídico sólo puede encontrarse en la sociedad, siendo ésta la que –materialmente– contenga el estándar que debe ser utilizado para determinar cuándo la omisión en la aplicación de un conocimiento especial comporta el desvalor de una conducta antijurídica (Piña, 2005, p. 395). Lo que une a todas estas teorías es que la figura que usan para determinar el contenido del deber de conducta es, esencialmente, sociológica. Lo que las separa es cuál deba ser, en concreto, el molde usado para determinar la norma social: “hombre medio” (Paredes, 1995, p. 314, quien cita a Hippel, Maihofer, Art. Kaufmann, Mayer, Octavio de Toledo/Huerta Tocildo y Corcoy Bidasolo, tan sólo en relación con “sectores de actividad no reglamentados”), “hombre medio ideal” (Maurach, 1962, p. 237)³, “hombre prudente” (Welzel, 1993, p. 79; Arm. Kaufmann, 2006, p. 122; Jescheck, 1993, p. 255; Roxin, 1997, p. 209; Muñoz, 2010, p. 442), a veces también llamado “diligente”, “racional” o “inteligente” (ver citas de Reyes, 2002, p. 116 nota 15), “hombre prudente puesto en la posición del autor” (Mir, 2011, p. 300)⁴, etc.

En esta oportunidad, se defiende la vigencia de la figura del rol social como el modelo a partir del cuál ha de determinarse la extensión de la permisión del riesgo y, con ello, el paradigma a partir del cuál ha de determinarse cuáles conocimientos debe aplicar el autor dadas ciertas circunstancias y cuáles han de permanecer como “mera subjetividad carente de interés jurídico” (Jakobs, 1998, p. 48). Esto sólo es posible si antes se ha aceptado la vigencia de la teoría de la adecuación social como prisma a través del cual se configuran y entienden las relaciones sociales en nuestro actual modelo de Estado.

Según la formulación original de la mencionada figura, atribuida a Welzel, hacia finales de la década de 1930 del siglo pasado, “quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido” (Cancio, 1994, p. 13, con citas de Welzel). En palabras suyas, “la adecuación social es el ‘significado social’ de un comportamiento de no estar prohibido; por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto personal [pues] éste, según Welzel, sólo comienza una vez traspasada la frontera de la adecuación social” (Cancio, 1994, p. 14). Esto implica, que para poder reputar un comportamiento como injusto antes debe encontrarse en contradicción

con los intereses sociales. Es, en principio, la sociedad la que dicta cuándo un ataque a los intereses jurídicamente protegidos ha de considerarse aprobado (o tolerado) y cuándo no.

Lo primero que habría de decirse, es que—independientemente de que tal principio de adecuación social “haya sido sometido por sus mismos defensores a un permanente zarandeo, muy especialmente por lo que hace a la naturaleza jurídica y función sistemática de tal principio, que sin duda ha contribuido a oscurecer la discusión” (Roxin, 1997, p. 114)— aquí se pretende solo señalar unos esbozos generales acerca de lo que supone esta figura. Por esta razón, no se abordan problemas más específicos como qué función debe cumplir o cuál es su ubicación sistemática dentro de la teoría material del delito; sobre el particular hay tantas opiniones cuantos autores escriben el respecto (para una visión condensada de la disputa ver: Reyes, 2005, p. 89).

Lo que sí es relevante, entonces, es la importancia de la adecuación social como criterio interpretador del tipo y más concretamente del deber de conducta a partir de una correspondencia con los intereses sociales y la norma social imperante de comportamiento. En este sentido, se expresa que “a la hora de interpretar el tipo penal, y en concreto, al interpretar el contenido del desvalor objetivo de acción del mismo, aquellos usos sociales o este principio de adecuación (...) actúan como criterio interpretativo principal, sino único, del mismo” (Paredes, 1995, p. 313, con un recuento in extenso en la nota 36 de quienes sostienen esa postura). Siempre que se intente delinear el deber de conducta predicable de toda persona que realice actividades riesgosas, cobra plena relevancia la consideración según la cual “si a la hora de todo contacto social todos hubiesen de tener en cuenta todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada” (Jakobs, 1996, p. 18).

De entrada, se tiene un primer gran filtro: ninguna conducta considerada socialmente adecuada o “socialmente usual” (Bustos, 1987, p. 224) puede, bajo ningún punto de vista, constituir una violación al deber objetivo de cuidado. Esto es lo que se denomina el “criterio delimitador del principio de adecuación social” (Maurach, t. 1, 1962, p. 189) que —dicho sea de paso— no funciona en sentido contrario; así, ha dicho Roxin (1997) que “la inadecuación social es en todo caso una calificación a predicar de la conducta delictiva como un todo; no es, sin embargo, éste un factor que opera concretamente dentro del núcleo del proceso de determinación de

la antijuridicidad". La relevancia de considerar a la sociedad como fundamento primitivo de todo juicio de desvalor radica en que el problema de qué sea entendido por deber objetivo de cuidado, y con ello de cuáles han de ser los parámetros implementados a la hora de determinar la exigencia de aplicación o no de conocimientos especiales, es un asunto que desborda por completo el pequeño marco que supone la regulación legal (p. 115).

Luego, las pautas para determinar bajo qué casos se está ante la obligación de activar los conocimientos especiales, en contraposición a aquellos en los cuales el sujeto no está obligado jurídicamente a aplicarlos, escapan de la esfera de la norma legal positiva y se reivindican como preguntas cuyas soluciones necesariamente deben surgir de la sociedad misma. De entrada, se tiene como fundamento que sólo lo socialmente inadecuado puede constituirse eventualmente como delito; es decir, la desaprobación social es un requisito necesario más no suficiente para la constatación de la desaprobación jurídica de un riesgo.

La determinación del deber objetivo de cuidado desde la teoría de los roles sociales.

La experiencia social es, entonces, la fuente primaria a la hora de determinar la frontera entre lo aprobado y lo desaprobado por el Derecho en general, y por el Derecho penal en particular. Por ello, un sector de la doctrina apunta a una equivalencia entre el concepto de riesgo permitido y el de la estructura del rol social (Ruiz, 2011, p. 223). En este orden de ideas, quien se mantiene dentro del rol y lo ejecuta de manera adecuada no traspasa el riesgo permitido (con independencia de las malas intenciones y voliciones presentes en su 'fuero interno') (Piña, 2005, p. 398). No parece evidente el hecho de que toda regulación del Derecho penal esté contenida en las normas positivas propias del Ordenamiento. Por el contrario, parece más claro el hecho de que gran parte de las normas que rigen el funcionamiento de una sociedad están dictadas por ella misma en su origen⁵.

La sociedad es, pues, el motor del cambio del Derecho: conductas que antaño eran mal vistas frecuentemente eran delictivas y, con el correr de los años, han perdido ese estatus en la medida en que la sociedad cambiante se ha mostrado –al menos– tolerante frente a ellas. De hecho, en repetidas ocasiones los delitos desaparecen, aparecen o son modificados en los códigos penales únicamente

motivados por el vaivén de la reacción social ante ciertas conductas; al respecto, no sobra recordar los ejemplos del estupro, la bigamia, la sodomía, etc. que la doctrina colombiana frecuentemente cita para justificar la subordinación del Derecho –y en particular del Derecho penal– a los intereses de la sociedad. La verdad sea dicha, quien dice defender la independencia del Derecho frente a la sociedad, pero igualmente acepta el papel determinante que juega ésta en la transformación de aquél, no dista del niño que se jacta ante sus amigos de ‘hacer lo que se le viene en gana... cada vez que su madre le da permiso’.

Así las cosas, tal y como lo esboza Cancio, en toda sociedad moderna pueden señalarse dos tipos de casos en los cuales el deber objetivo de cuidado no está dado por normas jurídicas sino por normas sociales de relevancia jurídica. El primero, es aquél en el cual el deber objetivo de conducta está claramente delimitado por “el conjunto de normas consuetudinarias sobre la correcta actuación en un determinado oficio o profesión (*lex artis*)” (Cancio, 2001, p. 99). El segundo, es aquél en el cual “habrá que recurrir al juicio de valor hipotético de cómo habría actuado en el caso concreto, *ex ante*, un tercero prudente e imparcial (un buen y diligente padre de familia, un empresario responsable, o similar)” (Cancio, 2001, p. 99).

El contacto social es la base de toda determinación del deber objetivo de cuidado, pues el carácter dinámico del bien jurídico está dado por su ámbito eminentemente social (Cancio, 1994, p. 33). Siendo esto así, no puede desligarse el concepto del riesgo permitido del adecuado cumplimiento de las exigencias impuestas a las personas, discriminadas según el rol social que desempeñen en la sociedad. Pues, tal y como lo expone un sector doctrinario, se debe entender el riesgo no permitido como referente al desconocimiento de los parámetros impuestos al rol normativo dentro del cual el agente debería desempeñarse de acuerdo con lo instaurado ya sea por una reglamentación expresa o sin ella (Montealegre, 1988, p. 32). Luego, para que exista una violación al deber objetivo de cuidado debe constatarse previamente una defraudación de las exigencias impuestas por el Ordenamiento a la persona, pero sólo en tanto portadora de un rol social, que es uno de los principios básicos del esquema trazado por G. Jakobs en distintos escritos (1997b, p. 167).

Por tal razón, Reyes explica que determinar si un riesgo es jurídicamente desaprobado no depende de una consideración genérica de la actividad generadora de peligros, como pretendió la

figura del hombre prudente, sino del análisis de la posición concreta (rol social) en que se encontraba el autor (2005, p. 126). Según él, hay tres pautas a tener en cuenta: a) qué debe saber cada individuo, lo que depende del papel social que desempeña el autor; b) qué sabe efectivamente (referente a conocimientos especiales); y c) qué debe hacer el autor con base en su conocimiento (Reyes, 2005, p. 126).

En consecuencia, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado implica el desarrollo de una conducta diferente de la que se espera de un ser social en las mismas circunstancias (Ruiz, 2011, p. 191). Por ende, lo importante no es lo que ocurre en la mente de ese ser humano como tal, sino la comparación de la conducta efectivamente desarrollada con la que cualquier otra persona en su lugar y dentro de un rol específico debe desarrollar (Reyes, 2002, p. 5; Reyes, 2005a, p. 534).

Sin embargo, en el delito culposo, la doctrina opta por valorar el aspecto subjetivo de la conducta basándose en un criterio fundamental: el deber de prever el peligro o el resultado disvalioso de la conducta imprudente. Así, existen quienes incluyen este aspecto como único elemento a valorar dentro del aspecto subjetivo del delito imprudente (Baumann, 1973, p. 120; Exner, 1957, p. 173; Radbruch, 1955, p. 201), hasta quienes lo ubican como apenas uno de los múltiples elementos a valorar en este aspecto (Corcoy, 2008, p. 22; Engisch, 2008, p. 82; Jescheck, 1993, p. 248; Kaufmann, 2006, p. 213; Mir, 2011, p. 299; Quintero, 1989, p. 168; Rodríguez, 1978, p. 322; Stratenwerth, 1976, p. 98; Wessels, 1980, p. 132)⁶.

Lo cierto es que en una concepción normativa de la teoría del delito, el análisis de la conducta del ser humano como ser social o portador de roles, debe ser considerado parte del aspecto objetivo de la misma (Cancio, 2005, p. 210; Reyes, 2005, p. 70; López, 2005, p. 130; Ruiz, 2011, p. 191); si la conducta cumple con las expectativas que se esperan de esa persona en desarrollo de un rol, será irrelevante para el Derecho penal. Luego, el problema no está en si en la imputación objetiva deben abordarse elementos subjetivos o no. Como ya se ha dicho antes, hay que mantener cierta claridad al emplear términos como objetivo o subjetivo, pues en atención a qué perspectiva se adopte para definir estos términos se puede llegar a conclusiones que al parecer suenan incoherentes.

Así las cosas, con el profesor Reyes (2005), puede afirmarse que lo objetivo de la imputación objetiva consiste en un criterio

normativo según el cual dentro del injusto interesa siempre la conducta de la persona, pero no considerado como individuo, sino como un portador de roles del cual se esperan determinadas formas de comportamiento (2005, p. 71). Cancio, por su parte, señala que objetivo “significa concreción de la norma conforme a los parámetros generales de un sujeto en un determinado papel social” (p. 223).

En cuanto a lo que deba entenderse por subjetivo, Reyes (2005b) concreta la relación entre ambos aspectos del juicio de imputación de esta forma: “mientras lo objetivo será el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social, lo subjetivo hará referencia al análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo” (p. 198). En la parte subjetiva de la imputación es “en donde este lado subjetivo del hecho vincula la acción del autor con el tipo objetivo (empleando los términos tradicionales) en un contexto normativo de valoración social” (Ruiz, 2011, p. 190). En tal aspecto subjetivo de la imputación habrán de estudiarse, pues, algunos de los presupuestos antes ubicados en la culpabilidad como son la capacidad del individuo de comprender la norma y de motivarse conforme a ella; ello, con la advertencia de que la ubicación del dolo y la imprudencia no hace parte de la imputación subjetiva, sino del aspecto objetivo de la misma (Reyes, 2005a, p. 534).

Basada en estos criterios la doctrina afirma que “si se quiere determinar desde el punto de vista objetivo lo que está prohibido, el fruto de esa delimitación no puede apartarse de lo que está prohibido para cualquier sujeto ante determinada situación” (Serrano, 2011, p. 641). Esto no implica abandonar el estudio de elementos pertenecientes a la psiquis del sujeto activo en el juicio objetivo, sino dejar de lado todo elemento –mental o no– que no esté previsto de manera general como relevante para evaluar la conducta de *cualquier persona* que se enfrente a una misma y determinada situación.

Luego, dentro de la imputación objetiva sí cabe el estudio de elementos mentales o psicológicos, como lo son los conocimientos exigibles al portador de determinado rol social. Como tal, para evaluar la conducta objetivamente, deben tenerse en cuenta tanto aspectos externos como internos en el actuar del sujeto activo, siempre considerado en tanto portador de roles sociales. Así lo explica Jakobs (1997) cuando afirma que el incluir conocimientos en el rol específico no altera para nada el juicio objetivo que se hace dentro de la imputación objetiva (p. 82).

Dicho esto, es momento de delinear una definición que tenga como base los argumentos aquí esgrimidos a la hora de postular un parámetro claro para diferenciar aquellos conocimientos que han de ser aplicados por el autor, de aquellos cuya omisión no generaría ningún reproche jurídico-penal.

¿Qué hace a un conocimiento especial?

Deben ahora introducirse dos axiomas que han de tenerse muy en cuenta. El primero: no hay conocimiento especial sin rol social; esto se debe principalmente a que –como se verá– el rol social es la figura a partir de la cual ha de juzgarse cuándo un conocimiento es especial y cuándo es ordinario. Luego, de no existir esta pauta, sería imposible realizar tal distinción. El segundo: como regla general, no debe exigirse la aplicación de ningún conocimiento especial en el ejercicio de un rol social; este deriva del primero y supone que, siendo especial aquél conocimiento ajeno al propio del rol social, no ha sido incluido dentro del conjunto de exigencias que el Estado impone a cualquiera que ocupe tal posición.

A continuación, es necesario explicar qué ha de entenderse por conocimiento especial para que tales axiomas se entiendan con claridad y se disipe la connotación de radicalidad que en un primer momento aparentan.

En cuanto a la materia: especial es aquel conocimiento ajeno al rol social que el sujeto activo desempeña, tanto por su naturaleza como por el grado.

Lo primero que debe abordarse es cuándo puede predicarse la especialidad material de un conocimiento.

El primer aspecto a tratar para poder delinear el criterio que ayude en tal tarea, atañe a la naturaleza del conocimiento respecto de aquél esperado de una persona apta para desempeñar tal o cual función en la sociedad. Así las cosas, con base en un sector de la doctrina, para que un conocimiento pueda calificarse como tal debe al menos concurrir el siguiente factor: “[que] ese conocimiento o facultad especial se encuentre directamente relacionado con el rol que desempeña” (Ruiz, 2011, p. 192); se supone que, según la materia del conocimiento, lo que el autor sepa o ignore puede estar relacionado con su posición jurídica dentro del tráfico jurídico o puede no estarlo. Esta es, pues, la primera distinción que debe hacerse: sólo es

especial aquél conocimiento que por su naturaleza puede predicarse como exento del conjunto de exigencias que el Estado impone a un determinado cargo en un sector del tráfico jurídico preciso; por tráfico jurídico debe entenderse el conjunto de sectores en los cuales se desenvuelve la actividad social con relevancia jurídica; esto es, el conjunto de roles que puede desempeñar una persona en la sociedad y que son de interés para el Ordenamiento en tanto que su actividad se encuentra en alguna medida reglada por normas jurídicas.

En efecto, el Estado⁷ impone determinadas obligaciones jurídicas a ciertos agentes que desempeñan determinadas posiciones dentro del tráfico jurídico (Ruiz, 2011, p. 190); esto es, las normas van dirigidas a ciertos sectores del tráfico jurídico (Silva, 1992, p. 36), y, con ello, a indiscutibles personas que se mueven dentro de tales sectores. Por ejemplo, una regla jurídica que diga que se prohíbe la conducción de vehículos automotores a más de 80 km/h en calles aledañas a barrios residenciales, está dirigida hacia un sector determinado dentro del tráfico jurídico, a saber: los conductores. No tiene ningún sentido predicar obligatoriedad de ella respecto a los peatones quienes, difícilmente, podrán superar tal velocidad en su condición de tales. De igual forma, es dudoso que las normas que dictaminan la forma cómo los peatones deben cruzar la acera en calles urbanas (por la cebra y cuando el semáforo peatonal esté en verde, por ejemplo) esté destinada a alguien más que a los peatones en tanto transeúntes⁸.

Luego, si el Ordenamiento jurídico impone ciertas obligaciones a determinados sectores, y a otros tantas otras, los conocimientos exigibles al autor no pueden desconocer esta tendencia. De hecho, difícilmente puede considerarse válido exigirle a un conductor de vehículo automotor conocimientos especializados en ingeniería mecánica; a pesar de que si todos los conductores se cercioraran de las condiciones mecánicas de su carro todas las mañanas, su actividad sería considerablemente menos riesgosa para la vida de las demás personas. Igualmente, no parece adecuado exigir al salvavidas de una piscina que posea la destreza de un nadador medallista olímpico, aun cuando esto reduciría de forma significativa el riesgo de ahogamiento en piscinas públicas.

Y parece ser inadecuada tal exigencia al salvavidas de una piscina porque, aunque el conocimiento sobre natación es propio del rol de salvavidas, dicho conocimiento está siendo exigido en un grado superior a aquél que exigido para cualquiera que ocupe dicho rol

social. Luego, para que un conocimiento pueda reputarse materialmente especial debe distar de aquél exigido para el cumplimiento del rol social a cualquiera que desempeñe dicho cargo tanto por la naturaleza como por el grado.

Es materialmente especial no sólo el conocimiento ajeno al rol social por la *naturaleza* sobre la cual versa (por ejemplo, el discernimiento de botánica avanzada con respecto de aquél esperado de un mesero) sino además aquél que desborda el grado exigible de tal conocimiento para cualquier persona que desempeñe el rol social (por ejemplo, el caso de un ingeniero mecánico que acaba de inventar una técnica de frenado que nadie más conoce dentro de su gremio).

En palabras de Jakobs: “conocimiento especial es aquel que no corresponde al rol del autor, o aquel basado en un escrúpulo excesivo: esa clase de conocimiento no tiene relevancia en la valoración normativa y por ende social de la conducta” (2004, p. 348). Esto implica que, para que un conocimiento pueda derivarse de una determinada posición jurídica, y, consecuentemente, sea exigible a cualquiera que desempeñe tal posición, se requieren dos aspectos atendiendo a la materia: primero, que por su naturaleza esté vinculado en forma directa con el normal ejercicio de la posición que ocupa el autor; y segundo, que esté dado en el grado exigible a cualquiera que ocupa tal posición⁹. Inversamente, para que un conocimiento sea especial, materialmente hablando, se necesita que por su objeto no haga parte de aquél comprendido por la posición jurídica del autor o que, haciéndolo, esté dado en un grado superior al comúnmente exigible para el que desempeña tal cargo o posición. Por ello, “los conocimientos especiales tienen importancia solo en los casos en que pertenecen al rol y en el promedio exigido dentro del rol específico en que se desarrolla la conducta” (Ruiz, 2011, p. 192). Esta es, sin embargo, una caracterización de la materia que es contradictoria si es aplicada al presente trabajo, pues, como se verá más adelante, el conocimiento especial no puede –por definición– pertenecer al rol ni mucho menos hacerlo en el promedio exigido. Esto riñe con la definición misma de especialidad en sentido material, pero como idea general expresa en el fondo el mismo sentido que aquí.

En cuanto a la forma: especial es aquél conocimiento adquirido mediante el ejercicio de un rol social diferente.

Existen tres formas a partir de las cuales el conocimiento puede originarse. La primera, es aquella en la cual él está ligado al ejercicio

del mismo rol social; la segunda, lo vincula al conocimiento por azar. Y la tercera, lo liga al ejercicio de otro rol social. A continuación se estudian las tres en aras de determinar cuál es su incidencia a la hora de evaluar la especialidad de un conocimiento.

– Conocimientos adquiridos mediante el ejercicio del mismo rol.

Además de ser materialmente especial, un conocimiento debe tener tal atributo para que ello pueda predicarse también de la forma como el autor lo obtuvo; parece ser que sólo conocimientos que no hayan sido adquiridos *mediante* el uso del rol social *sub examine* podrán reputarse de verdad especiales. Hay, pues, otro aspecto de la especialidad además del material: es conocimiento formalmente especial, aquél que no es fruto del ejercicio directo del mismo rol social, esto es, el que desempeña el autor al momento de cometer la conducta que está siendo enjuiciada.

Supóngase el siguiente caso: en el restaurante ‘La mosca farsante’ el mesero Daniel lleva una ensalada con nueces al comensal Jairo, quien al momento de solicitarla no recordó que era mortalmente alérgico a las nueces. En un primer supuesto, Daniel es estudiante de medicina haciendo su año rural en un hospital en donde alguna vez trataron a Jairo. En dicha ocasión, tuvo la oportunidad de conocer la historia clínica del sujeto y percatarse de su alergia a tal alimento; sin embargo, ahora que Jairo ha solicitado un veneno potencial para su salud, Daniel sirve la ensalada sin recordarle su condición.

En un segundo supuesto, Daniel es mesero tiempo completo y al momento de hacer el pedido, Jairo ordena la ensalada de la casa. Mientras Daniel lleva la comida al comensal, es advertido por la esposa de Jairo de su mortal alergia a las nueces; éste omite la recomendación y cumple las órdenes de Jairo sin advertirle sobre el contenido de la ensalada. El comensal muere a causa de su alergia.

Como se puede apreciar, en esta ocasión la diferencia básica entre ambos casos es la forma en la cual Daniel adquirió el conocimiento. Dejando a un lado las circunstancias triviales de la hipótesis propuesta, parece ser que lo relevante es que en el primer evento, el conocimiento no sólo es materialmente ajeno al rol del mesero sino que, además, su actividad de mesero no tuvo incidencia alguna en la forma en la que adquirió el conocimiento. En este sentido, el rol social es por completo ajeno al conocimiento, tanto por la materia como por la forma en que este ingresó. No obstante, no puede predicarse lo mismo

del segundo caso, pues aun cuando ningún empleado de restaurante tendría por qué verificar las alergias de los comensales a los que atiende, no puede negarse que el conocimiento adquirido fue producto directo y exclusivo del ejercicio del rol social que desempeñaba.

De hecho, aunque no se tenga una posición decantada sobre el papel que deben jugar este tipo de conocimientos en el juicio de responsabilidad del autor, parece al menos curioso que pudiera asimilarse ambos casos y así exorcizar los conocimientos que el autor posee de toda exigencia de aplicación, por la sola condición de ser materialmente especial (incluso cuando dicho rol social hubiese sido la razón crucial por la cual dicho conocimiento se produjo en el autor). Tal concepción haría del rol social ciego con respecto a sí mismo, pues desconocer la incidencia que tienen los conocimientos materialmente especiales cuando son fruto del ejercicio del propio rol social es transformar al que lo ejerce en un autómatas para el cual conocimiento especial sería toda forma de conocimiento nuevo.

No parece haber mayor problema en aceptar que cuando un rol social es la fuente formal¹⁰ de la adquisición del conocimiento, éste no puede reputarse especial con respecto al mismo rol social. Por el contrario, toda vez que por el propio ejercicio de un rol social se obtenga un conocimiento determinado no contenido en el conjunto de exigencias que el Estado imponía a todo el que ejerciera dicho rol, tal saber jamás podrá ser especial y ha de ser tenido en cuenta por el autor como formalmente perteneciente al mismo; en este sentido, podría hablarse de una especie de inclusión material a partir de la forma en la que fue adquirido, aunque consecuente con lo dicho esto traería sólo confusión, razón por la cual es preferible metodológicamente no ahondar sobre esta relación en estos momentos. Así las cosas, podría establecerse que una vez el conocimiento emana del ejercicio de un rol social, el mismo habrá de ser aplicado en el ejercicio futuro de dicho rol social aunque pueda ser especial con respecto a otros roles sociales. Sin embargo, más polémica genera el trato que deba dárseles a los conocimientos en los cuales no media ninguna especial posición, ningún rol social, es decir, aquellos llamados por azar.

Conocimientos adquiridos sin que medie ningún rol social.

Antes de abordar el segundo escenario, debe precisarse que significa sin que medie ningún rol social. Aunque es absolutamente coincidente con el objeto de estudio, por cuestiones de extensión y

enfoque es imposible que se aborde con profundidad la siguiente pregunta: ¿es la figura del buen ciudadano un rol social? La respuesta, en breve, es sí y no: sí es un rol social, pero no es uno como los demás. Por el contrario, la figura del buen ciudadano resulta ser el sustrato, el fundamento, de todos los demás roles. El rol social de buen ciudadano es el presupuesto para que pueda desarrollarse la teoría de los roles sociales. Así cabría diferenciar entre dos tipos de rol social: uno general, que es el fundamento de la expectativa general del Estado de que sus integrantes se comportarán conforme a las normas legítimamente dictadas; y otros especiales o particulares, que son los empleados con frecuencia: conductor, ingeniero, salvavidas, etc.

Por cuestiones de claridad –que no de fondo–, en adelante rol social ha de entenderse como rol social particular en el segundo sentido aquí expresado. Sólo cuando se mencione una diferencia expresa habrá de tenerse al buen ciudadano como persona que cumple un rol social, aunque en efecto lo sea. Por lo tanto, cuando se mencione ningún rol social se afirma que aunque subsiste claramente el rol de buen ciudadano (sea cual fuere su definición) no media ninguno de los roles especiales o particulares que tal buen ciudadano puede –¡además!– desempeñar.

Normas sociales que prohíban el homicidio, el hurto, etc. así como las que dicten que hay que acatar las directivas legítimamente emitidas por una autoridad competente, no son más que normas propias de la estructura misma del Estado de Derecho, y en tanto tales no son predicables de ningún rol social en particular. Para efectos de la exposición, el ser buen ciudadano no es un rol social particular, es el sustrato que da sentido a todo deber en un Estado de Derecho, y, con ello, a la existencia misma de la discriminación basada en roles sociales (particulares).

Bien lo dice Jakobs (1996): “las capacidades llevadas diariamente a la práctica deben ser siempre aplicadas; conocimientos especiales sólo puede haber en los roles *divisibles*” (p. 281); por ello, entonces, no es adecuado hablar de conocimientos especiales distintos a los del rol de ciudadano común con el fin de incluir dentro de ellos los conocimientos de medicina, ingeniería, botánica, etc. Por el contrario, el conocimiento de medicina sólo puede ser especial con respecto a aquél propio del estado del arte para los médicos, y así para cada rol: sin rol social, no hay conocimientos especiales (también, Jakobs, 2011, p. 284)¹¹.

Ahora bien, en la actualidad hay quienes sostienen que el azar no juega ningún papel a la hora de evaluar los conocimientos poseídos por el sujeto activo. En efecto, se afirma que a los saberes procedentes de una posición jurídica pertenecen también los que provienen del azar (Paredes, 2005, p. 262). Más aún, se dice que los conocimientos pueden ser modificados “simplemente por el azar, esto es, por el mero hecho de ocupar dicha posición [jurídica]” (Paredes, 2005, p. 263) sin que esto afecte en nada el criterio según el cual se mide la exigibilidad de su implementación. En este sentido, Hirsch afirma que “son conocimientos procedentes del azar los relativos a veneno del camarero que estudiaba Biología (conocimientos derivados de otras posiciones jurídicas desempeñadas por el mismo sujeto), los que una persona adquiere por una conversación en tren (conocimientos suscitados por acontecimientos casuales) (...)” (ver Hirsch, 1998, p. 89), equiparando conocimientos que –por su forma de adquisición– son radicalmente diferentes.

No obstante, también se ha dicho que no pueden ser equiparados conocimientos que por su forma de adquisición presuponen una especial posición jurídica, con otros que son comunes a todas las personas en cuanto no conllevan tal especialidad (García, 2004, p. 157). De hecho, para cierto sector doctrinal, los conocimientos especiales no sólo son especiales en cuanto a la materia sobre la cual versan sino también por la forma como son adquiridos por el sujeto activo (Caro, 2006, p. 235). Para que un conocimiento pueda ser verdaderamente especial se requiere –además de lo expuesto anteriormente– que sea accesible sólo por vías especiales. La pregunta a formular en casos de conocimientos denominados por azar es ¿qué tienen de especial los conocimientos accesibles al común de las personas, independientemente del rol social que desempeñen? La respuesta, o bien puede estar dada por un cambio de modelo, o bien ha de ser como la que aquí se expone.

Mir (2011) afirma que los conocimientos especiales suelen ser “el fruto de un aprendizaje particularmente intenso” (p. 300). Así –aunque basado en un modelo diferente al aquí propuesto– explica: “para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación del cirujano, es decir contando con el dato de su *excepcional preparación*” (Mir, 2011, p. 301). Esto sugiere que dentro de la misma concepción de la especialidad del conocimiento, se encuentra el recurso a un origen de tal conocimiento, uno que no es accesible a la generalidad de las personas.

Habiendo ya establecido que no es una vía especial aquella propia del ejercicio del rol en cuestión (primer escenario estudiado), además debe completarse diciendo que tampoco es una vía especial la accesible al común de las personas independientemente del rol social que ocupen. Como suele suceder con opuestos relativos como frío-caliente, alto-bajo, rápido-lento, no hay especial u ordinario sin tener como referente aquello a partir de lo cual éstas han de determinarse: para el presente modelo, el rol social. Una vez se constata que el rol social (más concretamente: el conjunto de expectativas contenidas en el rol social) es el parámetro a partir del cual ha de apreciarse cuándo un conocimiento es especial, no tiene sentido predicar tal cualidad de aquellos conocimientos que son accesibles sin respecto alguno de dicha figura.

Es ésta la razón fundamental por la cual debe abogarse por una teoría de la especialidad formal: especialidad y ordinariedad son términos relativos, que (como tales) deben estar referidos siempre a un parámetro. En el presente caso, se ha establecido la figura del rol social como el baremo a partir del cual puede determinarse cuándo un conocimiento es especial y cuándo no. Como no hay rol social en abstracto, tampoco hay especialidad en abstracto: ésta deberá determinarse en cada caso conforme al conjunto de expectativas que el Estado impone a tal o cual función que una persona desempeñe en la sociedad. Si el conocimiento no puede relativizarse a uno o varios roles sociales, porque es completamente ajeno a un rol social en particular, no hay un parámetro real a partir del cual pueda establecerse su especialidad (como tampoco sería posible para ninguna otra teoría si antes no se constata la pauta a partir de la cual evaluar dicha cualidad, llámese buen ciudadano, hombre prudente, etc.). Si se ha dicho que sólo los conocimientos especiales deben ser excluidos de la exigencia de aplicación, no hay una razón real por la cual los conocimientos por azar deban ser desechados, pues estos no son (por definición) especiales.

Fuera de esto, cabe notar que no pueden reducirse los casos de conocimientos por azar a aquellos abarcados por la especialidad material, que se predica del conjunto de conocimientos que *no* están incluidos en las exigencias que el Estado impone a un determinado rol social. Así las cosas, los conocimientos por azar deben ser siempre materialmente especiales. Pero, como por su forma no se refieren a ningún rol social en especial, pues le son accesibles al común de las personas independientemente de su “posición en el tráfico jurídico”

(García, 2004, p. 162), no cumplen con el requisito de especialidad en sentido formal.

La equiparación hecha por Hirsch entre conocimientos que presuponen un estudio riguroso sobre el tema y aquellos que lo único que conllevan es una azarosa circunstancia en la cual se ve envuelto el sujeto activo, no parece ser adecuada ni mucho menos útil para estos efectos. Lo cierto, es que los conocimientos adquiridos por suerte podrán ser materialmente especiales pero no lo son en cuanto a la forma y, por ende, no quedan comprometidos con las consideraciones aquí adelantadas; tal es el caso de quien, a punto de iniciar una pelea callejera, es advertido de la condición de hemofílico de su oponente. Dicho conocimiento no puede tildarse de especial, por lo tanto debe excluirse de las consideraciones que aquí se pretenden esgrimir; tampoco es un caso de conocimientos especiales el del médico con respecto al que posee cualquier otro ciudadano, ni casos similares.

Conocimientos adquiridos mediante el ejercicio de otro rol social.

Con arreglo a una teoría de la división funcional de la sociedad, los conocimientos que son materialmente ajenos al rol social que se desempeña y a su vez emanan de uno diferente, solo han de ser exigibles cuando ambos roles sociales sean ejercidos en un mismo y único momento. En efecto, suele suceder que en el discurrir de la vida en sociedad una persona ejerza dos o más roles sociales en distintos momentos, lo cual no quiere decir que ella tenga que atender a las exigencias de los mismos en todo momento (Ruiz, 2011, p. 195). Por el contrario, las exigencias del Ordenamiento se encuentran doblemente demarcadas: primero, por el ámbito de responsabilidad que pertenece al rol social (aquello que ha sido abordado bajo el rótulo de materia); pero segundo, también por el tiempo en el cual se tenga responsabilidad sobre tal ámbito (es decir, el tiempo en el que se ejerza, o deba ejercerse el mismo).

En consecuencia, una vez cese el ejercicio del rol social porque no se lleva a cabo y porque no se debe ejercer, acaban también las expectativas que el mismo conlleva; y, con ello, termina la exigencia de aplicar conocimientos que son propios a tal rol social. Esto implica que en el ejercicio de un rol social, tampoco deba ser exigida la aplicación de conocimientos que pertenecen material y formalmente a otro rol social particular (que, se repite, no es desempeñado para tal momento).

Las razones arriba esgrimidas arrojan una señera conclusión: solo los conocimientos originados en el ejercicio de un rol social diferente al que desempeñaba el autor al momento de desplegar la conducta presuntamente objeto de reproche, son formalmente especiales con respecto al mismo. Dicho de otra manera: solo los conocimientos originados por el ejercicio de otro rol social son formalmente especiales, cuando él cesa en su ejercicio.

Esta es otra forma, para volver al ejemplo arriba propuesto, en la que puede explicarse la diferencia de trato que merece el saber que Jairo es alérgico a las nueces por ser estudiante de medicina, frente al mismo saber cuándo se origina en una advertencia hecha por la esposa al mesero que sirve la ensalada. En el primer caso, el hecho de que Daniel sea mesero en nada influye sobre el conocimiento que tiene de la alergia de Jairo; por el contrario, éste subsiste por fuera de su rol de mesero. En el segundo, el hecho de que Daniel sea el mesero de Jairo es la razón crucial por la cual es advertido de su condición, siendo el depositario de la expectativa legítima de la esposa de que una vez advertido sobre su condición mande a retirar las nueces de la ensalada. En el primer caso, Daniel omite una acción de salvamento generalmente dispuesta por el deber de solidaridad que tienen las personas entre sí en una sociedad, independientemente del rol que se encuentren desempeñando; en el otro, Daniel defrauda las expectativas particulares que legítimamente la esposa –o cualquier otra persona– deposita en la posición que ocupa frente al comensal alérgico.

Así las cosas, los únicos conocimientos que pueden ostentar la condición de especialidad formal son aquellos que son el fruto del ejercicio de un rol social diferente –ténganse en cuenta las consideraciones en torno a la diferencia entre roles sociales particulares y generales, anteriormente desarrolladas– al que se detenta al momento desplegar la conducta enjuiciada.

Definición general de conocimiento especial.

En resumen, los conocimientos de los que se ocupa el presente estudio son los formal y materialmente calificables de especiales. Son materialmente especiales, cuando no están incluidos dentro del conjunto de expectativas que un Estado impone a una determinada posición jurídica dentro de la sociedad; o cuando, pese a estar incluidos dentro de ella, se presentan en un grado superior al

promedio exigible para ocuparla¹². Es un conocimiento promedio para ocupar una posición jurídica dentro de la sociedad, aquél cuya ausencia generaría un reproche penal y fundamentaría un delito imprudente. La ausencia de un conocimiento materialmente especial nunca generará el reproche de un delito imprudente; valga decir: “en el delito imprudente la no aplicación del saber especial o aptitud especial a consecuencia de una falta de atención sólo permite la imputación del resultado lesivo cuando compete el deber de aplicarlo” (Choclán, 1998, p. 29).

Son formalmente especiales cuando: de un lado, dicho conocimiento no nace a partir del ejercicio del mismo rol social; y, de otro, si no fueron adquiridos por vías accesibles al común de las personas independientemente del rol social que desempeñen. En consecuencia, son formalmente especiales solo los conocimientos que son fruto del ejercicio de un rol social distinto al que se ejerce al momento de desplegar la conducta evaluada.

Así las cosas, saber que el conductor de un tren está borracho porque se escuchó a alguien decirlo, tener conocimiento de que se avecina una tormenta eléctrica porque se percató de que el cielo está nublado, estar al corriente de que un avión va a explotar porque se vio a alguien poner una bomba, etc., no son ni lo uno ni lo otro. En cambio, en principio, conocer de una técnica médica novedosa porque se dirige un grupo de investigación, tener conciencia del veneno contenido en una ensalada porque se estudia botánica, etc., hacen parte del objeto de estudio de esta materia. En últimas, si un conocimiento no es material y formalmente especial, no puede ser considerado sino como “mera subjetividad que no se está en obligación de conseguir ni mucho menos de mantener” (Jakobs, 1998, p. 48).

Por lo dicho, se entiende que conocimiento especial es aquel que no perteneciendo a la posición que ostenta el autor al momento de actuar, o perteneciendo en un grado superior al común, es adquirido por vías que no emanan del ejercicio del mismo rol social ni son accesibles para el común de las personas sino que requieren, a su vez, de una posición jurídica en la cual el autor tenga alto grado de especialización en esa materia. Para que sea especial se requiere: que no sea connatural a su posición jurídica o que, siéndolo, esté dado en un grado superior al estándar usado para determinar la responsabilidad penal en caso de su ausencia; y además, que sea adquirido por vías tales que sólo una persona que ocupe un rol social distinto al que desempeña el autor al momento de la conducta

le fuera accesible. Los dos primeros requisitos, dados de forma alternativa, suponen especialidad según la materia; el último, versa sobre la especialidad en cuanto a la forma de adquisición.

Conocimientos especiales y rol social

Tal y como lo explica la profesora Ruiz (2011), la importancia de valorar los conocimientos especiales –sólo en la medida en que se encuentren directamente relacionados con el rol que se cumple– obedece a que contribuye a la constitución del injusto, pues no puede haber tipicidad sin relevancia social de la conducta (p. 190). Así, agrega, “los denominados “conocimientos especiales” tienen importancia sólo en los casos en que pertenecen al rol y en el promedio exigido dentro del rol específico en que se desarrolla la conducta” (2011, p. 191).

Pese a estar de acuerdo con la conclusión –y fundamentos– el camino adoptado aquí es sustancialmente diferente pues parte de una definición de conocimientos especiales distinta. En efecto, aun cuando de manera general se esté de acuerdo en que “la existencia de conocimientos especiales diferentes de los que se deben tener en el rol que se desempeña en un momento determinado no tiene incidencia alguna en la graduación del delito imprudente” (Ruiz, 2011, p. 197), es menester realizar algunas precisiones importantes con base en lo expresado en el acápite anterior.

Lo primero, es que para hablar de un conocimiento especial diferente al rol puede resultar redundante. Ya se ha establecido que para que un conocimiento pueda tildarse de especial, es menester que lo sea tanto formal como materialmente; también se ha dicho que conocimientos especiales que “pertenecen al rol y en el promedio exigido (...)” (en los términos de la profesora Ruiz) no son materialmente especiales en los términos aquí propuestos. Decir que al médico ginecoobstetra le es exigible un conocimiento especial de una técnica usual para realizar una histerectomía en el promedio exigido para los demás médicos ginecoobstetras, no es hablar de conocimientos especiales. La violación del deber objetivo de cuidado de aquél que no aplica lo que debería saber para ocupar su rol de médico es evidente. Es claro, entonces, que no es acorde hablar de conocimientos especiales que pertenecen al rol y en el promedio exigido; si es un conocimiento especial, entonces no pertenece al rol social o no lo hace en el promedio exigido.

Además, tampoco parece consistente afirmar que cuando los conocimientos especiales pertenecen al rol y en el promedio exigido, ésta “[sea] la única manera en que pueden tener incidencia o importancia en la graduación del delito imprudente” (Ruiz, 2011, p. 192). La razón: no sólo cuando pertenecen al rol en el promedio, pueden ser evaluados los conocimientos en la graduación del delito imprudente. De hecho, esto solo atañe al aspecto material de la especialidad del conocimiento, pero ya se ha dicho que para que un conocimiento sea especial requiere además de un aspecto formal. Por lo tanto, además de los casos mencionados por la citada profesora, un conocimiento puede (y debe) incluirse dentro de la valoración hecha para determinar la violación al deber objetivo de cuidado si fue adquirido de forma no especial. Luego, si el mesero sabe que la ensalada está envenenada porque escuchó a dos comensales hablar al respecto, y, sin embargo, la sirve a otro comensal, crea un riesgo jurídicamente desaprobado al violar su deber objetivo de cuidado toda vez que el conocimiento fue adquirido de manera ordinaria, vale decir que no medió ningún rol especial en la forma de adquisición del conocimiento. Es decir, aunque el conocimiento de botánica es materialmente especial con respecto al rol de mesero, formalmente no lo es pues para su adquisición no medió una especial posición más allá de haber escuchado la conversación de dos comensales, algo no especialmente raro para un mesero.

Fuera de esto, se está de acuerdo con la profesora Ruiz en que no puede negarse que el Derecho penal es una expresión de sentido que es vinculante por el significado en un contexto social, no siendo relevante según la opinión de cada individuo. Es por ello que no se pueden tener en cuenta los conocimientos individuales en roles diversos a los que se juzgan, porque esa valoración se hace desde una perspectiva social que en materia penal se encuentra en los criterios de la imputación objetiva del comportamiento (Ruiz, 2011, p. 195).

Posiciones de garante.

Todo esto nos lleva a una pregunta inevitable: ¿puede un conocimiento especial fundar una posición de garante? Sobre la cuestión un par de ejemplos reformulados por el propio Jakobs han resonado con particular polémica:

Un estudiante avanzado de Biología, que se emplea durante las vacaciones como camarero, gracias al saber adquirido en sus estudios reconoce en una ensalada, lista para ser servida, una planta

muy venenosa que se parece de manera muy engañosa a una clase de perejil que también contiene la misma; impasible, sirve la ensalada (1998, p. 280); y un ingeniero automotriz, especialista en frenos, conduce un auto alquilado y concluye a partir de algunos indicios reconocibles sólo para pocos especialistas, que en breve (aunque no todavía durante su travesía) se producirá un desperfecto en los frenos; el ingeniero devuelve el automóvil sin dar aviso del peligro. El siguiente locatario del automóvil sufre un accidente (Jakobs, 2011, p. 280; Kaufmann, 1976, p. 281).

En la doctrina, son abundantes las posiciones que harían responsable al mesero en caso de que el comensal sufra de una lesión. De hecho, en situaciones en las cuales no hay lesión alguna dado que el comensal no comió la ensalada –porque se percató de la planta venenosa, o porque perdió el apetito, entre otras varias razones similares–, gran polémica genera la posibilidad de sancionar mediante una tentativa (Sacher, 1998). Igualmente, también es dable aunque menos frecuente encontrar en la doctrina posturas que harían al ingeniero automotriz responsable de las lesiones del siguiente conductor [sobre si ésta deba ser dolosa o culposa, por acción o por omisión, ver, por todos, Jakobs, 2011, p. 280, con cita de Greco].

No obstante, explica Jakobs, antes de tomar una postura sobre el particular –en escenarios de daño o de peligro para los bienes jurídicos vida o integridad personal del comensal o del conductor, da igual– es indispensable preguntarse por la génesis de la obligación del mesero frente al comensal o del ingeniero sobre el siguiente conductor. Esto es, indagar si entre ellos existía una posición de garante¹³ predicable del primero con respecto al segundo. De constatarse que existía una posición de garante, el conocimiento no podrá seguir siendo materialmente especial pues en tales casos debe incluirse dentro del conjunto de exigencias que el Estado ordinariamente impone al sujeto¹⁴.

Debe recordarse que según la definición aquí propuesta la especialidad de los conocimientos viene dada –materialmente– porque se refiere a un objeto del que el autor no tiene que ocuparse o, formulado con más precisión jurídica, que está fuera de los riesgos que debe administrar como garante (Jakobs, 2011, 281). Por ello, no solo el camarero no tiene que examinar con detenimiento la ensalada, o el ingeniero el automóvil, sino que incluso luego de que ha identificado la planta o la falla de los frenos, “el curso posterior

puede seguir siendo indiferente para el autor” (Jakobs, 2011, p. 282). En igual sentido, al abordar el ejemplo del camarero, un sector de la doctrina suele argumentar que “al respecto, cabe decir que el camarero no tiene el deber de controlar el riesgo –los camareros no son responsables del control de salubridad de los ingredientes de los alimentos que sirven– y por ello no puede imputarse al sujeto no haberlo controlado” (Piña, 2002, p. 55).

Lo cierto es que las personas nunca saben exclusivamente lo que les toca conocer para desempeñar adecuadamente un rol en la sociedad. Por el contrario, su conocimiento desborda –bien sea por la materia o por el grado– lo exigido por el Ordenamiento para el adecuado desempeño de un determinado rol social. La pregunta está en si, dado que una persona *conoce más de lo que debería*, ésta debería ser responsable penalmente por las consecuencias que pudieron evitarse mediante la aplicación de tal conocimiento. Y la respuesta sólo puede estar dada por una diferenciación entre aquello que sabe y aquello que debe saber; distingo basado en los límites que el propio rol le impone a cualquiera que lo desempeñe en un determinado momento.

En términos de Jakobs: “la pregunta inicial correcta no tiene que dirigirse a los conocimientos de un causante, sino a lo que él tiene que *garantizar*, (...) no hay ninguna conexión obligatoria entre conocimiento y amplitud del deber” (2011, p. 279). Esto implica que para poder definir la especialidad de un conocimiento, debe antes verificarse la existencia o no de una posición de garante, y no al revés. En términos simples: mientras que la posición de garante impone la obligación de activar los conocimientos especiales, la sola posesión de ellos no genera una posición de garante.

En este punto es indispensable diferenciar entre los deberes generales de cuidado y los deberes especiales de cuidado –o deberes de garante– (Jakobs, 2001). En toda sociedad, cada persona presenta un deber general de cuidado con respecto a los demás. Esto, porque en toda sociedad moderna el riesgo es parte inherente de la vida diaria (Silva, 2009) y él, muchas veces originado por el comportamiento de los conciudadanos, frecuentemente se encuentra regulado bien sea por normas penales, jurídicas o sociales (sin que éstas sean categorías excluyentes). Actividades como las de conducir, salir de cacería y muchas otras similares, suponen cierto riesgo para los demás, razón por la cual siempre ha de verificarse un cuidado general –en tanto no va dirigido a favor de una persona en particular– al momento de desplegarlas. Las formas básicas del cuidado general suponen

la ausencia de comportamientos voluntariamente dirigidos hacia la producción de un daño (o peligro) antijurídico para un bien jurídico ajeno. Así las cosas, infringiría su deber general de cuidado no sólo quien imprudentemente viaja a exceso de velocidad sino, también, quien dolosamente dispara en contra de alguien más.

En estos casos, el deber de cuidado violentado no parece predicarse a favor de ninguna otra persona en particular, sino de la generalidad de las demás personas. Si en tales casos se requiere un deber de cuidado general, mal habría de pedirse un comportamiento que –objetiva o subjetivamente (sea como fuere que se le defina)– suponga un talento *especial*. Para que pueda exigirse un cuidado general de todos los ciudadanos a favor de la generalidad de las demás personas, deben tenerse como parámetro los comportamientos que son exigibles al promedio en cuanto a la administración de su propio ámbito de competencia; por eso dice Jakobs (2011): “[e]ste cuidar de la seguridad, sin la existencia de un vínculo especial, no forma parte de las tareas de una persona en derecho que administra su propio ámbito, sino más bien del Estado y, por consiguiente, no hay ningún deber de garante respecto de un ciudadano de estas características” (refiriéndose al camarero) (p. 283).

Sin embargo, en ciertos casos, el Estado impone sobre un particular la obligación –esta sí– especial de cuidado a favor de otro particular, de un grupo determinado, o en ciertos casos de un grupo indeterminado, como aquellos en los cuales se verifica una actividad especialmente peligrosa: administración de fuentes de riesgo (Velásquez, 2009, p. 658). En tales eventos, el Estado exige un comportamiento especial para asegurar la ausencia de daño o peligro antijurídico de un bien ajeno. La diferencia notable frente al primer caso de exigencia de comportamientos, es que en el presente ella no parte –ni debe partir– de aquella impartida al promedio de las personas; en tales situaciones, la persona sobre la cual recae el especial deber de cuidado debe hacer todo lo posible para evitar la producción del daño o peligro antijurídico en el bien encargado. Hasta el momento, se ha verificado la posibilidad de exigir la activación de conocimientos especiales para casos en los cuales sólo subsiste un deber general de cuidado; no pueden aplicarse las mismas consideraciones cuando se está frente a una posición de garante, pues ésta supone un deber especial de cuidado.

En el caso del mesero, como en el del conductor, el Estado sólo puede exigir aquello que corresponde a la generalidad de las perso-

nas frente a las demás: un deber de solidaridad. Así, a lo sumo, el mesero como el conductor, serán responsables de un delito de omisión de socorro –en tanto deber general– contemplado en el artículo 131 del Código Penal colombiano. La omisión en la activación de los conocimientos especiales únicamente puede fundamentar la omisión propia contemplada en tal artículo pues es una manifestación del deber general predicable de toda persona independientemente del rol social que desempeñe para el momento, pues “[l]a persona pública, el ciudadano, es convocado al ejercicio de la función –pequeña y sólo temporaria–: cuidar de la seguridad de un caso particular” (Jakobs, 2011, p. 283). Así las cosas, a menos de que se verifique una especial posición de garante entre el mesero y el comensal, o entre el conductor y el siguiente conductor, sus conocimientos sobre biología e ingeniería automotriz siguen siendo –para todos los efectos– materialmente especiales.

Rol social y conocimiento especial relevante.

En casos como el del mesero, es fácilmente apreciable que no media ninguna especial posición de garante a la hora de servir la comida de su comensal, como tampoco la tiene el conductor del carro con respecto a los demás que puedan alquilarlo con posterioridad. Pero, sus conocimientos pueden ser aplicables si se constata que no son verdaderamente especiales, algo que deberá mirarse con cuidado, pues, si no se verifica esto, aun cuando no exista posición de garante, deberán ser aplicados.

Es decir, con independencia de que medie una posición de garante o no, si los conocimientos ni siquiera se remontan a la categoría de especiales es claro que deben ser aplicados y que, en ambos casos, habría responsabilidad penal por su omisión. Esto deberá analizarse a la luz de la especialidad no sólo material sino también formal, pues, recuérdese, solo puede predicarse verdadera especialidad –y con ello falta de exigencia en la aplicación– cuando ambas facetas sean verificables en una situación dada.

A primera vista, parecería que aunque el conocimiento sobre la existencia de una planta venenosa en la ensalada, o de una falla en el sistema de frenado de un auto alquilado, son materialmente especiales (pues requieren de conocimientos sobre botánica o sobre ingeniería automotriz, respectivamente) tanto por su naturaleza como por su grado en comparación con aquel que debe saber el mesero y el conductor promedio, formalmente no lo serían. Y no

serían formalmente especiales, porque el estudiante de botánica se ha enterado de la existencia de la planta venenosa en el plato del comensal precisamente porque le llevaba la ensalada en su condición de mesero. De igual forma, el ingeniero automotor se percató de la existencia de una falla de frenos precisamente porque en su calidad de arrendatario, él se encontraba manejando el carro en cuestión. Luego, aunque fueran conocimientos materialmente especiales, habrían de activarse toda vez que ingresaron a su conciencia a través del rol social desempeñado y gracias a éste.

Ciertamente, parecería que sin la intervención del rol social de mesero, o de conductor, jamás hubieran obtenido los conocimientos en cuestión, a saber: que existía tal planta venenosa en la ensalada que servía, o que el carro que alquiló tenía tal falla en los frenos, ambos tendentes a una afectación casi segura del bien jurídico del comensal o del próximo conductor. No obstante, dejarse llevar por tan seductora forma de constatar la ausencia de especialidad formal sería inadecuado, pues tal argumentación es falaz. Ello es así, porque se ha confundido el tipo de conocimiento relevante para el caso igualando, indistintamente, casos en los cuales el conocimiento fáctico es el relevante a casos en los cuales el conocimiento nomológico es el relevante.

En el discurrir de la vida de cualquier persona, los conocimientos vienen dados por dos categorías: conocimientos sobre la configuración del mundo o sobre las leyes que rigen la forma en la que el mundo está conformado; por supuesto, puede argumentarse que las leyes que rigen la configuración del mundo también hacen parte de la misma, pero tal discusión sería –para efectos del presente acápite, y en general del trabajo– pernicioso. Un ejemplo de los primeros sería aquél en el cual el sobrino codicioso sabe de la existencia de una bomba en el tren que va a abordar su tío; un ejemplo del segundo, es el caso en el cual el mismo sobrino sabe que existe una regla meteorológica según la cual dado el nivel de humedad relativo, la presión atmosférica y la temperatura al momento, se producirá una tormenta eléctrica en una región por la que pasa el avión de su tío justamente en el momento en el cual lo hace.

En la mayoría de los casos, ambos tipos de conocimientos son indistintamente relevantes a la hora del juicio de responsabilidad. Esto, porque a menudo la diferencia entre ambos conocimientos es imposible, y casi siempre se puede llegar a un punto en el que ambos confluyan. Así, puede argumentarse que el saber nomológico de la

probable producción de la tormenta por la aplicación de una ley meteorológica parte del conocimiento fáctico de las circunstancias que dan origen a la aplicación de tal ley, y sin el cual jamás habría podido predecir el resultado.

Esto parece ocurrir en los ejemplos propuestos por Jakobs. El mesero sólo puede identificar a la planta como venenosa porque, previamente, ha notado que presenta tales y cuales características (en cuanto a la regla: siempre que una planta tenga las características x , y , z es venenosa). Igualmente, el conductor sólo ha podido identificar la falla en los frenos una vez constató ciertas evidencias (en cuanto a la regla: siempre que en el carro se aprecie x , y , z los frenos van a fallar). A pesar de esto, en todo caso de conocimientos especiales la relevancia a la hora de establecer la especialidad puede recaer sobre dos tipos de conocimiento que, aunque confluyan en un mismo y único momento a la hora de prever el resultado, son en el fondo distinguibles. Puede haber casos en los cuales la relevancia esté puesta en el conocimiento fáctico, o aquellos en los que el enfoque sea puesto a los conocimientos nomológicos. Con unos ejemplos esto debe quedar más claro.

Hay hipótesis en las cuales la especialidad del conocimiento está dada por una ontología desconocida para el común de las personas. Supóngase que Jaime es hemofílico, pero ni él ni nadie a excepción de José conocen de tal condición. Una noche, mientras ambos festejaban en un bar, Jaime se enfrasca en una riña en la cual uno de sus oponentes le amenaza con una botella de vidrio quebrada. Ante el silencio de José, Jaime muere a causa de una cortada relativamente leve que –por su especial condición– le produjo una hemorragia masiva. En tal caso, lo relevante no es saber que hay una alta probabilidad de causar muerte por hemorragia al hemofílico que es cortado por una botella en una riña; lo relevante es saber la condición de hemofílico del oponente. Lo que todo el mundo desconoce, y hace del conocimiento de José especial, no es una especial ley sino la forma como está configurado el mundo para el momento de los hechos. Lo apreciable es solo saber la condición de Jaime que, en el presente caso, constituye *el* conocimiento fáctico relevante para el juicio de responsabilidad¹⁵.

Pero, puede haber casos en los cuales lo trascendental no sea el conocimiento fáctico sino aquél nomológico. Piénsese en un grupo de amigos universitarios que, al percatarse de un olor extraño en la casa, acertadamente concluyen que el calentador de agua está

emitiendo más monóxido de carbono que de costumbre. Uno de ellos, estudiante de Medicina, sabe que una vez el nivel del gas incrementa al nivel porcentual x/O_2 , reemplaza el oxígeno en las células impidiendo que éste llegue al cerebro, matando de una manera casi segura a aquél que se quede a respirarlo. A pesar de ello, no dice nada a sus amigos y finge salir a comprar comida por un rato. En este caso, lo relevante no es el conocimiento fáctico de que el nivel de monóxido de carbono ha incrementado considerablemente en la casa debido a una falla en el calentador; por el contrario, lo trascendente para constatar el peligro es la regla que sólo el estudiante de medicina conoce.

De manera análoga, en el caso del mesero como en el del ingeniero, los conocimientos relevantes no son los fácticos sino los nomológicos. Saber que la planta en cuestión hace parte del plato es un conocimiento fáctico que en nada se diferencia de aquél que obtendría cualquier otro mesero que echara un vistazo a lo que está a punto de servir. No obstante, lo apreciable es saber que es una planta venenosa, y para eso hace falta el conocimiento nomológico que lleva a concluir esto. Así, aunque sea cierto que el discernimiento fáctico es común a todos los que desempeñen el rol de mesero, o el de conductor bajo tales condiciones (al menos si son medianamente atentos), éste es totalmente superfluo si no se cuenta antes con el conocimiento nomológico que permite predecir el resultado relevante. No parece ser adecuado que, por tener como base un conocimiento fáctico (adquirible de forma general mediante el ordinario desempeño de un rol social), el conocimiento nomológico (únicamente adquirible mediante un alto grado de especialización en otro rol social) sea excluido de toda consideración.

En los ejemplos reseñados del mesero y del conductor, estos conocimientos nomológicos son genuinamente especiales tanto por la materia como por la forma. Además de que conocimientos de biología e ingeniería automotriz son materialmente ajenos al rol social desempeñado, también lo son formalmente pues en cuanto a conocimientos nomológicos no pudieron ser adquiridos sino mediante una posición de alto grado de especialización en tal área del conocimiento materialmente especial. Luego, en ambos casos queda verificado que el conocimiento es especial en los términos de este trabajo y, como regla general, no debe ser tenido en cuenta a la hora de evaluar una violación al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, esto no obsta para que, excepcionalmente, la conclusión sea distinta.

Aplicación excepcional de conocimientos especiales.

Ahora bien, es importante aclarar que nada de lo dicho hasta este momento implica que en ningún caso hayan de aplicarse los conocimientos especiales; de hecho, con base en la corriente decantada por Jakobs (2011, p. 270), serían en principio tres los casos excepcionales de exigibilidad de aplicación de conocimientos especiales. El primero, es el que se presenta cuando media una posición de garante del autor frente al sujeto pasivo; en tales casos, “los conocimientos especiales que se tengan en el ejercicio de un rol deben necesariamente ser aplicados” (Ruiz, 2011, p. 196). Es decir, aquél que tenga una especial posición de garante necesariamente debe hacer todo lo posible para evitar la producción de un resultado disvalioso; no se está en el terreno de los modelos normativos de deber de conducta sino que, más bien, parece aplicarse un patrón de evitabilidad individual dado el especial deber que tiene el sujeto activo (para mayor profundidad sobre esta figura en un esquema normativista, ver Jakobs, 2001).

Con respecto a la particular construcción de la posición de garante, parece ser que se ha incurrido en una ambigüedad terminológica: en algunos casos se habla de anulación de especialidad material por la naturaleza de la figura en cuestión; mientras que aquí se alude a la aplicación excepcional de conocimientos especiales. Lo cierto es que en casos de posición de garante los conocimientos del sujeto activo que desbordan lo que ordinariamente debería saber son plenamente relevantes en el juicio de responsabilidad penal. Pero esto se puede deber a dos cuestiones teóricamente excluyentes: o bien porque no son un caso de conocimientos especiales; o, siéndolo, son aplicables de forma excepcional.

Aquí, se ha definido la especialidad material como aquella que atañe a la diferencia del conocimiento con respecto a la naturaleza de aquellos que se esperan de una persona que ocupe cierto rol social y con respecto al grado exigible para tal conocimiento. Se ha dicho, también, que al mediar una posición de garante, el conocimiento especial queda abarcado por el conjunto de exigencias que el Estado impone a una persona independientemente de su rol social, debido a la naturaleza de la figura en cuestión. Luego, cuando media una posición de garante los conocimientos antes especiales quedan comprendidos por las exigencias del Estado, dada la naturaleza de la figura. Serían especiales en cuanto a la naturaleza del conocimiento,

pero quedarían abarcados excepcionalmente por la naturaleza de las exigencias del Estado, que en estos casos no tiene en cuenta la especialidad material tal y como ya ha sido descrita.

En este sentido, el conocimiento en cuanto tal sigue siendo especial con respecto a la naturaleza y grado de aquellos *ordinariamente* exigibles al rol social, pero no se verifica especialidad material en estricto sentido, porque excepcionalmente el Estado los incluye dentro del conjunto de exigencias impuestas a la persona sin importar su rol social. Frente a casos de posición de garante, se está ante “una vinculación especial que excluye total o, al menos, parcialmente la separación de roles” (Jakobs, 2011, p. 285). El problema surge de una consideración antes esgrimida: sin rol social no hay conocimientos especiales. Esto se debe a que si una exigencia no está discriminada por el rol social que la persona desempeña, no hay un parámetro para establecer su especialidad¹⁶. De cualquier forma, esta exigencia sigue siendo excepcional, razón por la cual es válido afirmar que la posición de garante es un caso en el cual excepcionalmente deben aplicarse los conocimientos que de otro modo serían genuinamente especiales.

El segundo caso expuesto como aplicación excepcional de conocimientos especiales, es el de manipulación en el uso de un conocimiento especial. Como ha quedado establecido, los conocimientos que materialmente son ajenos al rol tanto por su naturaleza como por su grado, siempre que hayan sido adquiridos de forma especial, no generan responsabilidad penal por su omisión. Sin embargo, cuando él es incorporado al plan criminal del individuo, de tal forma en que “manipule esos conocimientos para alterar el curso causal y de esta forma producir un resultado” (Ruiz, 2011, p.196), cobra plena relevancia para el Derecho penal. Tal es el caso citado por la doctrina que, en la hipótesis del mesero, la modifica al punto de que éste retiene el plato de ensalada envenenada para luego servirlo a su enemigo y conseguir su muerte. Al respecto: “[s]i el autor quebranta, a su vez, una separación de roles en sí existente, (...) entonces el conocimiento especial se transforma en un simple conocimiento de una realización típica inminente” (Jakobs, 2011, p. 285). Esto aplica tanto para el delito doloso (sobre ello, Greco citado por Jakobs, 2011, p. 285), como para el culposo en el cual el sujeto activo utiliza sus conocimientos especiales para alcanzar un fin propio, e imprudentemente produce un resultado disvalioso¹⁷. Distinto es, por supuesto, el caso en el cual –en el ejemplo expuesto– el destinatario original de la ensalada sea su enemigo¹⁸.

El tercer y último caso de presunta aplicación de conocimientos especiales es aquel en cuya virtud el sujeto activo es tenido en cuenta para desempeñar un rol social debido a los conocimientos especiales que tiene sobre tal o cual área del conocimiento. En palabras de la profesora Ruiz (2011), en este supuesto se requiere que “la persona haya sido tenido [sic] en cuenta para desempeñar ese rol específico (...) en consideración de esos conocimientos especiales que eran requeridos para ejercer ese rol”; y añade: “salvo que la persona haya sido tenido en cuenta para desempeñar ese rol específico única y exclusivamente en consideración de esos conocimientos especiales que eran requeridos para ejercer ese rol” (p. 197). Sin embargo, parece demasiado restrictivo exigir que la selección del sujeto activo deba estar basada única y exclusivamente en sus conocimientos especiales para que cobren relevancia; de hecho, basta con afirmar que, una vez el sujeto activo sea seleccionado en un cargo para que aplique sus conocimientos especiales sobre la materia, surge una obligación de aplicarlos pues no puede mantenerse una exigencia genérica para aquél que ha sido seleccionado por su especialidad.

Para seguir con el ejemplo propuesto por Jakobs: supóngase que una vez el mesero omite informar al comensal acerca de la planta venenosa y éste muere, los dueños del restaurante le piden a un compañero de su clase que empiece a trabajar inmediatamente y que esté especialmente atento al contenido de las ensaladas para evitar infortunios como ese en un futuro. En el caso de percatarse de una planta envenenada en otra ensalada, este nuevo mesero no puede desconocer que ha sido contratado no por sus excepcionales calidades de mesero sino por ser estudiante de biología, capaz de reconocer tal evento.

De cualquier forma, no es del todo claro que este ejemplo propuesto por el autor alemán como aplicación excepcional de conocimientos especiales se acomode a lo que aquí se ha entendido en relación con la especialidad desde una perspectiva material; es que, en definitiva, no parece ser coherente que una vez alguien es contratado precisamente porque posee un conocimiento determinado el mismo siga siendo especial con respecto al rol social a ejercer.

Por el contrario, es evidente que el conocimiento especial ha sido incluido dentro del conjunto de requisitos previstos para desempeñar el rol en cuestión, por lo cual no hay razón alguna para tildarlo como tal. Entonces, aun cuando en abstracto sea válido decir que es un caso de aplicación de conocimientos especiales, de acuerdo

con la definición propuesta tal no sería un caso de conocimiento materialmente especial. Aun cuando la conclusión sea la misma –v.gr., que debe aplicar dicho conocimiento – la forma como se llega a ella es distinta.

Conclusiones

Con este estudio se ha querido defender la vigencia y utilidad de la teoría de los roles sociales como parámetro a partir del cual ha de definirse cuándo un conocimiento es especial y cuándo no, con el fin claro de establecer cuáles conocimientos que el autor posee cobran relevancia penal y bajo qué escenarios han de ser activados. Para lograr este cometido, antes hubo de recorrerse un largo trayecto que partió de la ubicación sistemática de esta problemática dentro de la teoría material del delito.

A través de la historia, el tema ha sido abordado prácticamente desde todas las sedes posibles. No obstante, recientemente puede constatarse una tendencia en la doctrina mayoritaria por abandonar la diferencia ontológica entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, y, en su lugar, ubicar la problemática en torno a los conocimientos especiales en categorías normativas como el riesgo jurídicamente desaprobado o el deber objetivo de cuidado. A diferencia de la clásica división entre la parte objetiva y subjetiva del tipo, el marco general de la imputación objetiva permite abordar la cuestión de los conocimientos especiales de una forma más amplia, pues no se encuentra atada a las categorías ontológicas tradicionales, pero a su vez muy precisa, pues invita a buscar una serie de criterios normativos que permitan delinear con claridad los límites a la exigencia jurídica en su activación.

Es así como dentro del marco normativo de la imputación objetiva, la teoría de los roles sociales, con planteamientos que no son radicalmente diferentes a los ya aceptados por la doctrina mayoritaria, pero con un número significativamente reducido de seguidores, ofrece el terreno fértil sobre el cual se puede cultivar una definición novedosa de especialidad que ubique los roles (o posiciones) que una persona desempeña en la sociedad como paradigma para establecer claramente los límites de la exigencia jurídica en cuanto a activación de conocimientos se refiere.

Siendo ello así, debe tomarse por conocimiento especial aquél que distando del ordinariamente esperado para el adecuado des-

empeño de un rol social bien sea por su naturaleza o por el grado en el cual se presenta, sea accesible únicamente por vías que supongan el ejercicio de otro rol social particular. Únicamente de este modo se da cuenta de una diferencia trascendental a la hora de estudiar la relevancia de un conocimiento para la determinación del deber de cuidado: para que un conocimiento sea excluido de la exigencia general de su activación, éste debe ser tanto material como formalmente especial.

Sólo mediante una definición que contenga ambos aspectos pueden sortearse de forma adecuada las paradojas aparentes que surgen de casos como los conocimientos por azar, o aquellos que son fruto del ejercicio directo del rol social *sub examine*. De igual forma, sólo con dicha definición en mente puede entenderse por qué no puede haber conocimiento especial sin rol social y por qué, como regla general, no debe exigirse la aplicación de ningún conocimiento especial en el ejercicio de un rol social.

Una definición basada en la especialidad formal y material a partir de la teoría normativa de los roles sociales permite, además, dar una santa sepultura a las inconsistencias que son encontradas en la doctrina con respecto a posiciones de garantes, tipos de conocimiento relevante y casos de aplicación excepcional de conocimientos genuinamente especiales. Cada uno de estos aspectos fue abordado en detalle, con lo cual quedó decantada la solución práctica que una definición como la aquí propuesta, y en general como aquella que parte de la teoría aquí defendida, aporta al delicado proceso de alindar el terreno de lo jurídicamente exigible sin irrespetar el fuero de lo que a cada individuo le es dado decidir en la libre configuración de su personalidad.

Hace más de dos siglos W. Hazlitt pronunció una de las frases más bellas sobre la condición humana. Según él, "el hombre es el único animal que ríe y llora, porque es el único animal que se deja afectar por la diferencia entre lo que las cosas *son* y lo que *deben ser*". Lo que parece innegable en las relaciones sociales es que el hombre tiene ante todo una recalcitrante necesidad de ajustar su comportamiento, y el de los demás, conforme a patrones de conducta idealmente definidos. El cómo ha de ser satisfecha esta necesidad, es uno de los interrogantes más oscuros a los cuales debe enfrentarse el Derecho en general. Nuestra jurisprudencia constitucional nos muestra la importancia que tiene la configuración social como fundamento y límite de la valoración jurídica; que el papel del Derecho no es

moldear la ontología social a partir de criterios normativos estrictos, sino sentar las garantías para que ella muestre al Ordenamiento cuáles prácticas considera reprochables, cuáles conductas han de ser sancionadas.

El problema con la aceptación de la posibilidad jurídica de exigir la activación de conocimientos (verdaderamente) especiales en el proceso penal, es que en aras de salvaguardar la protección de bienes jurídicos, se atenta en contra de la división funcional de la responsabilidad estructurada a partir del reconocimiento de ámbitos de competencia individuales. En el fondo, la cuestión es que parte de una melancólica idea de una sociedad sin accidentes o peligros indeseados para los bienes jurídicos de sus integrantes, en la cual el ser *es* el deber ser. Esto no va y no puede suceder; sin embargo, necesitamos buscarla. Pero no así, no a cualquier costa.

Notas

- ¹ Mal podría afirmarse que todo el que cree en el injusto personal como categoría autónoma en la teoría del delito, automáticamente asume que la antijuridicidad es *ratio essendi* de la tipicidad. Por el contrario, teorías como la de los elementos negativos del tipo o similares son aún hoy muy cuestionada por parte de seguidores de la teoría del injusto personal.
- ² Se incluyen aquí los que abogan por figuras como el tipo global, elementos negativos del tipo, función valorativa del tipo, junto con todas las posturas que hacen de la antijuridicidad una *ratio essendi* de la tipicidad.
- ³ Quienes dan fe de la predominancia de tal figura durante la segunda mitad del siglo pasado en la doctrina alemana; igualmente, puede verse la STS 18-10-1979 (A. 3737) y 16-6-1987 (A. 4955) que caracterizan una corriente sumamente decantada en el Tribunal Supremo español.
- ⁴ Sin duda, esta caracterización se encuentra hoy como mayoritaria en la doctrina; el autor en cita la defiende en los siguientes términos: “para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho el hombre diligente en la misma situación”.
- ⁵ No se quiere decir nunca que las normas sociales sean las que regulan una sociedad con independencia de aquellas jurídicas; por el contrario, aunque en muchos casos son las normas sociales el origen de las jurídicas, son sólo estas últimas las que fundamentan el reproche penal subyacente (Cfr. Piña, 2005, p. 401).

- ⁶ Aunque English otorga cierta primacía a este elemento en tanto abstracción del proceso causal, es enfático en afirmar que no es el único elemento a valorar dentro del aspecto subjetivo del delito imprudente.
- ⁷ También la sociedad misma dicta ciertas normas con efectos jurídicos: la ley del arte (*lex artis*) de los médicos es un claro ejemplo de una norma emitida por un sector particular de la sociedad ajeno al aparato estatal.
- ⁸ Indirectamente, podría afirmarse que a los conductores también aplica toda vez que deben respetar tales normas peatonales mientras conducen, pero la verdad es que deben obedecer es la norma que regula la semaforización (el semáforo debería estar en rojo,) o la atinente al signo de pare (que obliga a detenerse ante ciertas cuadras), ambas propias de conductores. La prueba está en que si un peatón cruza prudentemente la calle y es arrollado por un carro debido a una falla en el semáforo, no será imputable un eventual resultado típico al conductor dado que no violó su deber objetivo de cuidado.
- ⁹ Debe tenerse muy en cuenta, que el grado exigible no supone nunca un promedio basado en figuras como el hombre medio o similares; por el contrario, él es siempre un mínimo, nunca un promedio. Supóngase el siguiente evento: la aspirante a secretaria A se presenta a una entrevista en la cual le exigen que tenga conocimientos de español e inglés. Ella le comenta al empleador que sabe hablar ambos idiomas a la perfección, pero que desconoce por completo el alemán. Éste le contesta que sólo requiere saber español e inglés, y que no le interesa el alemán. Ella, muy honesta, le replica que es usual para las secretarías que sepan tres idiomas. De ser contratada por cumplir con el requisito de idiomas (esto es: español y alemán), ¿haría parte de sus funciones escribir cartas en alemán? Es evidente que el estándar exigible está dado por el mínimo de los requisitos para cumplir con el rol y no por el promedio de aquellos que lo cumplen. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que aun cuando fue contratada para cumplir unas funciones, sea despedida por no saber cumplir otras que no hacían parte del conjunto de exigencias previsto para el cargo. Ahora, claro está, esto no implica que de saber un español superior al promedio para las secretarías, A no deba emplearlo en su trabajo, pues dicho conocimiento sí hace parte del conjunto de exigencias que debe cumplir aquél que fuere elegido para desempeñar el cargo.
- ¹⁰ Incluso, si se quiere, es conveniente adicionar la voz exclusiva a la calidad de la fuente. Pues, no se trata de que el rol social incida de alguna forma vaga en la cadena que desembocó en la producción del conocimiento. Realmente, es necesario que dicho rol haya influido de forma determinante en la producción del conocimiento, de tal forma en que de no ser por aquél, éste jamás se hubiera dado. Reyes propone un contraejemplo basado en el encargado de limpiar vidrios de los carros que llega a llenar de gasolina un vehículo a una estación y que,

en horas laborales, adquiere ciertos conocimientos de mecánica gracias al roce constante con dicho medio. Cabe destacar, sin embargo, que el rol social que desempeña el limpiavidrios no es más que una excusa para que éste haya obtenido el conocimiento que, dados los supuestos del ejemplo, es más bien circunstancial. En cuanto a la especialidad formal se refiere, ésta sólo se predica si el rol social no fue la causa determinante del conocimiento –como en el caso del mesero–, por lo tanto lo aquí expresado es de aplicación excepcional y sumamente restringida.

- 11 Cabe preguntarse si, teniendo en cuenta esto, un conocimiento que no repara al rol social es siquiera materialmente especial; la respuesta parece negativa pero, por cuestiones de metodología, sobra desarrollar a fondo este punto.
- 12 Como bien lo apunta el profesor Reyes, esto es lo mismo a afirmar que son materialmente especiales los conocimientos que no están incluidos dentro de los presupuestos de exigibilidad de una posición jurídica.
- 13 Desborda por completo los límites de este trabajo tratar cuestiones que, aunque son trascendentales para estos efectos, requieren de un estudio mucho más extenso que el aquí pretendido. Ahora bien, en relación con el problema atinente a si en el presente caso se está ante una acción o una omisión, parece viable afirmar que la figura de posición de garante es igualmente predicable de la acción y de la omisión (Ver. Jakobs, 1997, p. 175 y ss).
- 14 Recuérdese que, a diferencia del evento contrario, en los casos en los cuales media una posición de garante el sujeto debe hacer todo lo posible para evitar en el sentido estudiado con respecto a los deberes de cuidado individualizadores. Hablar de conocimientos especiales cuando media una posición de garante es un contrasentido, pues según la definición aquí esbozada para ser especiales materialmente esos conocimientos deben ser ajenos al conjunto de exigencias que el Estado impone al sujeto.
- 15 No es este el momento en el cual ha de determinarse si éste ha de responder o no. Únicamente se pretende introducir la diferencia entre los distintos tipos de conocimientos.
- 16 Recuérdese, igualmente, que para el conocimiento sobre una técnica novedosa en medicina sólo puede estimarse especial con respecto a aquel propio del estado del arte de la medicina (de la especialidad x), jamás con respecto a lo que sabe el ciudadano promedio o incluso la enfermera, como ya se dijo más arriba.
- 17 Tal sería el caso en el que un médico cirujano conocedor de una técnica novedosa decide aplicarla para ahorrar tiempo en la cirugía y, a causa

de una mala ejecución, el paciente sufre complicaciones que terminan por acabar con su vida.

- ¹⁸ En tal situación, si no hay manipulación alguna, el mesero no responde penalmente pues es un caso común de conocimientos especiales tal y como aquí se han definido. La única diferencia radica en que en tal escenario el mesero seguramente experimentaría cierta satisfacción con la muerte del comensal, lo que en ningún momento altera el carácter no delictivo de la conducta desplegada.

Referencias

- Atienza, M. (1988). *Introducción al Derecho*. México: Fontamara.
- Baumann, J. (1973). *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema*. 4ª ed. (Trad. C. A. Finzi). Buenos Aires: Depalma.
- Bustos, J. (1987). *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU.
- Bustos, J. (2006). *Lecciones de Derecho penal: parte general*. Madrid: Trotta.
- Cancio, M. (1994). *Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de la acción e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cancio, M. (2001). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Cancio, M. (2005). Algunas reflexiones sobre lo objetivo y subjetivo en la teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños (comp.). *Imputación Objetiva y dogmática penal*. (pp. 205-228). Mérida: Universidad de los Andes.
- Caro, J. A. (2006). Imputación subjetiva. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 7 (pp. 235-252). Lima: Editorial Grijley.
- Castañán, J. (1982). *Derecho civil español, común y foral*, I, (12 Ed). Madrid: Reus.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: B de F.
- Choclán, J. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.
- Cobo, M. y Vives, T. (1999). *Derecho penal: parte general*. (5a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy, M. (2008). *Delito Imprudente*. (2a ed.) Buenos Aires: Editorial B de F.
- Córdoba, F. (1996). Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin. En *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Ad-Hoc. (1-2).

- Engisch, K. (2008). *La causalidad como elemento de los tipos penales* (Trad. M. A. Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi.
- Exner, F. (1957). *Biología criminal en sus rasgos fundamentales* (Trad. J. del Rosal). Barcelona: Bosch.
- Fakhouri, Y. (2012). *El objeto del dolo en el derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiandaca, G y Musco, E. (2006). *Derecho penal: parte general*. Trad. Pablo Eiora. Bogotá: Temis.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. (Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Frisch, W. (2006). *Desvalor e imputar: sobre la imputación objetiva en el Derecho penal*. (2a ed.) Trad. R. Robles Planas. Montevideo: Editorial B de F.
- García, P. (2004). La imputación subjetiva en Derecho penal. En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, No. 5 (pp. 157 y ss.). Lima: editorial Grijley.
- Gimbernat, E. (2007). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. B de F.
- Grosso, M. (2006). *Dos estudios sobre la nueva teoría del delito*. Bogotá: Ibáñez.
- Hirsch, H. J. (1993). *La polémica en torno a la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*. (Trad. C. J. Suárez González). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hirsch, H. J. (1998). Acerca de la teoría de la imputación objetiva. En *Nueva doctrina penal, 1998-A* (pp. 87-110). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Huerta, S. (1984). *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid: Tecnos.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal: Parte general: fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. Joaquín Cuello Contreras et al.). Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997b). *Estudios de Derecho penal*. (Trad. E. Peñaranda, C. Suárez y M. Cancio). Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *Imputación objetiva en el derecho penal* (Trad. M. Cancio Meliá). Bogotá: Universidad Externado.
- Jakobs, G. (2001). *Injerencia y dominio del hecho: dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (Trad. M. Cancio Meliá). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Jakobs, G. (2004). Indiferencia como dolo indirecto (trad. C. Pérez del Valle). En J. López-Barja de Quiroga y J. M. Zugaldía Espinar. *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. T. I. (pp. 345-358) Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2011). ¿Imputación subjetiva sin imputación objetiva? (Trad. F. Córdoba). En Maier, J. B. J. et al. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de Derecho penal. Parte General*. T. I. (Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona: Editorial Bosch.
- Jescheck, H. H. (1993) *Tratado de Derecho Penal*. 4. Ed. (Trad. J. L. Manzanares Samaniego). Granada: Comares.
- Kant, I. (2006). *Crítica de la razón pura*. Trad. Pedro Ribas. México: Taurus.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. (Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Barcelona: Marcial Pons.
- Kaufmann, A. (1976). El delito culposo (Trad. Moisés Moreno Hernández). En *Revista Nuevo pensamiento penal*, No. 5 (pp. 467-486). Buenos Aires: Depalma.
- Larenz, K. (1966). *Metodología de la ciencia del Derecho*. (Trad. Enrique Gimbernat Ordeig). Barcelona: Ariel.
- López, D. (2008). El problema de la subjetividad en la explicación sociológica: una mirada a partir del debate Schutz-Parsons. En *Revista de Estudios Sociales*, No. 31 (pp. 72-83) Bogotá: Universidad de los Andes.
- López, C. (2005). La teoría de la Imputación Objetiva. En M. Bolaños (comp.). *Imputación Objetiva y dogmática penal*. (pp. 123-171). Mérida: Universidad de los Andes.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*. (Trad. Ignacio Otto Pardo). Madrid: centro de estudios constitucionales.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé et al. Barcelona: Anthropol.
- Martínez, M. (1992). *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho penal*, t. I. (Trad. J. Córdoba Roda). Barcelona: Ariel.
- Mezger, E. (2010). *Tratado de Derecho penal*. V. I. (Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Buenos Aires: Hammurabi.

- Mir, S. (1982). *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho*. (2a ed.)
- Mir, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (05). Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Mir, S. (2011). *Derecho penal. Parte General*. (9ª ed). Montevideo: B de F.
- Montealegre, E. (1988). *La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz, F. (2010) *Derecho penal: parte general*. 8a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino, C. (1997). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Paredes, J. M. (1995). *El riesgo permitido en derecho penal (Régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*. Madrid: Ministerio de justicia e interior.
- Parsons, T. (1966). *El sistema social*. Trad. José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente.
- Piña, R. G. (2002). El tipo subjetivo en el delito imprudente. En *Revista de Derecho penal, Delitos culposos*. No. 1, enero-junio (pp. 55-76). Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Piña, J. I. (2005). *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Posada, R. (coord.) (2008). El dolo en el Código penal del 2000. En R. Posada (Coord.). *Temas de Derecho penal* (pp. 1-74). Bogotá: Temis.
- Quine, W. V. O. (1980). *Two Dogmas of Empirism, en From a Logical Point of View: 9 Logico-philosophical essays*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Quintero, G. (1989). *Derecho penal. Parte General*. Teoría Jurídica el Delito. (2a ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Radbruch, G. (1955). *Historia de la criminalidad: ensayo de una criminología histórica* (Trad. Enrique Gwinner). Barcelona: Bosch.
- Recasens, L. (1986). *Tratado general de filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Reyes, Y. (1992). Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. En *ADPCP*, T. XLV, Fasc. III, Recuperado de http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reyes%20alvarado.pdf.
- Reyes, Y. (2002). *El concepto de imputación objetiva*. En *Revista Derecho penal contemporáneo*, No. 1 (pp. 5-34). Bogotá: Legis.

- Reyes, Y. (2005). *Imputación objetiva*. (3ª ed.) Bogotá: Temis.
- Reyes, Y. (2005a). Ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo* (pp. 515-540). En *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Legis.
- Reyes, Y. (2005b). El concepto de imputación objetiva. En M. Bolaños (comp.). *Imputación Objetiva y dogmática penal* (pp. 173-204). Mérida: Universidad de los Andes.
- Reyes, Y. (2006). Causalidad y explicación del resultado. En *Revista Derecho penal contemporáneo*, No. 14 (pp. 5-38). Bogotá: Legis.
- Rodríguez, G. (1978). *Derecho penal: parte general*. I,
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. (Trad. De Diego Manuel Luzón Peña). Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general*. T. I (Trad. Diego Manuel Luzón Peña, et al.). Madrid: Civitas.
- Rúa, G. S. (1999) Los conocimientos especiales del autor dentro del marco de la imputación objetiva, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, t. 9-A, (pp. 603). Buenos Aires: Ad-hoc.
- Ruiz, C. E. (2011). *La graduación del delito imprudente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sacher, M. (1998). *Evolución del tipo subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sancinetti, M. (1998). Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. En Sancinetti, M. et al. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva* (pp. 37-74) Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Schünemann, B. (1998). Consideraciones sobre la imputación objetiva (trad. Mariana Sacher de Köster). En *Teorías actuales en el Derecho Penal. 75º Aniversario del Código Penal*. (pp. 219-248) Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Sentencia (2007, noviembre 8), rad. 27388. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Serrano-González de Murillo, J. L. (2011). Sobre la consideración de los “conocimientos especiales” del sujeto en el juicio objetivo de peligro. En Maier, J. et al. *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo: Libro homenaje a Eberhard Struensee*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Serrano, J. L. (1991). *Teoría del delito imprudente: doctrina general y regulación legal*. Madrid: Ministerio de Justicia.

- Silva, J. M. (1986). *El delito de omisión*. Concepto y sistema. Barcelona: Bosch.
- Silva, J. M. (1992). *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Silva, J. M. (2009). *Tiempos de Derecho penal: escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Madrid: Edisofer.
- Silva, J. M. (2011). *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Edisofer.
- Stratenwerth, G. (1976). *Derecho penal. Parte General I*. (trad. G. Romero) Madrid: Edersa.
- Stratenwerth, G. (2000). *Strafrecht Allgemeiner Teil I* (4. Ed.). Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Struensee, E. (1995). Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo (Trad. F. Guariglia). En J. B. Maier y A.M. Binder: *El Derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún* (pp. 251-272). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Torío, A. (1974). *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. En ADPCP, T. XXVII, Fasc. I. (enero-abril, 1974), pp. 25-59.
- Velásquez, F. (2009) *Derecho penal, Parte general*. (4 ed.). Medellín: Comlibros.
- Wessels, J. (1980). *Derecho penal: parte general*. 6ª. Ed. (Trad. Conrado A. Finzi). Buenos Aires: Depalma.
- Welzel, H. (1993). *Derecho penal alemán*. (Trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Wolter, J. (2004) *et al. El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Wright, G. (1997). *Normas, verdad y lógica* (Trad. C. Alarcón Cabrera). México D. F.: Fontamara.

III

Jurisprudencia



Posición de garante y funciones militares

Quien detenta mando militar, para el caso un brigadier general de la República que tenía funciones como comandante de una brigada militar que tuvo conocimiento de una incursión paramilitar en ciernes, la misma que culminó con una horrenda masacre, y no hizo nada para impedir los cruentos hechos, es autor por omisión de todos los crímenes cometidos porque se estima que para esos efectos tiene posición de garante.

Fernando Velásquez V.

APARTES DE LA SENTENCIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL¹

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente
SP 7135-2014

Radicación 35113
(Aprobado Acta N° 173)

Bogotá D.C., cinco (5) de Junio de dos mil catorce (2014).

El Juzgado Noveno Penal del Circuito Especializado de Bogotá mediante sentencia de 28 de noviembre de 2007, absolvió al Brigadier General del Ejército JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, concurriendo los de secuestro agravado en la misma modalidad, mientras que lo condenó como autor del ilícito de falsedad material de servidor oficial en documento público.

También condenó al entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro como autor, por omisión impropia, del concurso homogéneo y heterogéneo de los punibles de homicidio agravado y secuestro agravado y como coautor de falsedad material de servidor público en documento público.

Idéntica decisión de condena adoptó en torno al civil Miguel Enrique Vergara Salgado, pero como coautor del concurso homogéneo y heterogéneo de los referidos ilícitos contra los bienes jurídicos de la vida y la libertad individual, así como de los punibles de concierto para delinquir agravado y terrorismo.

En virtud del recurso de apelación promovido por el apoderado de la parte civil, los defensores de Orozco Castro y Vergara Salgado, los Delegados de la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bogotá, a través de sentencia de 23 de noviembre de 2009, revocó la absolución de USCÁTEGUI RAMÍREZ, en su lugar, lo condenó como coautor de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado y falsedad material de funcionario oficial en documento público.

De igual forma, declaró la nulidad parcial del proceso a partir de la vinculación del acusado Miguel Enrique Vergara Salgado y confirmó en lo demás el fallo recurrido.

Inconformes con tal determinación, los apoderados de USCÁTEGUI RAMÍREZ y de Orozco Castro, impugnaron extraordinariamente allegando las respectivas demandas de casación. La Corte Suprema de Justicia admitió sólo tres de los varios cargos formulados por aquél, en tanto que no admitió el libelo presentado por el último. De otra parte, declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad material de servidor público en documento público, cesando procedimiento por tal ilícito en favor de ambos procesados.

En relación con las censuras admitidas se recibió el respectivo concepto del Procurador Delegado para la Casación Penal, por lo cual la Sala se pronuncia en sede extraordinaria, una vez la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero no fue aprobada en su totalidad por la mayoría de sus integrantes.

HECHOS

El 12 de julio de 1997 arribaron al aeropuerto de San José del Guaviare dos aeronaves provenientes de los municipios de Apartadó y Necoclí, localizados en el Urabá Antioqueño, transportando aproximadamente treinta integrantes de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Posteriormente los hombres se dirigieron por vía terrestre hacia el sitio conocido como «Trocha Ganadera» para reunirse con otros miembros de esa agrupación que operaban en los Llanos Orientales, trasladándose así un número aproximado de ciento cincuenta sujetos por vía fluvial y terrestre hacia el municipio de Mapiripán (Meta), lugar al que llegaron en la madrugada del 15 de julio siguiente.

En ese sitio empezaron una incursión armada, así como en el corregimiento aledaño denominado La Cooperativa, allí impidieron la libertad de locomoción y comunicación de los habitantes, clausuraron las vías de acceso terrestres y fluviales, cerraron oficinas públicas, retuvieron y ultimaron a varios de sus pobladores tras señalarlos de ser auxiliares de la guerrilla, desmembraron sus cuerpos y luego los lanzaron al río Guaviare. Los cadáveres de tres víctimas que habían sido degolladas fueron encontrados en el perímetro urbano de la población.

Como víctimas fatales aparecen: José Ronald Valencia, despachador del aeropuerto; un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal; Agustín N.; Álvaro Tovar Muñoz, alias «Tomate», Teresa N., apodada «La Muerte», Jaime Pinzón, Edwin Morales, Manuel Arévalo y Sinaí Blanco Santamaría, comerciante.

Varios habitantes fueron retenidos una vez que los sujetos armados les pedían identificación, otros fueron sacados de sus casas y conducidos al matadero municipal, sin que se sepa la suerte que corrieron, como el caso de Antonio María Barrera conocido como «Catumare», Gustavo Caicedo Rodríguez, los hermanos de 15 y 16 años Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, así como Nelson N.

Pese a que desde el mismo 15 de julio de 1997 el Comandante (E) del Batallón de Infantería «Joaquín París», Mayor Hernán Orozco Castro, había sido informado de la situación por comunicación telefónica sostenida con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés Novoa, y que aquél ese mismo día llamara también por teléfono al Comandante de la Séptima Brigada, Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, –quien le solicitó pasarle por escrito tal reporte, que se materializó mediante oficio 2919 del 15 de julio, recibido vía fax al otro día–, el sometimiento de la población se prolongó hasta el 20 de julio de la anualidad en cita, en tanto que el Ejército Nacional hizo presencia sólo el 21 de julio, cuando los miembros de las Autodefensas ya se habían marchado.

Iniciadas las investigaciones contra miembros del Ejército, aparecieron dos oficios número 2919 con el mismo radicado y fecha, ambos suscritos por el Mayor Hernán Orozco Castro y dirigidos al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ, cuyo contenido, aunque mencionaba el contacto telefónico previo que Orozco Castro había sostenido con el Juez Municipal, Leonardo Iván Cortés, acerca de un juicio popular que le había hecho la guerrilla al funcionario judicial, de manera diferente se aludía a la presencia de las Autodefensas en la zona: mientras en uno se alertaba por una inminente matanza en la población ya que desde hacía días los sujetos armados habían hecho presencia en el sector en cuanto impidieron el tráfico fluvial *«considero yo que si los paras han venido desde tan lejos, no ha sido precisamente para deleitarse con el paisaje de la región, pronostico en los próximos días una serie de matanza y asesinatos»*, al tiempo que recomendaba

una operación rápida y sorpresiva, en el otro se anunciaba la presencia de gente armada en el pueblo, «posiblemente paramilitares», pero se solicitaba el envío de tropa a otro lugar, Calamar, para contrarrestar el accionar de frentes de las FARC. (.....)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

De los cargos

1. Primer cargo: Nulidad. En cuanto a la anulación solicitada por el casacionista ante la indeterminación en el número de víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, así como su identificación, lo que a su juicio impedía proferir fallo de condena, es necesario hacer preliminarmente las siguientes acotaciones:

Cuando se trata de derechos o bienes jurídicos personalísimos, es decir, aquellos que son inseparables de la persona, como la vida, la integridad, la honra o libertad sexual, entre otros, no es dable agruparlos como si fuera una sola conducta, porque deviene claro que cada ilícito dependerá del número de víctimas o sujetos pasivos de la acción o de cuantas veces se ejecute materialmente la conducta.

Por ello se habla de la inviabilidad jurídica de predicar un delito continuado cuando se está frente a reiterados atentados contra un bien jurídico personalísimo por parte del sujeto activo. Por ejemplo, tratándose de delitos de homicidio, con cada deceso se incurre en un delito. Igual cuando se trata de ilícitos atentatorios del bien jurídico de la libertad sexual, (CSJ SP 12 may. 2004, rad. 17151):

Amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el delito continuado y el delito masa quedan excluidos cuando se atenta contra bienes jurídicos eminentemente personales, entre ellos los relacionados con “la libertad, integridad y formación sexuales”, y a ello se suma la Sala mayoritaria de Casación Penal, bajo el entendido que la protección de tales bienes descansa muy especialmente sobre la base de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano como un bien absoluto, que no admite graduación, ni escalas, ni excepciones; y también para evitar consecuencias político criminalmente inaceptables, como ocurriría por ejemplo al descartar el concurso de accesos carnales, so pretexto de que el abusador tenía la finalidad única de asaltar sexualmente a todas las alumnas de un grado escolar, para satisfacer alguna vanidad personal.

“Esta restricción se fundamenta en que con los bienes jurídicos personalísimos el injusto de acción, el de resultado y también el contenido de la culpabilidad referidos a cada acto individual, deben ser comprobados y valorados en la sentencia de forma separada.” (HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, Granada, 2002, pg. 771.)

En vigencia del Código Penal de 1936, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal reiteró la improcedencia del delito continuado frente a derechos personales. A manera de ejemplo se cita la Sentencia del 14 de febrero de 1957 (Gaceta Judicial No. 2179, Tomo LXXXIV, pg. 447, M.P. Dr. Luis Sandoval Valcárcel), donde se indicó:

“En la controversia doctrinaria suscitada al efecto, la gran mayoría de expositores admite que puede existir la continuación aún con pluralidad de sujetos pasivos. Así lo sostiene Mittermaier. También Manzini e Impallomeni siguen la tesis, excepto cuando se trata de delitos contra los derechos “individuales” inseparables de la persona como la vida, la integridad personal, el honor, el pudor.”

“Sin embargo, la apreciación de hecho encuentra límites en la naturaleza de algunos delitos que excluyen A PRIORI la identidad del designio, por cuanto afectan bienes personalísimos (hochsperonlycherechsguter dicen los alemanes), como la vida, la integridad personal, la libertad, la libertad sexual, el honor.”

Por tanto, cuando la vulneración paulatina y sucesiva recae sobre bienes jurídicos como el patrimonio, de fácil graduación, puede resultar adecuado a los fines de la pena, la aplicación de un reductor de la sanción como la prevista para el delito continuado. En cambio, si el atentado se dirige contra bienes más personales, como son: la “Libertad y el pudor sexuales”, en la denominación del Código Penal de 1980; o la “Libertad Sexual y la Dignidad Humana” con la Ley 360 de 1997, que modificó al régimen anterior; o la “Libertad, integridad y formación sexual” en el estatuto penal vigente (Ley 599 de 2000), cada vez que ocurre una transgresión ya se ha desconocido por completo el bien jurídico personal -con trascendencia ético social- que el legislador considera necesario preservar; y cuando ello ocurre, ya se ha negado en el sujeto pasivo la dignidad que le es inherente; por lo cual, en esta última hipótesis el fin preventivo y restaurador de la pena reclama para su verificación mayor respuesta punitiva, y severidad condigna al contenido de la antijuridicidad.

Aquí se trata de ilícitos atentatorios de la vida como derecho personalísimo más importante, seguido de los ataques al bien jurídico de la libertad individual. Pero es bueno precisar la diferencia entre cuantificación e individualización de las víctimas; la primera tiene lugar con el número total, en tanto que la segunda con la identificación de las mismas.

De acuerdo con la resolución de acusación de 10 de marzo de 2003, es evidente que no hay cabal precisión del número de víctimas, pues se anotó que Carlos Castaño Gil, líder de las autodefensas, en su «parte de victoria» indicó que habían sido dadas de baja 49 personas en la incursión armada en Mapiripán, en tanto que el Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa hablaba de aproximadamente 26 personas asesinadas y desaparecidas, o que también labores de inteligencia realizadas por miembros de la fuerza pública referían aproximadamente 30 y, finalmente, que el confeso paramilitar José Pastor Gaitán Ávila mencionaba 23 muertos.

Y si bien es patente que por la barbarie desplegada al realizar los hechos de manera selectiva contra los pobladores de Mapiripán, ha sido difícil

precisar el número de muertos y secuestrados, pues recuérdese que en cuanto los cadáveres fueron mutilados, incinerados, enterrados o lanzados al río Guaviare, las labores de investigación adelantadas permitieron individualizar a algunas víctimas por las que se ha proseguido este diligenciamiento, tal y como se plasmó en la resolución de acusación y de manera coincidente se consideró en los fallos.

Ciertamente en la calificación sumarial se precisó que:

[el] múltiple homicidio se acredita al interior del instructivo a través de diferentes probanzas representadas en la inspección judicial practicada a los únicos cadáveres que fueron dejados dentro del perímetro urbano del municipio de Mapiripán (Meta) que se salvaron de ser lanzados a las aguas del Río Guaviare.

Cuerpos a la postre identificados como el –sic–, de los ciudadanos Sinaí Blanco Santamaría, José Roland Valencia y un N.N. hombre de aproximadamente 35 a 40 años de edad.

Otros homicidios fueron acreditados mediante prueba testimonial como el de Nelson N., Álvaro conocido como «Tomate», Edwin Morales, una señora apodada «La muerte» y Jaime Pinzón, que correspondían al corregimiento La Cooperativa.

El cuanto al secuestro se plasmó en el mismo proveído:

«Pruebas testimoniales revelan que varios de los habitantes de Mapiripán fueron secuestrados, desconociéndose hasta el momento su suerte y paradero, el Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa, relata cómo era coartada la libertad personal de los habitantes, sacados de sus casas y conducidos al matadero municipal. Allí torturados y asesinados unos y desaparecidos otros de cuya muerte no se tiene evidencia, como es el caso de Gustavo Caicedo Rodríguez, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Manuel Arévalo. Comportamiento, que como se observa, es claramente violatorio del derecho fundamental de la libertad y por lo tanto con la norma aplicable para entonces surge para la conducta su calidad de típica, catalogada jurídicamente como secuestro.

Por su parte en la resolución de acusación de segunda instancia de 30 de julio de 2003 la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal expresó:

De las víctimas de los homicidios pudieron establecerse las identidades de JOSÉ ROLAND VALENCIA, administrador de la pista de aterrizaje del municipio y SINAÍ BLANCO SANTAMARÍA comerciante del mismo, un hombre NN de 35 años y otro NN rescatado de las aguas del Río Guaviare, el mismo que de nuevo fue arrojado al río por los miembros de la agrupación criminal. Igualmente se conoció del secuestro del señor ANTONIO MARÍA BARRERA y NELSON NN, conocido el primero como CATUMARE.

Mientras lo narrado en precedencia sucedía en Mapiripán, otro grupo perteneciente a las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia y Autodefensas

Campeñas de Córdoba y Urabá, se tomaron el corregimiento La Cooperativa, asesinando al señor ÁLVARO TOVAR MUÑOZ, alias 'Tomate', JAIME PINZON y EDWIN MORALES y a la señora Teresa apodada 'La Muerte' conforme a los testimonios de los señores HECTOR JAIME TORRES y a la señora OLIVA VARGAS, suegra de uno de ellos.

Ahora, el Tribunal no realizó algún reparo a la objetividad de los delitos imputados remitiéndose a los registrados en el fallo de primer grado, en el cual se anotó:

Las muertes violentas de SINAI BLANCO SANTAMARÍA, JOSÉ ROLAND VALENCIA y un NN, que no las únicas, están acreditadas a través de las inspecciones realizadas a los cadáveres, actas de necropsia donde quedaron consignadas las huellas de la forma en la que cada una de las víctimas fueron ultimadas, evidenciándose además los procedimientos utilizados, dado que se observó en los cadáveres signos de las torturas a las que fueron sometidos, al punto que los cuerpos estaban desmembrados, degollados y acorde con la descripción aportada por los testigos de tan cruel acontecer, refirieron que a otras víctimas las arrojaron al río Guaviare, se hace alusión que el número de víctimas ascendió a 27 personas...La agrupación armada incursionó en el corregimiento ubicado en el mismo municipio denominado La Cooperativa, ultimando a varias personas entre ellas a AGUSTIN N., RAUL MORALES, JAIME PINZÓN y ÁLVARO TOVAR MORALES.

Estas apreciaciones y relatos de quienes directamente percibieron circunstancias de la forma en que se desarrolló tan brutal acontecer, están reafirmadas por JOSÉ PASTOR GAITAN ÁVILA, ex paramilitar que adujo que en esa incursión el grupo ilegal ultimó a 23 personas, que fueron decapitadas, desmembradas de piernas, brazos, que otros fueron lanzados al río Guaviare, otros enterrados, quemados, pero que la mayoría fueron incineradas y arrojadas al Río Guaviare.

En lo que corresponde al secuestro, se anotó:

Este comportamiento, en la misma medida que el anterior se encuentra acreditado, pues dentro de la acción desplegada por la agrupación ilegal se produjo el arrebato, sustracción, retención y ocultamiento de varios habitantes del municipio de Mapiripán al igual que se dio cuenta de los actos que contra la libertad individual de las personas se produjo durante los cinco días siguientes, entre ellas, la retención de ANTONIO MARÍA BARRERA CALLE apodado 'CATUMARE' quien desapareció desde el 15 de julio de 1997 apenas arribó el grupo al margen de la ley, además, varios pobladores observaron cuando era conducido por miembros de la agrupación hacia las instalaciones del matadero, desconociéndose en la actualidad su paradero.. ...En términos similares, familiares de las víctimas y pobladores de Mapiripán, convergen en describir la manera en que fueron retenidos varios habitantes, además, que a los residentes se les hizo la advertencia de tal actuar aduciendo que las víctimas auxiliaban a la guerrilla, por ello, es palmario que tal comportamiento, se estructuró en la medida que un número indeterminado de personas residentes en dicha población fueron arrebatadas de su entorno familiar contra su voluntad, desconociéndose en la actualidad su paradero.

Por lo tanto, le asiste razón al casacionista cuando en el libelo pone en evidencia que no se sabe el número de víctimas, pero no sucede lo mismo en cuanto a su individualización, lo cual no tiene la entidad suficiente para anular la decisión, porque es evidente la configuración de atentados contra la vida y la libertad individual respecto de específicas personas, mucho menos ello apareja desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron realizados tales comportamientos.

En efecto, se logró acreditar cabalmente la ocisión del comerciante Sinaí Blanco Santamaría, del despachador del aeropuerto José Ronald Valencia, un joven de color amigo de Gerardo Bermúdez, dueño de una droguería, Agustín N.; Álvaro Tovar Muñoz, alias «Tomate», Teresa N., apodada «La Muerte», Jaime Pinzón, Edwin Morales y Manuel Arévalo². La misma suerte corrió un joven oriundo de Caño Jabón de apellido Carvajal quien fue ultimado por no portar sus documentos³ Se conoció, así mismo, del homicidio de un muchacho de raza negra originario del departamento del Valle.⁴

De igual manera, otro de los testigos bajo reserva dio cuenta de un cuerpo que los pobladores encontraron flotando en el río Guaviare atado de pies y manos y con los intestinos por fuera⁵. Esta persona, según el dicho de José Eliberto Rendón, empleado del juzgado del municipio, era conocido como “Pacho”⁶.

Según declaración de Nolberto Cortés Pineda⁷, fueron ocho las personas asesinadas; Antonio Barrera, Sinaí Blanco, Ronald Valencia, un sujeto NN, el presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Caño Danta, una señora que trajeron de Charras, un muchacho de raza blanca que había venido de la inspección de La Cooperativa y otro cadáver que estaba flotando en el río. En los mismos términos declaró la señora Marina San Miguel Duarte, esposa de uno de los sujetos asesinados (Ronald Valencia)⁸.

Siguiendo estos medios de convicción, en la sentencia proferida contra Carlos Castaño Gil y otros, el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado, reconoció el pago de perjuicios a los familiares de quienes fueron asesinados, esto es, Ronald Valencia, Sinaí Blanco, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raúl Morales, estos cuatro últimos residentes en la inspección de La Cooperativa. A esta conclusión arribó dicha autoridad tomando como base, entre otras probanzas, la declaración de Héctor Jaime Pinzón y de Oliva Vargas, habitantes de esa inspección, quienes fueron testigos del homicidio de un señor Álvaro a quien apodaban “Tomate”, de Edwin Morales, de una señora Teresa a quien le decían “La muerte” y de Jaime Pinzón⁹.

Entre las personas retenidas figuran Antonio María Barrera conocido como «Catumare», Gustavo Caicedo Rodríguez, los hermanos de 15 y 16 años Hugo Fernando y Diego Armando Martínez Contreras, así como Nelson N.

La Procuraduría General de la Nación también logró identificar a cinco víctimas de homicidio y a cuatro desaparecidos, según se concluyó en el informe del 31 de julio de 1997¹⁰, entre las primeras, un hombre de 30 años cuyo cuerpo fue hallado diagonal a la agencia «Voladoras», Sinaí Blanco, Ronald Valencia, Álvaro Tovar Muñoz conocido como «Tomate», y un NN que fue sacado del río por el citador del Juzgado. Y entre los desaparecidos a Antonio Barrera conocido como «Catumare», una persona de raza negra de nombre Nelson, Jaime Pinzón, vaquero que vivía en la inspección de La Cooperativa y N. Morales conocido como «Arepá», también residente allí.

No obstante lo anterior, no se descarta que hayan sido más las personas muertas y retenidas, dado que por ejemplo el Juez Promiscuo Municipal de la época, Leonardo Iván Cortés Novoa, narró que como vivía cerca al lugar donde sacrificaba ganado, pudo observar aproximadamente a veintiséis personas que fueron conducidas hacia allí, concluyendo el testigo que fueron asesinadas debido a que escuchaba sus gritos y sus llamados de auxilio¹¹.

Este deponente coincide con el dicho de otros declarantes respecto del señalamiento acerca del homicidio de Ronald Valencia, de un hombre que apareció flotando a orillas del río atado de pies y manos, cuyo cuerpo fue nuevamente lanzado por los paramilitares cuando se percataron que se iba a realizar el levantamiento del cadáver, de Sinaí Blanco, de otro hombre muerto al frente de un negocio propiedad de una señora Guillermina, un muchacho de raza negra, y por referencia que le hizo el señor Reinel N., dueño de la panadería el Oasis se enteró que la esposa y el hijo de brazos del hombre de color fueron asesinados cuando ella suplicaba por la vida de su esposo.

Con anterioridad, en un caso por haber dictado absolución un Tribunal basado en la imposibilidad de identificar cabalmente a las víctimas cuyos cuerpos fueron hallados gracias a los reportes hechos por un ex miembro de las AUC, la Corporación (CSJ SP 23 feb 2009 rad. 29418), casó tal decisión para dejar en firme el fallo de condena de primer grado al estimar la absolución de ilógica:

«pues es claro que si en la necropsia se estableció que de manera previa a su muerte, aquellas fueron sometidas a torturas e inclusive mutiladas, todo indica que en sí, sus identidades, resultan irrelevantes en punto de la comisión de los delitos investigados, es decir, tal imposibilidad de identificarlos no guarda relación alguna con la pretensión de desvirtuar la comisión de dichos delitos o con la responsabilidad penal de los acusados».

También, por ejemplo, (CSJ SP 15 may. 2013, rad. 33118), en el caso de la denominada «Masacre de Segovia» fueron relacionadas las víctimas fatales que lograron ser identificadas y se anotaron tres más respecto de las cuales no se consiguió tal cometido, y tras clarificar que aquél epígrafe era ilustrativo de una situación de contexto y que al procesado se le acusaba como determinante de los delitos de homicidio múltiple agravado, en la

contabilización se incluyeron los tres cuerpos que no se pudo identificar, para sumar así 44 muertes, número por el cual se fijó la pena.

Bajo estos parámetros, para la Sala la falta de cuantificación de las víctimas no impide estructurar la forma como ocurrieron los hechos, pues se insiste varias fueron identificadas o individualizadas, motivo por el que se avizora que la censura no tiene vocación de prosperar.

Eso mismo llevó a que en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 15 de septiembre de 2005, contra el Estado colombiano, por estos mismos hechos, se le instara a:

...realizar inmediatamente las debidas diligencias para individualizar e identificar, en un plazo razonable, a las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares.

La Corte considera indispensable que, para efectos de las reparaciones, el Estado individualice e identifique las víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como sus familiares. El Tribunal ha valorado las acciones emprendidas por el Estado para recuperar los restos de las personas ejecutadas en Mapiripán que fueron arrojados al río Guaviare. El Estado deberá completar dichas labores, así como cualquier otra que resulte necesaria, para lo cual deberá emplear todos los medios técnicos y científicos posibles, tomando en cuenta las normas pertinentes en la materia, tales como las establecidas en el Manual de Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias. Esta obligación incluye el deber de identificar a las víctimas individualizadas con primer nombre, con nombre y apodo, con sólo apodo o con cargo, a saber, un hombre de raza negra denominado N.N. Nelson (hombre de raza negra), Teresa 'la Muerte', 'la Arepa' y el 'Presidente de la Asociación Danta', Agustín N.N., el Pacho N.N., Teresa N.N o Teresa "la muerte", N.N. "la arepa", N.N. Morales, a un cadáver identificado como N.N, a un N.N. de sexo masculino, a una mujer del corregimiento de Charras y a un hombre de La Cooperativa N.N. (supra párr. 96.52), así como aquéllas que vayan siendo individualizadas con posterioridad a la notificación de la presente Sentencia.

En ese fallo fueron reconocidos como víctimas José Rolan Valencia, Sinaí Blanco Santamaría, Antonio María Barrera Calle, Álvaro Tovar Muñoz, Jaime Pinzón, Raúl Morales, Edwin Morales, Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Omar Patiño Vaca, Eliécer Martínez Vaca, Gustavo Caicedo Rodríguez, Enrique Pinzón López, Luis Eduardo Pinzón López, Jorge Pinzón López, José Alberto Pinzón López, Jaime Riaño Colorado y Uriel Garzón y Ana Beiba Ramírez.

Sin embargo, posteriormente el Estado colombiano solicitó a ese mismo Tribunal Internacional revisar la sentencia toda vez que no tenían la condición real de víctimas las siguientes personas: Diego Armando Martínez Contreras, Gustavo Caicedo Rodríguez, Manuel Arévalo, Ornar Patiño Vaca y Eliécer Martínez Vaca, quienes habrían muerto o desaparecido

en otras circunstancias o en otros momentos, y Hugo Fernando Martínez Contreras, que estaría con vida, y ese organismo mediante Resolución de 23 de noviembre de 2012, luego de destacar los esfuerzos investigativos desplegados por el Estado para identificar a las víctimas, concluyó:

Que según la información presentada por el Estado con posterioridad a la emisión de la Sentencia, en la etapa de supervisión de cumplimiento de la misma y como resultado de haber reactivado las investigaciones en atención a la obligación estatal de investigar los hechos e identificar a las víctimas, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras, Gustavo Caicedo Rodríguez, Manuel Arévalo, Ornar Patiño Vaca y Eliécer Martínez Vaca, así como sus familiares (incluidos en la Sentencia o identificados posteriormente), no deben ser considerados como víctimas del caso y las reparaciones ordenadas a su favor no deben tener efectos, según lo señalado en los párrafos considerativos 18, 24, 30, 34, 38 y 44 de la presente Resolución. En consecuencia, la Corte no continuará supervisando los extremos de la Sentencia en lo que atañe a la consideración de esas personas como víctimas y de sus familiares como beneficiarios.

Esta nueva situación, que permite evidenciar que cuatro de las personas excluidas como víctimas en la decisión internacional, fueron considerados en este proceso penal interno como tales, específicamente Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez, lo cual no fue conocido en las instancias en cuanto la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produjo tres años después de haberse adoptado en fallo de condena por parte del Tribunal Superior de Bogotá, impone precisar lo siguiente:

Como se trata de un evento de público conocimiento y notoriedad, el valor demostrativo de la decisión de la citada Corte Internacional impone ser tenida en cuenta ahora, máxime su pertinencia con el tema en estudio, pues en las voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso penal en atención a la norma rectora de remisión del artículo 23 de la Ley 600 de 2000), se trata de un hecho notorio.

En (CSJ SP 12 may. 2010, rad 29799), se precisó que:

El hecho notorio es aquél que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (notoria non egent probatione), en cuanto se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud.

Es evidente que no se trata de un rumor público, esto es, de un hecho social vago, impreciso e indefinido, comentado de boca en boca sin tener certeza acerca de su fuente primigenia, defectos que lo tornan contrario a la certeza y que por tanto, se impone descartarlo probatoriamente.

Consecuentemente, la Sala en esta altura procesal no puede desconocer esta información, y por ello, se deberá excluir también aquí como víctimas a Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez.

Sin embargo, tal exclusión no tiene alguna incidencia en los aspectos punitivos, si se tiene en cuenta que aunque la condena refirió el concurso heterogéneo y homogéneo entre los delitos de homicidio agravado y secuestro agravado y un delito de falsedad, la sanción se impuso atendiendo la sumatoria de las penas mínimas para cada una de las conductas delictivas individualmente consideradas, sin que el fallador de segunda instancia haya agregado el aumento de hasta en otro tanto que imponía la figura concursal.

Los delitos que rigen el instituto de la sanción se contraen al homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con el de secuestro agravado igualmente plural y, finalmente con el de falsedad en documento público y que fueran imputados a Jaime Humberto Uscátegui Ramírez por la Fiscalía General de la Nación en la resolución de acusación en condición de coautor.

Por principio de favorabilidad de la normatividad aplicable, la regulación de la pena debe seguir el mismo rasero de orden legal adoptado en la condena de primer grado contra Hernán Orozco, esto es: el artículo 104 de la Ley 599 de 2000 que describe el homicidio agravado con pena de 25 a 40 años de prisión; el secuestro agravado con fines terroristas previsto y sancionado por el artículo 168 en concordancia con el 170 del mismo estatuto, con aflicción entre 13 años, 4 meses y 360 meses y multa de 133.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la falsedad material en documento público por parte de servidor oficial, con pena de 3 a 10 años de prisión.

Regulada igualmente por el sistema de cuartos previsto en el artículo 61 ibídem y considerados los factores de ponderación indicados en el inciso 3° de esta norma, es decir, la indiscutible gravedad de la conducta, el daño real y potencial causado, la intensidad del dolo, igualmente inobjetables, y atendida la previsión legal respecto del concurso de conductas punibles .

Se tiene entonces que los respectivos cuartos punitivos quedan así: el mínimo de 300 a 345 meses, los medios de 345 a 435 meses y el máximo de 435 a 480 meses de prisión. Como quiera que no se dedujeron atenuantes ni agravantes en el pliego de cargos, la tasación habrá de realizarse en el cuarto mínimo que va de 300 a 345 meses de prisión, cuyo extremo mínimo será el tenido en cuenta para los efectos pretendidos, esto es, 300 meses. Ahora bien, para el delito de secuestro agravado, los cuartos resultan de la siguiente manera: el mínimo de 160 a 210 meses de prisión y de 133.3 a 174.975 SMLMV; los medios de 210 a 310 meses de prisión y de 174.975 a 258.325 SMLMV y el máximo de 310 a 360 meses de prisión y de 258.325 a 300 SMLMV.

Y para la conducta punible contra la fe pública, arrojan los siguientes límites: el mínimo de 36 a 57 meses, los medios de 57 a 99 y el máximo de 99 a 120 meses de prisión.

Por manera que para la imposición de la pena acorde con la previsión legal del inciso 1º del artículo 31 del estatuto punitivo para la sanción del concurso de conductas punibles, se impondrá la pena más grave (prisión de 25 a 40 años), aumentada hasta en otro tanto y considerando que el extremo mínimo de pena previsto para cada uno de los delitos relacionados, es decir, 300, 160 y 36 meses, rebasan el límite máximo de pena consagrado en el artículo 37.1 *ejusdem*, pues arroja un total de pena de 496 meses o lo que es lo mismo de 41 años y 4 meses, por lo que se estima justo y equitativo imponer como pena principal por el concurso homogéneo y heterogéneo de delitos cometidos, la de cuarenta años de prisión y multa de 10 millones de pesos por las infracciones cometidas^{12.}

Conforme con lo anterior, emerge claro que el número de homicidios no fue un factor tenido en cuenta por el Tribunal para aumentar la sanción a partir del tipo base contra la vida, pues simplemente sumó las penas mínimas de cada uno de los delitos atribuidos, dada su gravedad e intención con la que fueron cometidos.

Por lo mismo, no hay lugar a la redosificación de la pena deprecada por el Ministerio Público en su condición de sujeto procesal no recurrente, porque la figura concursal de carácter homogéneo no fue factor apreciado por el *Ad quem* para la determinación de la pena.

De otro lado, respecto de la preocupación del recurrente acerca de que en el futuro cualquier persona, alegando haber estado en Mapiripán en julio de 1997, podría elevar reclamaciones indemnizatorias como víctima o perjudicada y por lo tanto, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa o a cortes internacionales para reclamar el pago de perjuicios, es claro que para esa hipótesis quien demande tal pretensión deberá demostrar su interés y legitimidad con las pruebas que obran en el proceso o con nuevos elementos de convicción.

Ahora, el hecho de que subsista la posibilidad de iniciar procesos de índole administrativa, no comporta una trasgresión al principio del *non bis in ídem*, pues en esos eventuales trámites no se discutirá la responsabilidad penal que le pueda asistir al procesado.

Incluso, debe tenerse en cuenta que varios de los ofendidos con estos acontecimientos obtuvieron la condena en perjuicios a su favor en la sentencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹³, profirió el 18 de julio de 2003 contra Carlos Castaño Gil, Julio Enrique Flórez, Juan Carlos Gamarra, José Miller Uruña y el Teniente Coronel Lino Sánchez Prado, cuando se fijó la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes como indemnización para cada una de las familias de quienes fueron ultimados, según las conclusiones a las que arribó esa autoridad judicial, esto es, Ronald Valencia, Sinaí Blanco, Antonio María Barrera Carbonell, Agustín N., Álvaro Tovar Morales, Jaime Pinzón y Raúl Morales.

Y frente a las víctimas representadas por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, éstas renunciaron a obtener el restablecimiento del derecho a través de éste proceso según se consignó en la parte considerativa del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 9° Penal del Circuito Especializado de Bogotá¹⁴, toda vez que optaron por las instancias internacionales.

En este orden de ideas, no es posible aceptar la petición del delegado del Ministerio Público, en orden a que se invalide la sentencia con el fin de que se individualice a cada una de las víctimas de los delitos de secuestro y homicidio, en la medida en que esa circunstancia no implica la indeterminación de los hechos que se le atribuyen al procesado como para que se configure una causal de nulidad por trasgresión del debido proceso, en tanto es diáfano que la imputación fáctica corresponde a varios delitos de homicidio y secuestro agravados, la mayoría de cuyas víctimas se encuentran identificadas en el proceso.

Bajo estas consideraciones, el cargo de nulidad no tiene vocación de prosperar, pero se precisará en la parte resolutive las personas que se excluyen como víctimas.

Segundo cargo: Falta de consonancia entre la acusación y la sentencia.

Como el tópico a abordar tiene relación con la participación omisiva en delitos de resultado, la Sala se referirá previamente a la figura de la posición de garante, toda vez que el demandante denuncia que su asistido fue acusado en tal calidad (por omisión), de los delitos de homicidio y secuestro agravados, pero condenado en segundo grado, finalmente como coautor (por acción).

1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de *omisión propia*, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de *omisión impropia* o *comisión por omisión*, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (*Garantenstellugen*), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.

La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).

Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio de causalidad, según el cual, *«Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo»*.

De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado.

Se subrayó que si bien en el anterior estatuto sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos.

Principalmente, desde el artículo 1° de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el de *«obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas»*, se dijo que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.

En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2° del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Así mismo, del artículo 6° del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

Y ya tratándose de miembros de la fuerza pública, se ha dicho que proviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem).

A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977, que en sus artículos 4° y 13 preceptúan:

ARTÍCULO 4. Garantías fundamentales.

1°. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Artículo 13: Protección de la población civil.

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.

2° No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3° Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.

“Estos deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien si puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas¹⁵.”

No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10º y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé,

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales¹⁶.

La norma establece cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante, de ahí que la fuente de la misma debe entenderse estrictamente normativa. El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paterno filiales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral cuarto apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan.

Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos.

Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.

2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

3. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

4. Producción del resultado.

Como corolario de lo expuesto, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la

posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa.

2. En la resolución de acusación adoptada contra el procesado se destacó en primer lugar que tuvo conocimiento los días 15 y 16 de julio de 1997, de la presencia en el perímetro urbano de Mapiripán de aproximadamente 60 integrantes de las autodefensas y de los hechos no solo intimidatorios que se estaban realizando contra la población, sino de su gravedad al dar muerte y retener a varios de sus habitantes.

Y se explica que tal presencia del grupo armado al margen de la ley le fue comunicada telefónicamente y luego por escrito por parte de oficial Orozco Castro, quien la había recibido de primera mano por parte del Juez Promiscuo Municipal Leonardo Iván Cortés Novoa, testigo directo de los acontecimientos, sin que desplegara una acción oportuna, operacional o funcional *«quedando de lado los deberes de protección y salvamento de la población, como deber específico al cual estaban obligados estos superiores del Ejército en su condición de comandantes militares y quienes debían amparar y proteger la zona donde tales hechos se estaban produciendo»*, como se plasmó en la aludida calificación sumarial.

En este sentido, para el ente acusador, el Brigadier General USCÁTEGUI tenía competencia funcional, material y territorial sobre el municipio de Mapiripán con el deber de vigilar las fuentes de riesgo o peligro, y teniendo conocimiento de ello, desestimó los hechos al no realizar acción encaminada a contrarrestar el ataque, dejando así a la población a merced del grupo armado.

Ese no actuar teniendo el deber jurídico de hacerlo fue ubicado en el artículo 21 del anterior Código Penal y por eso mismo se le llamó a responder por el concurso delictual del múltiple homicidio agravado y secuestro agravado en comisión por omisión *«por cuanto no hay nada que indique que en el desarrollo de los acontecimientos delictivos se hubiese interpretado una causa distinta a su querer, es decir, de realizar alguna acción positiva tendiente a impedir la materialización de los riesgos típicamente relevantes que se sabía iban a producir, como efectivamente se materializaron»*.

Como el censor aduce que el Tribunal mutó el marco fáctico y jurídico de la acusación al condenar al inculcado como coautor de las conductas de secuestro y homicidio, cuando se concluyó judicialmente que se había aliado con los paramilitares para cometer tales conductas, al confrontar el fallo de segundo grado se advierte que se parte de la premisa relacionada con que medió una alianza criminal entre paramilitares y miembros del Ejército Nacional,

existió una conspiración entre el grupo de las AUC y miembros del Ejército regular, lo cual permite colegir la existencia de órdenes y contra órdenes de autoridad al interior del estamento militar, arraigadas desde luego en los peldaños

de mayor jerarquía que dispensaron la abierta y osada operación. Es en este espectro que los comandantes de la VII Brigada y del Batallón Bipar (Batallón Joaquín París) ven comprometida en alto grado su responsabilidad al demostrarse fehacientemente como se ha anticipado que desde el 15 de julio tuvieron conocimiento de la presencia de los paramilitares en Mapiripán y la ejecución del inicio de los despiadados actos que por demás se advertían venir, dejando en absoluto desamparo a los habitantes de esa población. (...) Esa codelinuencia mancomunada la conformaron los integrantes de las AUC y varios miembros del Ejército Nacional con típica distribución de tareas pero con unidad de designio y voluntad hacia los funestos resultados que se registran, y es a este espectro que se aviene el comportamiento asumido por los acusados Hernán Orozco Castro y Jaime Humberto Uscátegui Ramírez según las probanzas examinadas y confrontadas en el presente fallo, las cuales evidencian la ejecución de actos materiales necesarios y unívocos a la ejecución de la acción criminal, y desde esta óptica deviene concluir que los hechos no se dieron simplemente con la contemplación y permisibilidad del estamento militar involucrado, sino con la intervención material y eficaz de la autoridad que ostentaban como se deja plasmado en el análisis del elemento probatorio incorporado al plenario.

El fallador de segundo grado, en efecto, destacó el aporte efectivo de los militares para la realización del hecho criminal ejecutado por las autodefensas, para tenerlos como coautores impropios por acción, al concluir que hicieron parte de una maquinación que arbitraria y dolosamente dejó desprotegida a la población de Mapiripán, de manera que no sólo fue la «inercia militar», sino la activa intervención en distribución de tareas para facilitar la incursión armada en el municipio.

De acuerdo con los argumentos del *Ad quem*, la intervención de los militares implicados en la ejecución de las conductas delictivas no fue simplemente un comportamiento de comisión por omisión fincado en la posición de garante, ya que hicieron parte del acuerdo criminal al que necesariamente debieron llegar los paramilitares con las autoridades castrenses del lugar para atacar a los habitantes, trasladarse desde el otro extremo del país y permanecer en la localidad por un lapso de cinco días con plena libertad para cometer los lamentables hechos.

En esa medida, es cierta la afirmación del defensor en el sentido de que se modificó la forma de intervención en el hecho punible, pues el procesado USCÁTEGUI RAMÍREZ fue acusado como autor de una conducta cometida por omisión dada su condición de garante de la vida de los habitantes del municipio de Mapiripán.

Corresponde entonces determinar si esa transformación vulneró el principio de congruencia, como lo indica el recurrente cuando señala que no sólo se varió la imputación fáctica, sino también la dimensión jurídica de la acusación.

Estima la Sala que el cambio hecho por el Tribunal, en manera alguna implica la atribución de hechos diferentes a los narrados en la acusación,

toda vez que tanto en ésta como en la sentencia la base fundamental es la «*inercia militar*», cuando se enfatiza en que USCÁTEGUI no ejecutó alguna acción para la protección de las personas de Mapiripán, habiendo tenido conocimiento de la presencia de los paramilitares en el lugar desde el primer día de la incursión armada, con el fin de permitir la libre acción de los mismos.

Tanto en la acusación como en la condena se pondera la falta absoluta de actuación por parte del Brigadier General, conducta omisiva propia del incumplimiento de deberes, sólo que aquella es propia de la posición de garante, en tanto que en ésta hace parte del plan criminal.

No obstante, esa diferente consecuencia jurídica en torno al grado de participación no constituye una afrenta al principio de congruencia, por ejemplo, en un caso en el que se acusó como determinador y se condenó como autor, la Sala (CSJ SP 1° Ago. 2002, rad. 11780) indicó:

La desarmonía jurídica es aparente, pues si los determinadores concurrieron a la ejecución del hecho y mantuvieron el dominio del mismo, bien podrían ser calificados como verdaderos coautores materiales, como se hizo en la sentencia.

Finalmente, si se tiene en cuenta que se defendieron de los hechos que les fueron imputados, sin que se les hubiere sorprendido, que su situación no fue desmejorada y que la pena para los autores materiales y determinadores, conforme al artículo 23 del Código Penal entonces vigente, era la misma, se concluirá que en ningún vicio se incurrió.

Diferente es el caso cuando se modifica el grado de participación con consecuencias más onerosas para el procesado, v.gr. se le acusa como cómplice pero se le condena como autor.

Aquí es palmario que en nada se modificó el aspecto punitivo, pues para ambas figuras la pena es la misma, óptica bajo la cual pese a la diferencia en la valoración dogmática no hay alguna violación de garantías que amerite la anulación procesal, (CSJ SP 5 dic. 2007, rad 26513),

“el principio de congruencia no se desconoce cuando en la sentencia se realizan valoraciones de tipo jurídico o dogmático distintas a las formuladas en la resolución de acusación o su equivalente, o bien a las consideradas por el Fiscal durante los alegatos finales, mientras ello no represente desde el punto de vista de la punibilidad un tratamiento desfavorable para los intereses del procesado ni tampoco altere el núcleo fáctico de la imputación.

Por ejemplo: la Fiscalía profiere resolución de acusación en contra de un mando intermedio de una organización criminal, por la realización de la conducta punible de homicidio agravado a título de lo que en la doctrina nacional se conocía tradicionalmente como autor intelectual. En los alegatos finales, el representante del organismo acusador solicita la condena de esta persona como determinador, aduciendo

que tal figura resulta más coherente desde el punto de vista sistemático de la teoría del delito que maneja. El funcionario de primera instancia, por su parte, lo sentencia como coautor del delito imputado, al considerar que participó en la conducta atribuida con dominio del hecho funcional. Por último, después de ser apelada la providencia, el Tribunal la confirma, pero aclara que la participación del procesado fue a título de autor mediato en virtud de su pertenencia a una estructura organizada de poder.

En ninguno de estos casos se desconocería el principio de congruencia, en la medida en que las consecuencias punitivas para cualquiera de las figuras señaladas (autor intelectual, determinador, coautor y autor mediato) resultarían idénticas a la inicialmente planteada.

Tampoco se vulnerarían derechos fundamentales en cabeza del procesado, toda vez que la defensa técnica jamás podría verse sorprendida por un aspecto que, en últimas, no sería propio de la situación personal del procesado ni incidiría en el núcleo central de los hechos imputados en su contra, sino que es de corte académico o dogmático, o incluso argumentativo, y que por lo tanto depende del sistema de la teoría del delito que cada operador jurídico asuma, que debe ser del conocimiento y dominio de todos los profesionales del derecho.(...) En este orden de ideas, es lógico colegir que la congruencia debe predicarse de la imputación fáctica y la adecuación típica de la conducta formulada en la resolución de acusación o su equivalente, mas no de la argumentación dogmática ni de las distintas posturas inherentes a la teoría del delito asumidas por los operadores jurídicos que en el campo de la punibilidad no operen en detrimento de los intereses del procesado". (Resalta la Sala)

El cargo propuesto justamente se sustenta en la disparidad del criterio jurídico del fallador de segundo grado frente al del ente acusador respecto de la forma de participación, pero se insiste, no se advierte algún supuesto que trasgreda garantías, como cuando se condena por hechos o delitos distintos a los contemplados en la acusación; por un delito no mencionado fáctica ni jurídicamente en el pliego de cargos; por delito imputado pero incluyendo alguna circunstancia genérica o específica que implique una pena mayor, o suprimiendo una genérica o específica de menor punibilidad que si fue tenida en cuenta en la acusación.

Ciertamente, la congruencia fáctica en ambos proveídos se advierte porque al procesado se le endilgó el no haber desplegado alguna operación militar para evitar la acción de los miembros de las autodefensas, estando en el deber legal y constitucional de hacerlo en su condición de Comandante de la Brigada Séptima, conducta frente a la cual ha ejercido su defensa técnica y material, de ahí que no se ajuste a la realidad la manifestación del impugnante acerca de que se le sorprendió en el fallo de segundo grado con algo desconocido.

Que en últimas se le hubiese tratado como coautor por acción y no como autor de comisión por omisión dada la posición de garante, ninguna relevancia tiene en relación con las garantías y con la pena que se le impuso,

pues con sustento en los hechos debidamente demostrados, se tiene que USCÁTEGUI RAMÍREZ adecuó su conducta a esta última (autor).

Así, omitió lo que le era exigible y posible para interrumpir el curso causal provocado por los agresores contra la población civil de Mapiripán y evitar los resultados ilícitos que se produjeron entre el 15 y el 20 de julio de 1997, dada su pertenencia al Ejército Nacional, rango y posición en el estamento militar, la misión institucional asignada a dicho ente, el conocimiento que tenía acerca de la presencia en la población de los sujetos armados y los actos que estaban desarrollando de aislar e incomunicar a sus moradores, retener a algunos de ellos con la advertencia anunciada de la masacre que se cernía, y la capacidad de acción que le era demandable ameritaba una reacción en defensa de los ciudadanos.

De manera que la salvaguardia exigible para el inculpatado deviene de la protección a los bienes jurídicos que debió dar a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y Brigadier General del Ejército Nacional, así como la competencia asignada administrativamente en ese territorio, además, porque conoció de manera clara y oportuna la advertencia del posible ataque y que luego se materializó sometiendo los agresores a los pobladores.

Vale la pena destacar aquí que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, cabe afirmar que para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

Roxin¹⁷ explica en qué caso puede presentarse la coautoría en un delito de comisión por omisión, señalando que varios autores pueden ser considerados como autores de un hecho omisivo, cuando un sujeto actuante y otro omitente cooperan como coautores de un hecho común o cuando varios omitentes son titulares de un deber común y no están llamados a actuar como individuos singulares, en ambos casos, debe corroborarse la existencia de una coordinación por acuerdo para dar lugar a la atribución del hecho a título de coautoría.

Este tratadista también acepta la participación a título de complicidad en los punibles de omisión impropia por parte del garante, cuando los autores por comisión realizan un tipo penal que no puede ser realizado por omisión y no existe un tipo prescriptivo autónomo.

Sin embargo, la posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, de ahí que

en el delito de omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.

Así las cosas, lo que corresponde es ajustar o aclarar que la condena por los delitos concursales atentatorios de los bienes jurídicos de la vida y la libertad personal, no se les imputa a los militares enjuiciados, USCATEGUI RAMÍREZ y Orozco Castro como obra positiva de ellos, sino que su comportamiento omisivo, ante la relación de equivalencia frente a la acción positiva de los tipos penales que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad a título de autores en los mismos.

En estas condiciones el reproche obliga a la Sala a aclarar que la responsabilidad penal se atribuye a título de autor, lo que no afecta las garantías de los procesados.

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial. Con la pretensión de modificar la condena proferida en contra del Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ su defensor denuncia que el Tribunal no tuvo en cuenta abundante material probatorio que denotaba la carencia de mando operacional sobre la tropa llamada a repeler la incursión paramilitar, situación que impediría reputarle posición de garante frente a los habitantes de Mapiripán. Previamente es importante mostrar el contexto militar en el que se desarrollaron los hechos.

1. Villavicencio era la sede de la Séptima Brigada al mando del Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, lugar distante aproximadamente 300 kilómetros de Mapiripán.

A su turno, el Batallón «*Joaquín París*» comandado en encargo, desde el 8 de julio de 1997, por el Mayor Hernán Orozco Castro –dado que su titular, Carlos Eduardo Ávila Beltrán, se encontraba de vacaciones–,¹⁸ tenía su sede en el municipio de San José del Guaviare, distante de Mapiripán a cuarenta y cinco minutos en helicóptero y a cuatro o cinco horas en lancha.

Y en el sitio conocido como Barrancón, a cinco minutos de San José del Guaviare, estaba instalada la Brigada Móvil N° 2 comandada por el Teniente Coronel Lino Sánchez¹⁹, integrada por cinco batallones (480 hombres), tres helicópteros que se movilizaban por orden del comando de la división y no

contaba con vehículos fluviales. Esta unidad era la encargada de desplegar la «Operación Conquista».

2. El 14 de julio de 1997 el entonces Mayor Hernán Orozco Castro ordenó la movilización de gran parte de la tropa a su cargo hacia los municipios de Calamar y El Retorno, siguiendo las recomendaciones del Sargento Viceprimero Jesús Alberto Ramírez Machado plasmadas en los informes de inteligencia 0545, 0546 y 0547 fechados el día ya anotado²⁰.

Al otro día (15 de julio) el Mayor Orozco se comunicó telefónicamente con el Juez Promiscuo Municipal de Mapiripán Leonardo Iván Cortés Novoa, con el fin de verificar la situación suscitada en mayo de ese año cuando varias autoridades públicas fueron sometidas a un juicio popular por parte de las FARC. Lo anterior cumpliendo el requerimiento hecho en el oficio 4222 de 14 de julio de 1997²¹, suscrito por el Oficial B3 de la Séptima Brigada, Luis Felipe Molano Díaz.

En esa comunicación fue informado por el funcionario judicial de la presencia de paramilitares en Mapiripán, dato que comunicó vía telefónica al Brigadier General USCÁTEGUI RAMÍREZ y que al mismo tiempo, a petición de éste, consignó por escrito en el oficio 2919 de 15 de julio de 1997, remitido vía fax al otro día, en el que, luego de hacer mención al citado «juicio popular» anotó,

«manifiesta el señor juez que hoy a las seis de la mañana golpearon estrepitosamente la puerta de su vivienda y hombres armados entraron a su casa requisándola, le quitaron la llave de su oficina y le ordenaron que no fuera a trabajar hoy.

Según lo dicho por el juez, hay presencia actual de unos 60 hombres armados con fusiles AK-47 y fusiles FALL, tienen acento costeño y paisa, concluyo que son paramilitares venidos del Urabá. CREE EL JUEZ QUE FIDEL CASTAÑO ESTA PRESENTE EN MAPIRIPAN, AUNQUE ME DIJO TEXTUALMENTE ‘CREO QUE CASTAÑO ESTA AQUÍ, CARLOS CASTAÑO’ Ello debido a que en la requisita de su casa algún sujeto se estaba propasando y este señor intervino, allí creyó reconocerlo. (mayúsculas integradas al texto)... Tienen los paramilitares a un señor apodado CATUMARE, dueño de una residencia y juego de billar, a quien le acusan de auxiliador de la guerrilla, al respecto indica el juez, que el viejito de 65 años es fundador de esa población y que no cree tal afirmación, hoy estuvo abogando por él para evitar que lo maten. Considero yo que si los paras han venido desde tan lejos, no ha sido precisamente para deleitarse con el paisaje de la región, pronosticó en los próximos días una serie de matanzas y asesinatos entre algunos pobladores de la antes mencionada ciudad. Alguna RAZÓN especial los condujo a la jurisdicción de la Séptima Brigada...

Me permito recomendar a mi general, aprovechando lo manifestado, que con los medios humanos y materiales de la Brigada Móvil 2 (3 batallones en barracón y 3 helicópteros, no hay artillado) se adelante una operación rápida y sorpresiva sobre Mapiripán, allí se podría incluir a la policía Antinarcóticos, desafortunadamente

las pirañas de la infantería de Marina están fuera de servicio, sus motores están en mantenimiento».

Sin embargo, con posterioridad y una vez iniciada la investigación judicial, con el fin de minimizar los hechos, los dos militares aquí procesados decidieron duplicar tal oficio, manteniendo su signatario, numeración, fecha y destino para hacer ver que la información dada por el juez municipal era vaga e imprecisa, circunstancia que los relevaría de adelantar algún operativo militar en defensa de la población.

En efecto, en el otro oficio se omiten hechos importantes como el número de sujetos, clase de armas, acciones hasta ese momento desplegadas, etc., pues luego de reseñar lo del «juicio popular» adelantado por la guerrilla a las autoridades civiles de la población, se indicó:

“El sr. Juez me dijo que hay presencia de gente armada, posiblemente paramilitares. Es la primera vez que escucho informaciones sobre paramilitares, de inmedia- to ordené a la sección segunda buscar datos y antecedentes al respecto.

Desafortunadamente no se pudo hablar con el Alcalde ni con el personero (Defensor del pueblo) por estar ausentes de la localidad. Espero que tan pronto lleguen me comuniquen sus necesidades y novedades. El Juez quedó informado que esta Unidad Táctica tiene asignada como Jurisdicción Mapiripán, confío en que así se lo haga saber al Alcalde.

La situación actual de mis tropas en Calamar es sumamente comprometedor y delicada, por tal motivo se reforzó a la Cp A con la Cp B, debido a continuas informaciones que hablan de cuatro fuertes grupos de las FARC que pretenden emboscar a la CP A...»

Con esa conducta falsaria por parte de los dos procesados en un documento público se evidenció que su propósito era desdibujar su inactividad militar frente al conocimiento pleno que tuvieron de los acontecimientos y por esa vía engañar a la justicia.

3. La confrontación probatoria versa con la unidad militar que ostentaba el mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*», llamado a repeler cualquier ataque contra la población de Mapiripán por pertenecer a su jurisdicción.

Para el Tribunal, medios de convicción reafirman el mando operacional de la Séptima Brigada sobre el aludido batallón, el cual no se vio afectado con la implementación de la Brigada Móvil N° 2, motivo por el que Mapiripán continuaba bajo su jurisdicción, por ello, estando el procesado en el deber de salvaguardar a la población civil, contaba con la posibilidad de detener militarmente la acción de los miembros de las autodefensas

A esa conclusión se llegó, entre otras razones, por la actitud inicial del procesado cuando se enteró de la presencia de paramilitares en Mapiripán

y por la adulteración del oficio 2919 de 15 de julio de 1997 en el cual se daba cuenta de la presencia de las autodefensas en esa localidad, para hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de lo que estaba ocurriendo y de la inminencia de una masacre, de cara a justificar su actitud absolutamente omisiva.

En criterio del defensor, en cambio, por la cercanía territorial entre la base de operaciones de la Brigada Móvil N° 2 y la sede del Batallón «*Joaquín París*», aquella unidad militar entró a tomar el mando sobre la tropa de éste, desplazando así a la Séptima Brigada, la cual sólo quedó a cargo del manejo de situaciones administrativas, circunstancia que imposibilitaba a su comandante USATEGUI RAMÍREZ tomar decisiones acerca de la movilización de tropa.

Para el fin anterior reseña las siguientes pruebas testimoniales y documentales demostrativas de que el Batallón «*Joaquín París*» dependía de la Brigada Móvil N° 2.

- La manifestación del Teniente José Luis Calderón, acerca de que el batallón dependía operacionalmente de esa brigada móvil, por ser una unidad inferior, *“Por organización se que es jurisdicción de la Séptima Brigada, desconozco la parte operacional como la manejarían, porque en esa zona o área de Mapiripán estaba el Batallón Joaquín París quien operacionalmente depende de la Brigada Móvil N° 2”*²².

- El testimonio de Luis Felipe Molano Díaz²³, Oficial B3 de la Séptima Brigada, cuando señaló que el batallón fue anexado operacionalmente a la Brigada Móvil N° 2 a la cual le prestaba apoyo, pero que administrativamente seguía a cargo de la Séptima Brigada, agregando que durante su permanencia en esta última instalación militar, nunca se trasladó a Barrancón, a San José del Guaviare o a Mapiripán, dado que esa no era su jurisdicción sino de la Brigada Móvil N° 2, motivo por el que, en su parecer, Hernán Orozco debió coordinar con esa Brigada y no con la Séptima qué acciones debían tomarse en Mapiripán.

- La declaración del Mayor General retirado Agustín Ardila Uribe²⁴, Comandante de la Cuarta División del Ejército, al indicar que la Brigada Móvil N° 2 dependía de ese Comando, circunstancia derivada del despliegue de la «*Operación Conquista*» y que el Batallón «*Joaquín París*» que tenía bajo su jurisdicción a Mapiripán, dependía operacionalmente de dicha Brigada Móvil.

- Lo dicho por el perito experto en doctrina militar, Coronel Alfredo Bocanegra, quien luego de conocer el contenido de varios documentos que se le exhibieron en la audiencia pública, concluyó que el batallón estaba bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2,²⁵ mientras que la parte administrativa estaba a cargo de la Séptima Brigada y que sólo reasumió el

mando operacional sobre el batallón a partir de la «Operación Destructor», en agosto de 1997.

En esa medida precisó el testigo que Hernán Orozco debió informar de la novedad de los acontecimientos al comando de la Brigada Móvil N° 2 y no a la Séptima Brigada.

- La afirmación del Coronel Hugo Bahamón, otrora Comandante de la Escuela de Fuerzas Especiales ubicada en el sitio conocido como el Barrancón, contiguo a San José del Guaviare, lugar en el que estaba instalada la Brigada Móvil N° 2, acerca de que por la presencia de esa brigada móvil, el mando operacional sobre el batallón pasó de la Séptima Brigada a aquella, dado que era necesario que tomara la dirección de las unidades que pudieran afectar el desarrollo de las operaciones para las cuales fue creada²⁶.

- Lo aducido por el entonces Comandante de las Fuerzas Militares, General Harold Bedoya que la Brigada Móvil tenía la responsabilidad sobre el área de Vaupés, Guaviare, Mapiripán y Caño Jabón, en consideración al despliegue de la «Operación Conquista», la cual nunca perdió vigencia²⁷, pues incluso continuó cuando él dejó el cargo.

Precisó que mientras salía la Brigada Móvil N° 2, se quedaba la Séptima Brigada respondiendo por la jurisdicción, pero cuando aquella regresaba, retomaba la responsabilidad nuevamente,²⁸ motivo por el que para julio de 1997, el superior de Hernán Orozco, comandante (e) del batallón, era el comandante de la Brigada Móvil N° 2.

- El mismo señalamiento hecho por César Gonzalo Mikán, Jefe del Estado Mayor de la Séptima Brigada para la época de los hechos, relativo a que el batallón dependía de la Brigada Móvil N° 2, en tanto que la Séptima Brigada sólo cumplía funciones administrativas y que por ello para realizar cualquier operación en el área de influencia de éste, tenía que contar con la autorización del comando superior²⁹.

- La declaración que en el mismo sentido dio el Coronel Gustavo Sánchez Gutiérrez, Comandante Titular del Batallón, quien reasumió sus funciones en agosto de 1997.

- El «Plan de Operaciones Conquista»³⁰, de 23 de abril de 1996, del Comandante de la Cuarta División, Brigadier General Alonso Arteaga, desplegado para contrarrestar la actividad de narcotráfico de las FARC en el Vaupés y el Guaviare –concretamente en las localidades de El Retorno, Calamar, Miraflores y Cururú–, cuando en capítulo denominado «Operaciones Particulares», literal b), numeral 6º, describe las misiones de la Brigada Séptima, entre ellas coloca bajo el mando operacional de la Brigada Móvil N° 2, al Batallón «JoaquínParís» y en el literal a) del capítulo número 3, llamado «Ejecución», se señala que la Brigada Móvil N° 2 asume el mando operacional de dicho batallón.

En cumplimiento de esta operación, el Mayor Hernán Orozco, Comandante del Batallón «*Joaquín París*», el 17 de julio de 1997 envió al Comandante de la Brigada Móvil N° 2, y de la Brigada Séptima, el informe semanal de inteligencia³¹ en el que narra las actividades de las FARC en el Guaviare, tanto las relacionadas con hostigamientos militares como con el apoyo a ciertos partidos de izquierda para su participación en la contienda electoral, sin mencionar si quiera el municipio de Mapiripán.

Ya cuando se conoció lo que había sucedido en esa localidad, el 21 de julio de 1997, un día después de que los paramilitares dejaron el pueblo, el Comandante de la Brigada Móvil N° 2, Teniente Coronel Lino Hernando Sánchez, elaboró la «Orden de Operaciones Fragmentarias» con el fin de restablecer el orden público en dicho lugar, siguiendo las indicaciones que para el efecto le había impartido el Comando de la Cuarta División del Ejército, aludiendo al batallón como agregado de la Brigada Móvil.

- El oficio remitido por el General Jorge E. Mora Rangel a la Procuraduría General de la Nación³², al confirmar que por la «Operación Conquista» iniciada en abril de 1996, el batallón pasó al mando operacional de la Brigada Móvil N° 2, sin que se hubiera podido establecer si para julio de 1997 esta situación perduró, en la medida en que no se tenía claridad de la fecha en la que culminó dicha operación militar y, por lo mismo, el momento en el que la Séptima Brigada en cabeza de USCÁTEGUI RAMÍREZ retomó el mando del aludido Batallón.

- También lo señalado por José Luis Calderón Londoño, Comandante de la Compañía de Búsqueda N. 44, conocida como «*Redes de Inteligencia*», acerca de que un informante lo enteró de la presencia del grupo de autodefensas en Mapiripán desde el mismo día en que arribó al pueblo, dato que plasmó en un informe que allegó a la Brigada Móvil N° 2, a la Regional de Inteligencia y al propio batallón; pero Hernán Orozco le manifestó que ya estaba enterado de esa situación por comunicación telefónica sostenida con el juez de la localidad, sin que ese informe haya sido trasladado a la Brigada Séptima.

El anterior recuento evidencia, como lo señala el defensor, que esos elementos de prueba no fueron mencionados en la sentencia del Tribunal de Bogotá; sin embargo, deviene claro no sería un yerro trascendente, pues la valoración en conjunto obliga a otorgarle credibilidad a la arista que acredita que el mando operacional sobre el batallón lo tenía la Séptima Brigada.

Aquí el defensor aduce que las pruebas echadas de menos señalaban que su asistido no tenía poder de mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*» a cuya jurisdicción pertenecía Mapiripán, pero no ataca el sorites judicial, ya que no denuncia algún desafuero intelectual del Tribunal en la valoración de los elementos de convicción que demuestran lo contrario.

Como lo destacó el Tribunal, el procesado luego de ocurridos los hechos y de que se hiciera palpable la anunciada masacre, desplegó maniobras para justificar su falta, como cambiar el contenido del oficio 2919 de 1997, a fin de hacer ver que no había sido enterado de la gravedad de los hechos que estaban sucediendo en Mapiripán del 15 al 20 de julio de 1997.

USCÁTEGUI tenía conocimiento que el resultado aún no se había concretado para el momento en el que fue avisado de la presencia de paramilitares en el casco urbano de Mapiripán, pero se iba a producir, pues en el aludido oficio se narraba minuciosamente no sólo el número de sujetos provenientes de otro lugar del país, la clase de armas, la posibilidad que su jefe estuviera allí, sino también las acciones que iniciaron, como el cerco de la población, los allanamientos a las viviendas y con lista en mano se llevaban a varios de sus habitantes, acciones que se prolongaron durante los días posteriores a la fecha en la que fue informado por escrito de esos graves hechos.

Las actuaciones que desplegó los días 14 y 15 de julio de 1997 lo muestran conduciéndose como oficial al mando o con jerarquía sobre el Batallón «JoaquínParís», al cual el propio Comando de la Brigada Séptima le había asignado Mapiripán «*para efectos de operaciones militares, conforme con la disposición 002 de 5 de octubre de 1996*».

Así, mediante oficio 4222 del 14 de julio de 1997, en relación con una toma guerrillera realizada en Mapiripán en mayo de ese año, le ordenó al comandante del batallón coordinar con las autoridades locales las acciones necesarias «*para garantizar la protección y seguridad de los pobladores*» e informarle al siguiente día acerca de las «*coordinaciones y acciones tomadas*».

En la ampliación de indagatoria rendida el 3 de junio de 1999, el otrora mayor Orozco Castro, fue enfático en que no tenía dependencia de la Brigada Móvil N° 2, al señalar que en el Ejército «*existe un encadenamiento y un eslabonamiento jerárquico que no se puede desconocer y que se llama conducto regular; esto significa que para los aspectos operativos y administrativos se debe consultar con el jefe inmediato que para mi caso era la VII Brigada; en forma ilustrativa el conducto regular consiste en la petición que un hijo le hace a su padre y nunca a su vecino*». (se subraya).

Esta manifestación del oficial Orozco es creíble si se tiene en cuenta que el primer día de los hechos él llamó a USCÁTEGUI a comunicarle verbalmente de la incursión paramilitar en Mapiripán, a lo cual éste sólo le pidió que lo plasmara por escrito. Si el Brigadier General hubiera carecido de mando operacional o superioridad jerárquica sobre el batallón, no le habría pedido ese reporte, sino que le hubiera indicado hablar con el comandante de la Brigada Móvil N° 2.

Paralelamente, la versión que rindió USCÁTEGUI el 28 de octubre de 1997 ante la Procuraduría Departamental del Meta,³³ diligencia en la cual

estuvo asistido por su defensor, prueba que fue formalmente trasladada a la actuación penal, según providencia del 3 de febrero de 1998³⁴ de la Fiscalía Nacional de Derechos Humanos, en cuanto las copias solicitadas de esa actuación disciplinaria se les tuvo como elementos de convicción, de conformidad con el artículo 255 del Decreto 2700 de 1991, en ese entonces aplicable, y no dejan duda que él, como Comandante de la Séptima Brigada del Ejército tenía mando sobre el Batallón, pues admitió que Mapiripán, en lo militar, hacía parte del departamento del Meta. Que Orozco lo llamó el 15 de julio de 1997 y el 16 le escribió un informe vía fax (el que presentó en la diligencia resultó falso). Señaló que ninguna autoridad civil, eclesiástica, de policía o algún ciudadano de Mapiripán, del Meta o del Guaviare informaron al comando de la Séptima Brigada lo que estaba sucediendo en esa localidad y que el único hecho anormal había sido el «juicio popular», de las FARC al Juez municipal *«sobre el cual conocimos algunos detalles hasta el 15 de julio»*.

En la citada diligencia, rendida antes de recepcionarle su indagatoria, hizo referencia a que el juez municipal Cortés Novoa remitió durante la toma de Mapiripán un fax a la Cruz Roja Internacional y otro al Presidente del Tribunal Superior, encontrando *«inexplicable»* que ninguna de esas entidades *«hayan alertado por cualquier medio a la VII Brigada o a las autoridades civiles en el municipio de Villavicencio»*.

Adujo como exculpación que: i) el juez no lo llamó al comando de la Brigada en Villavicencio *«no obstante que el mayor OROZCO le recomendó que lo hiciera»*; ii) la información dada por ese servidor judicial al mayor OROZCO *«fue muy vaga y fue la única»*; iii) *«para poder realizar operaciones se requieren de varias informaciones concretas que permitan establecer la veracidad de los hechos»*, y por lo mismo ante un solo informe muy vago, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la amenaza, era imposible organizar, planear y dirigir una operación militar.

También aseveró que tras enterarse de los hechos a través de un periodista, tuvo lugar un consejo extraordinario de seguridad en Villavicencio e *«inmediatamente envié tropas a Mapiripán las cuales permanecen protegiendo ese municipio hasta la fecha de hoy y hasta nueva orden»*.

Al pedirle la Procuraduría explicar su posible omisión de desplazar tropas dijo: *«Me enteré de la presencia a partir del día 15 de julio y por una fuente muy superficial y única que no permitía evaluarla con otras fuentes de información. Inmediatamente ordené al mayor OROZCO analizar detenidamente esa información, estudiar la situación de todos los municipios a su cargo, planear y reajustar el dispositivo de sus tropas si así lo estimaba conveniente y realizar operaciones de acuerdo al orden de prioridades, teniendo en cuenta la cantidad de amenazas sobre otros municipios por parte de los diferentes agentes generadores de violencia»*.

En suma, aseveró que no envió oportunamente tropa debido a que la información recibida era vaga y el batallón no tenía efectivos disponibles,

al punto que al Comandante de la Cuarta División le tocó desplazarse personalmente con tropas de otra brigada, como es la Brigada Móvil 2.

Pese a lo anterior y aún de aceptar que USCÁTEGUI RAMÍREZ no tenía mando operacional sobre el Batallón «*Joaquín París*» en cuya jurisdicción estaba Mapiripán, y que por lo mismo, carecía de la facultad de ordenar la movilización de la tropa, de todas formas esa situación no lo desligaba de su deber de desplegar labores de salvamento sobre la población en el marco de sus posibilidades, las cuales no se agotaban o limitaban a la movilización de efectivos para entrar en confrontación armada con los paramilitares apostados en esa localidad.

Efectivamente, el hecho de contar con una información como la que le fue suministrada desde el 15 de julio de 1997, ameritaba avisar al superior³⁵, en este caso, al Comando de la Cuarta División del Ejército o desplegar acciones coordinadas con otra unidad militar que pudiera prestar el apoyo requerido, tal y como lo recomendó Orozco Castro en el verdadero oficio 2919 en cuyo numeral 9º dijo: «*Me permito recomendar a mi General, aprovechando lo manifestado que con los medios humanos y materiales de la Brigada Móvil N° 2 (3 batallones en Barrancón y 3 helicópteros, no hay artillado) se adelante una operación rápida y sorpresiva sobre Mapiripán*»³⁶.

Y se dice que debían tomarse acciones inmediatas debido a lo explícito del informe de Orozco Castro, en el cual hablaba de la inminencia de «*matanzas y asesinatos*»³⁷, sin que pueda aceptarse la justificación acerca de que la información era imprecisa y requería ser verificada, pues a juicio de la Sala la fuente era una autoridad en el municipio que nunca ocultó su identidad y desde el principio se identificó como el juez de la localidad, quien reprodujo la información a otras autoridades como al Tribunal de Villavicencio.

Es justamente este tipo de respuesta la que prevé el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular,³⁸ sobre el combate contra-subversivo, cuando al referirse a la provisión de información indica:

«El combate irregular, cuenta con la dificultad de poder producir inteligencia, por tanto, un flujo continuo de informaciones procedentes de diversas fuentes y agencias, es la mejor forma de llegar a conclusiones que determinen la ejecución de operaciones tácticas.

Toda información sobre el enemigo con alto grado de credibilidad debe dar origen a acciones tácticas, pues de otra manera la actividad propia se paralizará. Aunque es de gran prioridad el confirmar las informaciones, ello se dificulta en algunas oportunidades sobre el terreno, por lo cual es conveniente el empleo de las unidades de forma inmediata, mientras van llegando otros reportes con información más actualizada. (Subrayado la Sala).

La normatividad en cita alude al combate contra grupos subversivos, pero de todas formas es posible traerla a colación para indicar que ante

una información como la suministrada al Brigadier General, era imperioso que el Ejército Nacional desplegara una operación táctica, sin que para ello debiera agotarse todo un procedimiento de inteligencia encaminado a confirmar los datos, como en principio lo resaltó el procesado, cuando aún no había esgrimido la tesis de su carencia de mando operacional sobre el batallón, con el fin de justificar los motivos por los que no ordenó una respuesta militar.

Para la Corte, aun careciendo de dicho mando operacional, a fin de cumplir con su posición de garante el procesado USCÁTEGUI tampoco debía agotar una actividad de inteligencia y luego sí reproducir la información al comandante que él considerara competente para desarrollar la operación militar de contrarrestar a los miembros de las autodefensas, pues su actuación debía ser inmediata y no condicionarse a que los datos suministrados por el Mayor Orozco Castro fueran confirmados a través de un procedimiento de verificación que podría demandar tiempo valioso en momentos en que era urgente una respuesta de las tropas ante el auxilio requerido por la población.

Esa gravedad de los hechos informados le impedía quedarse inmóvil pretextando que el territorio donde estaban ocurriendo los mismos no pertenecía al área de su jurisdicción³⁹, porque se insiste, al menos debió informar al comandante que en su entender tenía que repeler esos hechos, en este caso el Jefe de la Brigada Móvil N° 2, o a su superior, pues así como lo aclaró el entonces comandante de la Cuarta División del Ejército, General Agustín Ardila Uribe, un comandante no puede realizar operaciones en un área que no es de su jurisdicción, pero si puede coordinar, es decir, informar a otro comandante para que él pueda contrarrestar al enemigo⁴⁰.

Aunque son varios los testigos, entre ellos Harold Bedoya, Agustín Ardila y Alfredo Bocanegra⁴¹ que señalan que Orozco debió informar de la situación al comandante de la Brigada Móvil N° 2 y no al de la Séptima Brigada, de todas formas esa situación no desliga de responsabilidad a USCÁTEGUI RAMÍREZ, pues, se insiste, aunque no tuviera la potestad de ordenar la movilización de tropas a Mapiripán, sí tenía al menos el deber de informar a su superior o trasladar la información al comandante que considerara tenía esa obligación, por tratarse de un ataque a la población civil en un sitio que geográficamente correspondía al área de la Séptima Brigada.

Como ya lo reseñó la Corporación, en la posición de garante que surge de la competencia institucional, aquí por tratarse de miembros de la fuerza pública, el deber jurídico proviene de lo normado en el artículo 2° de la Carta, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

A su turno, el artículo 6° *ibídem* consagra que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se deducen los deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

Y si el deber de evitar el resultado le corresponde a quien tiene que garantizar su evitación, un militar debe proteger y defender el bien jurídico contra todas las formas que puedan lesionarlo para garantizar la indemnidad del mismo, aquí para cumplir con su deber de protección a la población de Mapiripán el procesado debía: (i) informar de esa delicada situación a su comandante superior o (ii) trasladar esa información al Comandante de la Brigada Móvil N° 2 a fin de que tomara las acciones pertinentes, toda vez que Hernán Orozco nunca se dirigió a esa brigada móvil para informar lo que estaba sucediendo⁴².

Es que, ante una situación como la descrita en el original oficio 2919 de julio 15 de 1997, ningún miembro de las Fuerzas Armadas puede mantenerse estático alegando que el lugar donde se presenta la alteración del orden público no es de su jurisdicción, mucho menos un jefe de alto rango como lo es un Brigadier General, Comandante de Brigada, pues la obligación constitucional que tiene la Fuerza Pública de proteger a la población civil es permanente y se extiende a todo el territorio nacional, en el entendido que su cumplimiento no sólo se realiza disponiendo la movilización de las tropas que se tengan bajo el mando directo, sino también transmitiendo oportunamente información y coordinando con otras unidades la ejecución de operaciones necesarias para salvaguardar eficazmente a los ciudadanos.

Aunque las Fuerzas Armadas están organizadas y distribuidas territorialmente de modo que sus diferentes unidades asumen de primera mano la custodia de una zona específica, ello no significa que el cumplimiento de la misión constitucional por parte de cada unidad militar esté limitado exclusivamente al área de su jurisdicción, ya que cuando la circunstancias lo ameriten, pueden actuar en áreas diferentes a la propia, desde luego con la previa coordinación táctica.

Esa distribución territorial de tareas entre los distintos estamentos de las Fuerzas Armadas, no sirve de excusa para no prestar apoyo cuando la población civil lo requiera en cualquier lugar de la patria, menos cuando el primer llamado a responder en un determinado sitio se le ha solicitado ayuda, como ocurrió en el caso materia de estudio.

Aquí, recuérdese que medió una clamorosa petición de auxilio para proteger a los miembros de una determinada localidad, de la cual surgía para quien la recibía el deber de reaccionar en las mismas condiciones que se exigen para el primer respondiente, pues se activa para él la responsabilidad solidaria de protección a la población amenazada o afectada, dispuesta de manera general y abstracta en la Constitución Nacional como misión primordial de todos los miembros de la fuerza pública.

Con esta óptica, la Corte no encuentra admisible bajo ninguna circunstancia que un mando militar de rango superior no haga algo luego de haber sido informado sobre la ocurrencia actual o inminente de una grave violación a los derechos humanos de toda una población asentada en territorio patrio, menos cuando de manera directa se le ha pedido apoyo para repeler el ataque por parte de quien en primer lugar tenía la posición de garante de la población civil en ese específico lugar.

No se trata de responsabilizar a todos los mandos superiores de lo que suceda en cualquier parte del territorio. Aquí se censura al Brigadier General la injustificada omisión del deber que tenía como oficial superior del Ejército Nacional, al no realizar oportunamente una llamada al Comando General de su Fuerza, al Comando de su respectiva División o al Comando de la Brigada Móvil N° 2, comunicando la delicada situación que estaba sucediendo, lo que hubiera incidido sustancialmente en los posteriores resultados ilícitos contra la población civil.

Esa total indiferencia frente a tan delicada información recibida, lo hace responsable en este proceso, porque una vez fue avisado del hecho, solicitándole que prestara el apoyo necesario, bajo la posición de garante, no hizo el menor esfuerzo por realizar alguna acción de salvamento de las inminentes víctimas, incumpliendo así su misión institucional.

En suma, el deber de salvamento del bien jurídico en cabeza de los miembros de las fuerzas militares, no sólo se relaciona con la capacidad física de evitar un resultado antijurídico dentro de un territorio perteneciente a su jurisdicción, sino con la posibilidad de que a través de su accionar administrativo de información o comunicación se active la cadena de mando que garantice la eficaz y oportuna intervención de la fuerza pública en defensa de la población civil, con mayor razón frente a graves violaciones de derechos humanos.

En el ámbito internacional, en los juicios que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial, se demuestra que la autoridad del superior puede ser ejercida de varias maneras y asume formas divergentes.

En el caso *Toyoda*, el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente encontró que la responsabilidad del comandante no puede ser artificialmente delineada en diferentes clases de autoridad formal, como lo es la autoridad operacional y autoridad administrativa: «*la facticidad de la situación, las obligaciones y deberes de comando inmediato, deben ser vistas con realismo*», y encontró que en ese caso «*el personal naval fue legal y factualmente comandado por el Ejército Japonés en los tiempos (...) bajo consideración*»⁴³.

Por su parte, la Corte Suprema de EEUU en el caso *Yamashita* discutió el deber del comandante de «*tomar todas las medidas apropiadas que están dentro de su poder para controlar las tropas que están bajo su comandancia*», más que aquellas que están dentro de su mandato formal o autoridad⁴⁴.

Similarmente, en el *Medical Trial*, la Corte sostuvo: “el derecho de la guerra impone sobre un oficial militar en posición de comando un deber positivo de adoptar todas las gestiones que están dentro de su poder”⁴⁵. Todo ello, más allá de temas de carácter administrativo y formal, relacionados con atribución de competencias.

Así las cosas, siempre será el primer llamado al salvamento de los pobladores de un determinado territorio, aquél que tenga asignada esa jurisdicción con competencias operacionales y administrativas y cuente con los medios técnicos y humanos para repeler la acción o neutralizar la fuente de riesgo que puede concretarse en la causación de un daño y, por tanto, de él se reputará la posición de garante, de modo que al omitir su deber de intervención o información, el resultado le será atribuible a título de autor.

Ese mismo grado de responsabilidad se extiende a los casos en los que el primer respondiente carece de los medios para evitar el resultado y busca apoyo en otras unidades de igual o superior rango, las que por virtud de tal requerimiento adquieren también posición de garantes no obstante no tener asignada el área donde ocurre el suceso y, por tanto, deben ejecutar las acciones necesarias para interrumpir el curso causal de la acción delictiva, o en caso de no contar con esa capacidad de reacción, al menos deben transmitir la información a quien sí tenga esa posibilidad de respuesta efectiva. Por manera que si no actúan, el resultado les será imputable como autores al haber asumido la condición de garante a partir del conocimiento de las circunstancias que imponían agotar los medios para que se dé una reacción eficaz por quien sí tiene los recursos operativos.

Si el acusado hubiera cumplido con la acción que estaba llamado a realizar en los términos precisados, habría interrumpido el curso causal de los sucesos, pues hubiera surgido la posibilidad cierta que el Ejército se enterara de lo que ocurría y hubiese reaccionado en forma inmediata, como en su momento, pero tardíamente, lo hizo, en operación coordinada por el General Agustín Ardila Uribe⁴⁶.

No hubo error en la conducta del procesado

La inicial ponencia derrotada predicaba responsabilidad del procesado de manera atenuada al reconocerle un error de prohibición en su actuar omisivo.

Se afirmaba que ante la confusión en torno a cuál de las dos brigadas –Séptima o Móvil N° 2–, tenía el mando operacional sobre el Batallón «Joaquín Paris» —el más cercano a Mampiripán y por lo mismo, primer llamado a responder por la seguridad y el orden público de ese municipio—, el Brigadier General creyó que en él no recaía el deber de salvamento de los habitantes de dicha localidad, y que con ese entendimiento, asumió que su omisión no era contraria a derecho.

Para reconocerle ese error vencible de prohibición sobre la ilicitud del actuar omisivo, se explicaba que en forma equivocada pensó que no estaba incumpliendo con sus deberes, los cuales sólo emanaban de la figura del mando operacional, en tanto que su potestad administrativa sobre el batallón no lo comprometía a actuar militarmente frente a la información que le transmitió Hernán Orozco Castro.

No obstante, la mayoría de los integrantes de la Sala no estuvo de acuerdo con tal postura, porque si en el error de tipo el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal; en tanto que en el error de prohibición conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo, pero considera que la misma se encuentra amparada por una causal que excluye su responsabilidad, en otras palabras cree que le es permitido actuar así, no se representa la ilicitud, cuando el militar yerra sobre el deber jurídico que le corresponde en manera alguna puede catalogarse como un error de prohibición, porque la posición de garante en el delito de omisión impropia hace parte del tipo objetivo, por ende esa condición está propiamente en el tipo.

Esa falta de conocimiento de elementos constitutivos del delito trasciende en la atipicidad subjetiva y consecuente exclusión de la responsabilidad dolosa, salvo que legalmente esté prevista la forma conductual culposa, caso en el cual sería predicable de manera degradada.

Un error concurre en el juicio que se construye al valorar voluntaria y conscientemente una situación dada, teniendo trascendencia para el derecho penal cuando recae en los supuestos fácticos, probatorios o jurídicos que estructuran la materialidad y la responsabilidad por la conducta punible juzgada, con incidencia en los ámbitos de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad, mas no cuando aquél se involucra con aspectos ajenos o intrascendentes a las fuentes del reproche para el caso concreto.

El conocimiento excluye el error, aquél también motiva la conducta, hace posible la comprensión de lo permitido o prohibido, define lo exigible, y eso ocurre en este caso con el inculpatado, en cuanto no tenía una información equivocada de sus deberes, de los mandatos constitucionales, penales o de los reglamentos militares, estaba formado y concientizado en las diferencias entre la capacidad operativa y administrativa y en este último campo también estaba actualizado su deber de comunicación y coordinación que le correspondía cuando conociera de situaciones de orden público que demandaran actos de defensa para la población civil.

El Brigadier General USCÁTEGUI, independientemente de la discusión acerca de si tenía capacidad operacional o si ostentaba la administrativa en la jurisdicción donde ocurrieron los hechos, al haber conocido de la situación que se presentó desde el 15 de julio de 1997, dada su condición y

rango, contó no solamente con una mera posibilidad sino ciertamente con el dominio de la conducta a seguir y su deber le imponía proteger a los civiles de los paramilitares, concretamente coordinar con sus superiores o los mandos en la región y establecer la estrategia y definir cómo enfrentar el riesgo, a pesar de ello omitió hacer no obstante serle exigible jurídicamente ese deber.

Es evidente que USCÁTEGUI y Orozco sabían lo que el ordenamiento jurídico les permitía y prohibía. Afirmar que su conducta no es ilícita y que en ese sentido obraron porque no creyeron estar obligados a actuar es una hipótesis sin soporte en la realidad y en la información que arroja el expediente, tanto así que el error de prohibición no fue una tesis aducida por ellos o planteada por sus apoderados en el curso procesal.

De manera que la postura mayoritaria de la Sala es que no es dable reconocer la ausencia de conocimiento de la ilicitud del actuar omisivo al representarse el militar de alto rango equivocadamente la realidad del deber jurídico que le correspondía de reaccionar en defensa de las personas, es decir, del deber legal de evitar un resultado o ser garante de la no producción de lesión a un derecho, porque precisamente su carrera está signada por esos fines de protección, que implican de manera obvia, preparación, conocimiento, experiencia de mando y operación.

Si se reconoce que el procesado tuvo conocimiento de la situación, según el oficio 2919 del 15 de julio de 1997, al tener certeza de los actos que serían cometidos en Mapiripán, resulta un contrasentido que pregone el inculpativo duda respecto del órgano competente para reaccionar militarmente, para justificar así el incumplimiento de sus deberes, ya que esta intervención constituye tema habitual y propio en una persona con una vasta carrera militar.

Pretextar que no sabía qué le correspondía hacer tendiente a proteger los derechos humanos o frenar la acción que se cernía sobre la población, ya por creer erradamente que no era de su incumbencia o suponer que le competía actuar a un homólogo, resultaría inadmisibles, porque dentro de su ámbito funcional de miembro de las Fuerzas Militares está el de asumir medidas de salvamento de los derechos de las personas, a fin de mantener el orden público interno.

Es que un Brigadier General como USCÁTEGUI, adiestrado permanentemente para afrontar riesgos de las características como los que dieron origen a la presente investigación penal, resulta increíble que lo natural y obvio para él (informar y tomar decisiones administrativas para que la institución defendiera la vida de las personas) lo convierta en algo extraordinario, imposible de comprender y aplicar en la situación de Mapiripán, dejar de hacer lo que todos los militares sin heroísmo y solo con sentido común hubiesen hecho en esas mismas condiciones.

El ataque a la población por un gran número de sujetos fuertemente armados fueron conocidas en su dimensión real y USCÁTEGUI no puede exculparse en su creencia subjetiva e interesada, pues esas circunstancias develaban la gravedad, urgencia y necesidad de una reacción militar inmediata, incluyendo la gestión de obtener la fuerza operativa si no se contaba con ella comunicando a sus superiores.

La Corporación reafirma así que de acuerdo con la Constitución Política, la Fuerza Pública tiene respecto de los habitantes de Colombia una posición de garante por institución. No se aviene con los postulados de un Estado social y democrático de derecho, sustentado por antonomasia en el valor superior de la persona humana y su dignidad, considerar de recibo que un General de la República pretexe el equívoco de no saber de dónde emanan sus deberes de salvamento, para reconocer así que ante la duda, lo mejor es la abstención, en lugar de emprender el más mínimo cometido en procura de salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos, pensar así es desconocer el deber de protección que la Carta Política le asignó a los militares.

En materia de protección de derechos humanos no vale la máxima aplicable a otras materias, que «ante la duda abstente»; todo lo contrario, en el ámbito de la posición de garante de las autoridades militares surge la máxima contraria, ante la duda constate, proceda, verifique, proteja, asegure, realice, no omita sus deberes.

No sobra recordar que el Estado de derecho derivado de la Revolución Francesa, se erigió sobre el postulado de dejar hacer, dejar pasar, es decir, se caracterizaba por un no hacer, en el entendido que el Estado era un simple observador de las diversas relaciones establecidas entre los individuos, de modo que esencialmente sus controles eran reactivos y por regla general los derechos y garantías tenían un contenido formal.

Por el contrario, el Estado social, como el declarado en nuestra Constitución Política, se caracteriza por hacer y por dar, todo ello en procura de cumplir cometidos preventivos, no reactivos, a fin de satisfacer las necesidades de las personas y asegurar efectivamente sus derechos fundamentales.

En consecuencia, no resulta consonante con tal función esencialmente preventiva del Estado social, auspiciar que una duda sobre a quién compete la protección de derechos humanos en el contexto de una inminente y luego actual matanza de personas, se convierta en un factor de disminución sustancial de la pena imponible.

En el caso del Brigadier General USCÁTEGUI se advierte que no hubo equívoco alguno, pues al verificar su carrera militar de muchos años, puede colegirse que la duda acerca de quién era el competente para encarar la grave violación de derechos humanos, no pasa de ser un pretexto para descartar su condición de garante por institución de la vida

de los habitantes de Mapiripán, pues su no actividad al siquiera informar a quienes estaban en posición de defender la vida de tales personas denota claramente el dolo.

Ciertamente, omitió voluntariamente cumplir con sus deberes respecto de los moradores de Mapiripán, y por ello, no se puede aparentar que estaba «dudoso» o «confundido», pues fuere uno u otro el competente para asumir materialmente la defensa de la población atacada por los paramilitares, lo cierto es que le correspondía, por lo menos, dar traslado a tales brigadas o batallones, de la información recibida acerca de lo que en el futuro inmediato acontecería en el referido municipio.

La Corte enfatiza en que la determinación de responsabilidad penal en cabeza del Brigadier General USCATEGUI, no deriva de que tuviese o no mando operacional o administrativo en la zona en la cual se efectuaron los hechos, sino de la circunstancia incontrovertible y objetiva, referida a que tuvo oportuno, amplio, detallado y suficiente conocimiento de los muy graves acontecimientos que se desarrollaban o aprestaban a desarrollarse en ese escenario y sin embargo, de manera extraña e inexplicable, omitió un comportamiento que incluso es predicable de cualquier ciudadano de bien, pues, de él no se demanda que acudiese a repeler la inminente masacre de ciudadanos inermes, sino que cuando menos advirtiese de ello a quienes pudiesen acudir –tropas en la zona– o tomar las decisiones necesarias para contrarrestar el daño –superiores suyos–.

Desde luego que de un militar de rango superior, perfectamente condecorador de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que signan su labor, es dable exigir, no apenas esperar, que ese conocimiento oportuno condujese a un mínimo de actividad en aras de proteger a una comunidad a punto de ser sacrificada en su vida y bienes más valiosos.

Nunca el procesado o su defensa han podido explicar qué particular circunstancia pudo operar para que guardara absoluto silencio al punto de omitir cualquier información a sus subalternos, compañeros o superiores. La Corte tampoco encuentra explicación plausible diferente a la de omitir un deber funcional y constitucional de proteger a los habitantes de Mapiripán.

Si de verdad fuese inocente o ignorante de sus consecuencias, la omisión en la que incurrió el acusado, desde luego que no hubiese intentado él de manera vehemente, al punto de incurrir en el delito contra la fe pública ya prescrito, morigerar el contenido y efectos del oficio a través del cual se le dieron a conocer las graves condiciones de orden público que gobernaban el municipio de Mapiripán.

La trascendencia de la omisión en la que incurrió el procesado se evidencia cuando su superior, el Comandante de la Cuarta División sostiene que inmediatamente tuvo conocimiento de la situación de Mapiripán, el 21 de julio de 1997, por comunicaciones de combate, se desplazó al lugar y

ordenó la presencia en el sitio del Comando de la Policía, la Brigada Móvil Número 2 y el Batallón «Joaquín Paris».

Si USCÀTEGUI hubiese cumplido con su deber de informar el 15 de julio de 1997 al Comandante de la IV División del Ejército sobre lo que se cernía para Mapiripán, se habría generado una reacción inmediata y eficaz para defender a la población de la agresión de los paramilitares, supuesto sobre el cual no se puede predicar algún yerro.

La salvaguardia demandable, entonces, deviene de la protección de los bienes jurídicos que debió dar el procesado a la población de Mapiripán en su condición de servidor público y la competencia que le fue asignada en ese territorio como General y Comandante de la Séptima Brigada, además, porque específicamente conoció de manera concreta el ataque a que sometieron los paramilitares a dichos ciudadanos.

Ahora, recuérdese que tratándose del error de tipo, si es invencible, se enerva la categoría dogmática de la tipicidad por ausencia de dolo, y si vencible, se procede por la modalidad culposa de tal conducta, siempre que así la haya dispuesto el legislador; en caso contrario, el comportamiento será atípico, pero en este caso tal figura dogmática no tiene cabida, por la inexistencia de yerro en la conducta del procesado.

En algunas latitudes como categorías dogmáticas se distingue el *error de hecho* –asimilable al error de tipo–, del *error de derecho* –asimilable al error de prohibición–, en cuanto el primero está referido a una equivocación respecto de los hechos de la norma o de una circunstancia que pertenece al tipo (el sujeto no sabe lo que hace), en tanto que el segundo el yerro recae en la antijuridicidad (el sujeto sabe lo que hace pero cree erradamente que le está permitido).

Esta claridad, porque el Estatuto de Roma, que aborda el conocimiento de los crímenes más graves de trascendencia internacional por parte de la Corte Penal Internacional –adoptado en nuestra legislación interna mediante la Ley 742 de 5 de junio de 2002–, reconoce el *error de hecho*⁴⁷, el cual exime de responsabilidad únicamente si se hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido para el crimen, no en los demás supuestos.

En lo que respecta a la responsabilidad de un jefe militar establece el Estatuto de Roma en su artículo 28, que será penalmente responsable en razón de no haber ejercido un control apropiado, cuando:

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Como corolario de lo expuesto, se descarta el obrar equivocado del procesado, ya que sin ninguna dificultad podría representarse una situación

tal para conocer sus deberes de salvamento con respecto a los habitantes de la localidad y las consecuencias jurídicas de su omisión, dada su experiencia, antigüedad, rango, profesionalismo y las circunstancias específicas del caso concreto, pues eran de su dominio y manejo las siguientes premisas:

a. Tenía pleno conocimiento de las circunstancias fácticas.

b. Sabía de su obligación fundada en los reglamentos y deberes militares, que le competía a él solamente, no a los demás, a partir del momento en que recibió la información.

c. Los resultados le son atribuibles con base en la teoría de la acción esperada.

d. Obró con voluntad y conocimiento, esto es, a ciencia y paciencia de la realidad que lo conminaba a reaccionar de manera inmediata y rápida, lo que no deja dudas que sabía de las prohibiciones de su obrar omisivo y las consecuencias por los resultados ilícitos.

e. No era ajeno a su sabiduría que debía solicitar o comunicar al Comando Superior la situación, pues el 17 de agosto de 1997 a la Brigada Séptima se le dio el mando operacional porque la Brigada Móvil N° 2 salió a operativos (folio 61 cuadernos 13 y 14) en territorios cercanos en la jurisdicción militar.

f. En las órdenes de la Cuarta División para el Plan Conquista (folio 255 cuaderno 19) se consignó para la Brigada Móvil N° 2 «a orden prepararse para entregar responsabilidades de la operación a la Séptima Brigada», documento que con anticipación a los hechos era conocido por el estamento militar.

g. De haber existido confusión, duda o error en USCÁTEGUI, no habría solicitado que se le rindiera por escrito un informe acerca de lo que estaba ocurriendo en Mampiripán el 15 de julio de 1997 y su conducta posterior respecto del documento que lo enteró alterando su contenido, revela la conciencia de su obrar ilícito.

Como se concluye que el cargo formulado no está llamado a prosperar, se debe precisar que la condena proferida contra el Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro en relación con los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado, lo es a título de autores (comisión por omisión), dado que ostentaban la posición de garantes de la población de Mampiripán, surgida de la competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

En mérito de 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

1.- NO CASAR la sentencia por razón de las censuras formuladas en la demanda presentada por el defensor de JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ, contra la sentencia de 23 de noviembre de 2009 del Tribunal Superior de Bogotá.

2.- PRECISAR que la condena impuesta al Brigadier General JAIME HUMBERTO USCÁTEGUI RAMÍREZ y el entonces Mayor –hoy Teniente Coronel en retiro–, Hernán Orozco Castro, en relación con los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con los de secuestro agravado es a título de autores (comisión por omisión), dado que ostentaban la posición de garantes de la población de Mapiripán, surgida de la competencia institucional, como miembros de la fuerza pública.

3.- EXCLUIR como víctimas a Manuel Arévalo, Hugo Fernando Martínez Contreras, Diego Armando Martínez Contreras y Gustavo Caicedo Rodríguez.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

Notas

- ¹ Se transcriben apartes de la sentencia.
- ² Ver a folio 50 del C.O 1 acta de levantamiento de cadáver de Ronald Valencia; folio 157 del C.O 1 inspección a cadáver se Sinaí Blanco. A folio 54 se encuentra el acta de levantamiento del cadáver del hombre a quien no se logró identificar. Esta información fue confirmada por la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Derechos Humanos en informe del 11 de septiembre de 1997, obrante a folio 259 del C.O 1, en el que además de las muertes de los tres sujetos arriba referidos, incluyen a un hombre sin identificar cuyo cuerpo fue encontrado por los pobladores flotando en el río pero que nuevamente fue lanzado por orden de los paramilitares.
- ³ Así lo indicó el testigo bajo reserva con clave “Azuzena” (Fl. 5 del C.O 1) y otra persona que depuso bajo esa misma modalidad el 23 de julio de 1997 (Fl. 8 del C.O 1)
- ⁴ A folio 29 obra declaración de un testigo bajo reserva que así lo narra.
- ⁵ Ver folio 33 del C.O 1.
- ⁶ Ver folio 51 ídem.
- ⁷ Ver folio 154 ibídem.

- ⁸ Ver folio 189 ídem.
- ⁹ Ver declaraciones obrantes a folio 263 y siguientes del C.O 3 y 114 del C.O. 5
- ¹⁰ Folio 58 C.O 16.
- ¹¹ Ver declaración obrante a folios 175 y siguientes del C.O. N°1 y la de un testigo bajo reserva que reposa a folio 16 *idem* quien también señala del homicidio de aproximadamente 26 personas cuyos cuerpos en el mayoría fueron arrojados al río.
- ¹² Ver folios 184 y 185 del C.O. 80.
- ¹³ Ver fallo obrante a folio 287 del C.O 70 A.
- ¹⁴ Ver fallo obrante a folio 216 del C.O 79.
- ¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio “PENAR POR OMITIR” Fundamento de los deberes de garantía. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá 2005. pág. 146 y 147.
- ¹⁶ En la exposición de motivos se dijo, «*Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión. Con ello se lleva al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual, principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal (artículos 1° y 95 numeral 2° de la Carta Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas*» Gaceta del Congreso N° 189, del 6 de agosto de 1998.
- ¹⁷ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.
- ¹⁸ Declaración de Carlos Eduardo Ávila Beltrán, vertida el 27 de noviembre de 1997, ante la Procuraduría General de la Nación. Fl. 179 C.O N° 27.
- ¹⁹ Declaración del Teniente Coronel Lino Sánchez, rendida el 3 de abril de 1999 obrante a folio 77 del C. N° 41.
- ²⁰ Ver documentos obrantes a folios 91 y siguientes del C.O 19.
- ²¹ El contenido del citado oficio es el siguiente: “*De acuerdo al informe del 19 de mayo de 1997, la comunidad fue objeto de un presunto juicio denominado popular realizado por varios sujetos armados quienes humillaron a las autoridades y pobladores de la localidad de Mapiripán Meta. Lo anterior con el propósito de que se coordine con las autoridades locales, las acciones necesarias para garantizar la protección y seguridad de los pobladores del mencionado municipio. Envíe a este*

comando con plazo improrrogable 15 de julio -97, las coordinaciones y acciones tomadas por esa unidad sobre este caso". Folio 169 C.O 8.

- 22 Folio 305 del C.O 23 A.
- 23 Folio 5 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.
- 24 Declaración rendida en audiencia pública, obrante a folio 59 y siguientes del cuaderno 2.
- 25 *Ibíd.*, folio 110.
- 26 Ver declaración obrante a folios 149 y siguientes del cuaderno de audiencia pública N. 2
- 27 Folio 85 C.O 3 de audiencia pública.
- 28 *Ibíd.* 207.
- 29 Folio 243 C.O 3 de audiencia pública.
- 30 Folio 133 del C.O.48
- 31 Ver documento obrante a folio 211 del C.O 48.
- 32 Ver documento obrante a folio 251 del C. O 49.
- 33 Ver Folio 125 y ss. Cuaderno original N° 3.
- 34 Ver Folio 177 Cuaderno original N° 4
- 35 Declaración del Mayor Ricardo Sánchez Flórez. Folio 88 del C.O 51
- 36 Ver oficio 2919 del 15 de julio de 1997 obrante a folio 162 C.O 8
- 37 Numeral 8° del citado documento.
- 38 Este documento que tiene el carácter de reservado fue aportado como prueba por las partes.
- 39 Así lo indicó Luis Felipe Molano quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como oficial B3 de operaciones del Séptima Brigada: "Si bien el batallón Joaquín París dependía operacionalmente de la BM2, en un caso de emergencia, no se podía decir eso no es problema mío" Folio 16 Cuaderno 2 de audiencia pública.
- 40 Folio 59 y siguientes del cuaderno 2 de audiencia pública.
- 41 Folio 110 cuaderno número 2 de audiencia pública.
- 42 El testigo Luis Felipe Molano Díaz, oficial adscrito a la Séptima Brigada para la época de los hechos, indicó que Orozco Castro debió informar a

la Brigada Móvil de lo que estaba pasando a Mapiripán, hechos que ya conocía antes de rendir ese informe. Folio 137 cuaderno número 2.

- ⁴³ *United States v. Soemu Toyoda*, Official transcript of Record of trial, pp. 5011, 5012.
- ⁴⁴ Corte Suprema de EEUU, *In re Yamashita*, 327 US 1, 15 (1945).
- ⁴⁵ *Medical Trial*, II The Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, p. 212.
- ⁴⁶ Recuérdese que en su condición de Comandante de la Cuarta División, una vez se enteró de los hechos el 21 de julio de 1997, ese mismo día ordenó al comandante de la Brigada Móvil N° 2 que trasladara hombres a Mapiripán, los cuales llegaron en esa fecha vía aérea, cuando los paramilitares ya habían abandonado el pueblo.
- ⁴⁷ **Artículo 32. Error de hecho o error de derecho**

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

COMENTARIO

Ubicación

El doce de julio de 1997 los paramilitares, dirigidos por el temible Carlos Castaño Gil, se tomaron la localidad de Mapiripán (Meta) y, en contubernio con algunos miembros de la Fuerza Pública, asesinaron y secuestraron a un número indeterminado de personas (nunca se estableció el número real de las víctimas del crimen); este hecho aberrante originó condenas para civiles y militares e incluso contra el Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fallo de 15 de septiembre de 2005, caso «Masacre de Mapiripán vs. Colombia») que, además, reconoció millonarias indemnizaciones a las víctimas, algunas espurias porque hubo personas que se hicieron pasar por tales sin serlo acompañadas de algún colectivo de abogados que abanderó esta mentirosa causa.

El pasado cinco de junio de 2014, mediante decisión en parte dividida, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no casó la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 23 de noviembre de 2009, contra el Brigadier General Jaime Uscátegui

Ramírez, a quien el Juzgado Noveno Penal Especializado de Bogotá había absuelto, en 2007, por los citados hechos. Sin embargo, toda la prueba obrante en el expediente demuestra que el citado funcionario –ubicado en su sede en Villavicencio a 530 kilómetros del lugar de los hechos– no tenía jurisdicción ni mando sobre las tropas que no evitaron ese atropello; por eso, pues, nunca se le endilgó su connivencia con los asesinos pero sí se le reprochó que “(...) guardara absoluto silencio al punto de omitir cualquier información a sus subalternos, compañeros o superiores” (folio 114). Y fue con base en lo transcrito que se afirmó su ‘posición de garante’ en relación con las vidas y la libertad de los habitantes del poblado, por lo cual se le hizo responsable de tales crímenes.

Ese desatino se gestó cuando, al conocer de una acción de tutela, la Corte Constitucional –con ponencia de quien ahora se desempeña como Fiscal General de la Nación– se pronunció sobre este caso y entendió que constituía una ‘vía de hecho’ la decisión adoptada el 18 de agosto de 1999 por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que, al resolver un conflicto de competencia entre la Fiscalía y el Comandante del Ejército Nacional, asignó el conocimiento del asunto a la justicia castrense; en su lugar, el tribunal encargado de velar por la guarda e integridad de la Carta, dijo que no se trataba de actos propios del servicio sino de delitos de lesa humanidad que dañaban de forma muy grave los derechos humanos (Sentencia SU-1184 de trece de diciembre de 2001).

Así las cosas, en este escrito se trata de mostrar cuales son las bases teóricas para la discusión que se echan de menos, con la advertencia de que el análisis toca sobre todo con el cargo tercero invocado por el casacionista, para el caso la violación indirecta de la ley sustancial, pues es en relación con aquél que se suscita todo el debate en cuanto se produjo una indebida aplicación de las normas relacionadas con los delitos de homicidio y secuestro, con la consecuente exclusión del artículo 2º del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980).

La acción penal ya había prescrito

Lo primero que debe decirse, pese a los esfuerzos de la providencia por demostrar lo contrario, es que la acción penal en contra del condenado Uscátegui Ramírez ya había prescrito al momento de emitirse la providencia por medio de la cual el alto tribunal decidió no casar la sentencia de segunda instancia. Mírese la argumentación esgrimida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que, de manera desesperada, se trata de demostrar lo contrario:

es palmario que la acción penal para el caso objeto de estudio se encuentra vigente, no sólo porque en su ejecución participaron miembros de la fuerza pública y por ende servidores públicos, circunstancia que impone el incremento en dicho término de conformidad con lo indicado en el artículo 83 del Código Penal, concordante con el artículo 82 del Código Penal de

1980, vigente para la época de comisión de los hechos, sino por tratarse de una conducta delictiva catalogada como de lesa humanidad (folio 44 del proveído original).

En efecto, si está claro que los hechos se llevaron a cabo el doce de julio de 1997 cuando regía el C. P. de 1980 eran esas las disposiciones que se debían aplicar a efectos de precisar si la acción penal (interrumpida por la expedición de una resolución de acusación el día 30 de agosto de 2003 y en firme el once de agosto de ese año) había o no prescrito, acorde con el principio de legalidad de los delitos y de las penas que, con toda claridad, prevé el artículo 29 de la Carta: “nadie podrá ser juzgado sino *conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*” (inciso 2°). Así las cosas, el Código Penal de entonces señalaba en el artículo 80 que el término de prescripción de la acción penal “*en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte*”; no obstante, se indicaba que ese lapso “se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos”, con lo cual fluctuaba entre 80 meses (seis años y ocho meses) y 20 años. Es más, el artículo 84 de ese Código al referirse a la “interrupción del término prescriptivo de la acción”, señalaba:

La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado. Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años.

De esta manera, acorde con la legislación entonces vigente, cuando la Sala de Casación Penal se pronuncia (el día cinco de junio de 2014; esto es, 10 años 9 meses y 6 días después), ya había prescrito la acción penal.

Es que en la sentencia en estudio se observan tres fenómenos, que se deben destacar: en primer lugar, de forma retroactiva y con violación del principio de legalidad, al sentenciado se le aplican los términos señalados en el Código Penal de 2000, no los del Código Penal de 1980 que eran (y son los aplicables). En segundo lugar, con base en decisiones de la propia Sala (y al efecto se aduce un inexistente criterio de autoridad), adoptadas durante la vigencia del C.P. de 2000, se señaló (ilegalmente) que ese incremento se aplicaba también al máximo de diez años y que, incluso, se podía superar para alcanzar el guarismo de “trece (13) años y cuatro (4) meses establecidos como término máximo de prescripción en la fase de juicio” (folio 40), con lo cual lo señalado en la propia ley actual fue burlado (CSJ AP 20 mar. 2013, rad. 42630; AP 9 abr. 2014, rad. 41592; AP 30 abr. 2014, rad. 43574; citadas en el pie de página 5 del folio 39); la Sala de Casación, pues, ocupa el lugar del legislador. En otras palabras: la ‘jurisprudencia’ hecha casi dieciséis años después fue aplicada de forma retroactiva para gobernar este caso.

Y, en tercer lugar, pese a que la Constitución de 1991 decía en su artículo 28 inciso 3° para el momento de comisión de los hechos –y todavía

lo dice— que “[e]n ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, aquí se invoca la imprescriptibilidad (¡no de la pena!) de la acción penal como argumento para legitimar la espuria condena porque los delitos son de lesa humanidad (construcción que también se aplica de forma retroactiva); dicho de otra forma: así esté claro que según la Constitución vigente al momento de los hechos (y todavía hoy) no existía la imprescriptibilidad de la acción penal ni de la pena, ese argumento se aduce para legitimar la decisión (véase folio 40 y siguientes).

En síntesis, se aplicaron normatividades inexistentes al momento de los hechos y, para acabar de ajustar, las construcciones hechas por los jueces con posterioridad se emplean de forma retroactiva, pisoteando con toda claridad la Carta Fundamental que, además, señala: “[e]n materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (inciso 3°). Previsión que se acompasa con el título I del Código Penal (también el de 1980) que consigna las Normas Rectoras de la Ley Penal colombiana (arts. 1-13) y, por supuesto, con los pactos mundiales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico (ley 16 de 1972, art. 15.1 y ley 74 de 1968, art. 15).

No existe un sistema del Derecho penal

Además, si a algo está obligado el administrador de justicia en Colombia, en atención a los dictados contenidos en el Código Penal y en la Constitución [el primero de los cuales dispone que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (29 inc. 2 de la Constitución y 6 inc. 1° del C. P.) y “[e]l funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito (...)” (art. 7°) y “[p]ara que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable” (art. 9° inc. 1°)], es a construir un sistema del Derecho penal y, por ende, a elaborar una teoría del delito que se corresponda con el derecho positivo. En otras palabras: el juez está compelido a realizar una ordenación lógica de sus conocimientos para la solución de los casos de la vida real; y ello es así porque

si por *sistema* científico (sin entrar ahora en detalle en la múltiple diversidad de conceptos de sistema) se entiende simplemente una *ordenación lógica* de los *conocimientos particulares* alcanzados en la ciencia de que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (o aquello que el científico considera conocimiento particular y no es sino una hipótesis incorrecta) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen (Schünemann, 1991, p. 31-32).

No obstante, eso que parece ineludible se derrumba en el derecho penal nacional como un castillo de naipes cuando se lee la sentencia en comentario porque, también está claro, casos como el debatido no se resuelven a partir

de un sistema del derecho penal previamente dado y con asidero en el derecho positivo, sino por vía de la intuición; por ello, ante la ausencia de la Dogmática jurídico-penal la solución judicial de los casos se convierte en un verdadero arte de adivinación o, para recordar a un eximio jurista hispano, en pura y llana lotería:

Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y 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 (Gimbernat Ordeig, 1990, p. 158).

En fin, si casos como el estudiado se resuelven de cualquier manera y al compás de otras valoraciones es imposible corregir y descubrir la plural casuística de los problemas concretos, de donde deviene que el sistema es imprescindible (Schünemann, 1991, p. 27) y, por ende, ese sistema no puede cumplir las funciones para las cuales se establece: “ofrecer una panorámica lo más rápida y completa posible sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden, así como garantizar un acceso rápido, sin comprobaciones superfinas, a la parte del sistema relevante para el problema concreto” (Schünemann, 1991, p. 32).

La ausencia de una Teoría de la omisión

Por supuesto, como no existe un sistema del derecho penal no es pensable que se parta de una determinada Teoría del delito aplicable al caso objeto de juzgamiento, por más que la doctrina haga esfuerzos en esa dirección (Schönke/Schröder, 2014, p. 196; Roxin, 2003, p. 625; Velásquez, 2014, p. 303); y, por ende, de cara a la conducta omisiva tampoco se intenta un esfuerzo de elaboración conceptual. Se olvida, pues, que por mandato legal (art. 21 ss.) las conductas omisivas también deben ser típicas, antijurídicas y culpables; y lo que predomina, por supuesto, es una gran pobreza académica como lo muestra una providencia confeccionada con errores de redacción y hasta de ortografía (por ejemplo, obsérvese como se llama al poblado donde se cometió el crimen); y en la premura por aparentar conocimientos que no se tienen, se hacen algunas citas en alemán mal hechas e inexistentes (se habla de la *Garantenstellugen*: posición de garante, en vez de *Garantens-tellungen*; o se alude a la horrible locución *hochsperonlycherechsguter*, también copiada de otra sentencia de la misma corporación, para designar a los bienes jurídicos altamente personales: *höchstpersönlicher Rechtsgüter*).

De nada, pues, han servido los esfuerzos centenarios de los cultores de la teoría del delito –desde los causalistas y los finalistas hasta llegar a los propios funcionalistas– para elaborar una construcción como esa, porque

los jueces colombianos la despachan de un plumazo y solo se quedan con unas aisladas consideraciones como las que se hacen en esta sentencia sin contextualizarlas en ningún sistema ni teoría del delito.

La posición de garante del autor

En el texto de la providencia (que retoma pretérita decisión de la misma Sala: CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017) se lee que por posición de garante se entiende “el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable” (folio 65), a cuyo efecto se parte del distingo hecho por G. Jakobs, entre dos grupos de deberes: “los (...) del primer grupo se llaman *deberes en virtud de responsabilidad por organización*, y los del segundo tipo *deberes en virtud de responsabilidad institucional*” (1997, p. 931); de esta manera, con base en una importante construcción doctrinaria (Lascuraín, 2005, p. 146-147) se afirma luego que “como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto”. Desde luego, una construcción semejante es plasmada de forma originaria en decisión de la Corte Constitucional (sentencia SU 1184 de 2001, reiterada por las sentencias C-692/03 y T-327/04) para la cual, de nuevo basada en G. Jakobs (1997, p. 940), acción y omisión son lo mismo (“*cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo*”: folio 34). De aquí se infiere, entonces, que el procesado Uscátegui Ramírez tenía posición de garante:

(...) tuvo oportuno, amplio, detallado y suficiente conocimiento de los muy graves acontecimientos que se desarrollaban o aprestaban a desarrollarse en ese escenario y sin embargo, de manera extraña e inexplicable, omitió un comportamiento que incluso es predicable de cualquier ciudadano de bien, pues, de él no se demanda que acudiese a repeler la inminente masacre de ciudadanos inermes, sino que cuando menos advirtiese de ello a quienes pudiesen acudir –tropas en la zona– o tomar las decisiones necesarias para contrarrestar el daño –superiores suyos– (folio 113).

Así las cosas, se dice acoger la teoría de Jakobs pero se olvida lo que él dice cuando advierte las dificultades del asunto:

[A]utor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un *deber de responder* de que se evite el resultado (deber de garante). *La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación segura del deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para la del fundamento y límites de la imputación* (1997, p. 968).

Es más, por eso advierte que esa construcción dentro de su sistema tiene un sustrato material: “(...) para la necesidad de deberes de garante en los

delitos de omisión, ya está pre esbozada la sistematización de los deberes de garante, materialmente, según el fundamento de responsabilidad” (1997, p. 970). Es más, es evidente que para el mismo autor alemán no se puede edificar una posición de garante en abstracto, de forma ilimitada; la sola calidad de militar (sin importar si en el caso concreto se ejercía o no la función) no es, pues, suficiente para afirmarla.

Es que, como se ha dicho en otra sede (Velásquez, T. I, 2009, p. 765), no toda posición de garante genera la realización del tipo de omisión impropia, pues es indispensable que el agente no realice la acción de salvamento que le ordena la ley en el caso concreto, esto es, aquella de la que se desprende ese preciso deber jurídico; en otras palabras: la omisión impropia no se funda en la omisión de cualquier acción que hubiera podido evitar el resultado, sino en la omisión de aquella que con certeza o seguridad estaba en capacidad de impedirlo en el caso particular. Se afirma lo anterior porque es perfectamente posible que el sujeto activo omita ejecutar otras acciones que, por sí mismas, no constituyen la evitación del peligro corrido por el bien jurídico, o que prescinda de realizar acciones que no estaban dirigidas a impedir de modo cierto e indiscutible el resultado, en cuyo caso deberá responder por no realizar esas acciones medio –que, como omisión pura o propia de acciones generales, aparecen castigadas en la ley penal en el art. 131, como omisión de socorro–, pero no por no realizar la acción salvadora que no estaba en sus manos llevar a cabo en la situación concreta.

Si lo anterior no fuera así, debería afirmarse que –con la condición de que concurran las demás exigencias típicas– se ha llevado a cabo una conducta típica de homicidio agravado (Cfr. C. P., arts. 103 y 104), en todos los siguientes casos citados por la doctrina y la jurisprudencia españolas (Gracia, 1999, p. 132-133): la madre que no le suministra alimento al recién nacido y lo deja morir de inanición; la mujer que deja perecer al hijo recién nacido al omitir atarle el cordón umbilical; el cónyuge que no le brinda asistencia médica al compañero, víctima de una repentina enfermedad o accidente, y deja que muera; el socorrista que no le presta atención al bañista cuya protección se le ha encomendado; el profesor de natación que deja ahogar al alumno al que le ha prometido adiestrarlo en dicho deporte; el guía alpino –aquí andino– que, ante la situación de peligro del excursionista que le ha confiado su cuidado, no hace nada para evitarlo; el encargado de cuidar a un ciego, al que no le impide avanzar hacia el precipicio; el conductor imprudente que propicia un accidente y no auxilia a su víctima; el que deja morir de hambre al secuestrado; el guardián de prisiones que no asiste al detenido en peligro de muerte después de intervenir en una refriega; el que le tira un colchón encendido a un vagabundo previamente lanzado por las escalas, y lo deja perecer incinerado; el guardagujas que no realiza el cambio de vías cuando viene otro tren por la misma vía, y se produce un número plural de muertes, etcétera.

Por supuesto, solo en algunos de ellos se puede afirmar la realización del tipo de homicidio por omisión dolosa –sin descartar la omisión culposa–

con la consiguiente imposición de una pena de prisión de 25 a 40 años incrementada en las proporciones que indica la ley 890 de 2004 (los casos de la madre, el secuestro o del guardagujas), y eso con la condición de que se reúnan ciertos requisitos, como se dirá en seguida; en los demás, se tratará, simple y llanamente, de una omisión propia o pura de socorro (art. 131) penada con una sanción notablemente menor: de dos a cuatro años de prisión, con los incrementos ya indicados. En otras palabras: la cláusula de equiparación del art. 25, inc. 2º resulta inaplicable en dichos casos, porque en la Parte especial –y aquí prima el principio de especialidad– se consagra una figura omisiva propia que cobija dichas situaciones y que debe aplicarse de preferencia, si se tiene en cuenta que comporta una menor afectación del bien jurídico y, por ende, una inferior gravedad del injusto (Velásquez, T. I, 2009, p. 770-771).

Por eso, en fin, es que no basta con las construcciones formales y con la llamada teoría de las funciones para determinar si en concreto se tiene o no la posición de garante, por lo cual se debe recurrir a una concepción material acorde con la cual se debe valorar el propio ámbito de dominio del agente; por eso, dice Schünemann, el padre de este criterio:

El principio de equivalencia del «dominio sobre la causa del resultado» («*Herrschaft über den Grund des Erfolges*») lo he desarrollado en 1971 (...) sobre la idea de que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto del hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión. Dado que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre el cuerpo, una omisión equivalente a la comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control. Pero, como este dominio no se debe confundir con la mera posibilidad de evitación (...) se deben perfeccionar aquellas constelaciones para la concreción del concepto de dominio, en las cuales no ya un actuar positivo transmite el dominio del suceso, sino en los que tal dominio se encuentra preestablecido, ya que la fuente o el objeto del suceso lesivo ya se encuentran controlados con anterioridad y, por ello, tanto el transcurso del suceso dentro del ámbito controlado por el autor por omisión como todo lo que tiene lugar dentro de ese ámbito tiene que ser calificado de obra de su voluntad (Schünemann, 2007, p. 246; Gracia, 2001, p. 411, con abundantes referencias, notas 7 a 9).

Es más, tampoco basta con demostrar esta calidad en el sujeto activo para afirmar la tipicidad de la conducta, porque el tipo omisivo doloso tiene unos elementos configuradores que en cada caso se deben demostrar: la situación típica, la no realización del mandato, la posibilidad de realizar la acción ordenada, la causalidad hipotética (imputación objetiva), el resultado y, por supuesto, el dolo (Velásquez, 2009, p. 764). Por ello, pues, dijo la Sentencia SU 1184 de 2001, aunque ello no se tuvo en cuenta:

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la

reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc. (folio 40).

Así las cosas, un examen de la sentencia estudiada y de los medios de prueba que allí se examinan (múltiples testimonios y abundante prueba documental, no controvertida por la Sala de Casación Penal), permite concluir –sin hesitación alguna– que la conducta omisiva atribuida al condenado era atípica porque, en derecho, no se logró demostrar que tenía posición de garante frente a los habitantes de Mapiripán, no solo porque él no tenía mando sobre la Brigada Móvil N° 2 (¡y no se puede olvidar el derecho operacional!) sino porque tampoco lo detentaba en relación con el Batallón Joaquín París. Razón, pues, tuvo la Procuraduría al solicitar que se casara la sentencia y se dejara en firme la absolución que había proferido la primera instancia, porque es evidente que en el caso no se demostró la posición de garante del encartado en concreto como lo exige la ley penal vigente. (Véase. artículo 25 del Código Penal) y lo exigía el C. P. de 1980 al ocuparse de la materia y que, no se olvide, era la ley penal aplicable al caso (art. 21). De esta manera, a quien solo incurre en un abuso de autoridad por omisión de denuncia, se le condena por múltiples homicidios y múltiples secuestros, porque se parte de una concepción formal de la posición de garante que se encubre bajo el mentiroso velo de la teoría material apadrinada por el autor alemán ya citado.

La violación del programa penal de la Constitución

Desde la época de la Ilustración, el Derecho penal ha sido concebido como un puro poder material represivo y expansivo que debe ser controlado mediante una serie de límites formales y materiales que, para nuestro caso, se encuentran consignados en las normas rectoras de la ley penal colombiana (C. P., arts. 1 a 13) y que tienen pleno asidero en la Carta Fundamental (Preámbulo, arts. 1 y siguientes), donde aparecen los diversos axiomas que gobiernan esa actividad. Por eso, advierte la doctrina, esos principios rectores del sistema penal:

(...) no deben considerarse hoy como (...) meros “límites” del *ius puniendi* sino como principios constituyentes del derecho de castigar o, dicho de otro modo, el Derecho penal debe ser considerado como *derecho penal constitucional*, pues, (...) es consustancial al mismo la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen (Berdugo y otros, 2010, p. 44).

De allí que sea del examen detenido de la Carta Fundamental (de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu) de donde

surge el *programa penal de la Constitución*, entendido como “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”; se trata, pues, de “un conjunto de postulados político-criminales genéricos y no (...) soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo” (Berdugo y otros, 2010, p. 45). Por eso, en un Estado de Derecho al individuo se le debe proteger “no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal”, lo cual significa que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del «Estado Leviatán»” (Roxin, 1997, p. 137) como aquí ha sucedido.

No obstante, todos esos valladares son arrasados por la sentencia en examen porque ella los desborda cuando propicia la condena de una persona que no ha actuado para el derecho penal (principio del acto); a la que nunca, recuérdese, se le probó nexo alguno con los criminales y a la cual, por ende, no se le podía dirigir ningún juicio de exigibilidad normativa (principio de culpabilidad). Un hombre cuya dignidad fue avasallada (principio de dignidad de la persona humana) y que, para acabar de ajustar, fue condenado con la violación de las formas propias del juicio porque, en Derecho, la acción penal había prescrito cuando se emitió el pronunciamiento que puso punto final en este doloroso proceso.

El Salvamento parcial de voto

También, debe tenerse en cuenta que cuatro magistrados hicieron el esfuerzo de emitir un salvamento parcial de voto (que, en principio, fue la ponencia debatida que no triunfó) con el cual se buscaba atemperar la condena, a cuyo efecto se hilvanó una construcción que pretende ver en la actuación del condenado un error de prohibición vencible. Esta elaboración, no obstante, termina por legitimar las mismas aristas del fallo que aquí son objeto de reproche (por ejemplo, afirma la posición de garante por la mera condición de militar, lo que supone asumir la tan criticada teoría formal en estas materias) y no cambia para nada las cosas porque, en lo esencial, los argumentos de fondo son los mismos. De ahí que no merezca un comentario especial, adicional al que ya se ha hecho para referirse al texto. Por supuesto, el hecho de que esta pieza procesal se produzca termina por demostrar –una vez más– lo ya señalado: no existe en el pronunciamiento estudiado un sistema del Derecho penal que sirva como punto de partida para la solución del caso; se desconocen los alcances de la teoría de la omisión y se afirma una inexistente posición de garante solo en abstracto, no en concreto, dentro del propio ámbito de dominio en el cual obra el agente.

Conclusiones

Así las cosas, se puede afirmar lo siguiente:

1. Está claro que cuando se profiere la sentencia en estudio ya la acción penal había prescrito.

2. No hay ninguna tentativa seria de construir un sistema del derecho penal a partir del cual se pueda resolver el caso.

3. Por ello, tampoco se ofrece ninguna construcción en materia de los delitos de omisión.

4. No hay una elaboración conceptual en materia del concepto de posición de garante.

5. En el caso en concreto no existía posición de garante, ni siquiera si se acude a la postura material objetiva de Jakobs que se invoca.

6. Se olvida que para poder afirmar la tipicidad de las conductas endilgadas era necesario, además del juicio de conducta, emitir los correspondientes juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

7. Los medios de prueba fueron menospreciados.

8. La sentencia es manifestación de una justicia parcializada, lo que es un pésimo mensaje para la sociedad entera.

Por supuesto, no puede negarse, se trata de hechos muy graves que evidencian los niveles de violencia, inhumanidad y barbarie a los que ha llegado la sociedad colombiana, que no se resuelve sus conflictos con base en el derecho sino en la justicia privada; se desnuda, pues, la presencia del paramilitarismo como recurso para poner talanquera a los brotes de criminalidad de otros actores armados (Velásquez, 2007).

Referencias

Auto 41592 (2014, nueve de abril). Casación. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Auto 43574 (2014, 30 de abril). Auto. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Auto 42630 (2013, 20 de marzo). Casación. M. P. E. Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Bacigalupo, E. (1970). Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Berdugo, I. et al. (2010). *Curso de Derecho penal*. Parte general. 2ª edición. Barcelona: Ediciones Experiencia, S. L.
- Caso «Masacre de Mapiripán vs Colombia» (2005, septiembre 15). Sentencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf
- Córdoba, J. C. (2004) algunas reflexiones con respecto a la relación entre el principio de solidaridad constitucional y los delitos de omisión. *Vniversitas*, 604-625. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/vniversitas_108.htm
- Cuadrado, Á. (1997). La comisión por omisión como problema dogmático. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, 387-456.
- Gimbernat, E. (1987). Sobre los conceptos de omisión y comportamiento. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, 579-608.
- Gimbernat, E. (1990). *Estudios de Derecho penal* (3 ed.). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (1997). La omisión impropia en la Dogmática penal alemana. Una exposición. En *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*. t. L., 5-112.
- Gimbernat, E. (1999). El Delito de omisión impropia. En *Revista Derecho penal y Criminología*. 2ª. Época No. 4, 525-554.
- Gimbernat, E. (2002). La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). En J. L. Díez Ripollés, L. Gracia Martín, J. F. Higuera Guimerá (Editores): *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (685-709). Madrid: Tecnos.
- Gimbernat, E. (2003). La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión». En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. LIII 2000, 29-132.
- Gracia, L. (1999). La comisión por omisión en el derecho penal español. En *Revista Nuevo Foro Penal*, No. 61, 125-168.
- Gracia, L. (2001). Los delitos de comisión por omisión (una exposición óptica de la doctrina dominante). En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (pp. 411-482). Madrid: Universidad Nacional a Distancia.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2 ed.). (Tr. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

- Jakobs, G. (2000). La omisión: estado actual de la cuestión. En C. Roxin *et al.*, *Sobre el estado de la Teoría del Delito* (129-154) Madrid: Civitas.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts* (5ª edición). Berlin: Duncker & Humblot.
- Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal*, parte general, (traducción española y notas de M. Olmedo Cardenete). Granada: Editorial Comares.
- Kaufmann, A. *Dogmática de los delitos de omisión* (2006). (Tr. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín, J. A. (2005) *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad Santo Tomás Bogotá.
- Mir, S. y Gómez, V. (2011): *Derecho penal, Parte General* [9ª edición]. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Perdomo, J. F. (2001). *La problemática de la posición del garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Perdomo, J. F. (2001 a) *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general*, t. I (trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (1ª ed.). München: C. H. Beck.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. t. I (4ª ed.). *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. München: C. H. Beck.
- Schönke, A. y Schröder, H. (2014): *Strafgesetzbuch. Kommentar* (29ª edición). München: Verlag C. H. Beck. Reelaborado por Peter Cramer ediciones 18ª a 26ª), T. Lenckner (ediciones 18ª a 27ª), W. Stree (ediciones 18ª a 27ª), A. Eser, W. Perron, D. Sternberg-Lieben, J. Eisele, B. Hecker, J. Kinzig, N. Bosch, F. Schuster, B. Weißer y U. Schittenhelm.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*. Introducción, traducción y notas de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (2007). *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico-penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de Santo Tomás.

- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho penal.* (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons.
- Sentencia SU-1184 (2001, 13 de noviembre). Acción de tutela. M. P. E. Montealegre Lynnet. Corte Constitucional.
- Sentencia C-692 (2003, doce de agosto). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. M. G. Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia T-327 (2004, quince de abril). Acción de tutela. M. P. A. Beltrán Sierra. Corte Constitucional.
- Sentencia 28017 (2007, catorce de noviembre). Casación. M. P. J. E. Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Silva Sánchez, J. M. (1986). *El delito de omisión. Concepto y sistema.* Barcelona: Librería Bosch.
- Silva Sánchez, J. M. (1994). "comisión" y "omisión". Criterios de distinción. *Cuadernos de Derecho Judicial. La comisión por omisión*, No. 23, 11-54.
- Velásquez, F. (2007). ¿Delito político o delito común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 11 de julio de 2007. En *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, No. 60 (pp. 134-144).
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General, t. I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho penal, Parte general.* 6 ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

IV

Bibliografía



AMBOS, Kai (Coord.)/COTE BARCO, Gustavo Emilio/ IBAÑEZ GUTIÉRREZ, Catalina/ SÁNCHEZ, Nelson Camilo/ TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando/ VILLA ROSAS, Gonzalo/ ZULUAGA T., John E. Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá: Editorial Temis, 2014, 296 páginas.

El catorce de junio de 2012, en desarrollo de lo que el gobierno llamara diálogos exploratorios con la guerrilla, el Congreso de la República aprobó el (Acto Legislativo) o Marco Jurídico para la Paz (MJP), que en el ámbito del artículo 22 de la Constitución Nacional, sienta las bases jurídicas para la futura investigación, juzgamiento y sanción de los hechos cometidos por miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que hayan sido parte del conflicto armado interno frente a aquellos hechos cometidos en relación con el mismo. Dicho Acto, autoriza a que por medio de Ley Estatutaria se creen mecanismos judiciales o extrajudiciales de justicia transicional, se establezcan criterios de selección de casos y priorización de la acción penal, se fijen límites para la “aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena”; y, además, autoriza “la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados” (art. 1° inc. 4°). Todo esto, con la finalidad de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera (art. 1° inc. 1°).

Todas estas concesiones, sumadas a las experiencias de los procesos de paz celebrados anteriormente en Colombia, de la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, y de otros similares en el ámbito internacional, generan un ambiente de desconfianza y preocupación en cuanto al cumplimiento real de las obligaciones adquiridas por Colombia ante el concierto de las naciones, de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al

Derecho Internacional Humanitario y, también, hacen palpable una futura intervención complementaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional. Además, por supuesto, de un posible fracaso en la puesta en práctica de los acuerdos a que se llegue en detrimento de los derechos de las víctimas.

Todas esas concesiones y otras más incluidas en el MJP, motivaron la presentación de una demanda de inconstitucionalidad por parte la Comisión Colombiana de Juristas, que fue resuelta por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-579 de 2013, por medio de la cual se declaró la exequibilidad de los apartes demandados.

La obra que aquí se reseña –publicada gracias a la colaboración del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de Göttingen, la Editorial Temis y la Fundación Konrad Adenauer–, estudia de manera sistemática el contenido de la mencionada sentencia, cuyos cargos de inconstitucionalidad incluían las expresiones ‘máximos’, ‘cometidos de manera sistemática’ y ‘todos’ los señalados en el inciso 4° del artículo 1° del AL, locuciones cuya importancia y relación con un sistema de justicia transicional fueron abordados por la Corte al hacer un análisis integral del artículo 1° inciso 4°. En torno a ello, el texto hace un grupo muy numeroso y nutrido de referencias bibliográficas que permiten al estudioso una mejor comprensión del contexto, alcance e implicaciones de la decisión de la Corte.

En cinco capítulos, los autores coordinados por el Prof. Dr. Kai Ambos quien también escribe en cooperación el primero de ellos, sintetizan y analizan los apartes más relevantes de la mencionada sentencia, con un sentido crítico y una visión integral, que les permite exponer las grandes falencias de la providencia, presentando un trabajo que se erige como un enorme aporte para la comprensión de un proceso de paz, cuyas futuras incidencias en nuestro país, tendrán eco en otras latitudes como un referente a seguir o evitar.

El primer capítulo, escrito en colaboración por Ambos y John E. Zuluaga, hace las veces de introducción presentando al lector, a través de un resumen de la providencia, los términos a los cuales se enfrentará a lo largo de la obra y junto a ello los puntos de la sentencia que han merecido la atención de los autores. Aquí, pues, se hace un breve análisis crítico e introductorio del uso del ‘juicio de sustitución’, la ‘constitucionalización de la justicia transicional’,

y los conceptos ‘paz estable y duradera’, ‘selección y priorización’, ‘cometidos de manera sistemática’ y ‘máximos responsables’ a propósito de la aplicación del mencionado juicio de sustitución, para finalmente exponer las atinadas conclusiones a que llegan los dos estudiosos, siendo una de ellas la de que junto al desarrollo legal del MJP debe trabajarse necesariamente en “mecanismos materialmente orientados a la paz, para no seguir alimentando la falacia normativista que envía el mensaje tan equívoco y tan discutible de que para la paz basta con una reforma constitucional o mecanismos formales y jurídicos para el tratamiento de los actores del conflicto” (pág. 17), reflexión digna de ser conocida por todos los colombianos y sobre todo por aquellos que tienen en sus manos la nada fácil labor de llevar su fin de forma exitosa el proceso de paz que hoy se adelanta.

A continuación, el profesional Gonzalo Villa Rosas consigna un ensayo que tiene fines meramente descriptivos y se ocupa de analizar los esquemas de argumentación utilizados por el juez constitucional en la sentencia C-579 de 2013 como un importante precedente en la línea jurisprudencial de la doctrina de la sustitución de la Constitución. En una introducción expositiva, hace breve alusión a la teoría de Robert Alexy de las tres operaciones básicas de aplicación del derecho y su relación con los esquemas argumentativos empleados por la Corte en su análisis sobre la constitucionalidad del Artículo 1° Inc. 4° del AL 01 de 2012, concretamente, en lo atinente a la doctrina de la sustitución de la Constitución, estudiada a profundidad en el siguiente apartado como herramienta para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre el poder reformativo de la Norma de normas. Así, se abordan los antecedentes jurisprudenciales de la mencionada doctrina en Colombia y, con ello, método implementado por la Corte en aplicación del juicio de sustitución; con todo, el completo análisis busca comprobar dos hipótesis: primera, la saturación del juicio de sustitución por medio de la ponderación por parte del juez constitucional en la búsqueda de solucionar los problemas de vaguedad de la doctrina de la sustitución de la constitución; y segunda, la “existencia de una relación asimétrica de necesidad y contingencia entre el uso de los esquemas de la ponderación y de la subsunción”(p. 21).

El capítulo siguiente, contiene el estudio de los juristas Nelson Camilo Sánchez y Catalina Ibáñez Gutiérrez, en el cual abordan el concepto de justicia transicional adoptado por la Corte Constitucional

colombiana –ahora elevado a rango constitucional–, su desarrollo jurisprudencial como modelo holístico, sus distintos enfoques y sus alcances junto con el examen comparado que de dicha figura emprende la Corte.

El siguiente acápite, esto es el cuarto, se intitula como “alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal”, a cargo del estudioso John E. Zuluaga T., en el cual se escudriñan los alcances reales de las finalidades consagradas en el art. 1 del MJP, esto es: “facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y seguridad para todos los colombianos”. Sobre esta base, presenta los antecedentes y propósitos esenciales del AL, y aborda un elemento importante dejado de lado por la Corte en la sentencia objeto de análisis como lo es el momento en el que materialmente se considera terminado un conflicto armado. Acto seguido, centra su atención en los criterios de selección y priorización que serían aplicados en la investigación penal y la gestión de casos para terminar aterrizando la discusión en las diferencias existentes entre los dos conceptos, la equívoca utilización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Corte Constitucional, y otras implicaciones de los conceptos señalados.

Finalmente, los becarios Gustavo Emilio Cote Barco y Diego Fernando Tarapués Sandino, partiendo de la base de una aproximación al sentido y alcance del artículo transitorio 66, realizan un análisis del juicio de sustitución utilizado por la Corte arriba relacionado, para enfatizar su crítica en el uso que esta última hace de la ponderación. Termina el capítulo con una importante referencia a la interpretación que de la expresión crímenes de guerra cometidos de manera sistemática realiza la Corte de espaldas a lo establecido por la jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Penal en los últimos años, así como a la interpretación de la expresión máximos responsables y sus alcances.

Realmente, es grato encontrar obras como la reseñada que son el resultado de importantes investigaciones y contribuyen al debate sobre el proceso de paz colombiano, en una época en que la Política Criminal, la criminología y la dogmática penal trabajan de forma independiente y responden a agendas separadas; muestra de ello son los grandes descuidos, si eso son, en que ha incurrido el legislador respecto del MJP y que tienen la capacidad de truncar

el camino hacia lo que el mismo AL señala como la finalidad de la reforma: la terminación del conflicto y la consecución de una paz estable y duradera. Por supuesto, solo el debate abierto y franco sobre los alcances de este AL y el acuerdo mismo de paz al que se llegue en La Habana, que por cierto parece haber quedado en manos de los ciudadanos y miembros de la academia, permitirán que se llegue a la paz en la forma adecuada; con ellos se evitará tener que recomponer el camino sobre la marcha con las consecuencias que la historia reciente ha demostrado. Apláudase, pues, este esfuerzo por su contribución a la discusión y promuévase el trabajo mancomunado de la dogmática y la Política Criminal, y dígase que si aquella no es el límite de ésta, por lo menos sus contenidos nutran el trabajo del legislador.

Juan Sebastián Calderón Bareño
Coordinador Especialización en Derecho penal
Universidad Sergio Arboleda
Bogotá, junio de 2014

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo. Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013, 680 p.

El texto objeto de la presente reseña, reflexiona sobre el concepto de oralidad y el conjunto de habilidades o competencias comunicativas que se deben reunir para un desempeño adecuado en las diferentes audiencias dentro del régimen penal de carácter acusatorio, en armonía con las normas del Código de Procedimiento en la materia. El autor recuerda que se nos situó ante un cambio en el cual las intervenciones en las diferentes audiencias, requieren amplia capacidad de escucha y del dominio de la palabra hablada y persuasiva, dinámica para la cual –en una cultura que venía de un sistema escritural inquisitivo– se requiere de tiempo, recursos y capacitación. Para esa necesaria, y a veces descuidada capacitación, el texto en examen resulta muy importante, no solo para los abogados que desde los distintos roles ejercen el Derecho sino para quienes, desde otras disciplinas, concurren al debate en pro de un desempeño profesional con solvencia.

El trabajo, se desarrolla en quince capítulos que se ordenan de la siguiente forma: el marco político y ético del sistema procesal acusatorio; el debate oral; la comunicación en la actuación procesal; los pasos para elaborar el discurso; la organización y estructura del discurso; el exordio o introducción; la narración, descripción y reconstrucción de los hechos; la prueba de los hechos; la argumentación e interpretación; la refutación; las conclusiones o epílogo; la expresión, el lenguaje y el estilo; la memoria y el diseño de ayudas audiovisuales; la práctica del discurso y, en fin, la pronunciación del discurso.

En el primer capítulo, como lo indica su título, se reflexiona sobre el marco ético y político del sistema procesal acusatorio, sus fines, valores, principios y garantías y su relación con el deber ser del proceso judicial en el Estado Social de Derecho; un ámbito en el cual el proceso se caracteriza por el debate, el diálogo, la argumentación y la refutación. En este acápite, también se enfatiza sobre la necesidad de que el operador jurídico reconozca esos aspectos y las funciones y fines del proceso dentro de los marcos constitucionales.

Así mismo, el capítulo segundo, explora los conceptos de debate oral, diálogo y la argumentación, y su utilidad en cada una de las audiencias establecidas para el procedimiento penal acusatorio. En

este apartado se reflexiona también sobre las necesidades de preparación de cada audiencia, el manejo de las emociones, y las especiales competencias argumentativas y dialógicas en la actuación procesal, de acuerdo al rol que a cada uno le corresponda y al momento en el cual se intervenga. En realidad, como lo anuncia el autor, este acápite ofrece elementos a los intervinientes e interlocutores para que logren orientar sus actos comunicativos sin que el debate se convierta en caos, amén de que puedan transmitir su discurso y persuadir.

El capítulo tercero, precisa tanto los componentes básicos en la comunicación y el lenguaje, trascendentales para el orador a la hora de comunicar su discurso en la actuación procesal y las audiencias, como de los factores que podrían afectar estos cometidos según el momento y la labor que se atienda. De igual forma, en los acápites cuarto y quinto, se hace un minucioso análisis del discurso y sus cometidos en cada una de las audiencias; se identifican los pasos para su elaboración y las pautas de organización y estructura interna del mismo según sea el caso, al tiempo que se hacen recomendaciones especiales para construir los distintos alegatos. En el capítulo sexto, se profundiza sobre las funciones del exordio o apertura del discurso y su importancia a la hora de captar la atención de los oyentes; con especial mención de algunas intervenciones de reputados abogados defensores.

También, en los capítulos séptimo y octavo se examina la problemática de los hechos y su acreditación a partir de las pruebas, los principios y momentos que las rigen de cara a construir una teoría del caso con éxito. Al tiempo, se ofrecen pautas para subsumir correctamente los hechos en la norma penal armonizándolos con los elementos de prueba de cada supuesto.

El capítulo noveno, presenta las nociones suministradas por los autores más representativos a lo largo de la historia sobre lo que se conoce como teoría de la argumentación o nueva retórica, antecedentes históricos, clases, componentes, justificación, métodos, y utilidad al interpretar, discutir y decidir sobre un problema jurídico concreto. En la parte final presenta algunas recomendaciones para el ejercicio de la persuasión, aplicadas a las audiencias en la vida práctica penal.

Igualmente, en el capítulo décimo se trata el importante tema de la refutación o contra argumentación, clases, cometidos de esta

actividad en la actuación procesal, supuestos objeto de esta práctica, errores comunes en ese ejercicio y las pautas para una refutación eficaz, o, como la describe el autor, el arte de “demoler la teoría contraria”. Así mismo, en el capítulo decimoprimeros se plantea, de forma breve y precisa, la importancia de las conclusiones o epílogo en la estructura de un alegato y en las diferentes audiencias en la actuación procesal, amén de los componentes para su adecuada presentación.

El capítulo decimosegundo examina la importancia del lenguaje, la expresión y el estilo, sus componentes y su trascendencia a la hora de impactar la realidad, en particular, en el campo jurídico. El capítulo decimotercero enfatiza la importancia de la facultad de la memoria en el discurso y el manejo de ayudas audiovisuales, a cuyo efecto presenta algunas recomendaciones como herramienta pedagógica, útil para la recordación de los contenidos del discurso. Además, en los capítulos decimocuarto y decimoquinto, se fijan algunas pautas acerca del ejercicio práctico del discurso, que incluye un repaso de los componentes básicos de la pronunciación que el orador requiere cultivar y dominar a la hora de establecer contacto con el auditorio.

Invito, pues, a los estudiosos del derecho a que consulten el texto del profesor Carlos Arturo Cano Jaramillo, cuyo contenido, como brevemente se anunció, se ocupa de temas trascendentales no solo para juristas sino para quienes –interesados en un exitoso ejercicio profesional– se inician en esta ciencia en un momento en el cual se pone a prueba y se ensaya un nuevo sistema de justicia oral, particularmente en el área penal. En conclusión, se trata de un texto que –en 674 páginas– contribuye al fortalecimiento de las competencias discursivas en el ejercicio de la abogacía en los distintos campos: como litigante, miembro de corporación pública, catedrático y académico en general, particularmente para las intervenciones en el procesal penal oral.

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo
Abogada, Especialista en Derecho penal.
Candidata a Magíster en Derecho.
Bogotá, junio de 2014.

V
Entrevista



Profesor JOHN A. E. VERVAELE

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

El Profesor Vervaele nació en Bélgica en 1956 pero, posteriormente, debido a sus actividades profesionales, obtuvo la nacionalidad holandesa. Es Máster en Derecho y Máster en Criminología de la Universidad de Gante (Bélgica); Doctor en Derecho de la Universidad de Amberes (Bélgica). Entre 1980 y 1985, se desempeñó como Investigador Asistente en Derecho Penal, Derecho Procesal penal de la Universidad de Amberes. También, entre 1985 y 1987, fue Investigador Senior adscrito al Ministerio de Justicia de Bélgica. A partir de 1987 comenzó a laborar en el Instituto Holandés de Investigación del Derecho Social y Económico (NISER) en la Universidad de Utrecht, Holanda. Luego, tras la defensa de su tesis doctoral en 1988 en Amberes, sobre el *ius puniendi*, fue nombrado Profesor adjunto de Derecho penal y Procesal penal y obtuvo la prestigiosa beca PIONIER otorgada por el Consejo Holandés de Investigación Científica, para el proyecto intitulado La ejecución del Derecho Europeo, entre 1991 y 1997.

En 1991 creó el Centro para la Aplicación del Derecho Europeo de la Universidad de Utrecht, por lo que fue nombrado Catedrático y Director. Desde 1996, también es Catedrático de Derecho penal económico y Europeo de la Universidad de Utrecht. En 2003 fue nombrado Vicedecano y Director de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht. Desde 2006 es vicepresidente de la Universidad de Utrecht para Latinoamérica. En la actualidad se desempeña como catedrático en las áreas de Derecho penal económico y medioambiente, Derecho penal tributario, Derecho procesal penal y Derecho penal europeo. También, enseña Derecho penal económico y medioambiental, Derecho tributario penal y Derecho penal europeo. Los temas centrales de su investigación son:

la aplicación del Derecho europeo; el Derecho procesal penal y los derechos humanos; el Derecho penal y la integración regional; el Derecho penal comparado y el terrorismo; el Derecho penal europeo e internacional.

Regularmente, se desempeña como profesor visitante en universidades de Italia (Roma, Parma, Trento), España (San Sebastián, Salamanca), Suiza (Friburgo), Bélgica (Lieja), Colombia (Bogotá, Ibagué), México (México, D. F.), los Estados Unidos (Columbia Law School en NY y American University Law School en Washington D.C.) y en China (Normal University, Beijing). También, fue elegido Presidente de la AIDP¹.

C. D. P.: Reciba un cordial saludo. En nombre del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, particularmente de la Revista Cuadernos de Derecho Penal; le agradecemos por haber aceptado dar esta entrevista.

Profesor Vervaele: Igualmente, muchas gracias por invitarme.

C. D. P.: Profesor, díganos: ¿actualmente se encuentra vinculado con alguna asociación de Derecho penal de su país?

Profesor Vervaele: En mi país siempre he sido miembro activo de las asociaciones nacionales en materia penal. Cuando cambié de país en 1987, de Bélgica a Holanda, he sido más activo en el segundo que en el primero, porque tenía que incorporarme a otro mundo, en un nuevo contexto; desde que entré a la Universidad estuve un período de un año en el Ministerio de Justicia como funcionario, pero desde que me reintegré a la Universidad siempre he estado activo en la más vieja organización internacional de Derecho penal que se llama la Asociación Internacional de Derecho Penal, la AIDP, que tiene una larguísima historia y para mí siempre ha sido una de las instituciones predilectas para la actividad internacional.

C. D. P.: Profesor, ¿qué puede contarnos acerca de su experiencia en la AIDP?

Profesor Vervaele: Pues la AIDP me atraía porque es el organismo más antiguo en el ámbito internacional en nuestro campo: fue fundado en 1889, con otro nombre en aquel momento y después, por la crisis desatada por la primera Guerra Mundial, fue refundado en 1924 y, desde entonces, existe como AIDP. ¿Por qué me atrajo? Porque es una comunidad para debatir las materias del Derecho

penal (parte general y especial), Derecho procesal penal y Derecho penal internacional; la AIDP se interesa mucho por el Derecho penal internacional en todos sus aspectos y, además, es un foro muy interesante de encuentros entre la academia y la práctica, en ella participan muchos jueces, fiscales, abogados, es decir, mucha gente vinculada con la administración de justicia. Entonces, para un joven penalista como yo, en ese momento, era un mundo fantástico y apropiado para descubrir muchas cosas en estas áreas del conocimiento.

C. D. P.: Profesor, ¿cuáles son las principales actividades de la AIPD?

Profesor Vervaele: La AIDP es un foro científico: en primer lugar, es una comunidad propia de gente que trabaja en la práctica, que quiere tener contactos con colegas de otros países. En segundo lugar, promueve la investigación, conferencias, publicaciones, etc. Pero quizá, en tercer lugar, la AIDP es más conocida por ser un organismo consultivo de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Unión Europea y la OEA. Cada cinco años, además, organiza un Congreso sobre Derecho penal, Procesal penal y Derecho penal internacional con una temática determinada, como puede ser el crimen organizado, el terrorismo, el medio ambiente, etc. y se producen resoluciones que van dirigidas a la ONU, el Consejo de Europa, la OEA, etc. Son como recomendaciones que, obviamente, no son vinculantes. Estamos hablando de una ONG, en ese sentido sobre la materia.

C. D. P.: ¿Que secciones tiene la AIDP?

Profesor Vervaele: Pues las secciones son clásicas. El año 1889 fue un período de grandes reformas, la AIDP que tenía otro nombre en aquel momento, se ocupaba de las reformas a la legislación; de reformas penitenciarias. Todas las discusiones de aquel tiempo entre penas y medidas de seguridad, que todavía subsisten hoy en día, Derecho penal común, Derecho penal especial, es decir, hubo muchas reformas y, por primera vez también, fue un momento en el que los penalistas se interesaron en el derecho comparado. Desde entonces la AIDP tiene cuatro secciones clásicas: la parte general, el Derecho penal especial, el Derecho procesal penal y lo que llaman Derecho penal internacional, pero este último es hoy diferente al de aquella época, pues históricamente se ocupaba sobre todo de problemas como la jurisdicción y la cooperación internacional en

materias penales. Hoy en día, obviamente, entran también ahí todos los tribunales, etc.

C. D. P.: ¿Funciona alguna sección para jóvenes penalistas en la AIDP?

Profesor Vervaele: Sí: esta es más reciente, creo que tiene unos diez o quince años no más, la idea ha sido promover el ingreso de más jóvenes en la organización y generar condiciones especiales donde ellos puedan intervenir; obviamente, pueden participar en todo el resto, pero hemos diseñado una sección especial que les permite a ellos desarrollar temas, hacer encuentros, realizar congresos de jóvenes penalistas, etc. Y esto ha funcionado bastante bien, en el sentido que ahora tenemos muchos jóvenes, que ya no lo son tanto, porque los jóvenes hasta los treinta y cinco años que han ido avanzando dentro de la organización, ahora ocupan cargos importantes al interior; por supuesto, este también es un método de renovación del organismo.

C. D. P.: ¿Si un joven Colombiano quisiera vincularse con la AIDP, que tendría que hacer?

Profesor Vervaele: En el fondo hay dos caminos, uno directo y otro indirecto. Para hablar de este último, debo decirles que la AIDP es un organismo internacional que tiene grupos nacionales; por desgracia el grupo colombiano no es muy activo y necesita más acción y empuje. Sin embargo, en general, si el grupo nacional no funciona, se pueden también afiliar de forma directa al organismo internacional, con lo cual adquieren la calidad de miembros activos de la misma. Ahora tenemos el Congreso cada cinco años; la primera semana de septiembre, por ejemplo, ha tenido lugar en Rio de Janeiro y, justo antes, se ha hecho un encuentro de jóvenes sobre todo lo que tiene que ver con la responsabilidad penal de jefes de empresa; y, en el congreso mismo, se hizo la discusión final sobre las resoluciones que se emitieron este año sobre la problemática "Sociedad informática y Derecho penal". Por supuesto, han concurrido muchos jóvenes penalistas que van por su cuenta.

C. D. P.: ¿La AIDP tuvo alguna incidencia en el establecimiento de la Corte Penal Internacional?

Profesor Vervaele: Sí, ha tenido mucha influencia porque creo que ha sido el organismo más activo en ese sentido, obviamente por nuestra trayectoria y misión, y, también, por la actividad del

Presidente de entonces que era Cherif Bassiouni quien fue muchos años presidente y él era uno de los grandes promotores de la Corte Penal Internacional; por ello, ha habido mucha sinergia entre la AIDP y la Corte, la AIDP pues ha sido extremadamente activa en el establecimiento de la misma.

C. D. P.: ¿Concretamente, qué aportes ha hecho la AIDP al establecimiento de la Corte Penal Internacional?

Profesor Vervaele: yo diría sobre todo en la vía política diplomática para establecerla, obviamente en la actividad de hoy en día la AIDP no tiene ningún papel especial; no es que intervenga en casos, no, porque esa no es nuestra función, ahí lo hacen los abogados, los fiscales, etc. Por supuesto, si se hiciera una reforma del estatuto sí podríamos tomar parte como una ONG, pero no en casos concretos.

C. D. P.: ¿En la actualidad tiene algún vínculo académico en Colombia?

Profesor Vervaele: Sí, soy profesor visitante desde hace muchos años en Colombia, he enseñado aquí en Bogotá en las universidades de Los Andes y Santo Tomás; en Ibagué en la Universidad Corporativa de Ibagué; en Medellín en las Universidades EAFIT y de Antioquia; y, durante los últimos cuatro o cinco años, soy profesor visitante, casi fijo, de la Universidad Sergio Arboleda.

C. D. P.: ¿Cómo se vinculó usted con el mundo académico Colombiano?

Profesor Vervaele: Esto ha sido un poco funesto, me explico: en Alemania conocí a Emiro Sandoval Huertas, cuyo nombre lleva el grupo de investigación científica del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Apenas empezando nuestra amistad se produjo la gran tragedia del Palacio de Justicia en cuyos hechos violentos él perdió la vida. La primera vez que vine a Colombia fue, pues, por ese motivo.

C. D. P.: ¿Qué clases imparte usted en la Universidad Sergio Arboleda?

Profesor Vervaele: Dicto dos cursos: uno, sobre Derecho penal internacional que es un curso más amplio sobre la internacionalización del Derecho penal o del sistema penal nacional, es decir, se habla

tanto de las convenciones sobre la criminalidad organizada, el Derecho internacional humanitario, el Derecho penal y los derechos humanos, etc. El otro, lo doy desde hace tres años y es sobre metodología de la investigación jurídica, una materia muy nueva, sobre todo para juristas.

C. D. P.: ¿Profesor, cuáles cree usted que son los principales retos para los actuales sistemas penales y de Derecho procesal penal en el continente latinoamericano?

Profesor Vervaele: Es una pregunta muy difícil porque aquí hay una serie de cosas muy contradictorias: de un lado, el continente latinoamericano, vista la historia –y me refiero a la historia de las dictaduras, etc., que no se han acabado en todos los países–, tiene una tradición de gran impunidad. Entonces, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos o del núcleo duro de delitos internacionales, hay un problema muy serio de impunidad, claro, de vez en cuando es un problema legislativo, pero casi en todos los casos es de aplicación de la legislación, pues el sistema como tal funciona mal. Este es el problema número uno. Muy contradictoriamente, yo diría desde el punto de vista legislativo, esto no es típico de América Latina, pero también es un desafío para este continente, porque la proliferación de leyes penales ha llevado a un Derecho penal simbólico.

Por otro lado, los bienes jurídicos que merecen tutela penal, junto con otros sistemas de aplicación de la ley, gracias al Derecho administrativo, el Derecho administrativo sancionador, el Derecho civil y el Derecho disciplinario, etc., están cambiando y ello también sucede en América Latina; si miramos el medio ambiente, los mercados financieros, ciertos delitos económicos, etc., nos damos cuenta de que esos países también tienen cierto retraso a nivel legislativo. La discusión sobre el papel del Derecho penal y estos nuevos bienes jurídicos, colectivos muchas veces, claro, es todavía todo un debate, por ejemplo, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en América Latina está apenas para empezar.

Como usted ve, son cosas muy contradictorias: falta lo penal y sobra lo penal. En el fondo la cuestión es preguntarse: ¿qué Política Criminal coherente y legitimada, sería la más adecuada para América Latina? Porque claro, cada continente, cada país dentro de un continente, tiene sus propias exigencias.

C. D. P.: ¿En el caso Colombiano, usted qué consejos daría para encausar la marcha de nuestro sistema?

Profesor Vervaele: Colombia es especial en este sentido, porque la impunidad es muy elevada; hablo solo de delitos comunes, de homicidio, extorsiones, secuestro, etc.; todas las estadísticas lo demuestran, es decir, hay una gran deficiencia en el funcionamiento del sistema penal. Claro que es típico todo lo que dije sobre los nuevos bienes jurídicos, creo que el debate también está presente aquí como en todos los países. ¿Qué es típico para Colombia, que quizás otros países no lo tienen en la región Latinoamericana, o lo tienen mucho menos? Obviamente, aunque no lo es solo para Colombia, es el conflicto armado que es uno de los más antiguos del continente y todo el contexto del debate sobre posibilidades o necesidades de la justicia transicional, todo ello relacionado con la justicia y la paz, con los acuerdos de paz, etc. Y, obviamente, ahí el Derecho penal tiene un papel muy importante.

C. D. P.: ¿Cree que la justicia penal, particularmente el procedimiento penal, ha sido transformado por el paradigma del crimen organizado y el terrorismo?

Profesor Vervaele: En eso creo que no hay duda, si uno mira cuáles han sido los paradigmas: lucha contra la droga, crimen organizado, actos de terrorismo (que van en el fondo combinados), son prototipos que justifican o han justificado una emergencia del sistema punitivo, el penal obviamente es parte del sistema punitivo. Cambios muy fuertes en la parte general; en la parte especial con la creación de nuevos delitos; en el procesal, se ve una gran expansión del Derecho penal en su aplicación; y, también, mudanzas en la parte internacional sobre todo en la materia de cooperación y jurisdicción. En todo lo que uno se pueda imaginar ha habido cambios fortísimos. Lo más importante, yo lo diría otra vez, es la expansión del sistema penal en todos sus aspectos: lo más significativo es lo que llamamos el Derecho penal proactivo, es decir, un Derecho penal que se utiliza para prevenir delitos, no para punir delitos. Claro, conocemos toda la función preventiva del Derecho penal, pero es una función preventiva específica o general vinculada con delitos cometidos, aquí el Derecho penal se convierte en un instrumento de control social preventivo, obviamente cuando no se produce la comisión de un delito ya es solo proactivo, no hay sospechoso, esto es, todos los ciudadanos son sujetos pasibles de este Derecho penal de control. Entonces, ese Derecho penal de emergencia ha ido cambiando;

en el fondo, toda la filosofía del Derecho penal, los objetivos, los instrumentos, etc. y ello pone en peligro todos los principios básicos de un Derecho penal clásico, garantista. El impacto, pues, ha sido inmenso y lo sigue siendo.

C.D.P.: ¿Cuáles cree usted que son los principales retos planteados por la globalización a la justicia criminal?

Profesor Vervaele: Esta es otra pregunta muy compleja, porque la globalización tiene puntos muy positivos, tanto para la sociedad como para el Derecho penal, y aspectos muy negativos obviamente. Los cambios negativos vienen de los fenómenos de la globalización como tal, es decir, hay una internacionalización de ciertos tipos de criminalidad y nuestro Derecho penal en gran medida está organizado todavía con la arquitectura de los estados-naciones, de jurisdicciones nacionales con instrumentos de cooperación; entonces cuando ciertos tipos de criminalidad se internacionalizan, se globalizan completamente, es muy difícil para los estados-naciones dominar eso. El debate empieza con la jurisdicción: ¿tiene jurisdicción en su propio territorio? Lo vemos, por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos para la prostitución, o con la pornografía infantil en países como Tailandia. Claro, es un fenómeno global ¿Por qué Tailandia? Porque hay mucha oferta. La jurisdicción es muy complicada, porque ella se extiende al proteger víctimas y autores, lo cual complica mucho las cosas; lo mismo sucede en ciertos sectores económicos, financieros, en los cuales hablamos de los delitos económicos y financieros de las grandes multinacionales, caso en el cual los estados nacionales no pueden, no son capaces, no tienen la jurisdicción, no tienen la capacidad para perseguirlos y la comunidad internacional no está preparada para eso. Entonces es claro: esta globalización crea unos desafíos importantes y ni el Derecho penal ni las autoridades políticas que él crea están listos para afrontar esos fenómenos. Esta es la parte negativa.

La parte positiva, creo, tiene que ver con globalización de valores, de estándares y con la universalización, porque tampoco tenemos que exagerar, de los derechos humanos o de los derechos fundamentales; obviamente, es algo de los últimos cuarenta o cincuenta años y esto se ve en los tratados, en las cortes, en la aplicación del Derecho. Algo que hasta la Segunda Guerra Mundial era casi impensable. Entonces, claro, el impacto de estos derechos fundamentales, de los derechos humanos sobre el Derecho penal nacional ha sido también enorme, a través de cortes de derechos humanos, de

cortes internacionales y de la propia incorporación de estos valores a nivel doméstico.

Así las cosas, la globalización tiene muchas caras, se trata de algo muy complejo en lo económico, en lo político y en lo jurídico, tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo y en el ámbito del Derecho penal. No tenemos que olvidar que –y quiero recordar que todavía en los años setenta me tocó estudiar el Derecho penal como un producto única y exclusivamente del Estado nacional–, los tiempos han cambiado mucho.

C.D.P: ¿Qué opina usted de la Dogmática penal en el continente Latinoamericano?

Profesor Vervaele: Esta es una pregunta delicada, porque sé que la influencia de la Dogmática en el Derecho penal (obviamente mucho menos en el procesal penal), en el Derecho penal sustantivo en América Latina –siguiendo la tradición española y alemana– ha sido enorme; personalmente, no tengo nada en contra la Dogmática, todo lo contrario, pero me quedan dos dudas en relación con su influencia en el continente latinoamericano.

Creo que la Dogmática ha ocupado demasiado espacio, ella es importante, pero hay mucho más que la Dogmática: tan importantes son el Derecho procesal penal y la Criminología, es decir, la parte científica empírica o teórica de la construcción de la ley y de su aplicación desde el punto de vista de la Sociología y de la Criminología. Claro, la Dogmática ha tenido aquí una posición predominante. El problema es que la ciencia penal ha sido muy ciega ante la realidad local, es decir, Alemania no es Colombia, Alemania tampoco es Bolivia, y la interacción entre la realidad social del continente, de cada país del continente, y su Derecho penal ha sido muy difícil, en mi opinión por la omnipresencia de la Dogmática. Este no es un llamamiento a tirarla a la basura, ella es una elaboración teórica muy importante para edificar las necesidades y las fronteras del Derecho penal, pero no puede ser la única ciencia penal.

C.D.P: ¿Qué opina usted de las actuales corrientes dogmáticas norteamericanas y anglosajonas, que poco a poco empiezan a permear el Derecho continental?

Profesor Vervaele: Yo no sé si esta pregunta sea correcta porque Dogmática norteamericana o anglosajona en el sentido clásico de la palabra –en el alemán– no existe casi en Estados Unidos o en

Inglaterra, esto es, como doctrina de la Parte general o de la Parte especial de los códigos penales. Tienen algunas cosas, principios, jurisprudencia que se ocupa obviamente del derecho sustantivo, etc., pero dogmática como cuerpo cerrado de una construcción, no existe. Así las cosas, si usted hace referencia a eso no lo hay. Sin embargo, yo creo que su pregunta alude es a otra cosa muy distinta: obviamente, la influencia del *common law* en el continente latinoamericano ha ido creciendo, sobre todo en la parte sustantiva, pero a través de los paradigmas de que hablamos; y ello sucede no solo en Norteamérica o en Inglaterra, esto es mundial, en el derecho continental, en Alemania o en Italia. Así las cosas, Estados Unidos e Inglaterra han sido el motor de esos paradigmas, pero este derecho no viene solo de esos dos países sino también de otros como Italia a través de su legislación antimafia, por ejemplo.

Sin embargo, creo que el impacto ha sido mucho más fuerte en lo procesal, como se puede observar en toda la gran reforma actual y no solo en América Latina sino en otros continentes en materia del proceso penal, gracias a lo cual se observa el paso de un sistema semi-inquisitivo a uno inquisitivo-acusatorio; ello, por supuesto, supone la existencia de una agenda norteamericana extremadamente fuerte, no inglesa, porque los ingleses en esto no tienen programado extender ese diseño. Por ello, los Estados Unidos exportan esas reformas como un producto de desarrollo desde su región a los otros continentes: Asia, los países ex comunistas en Europa y, por supuesto, a la América Latina.

C.D.P: ¿Cómo ve usted a Colombia frente a ese paradigma, esto es, la influencia del sistema estadounidense?

Profesor Vervaele: El problema de estas reformas es que el proceso penal está muy vinculado con la arquitectura del sistema nacional respectivo; no obstante, si un sistema penal está bien hecho, tiene equilibrios de poder y control entre la fase de la investigación y la del juicio, entre la fiscalía y los jueces de control o de garantías, entre la policía y la fiscalía, es decir, es un sistema con una arquitectura bien hecha, cuando en esa construcción cambia un elemento del sistema este se cae. El problema de la reforma norteamericana del sistema acusatorio es que ellos poseen un modelo para todo el mundo y no tienen en cuenta el contexto local, por eso cuando esas reformas se han puesto en práctica –y yo no digo que sean malas– han creado muchísimos problemas no previstos.

Para darle un ejemplo: la idea de que el proceso penal se limite al juicio y de que todo se haga en el seno del juicio oral; obviamente, ello es muy bello en la teoría pero es ciego en la realidad. Es una idea completamente ciega porque, claro, antes del juicio hay ciertos actores que tienen muchísima influencia, quizá no en el código pero sí en la práctica, como sucede con la policía. Por ello, hacer una reforma del sistema procesal penal sin mirar a la policía me parece súper peligroso y esto se ha visto en muchos países que han introducido un sistema acusatorio, mediante el cual se ha hecho más floja la posición de los jueces y de los fiscales, y han reforzado el poder de la policía. Esto en el contexto de América Latina no me parece un buen camino.

C.D.P: ¿Qué sugeriría usted para morigerar esa situación y esos efectos que percibe como no adecuados?

Profesor Vervaele: Hemos visto un buen ejemplo en Europa, no por la influencia de los Estados Unidos, pues la propia Italia ha implantado un sistema acusatorio en reemplazo de un modelo muy inquisitivo; lo introdujeron porque lo querían ellos, pero muy rápido se han dado cuenta de que este modelo ideal no funcionaba y han tenido que remediar el asunto con reformas legislativas y con muchísima jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, con lo cual han llegado a un sistema que en el fondo es de medio camino. De esta manera, lo mejor sería hacer una reforma teniendo en cuenta desde el inicio el contexto local y ver cuál o cuáles son los mejores instrumentos que poseen otros sistemas para introducirlos en un contexto determinado. Por eso, yo no creo en una reforma en bloque con un modelo llamado a funcionar en todos los países.

C.D.P: ¿Qué participación habría que darles a organismos como la policía, por ejemplo, en esas reformas?

Profesor Vervaele: La policía, obviamente, tiene un papel muy importante en la investigación, trátese de la policía judicial o de la policía con funciones judiciales, da igual; en cualquier modelo la policía, de hecho, tiene un papel fundamental en el sistema procesal penal y podemos llamarlo semi-inquisitivo, inquisitivo a secas o acusatorio, obviamente el uso de las pruebas debe ser diferente: mediato, inmediato, etc. Pero la policía tiene un papel preponderante, pues no es el ciudadano el que va a recoger las pruebas. En Inglaterra y Estados Unidos, por ejemplo, ella controla

totalmente el sistema acusatorio. Por eso, hacer una reforma en la que se ubique con toda claridad la relación entre la policía y la fiscalía en el contexto latinoamericano es un asunto muy difícil, porque si yo lo comparo con lo que sucede en los sistemas europeos y norteamericanos, observo que la fiscalía controla a la policía, aquí no, en muchos países no; entonces, si se refuerza el poder de la policía ello cuesta mucho dinero y en muchos países eso no funcionan bien; el dinero es dinamita.

C.D.P: ¿Cuál cree usted que es, en el contexto actual, el futuro del Derecho internacional público frente al Derecho penal interno?

Profesor Vervaele: En todo caso, antes de hablar del futuro, es claro que el Derecho internacional público en todas sus facetas tiene una gran influencia: convenciones como la de Palermo, por ejemplo, están relacionadas con el Derecho penal sustantivo, el Derecho humanitario y los derechos humanos; el Derecho internacional público tiene muchas facetas. Ahora bien, su impacto en el Derecho penal, en el sistema penal interno ha ido creciendo en las últimas décadas, de esto no hay ninguna duda. Sin embargo, esto es bastante nuevo y tiene que ver también con la globalización; por eso, creo que a futuro solo va crecer y ello sucede porque, justamente, los estados-naciones de hoy se encuentran en una situación tal que ya no son capaces de afrontar solos los problemas que se plantean. Además, la movilidad de la gente ha crecido y no va a disminuir durante los próximos años, por lo cual es claro que la interacción entre los diferentes niveles de órdenes jurídicos solo va a crecer.

Entonces, preveo que tanto al nivel convencional como al de la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos, al de la Corte Penal Internacional o al de la Corte de la Haya, su papel va a aumentar. Por ello, cada vez va a ser más importante para el estudiante de Derecho o para el practicante del derecho, conocer más a fondo las fuentes del Derecho internacional público, las prácticas y la interacción entre los diferentes órdenes jurídicos.

C.D.P: Detengámonos ahora en los conflictos internos y en la justicia transicional. ¿Cree usted que los acuerdos entre los negociadores y el Gobierno colombiano, deben consultar o estar acordes con la Convención Interamericana de Derechos Humanos?

Profesor Vervaele: El contexto de la justicia transicional en Colombia es obvio, ello se observa por la historia del conflicto, por la

Ley de Justicia y Paz y, ahora, con las negociaciones de La Habana, donde se discuten posibles acuerdos de paz; el concepto, pues, está sobre la mesa y eso no se puede ni se debe evitar. Sin embargo, cabe preguntar ¿cuál es el marco de aplicación del Derecho penal en el contexto de la justicia transicional? En primer lugar, se debe decir que el Estado y sus agentes y la otra parte, los representantes de las FARC, tienen que cumplir con las obligaciones internacionales que surgen obviamente de las convenciones sobre los derechos humanos y de la jurisprudencia, aquí en particular la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la de la Comisión, las que provienen de la ONU, del Estatuto de Roma y de la CPI. Este es el paquete de obligaciones. Ciertas cosas son tan claras que no son negociables, no todo es negociable, como si mañana acuerdan la expedición de una amnistía general, esto no es negociable, porque no puede haber una amnistía general; quizás pueda haber una amnistía condicional cuyas condiciones surjan de la discusión. ¿Para quién?, ¿para qué? y ¿cómo? En ese contexto hablamos de responsabilidad, es decir, precisamos a quién perseguir, a quién declarar responsable, a quién imponer penas; se está, pues, en el ámbito de la ejecución de las penas que tiene muchas modalidades.

Además, téngase en cuenta que no todo es negociable para ambas partes, el Gobierno y sus agentes, es decir, incluyendo obviamente el Ejército y a sus mandos bajos, los paramilitares y, por supuesto, también a la guerrilla. Es decir, hay un marco para aplicar la justicia transicional que tiene muchas modalidades, diversas posibilidades, pero hay límites claros que no se pueden rebasar. Este es el punto número uno.

En segundo lugar, obviamente en un contexto de justicia transicional no hablamos de Derecho penal ordinario, es decir, se hace referencia a otras modalidades distintas a él, sino no es así no sería transicional. Pero cabe preguntar: ¿dónde están las otras modalidades? Obviamente, se alude a la paz, la verdad y la justicia; por ello, es ahí donde se debe remodelar la justicia para llegar a la paz pero sin masacrar la verdad y, obvio es decirlo, entran mucho en juego las víctimas con todos sus derechos.

Este es el contexto de la justicia transicional; extremadamente complejo y que ha sido objeto de estudio en una sentencia muy reciente de la Corte Constitucional colombiana, relacionada con el Acto Legislativo que contiene el llamado Marco jurídico para la Paz, que está contenido en una sola hoja. La sentencia de la Corte es

extremamente interesante, porque contiene un gran fondo, es casi un manual de la historia de la justicia transicional mundial, pero en su fundamentación en concreto la Corte todavía es muy prudente porque, claro, el Acto Legislativo es muy limitado en su extensión como para poder discutir sobre las modalidades de la ponderación entre la justicia, la paz y la verdad; por eso, creo que ese Acto Legislativo debería ser más amplio y, seguramente, ello se va a lograr cuando se expidan las correspondientes leyes estatutarias.

C.D.P: Profesor, en su respuesta anterior, usted ha hecho referencia a los valores de la paz, la verdad y la justicia ¿a partir de su experiencia, cuál de ellos debe primar en los procesos de justicia transicional?

Profesor Vervaele: Yo no creo que haya una jerarquía; los tres valores son extremadamente importantes, sin embargo lo trascendental es lo que he dicho antes: hay un marco dentro del cual se pueden ponderar los tres, pero él tiene sus limitaciones, es decir, hay ciertas cosas que no son ponderables o negociables, porque ello está condicionado por las obligaciones trazadas en los convenios en materia de derechos humanos y en el Estatuto de Roma. En ese sentido, pues, hay un límite jurídico a esta ponderación.

Así las cosas, cuando se trata de gravísimas violaciones a los derechos humanos, que constituyen delitos internacionales, etc., la ponderación va a ser más limitada que en otras cosas; por ejemplo, en tratándose de la amnistía condicional que ya he mencionado más arriba, hay ciertos puntos que son muy claros y hay otros que no lo son porque la jurisprudencia internacional no los alcanza a abarcar. Además, Colombia es un caso muy especial porque ha habido muchas violaciones provenientes de ambas partes, las masacres han sido enormes, el promedio de personas desplazadas es el más grande del mundo; además, todavía no se puede hablar de posconflicto y ello demandará muchos años de trabajo en este frente. No hablamos, pues, de cosas pequeñas sino muy graves.

C.D.P: ¿Qué opina usted de la doctrina recientemente elaborada por la Corte Constitucional de Colombia frente al concepto de bloque de constitucionalidad?

Profesor Vervaele: Yo he estudiado mucho las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia; profeso una gran admiración por su jurisprudencia que, en general, es muy rica, muy bien fundamen-

tada y tiene conocimiento a profundidad de las tradiciones constitucionales tanto de los Estados Unidos como de los países Europeos y, de vez en cuando, también se alude a las de otros países como África del Sur o Asia, es decir, hay gente muy preparada laborando allí.

Así las cosas, para referirme a la pregunta concreta sobre el bloque de constitucionalidad, pienso que es una muy buena construcción teórica y que ha tenido la gran ventaja de que ha podido incorporar como Derecho doméstico o Derecho interno, un gran paquete de obligaciones que provienen del Derecho Internacional Público, sobre todo en lo relacionado con el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Es esta una forma inteligente de adoptar una concepción monista, que no cae en los extremos de otros tribunales del continente latinoamericano como, por ejemplo, Brasil, donde se acoge una concepción dualista, en virtud de la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema (porque no hay Corte Constitucional en Brasil, la Corte Suprema cumple las dos funciones) casi nunca hace referencia a los derechos humanos o al Derecho internacional humanitario, porque para ellos no es un Derecho interno. Ello marca un distingo con países como Argentina, Chile y Perú, que han introducido la influencia de los Derechos Humanos en su Derecho interno, pero con base en un sistema mucho más complejo; han tenido que romper leyes internas para incorporar la jurisprudencia. Creo, pues, que el trabajo de la Corte Constitucional de Colombia en la materia que me preguntan es uno de los más avanzados, quizá el más avanzado en el continente latinoamericano, incluso mucho más que el de ciertos países Europeos. Tengo, pues, una gran admiración por el trabajo de la Corte Constitucional y por esta teoría.

C.D.P: ¿Cuáles son las cinco obras de Derecho Penal que un estudioso del área penal siempre debería leer?

Profesor Vervaele: Esta es la pregunta más difícil, en mi lengua se dice el veneno está en la cola: yo creo que es imposible dar los nombres de cinco libros; lo que sí podría decir es que hay ciertas obras que un jurista interesado en el Derecho penal de hoy, joven o no, tendría que leer y me refiero también al continente latinoamericano.

Para entender la sistemática del Derecho penal sustantivo, tiene que leer un buen manual de Parte general. Aquí en el continente hay unos muy buenos, hay una gran tradición, solo para nombrar dos: está el clásico de Zaffaroni; y aquí también hay unos muy buenos,

por ejemplo el de Velásquez, yo no digo que el uno sea mejor que el otro, obviamente el de Velásquez tendrá más relación con la realidad local colombiana, pero creo que para un jurista, un penalista, es importante entender la estructura del Derecho penal sustantivo en su parte general, en relación con la parte especial. Este sería un tipo de libro que se debe leer, con un par de ejemplares.

Ello, creo, es necesario combinarlo con la lectura de un buen texto de Derecho penal procesal; deben estudiarse juntos. A mí no me gusta la separación entre lo penal y lo procesal penal, ni en la formación ni en la práctica: Ahí, claro, el material es mucho más escaso, pero un texto clásico es el de Roxin; sin embargo, en la Argentina la escuela de Maier y otros han producido un material muy interesante en materia de Derecho procesal penal, que debe leerse.

La tercera fuente de lectura, para un penalista, es justamente la interacción con el Derecho internacional público y aquí hay mucho material también en Argentina, porque en la relación entre derechos humanos y el sistema penal ellos han hecho un gran trabajo; y, aunque los textos no han sido elaborados por penalistas sino por estudiosos de los derechos humanos, hay una gran excepción en el libro escrito por el mismo Zaffaroni sobre los sistemas penales de derechos humanos, a inicios de los años noventa del siglo pasado. En él se hace una relación clara entre el sistema penal y los derechos humanos, sin olvidar la parte empírica; creo que es clave leer algo así.

Cuarta fuente: cualquier penalista debe leer, al menos, un buen libro de criminología y aquí también en el continente Latinoamericano tenemos grandes contribuciones. El mismo Zaffaroni, acaba de publicar un manual, no sé si lo puedo llamar como tal, pero es más bien una historia de la Criminología. Este texto es interesante pero es muy enciclopédico. Yo aconsejaría leer un libro moderno de Criminología que permita entender el funcionamiento del sistema, por ejemplo, un autor que me gusta mucho y que trabaja en Inglaterra y Estados Unidos, es David Garland; me parece muy accesible, escribe muy bien y publica mucho sobre las teorías de la punición, se ocupa pues de lo metajurídico. También, sería muy interesante para cualquier penalista leer algo que combine la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho y lo penal; para ello, obviamente, creo que no hay mejor que Ferrajoli, en especial Derecho y razón, es un clásico que cualquier penalista tiene que leer.

La última fuente. Yo diría que un buen libro de literatura relacionado con el sistema punitivo, con los fundamentos y la forma como funciona el castigo, con la culpa, es decir, con temas de la parte general y de la parte especial. Sobre ello, hay libros bellísimos como los de Kafka o Dostoievski, que se ocupan del núcleo duro de lo penal, de cosas muy concretas. También, hay libros que no más abstractos, que tienen que ver con el poder político, sobre cómo organizar una sociedad o dónde está la libertad de las personas en relación con el poder punitivo; al respecto en América Latina hay mucho material, sin embargo un libro precioso y ya no tan leído, es 'El señor presidente' del guatemalteco Miguel Ángel Asturias quien fue Premio Nobel de Literatura. Es un texto muy pequeño, que no tiene ciento cincuenta páginas, pero habla en el fondo del concepto de dictadura en sociedades como éstas y explica muy bien la relación entre poder político al extremo y el ciudadano completamente desprotegido, esto para un penalista es clave entenderlo.

Estos serían mis consejos en materia de lectura para un penalista hoy en día. Como ve no sólo debe ocuparse de la Dogmática.

C.D.P: Finalmente, Profesor Vervaele ¿Qué consejo le daría usted a quienes se inician o aspiran recorrer el camino del conocimiento jurídico-penal?

Profesor Vervaele: Quienes aspiran a recorrer el camino de la producción del conocimiento somos todos nosotros los ciudadanos; por ello, puede tratarse de jóvenes universitarios o de personas que trabajan en la práctica; por supuesto, ello va a depender de la actitud de la persona, de su curiosidad intelectual o artística (esto es clave) y de su disciplina. Insisto sobre eso, porque este es un mundo muy disperso en el cual los jóvenes no deben tener solo con los medios de comunicación para avanzar en su formación sino que requieren de mucha disciplina y concentración.

Por eso, si uno se deja dispersar por este mundo de imágenes recorrer el camino del conocimiento se torna muy difícil, para evitarlo se requiere una buena actitud personal, metodología de aprendizaje y metodología de la reproducción que puede ser a través de muchas formas: escribir, comunicar, enseñar, practicar en la profesión o en la vida privada, etc., y ello se debe compartir con los ciudadanos, colegas, amigos y la misma familia. Por supuesto, no creo que esto sea específico para el conocimiento penal, sino que se trata de una verdad válida para la producción de todo conocimiento, el penal en ese sentido no tiene nada de especial.

Nota

- ¹ Perfil editado a partir de la información consignada en la web, disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/CurriculumVervaele.html> y de los datos suministrados por el Profesor Vervaele.

INSTRUCTIVO AUTORES*

La Revista *Cuadernos de Derecho Penal*, órgano de divulgación científica adscrito al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, tiene una periodicidad de dos números anuales y publica artículos originales evaluados bajo la modalidad de pares ciegos en el área de Derecho Penal. Tiene por objetivo facilitar la difusión del conocimiento científico desarrollado al interior de la institución, en la academia y en otras instancias científicas en los ámbitos nacional e internacional.

Tipo de artículos

Para efectos de hacer prevalecer la calidad de la revista, solamente se recibe documentos bajo las siguientes categorías:

- a) Artículo resultado avance parcial o final, de proyecto de investigación.
- b) Artículo de reflexión. Se trata de un documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor sobre un tema específico.
- c) Estados del arte o artículos de revisión. Definido por Colciencias como aquel escrito que sistematiza y analiza los resultados de investigaciones, publicadas o no publicadas, sobre un campo del conocimiento.
- d) Reseña bibliográfica.
- e) Traducciones.
- f) Recensiones bibliográficas.
- g) Entrevistas.
- h) Comentarios Jurisprudenciales.

Todo lo anterior, enmarcado siempre dentro de las siguientes áreas de conocimiento: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Política Criminal, Investigación Criminal, Derecho Penal Económico, Historia de las Ciencias Criminales y Derecho Internacional Penal.

* Las siguientes pautas se aplican desde el número 10; y, a partir de este número y en virtud del proceso de Indexación, se cambió del formato de citación Icontec a las normas APA en su 6ta. Edición, 2009.

Recepción de artículos

La aceptación del artículo se efectúa de forma digital, por medio del correo electrónico: cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

Información del estado del artículo. Se informará al autor sobre el estado del trámite del trabajo en un plazo máximo de doce meses. Se podrá solicitar el retiro de un artículo mediante solicitud electrónica dirigida al Director o al Editor de la revista, el cual se hará efectivo luego de la respuesta escrita por el mismo medio.

Aspectos formales y estructura del artículo: Los trabajos deben presentarse en letra palatino 10 y ceñirse a las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.

El documento debe contener:

- a) Título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo.
- b) Nombre del autor (es) y la institución en la cual se llevó a cabo el trabajo.
- c) Si fuere producto de un proyecto de investigación, se debe indicar el nombre del proyecto del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- d) Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (*abstract*). Al final de los resúmenes, tanto en español como en inglés, deben ir las diez palabras clave, que den una idea de los temas fundamentales que se plasman en el trabajo.
- e) Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los trabajos de revisión o estados del arte, según exigencias de Publindex – Colciencias– deben contener un mínimo de cincuenta referencias bibliográficas.

Referencias

- a) Al final del artículo se incluirá un acápite de referencias bibliográficas ordenado alfabéticamente, con base en las normas APA, en especial la 6ta Edición, 2009.
- b) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- c) Una vez publicado el trabajo, los derechos de impresión y reproducción por cualquier medio son del editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

Proceso de selección

Al someter sus artículos científicos al proceso de selección los aspirantes deben tener en cuenta lo siguiente:

- a) Todo material postulado debe ser original.
- b) El autor debe firmar una carta de originalidad del trabajo.

Proceso de arbitraje, dictamen o evaluación de artículos. Con el fin de calificar los trabajos en cuanto a forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación, los textos se someterán a evaluación preliminar del Comité Editorial y Científico, y posteriormente, a dos *par ciegos*.

El proceso de revisión, dictamen o arbitraje de los artículos postulados a pares ciegos se hará conforme a las siguientes indicaciones:

a) Todo original será sometido a dictamen por pares académicos (especialistas), preferentemente bajo la modalidad doble ciego.

b) Para la revisión de artículos se guardará el anonimato de los autores de los textos frente a sus evaluadores.

c) El proceso de dictamen o evaluación de los artículos supone un examen preliminar por el los Comités Editorial y Científico con el fin de calificar el documento previamente en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación; posterior a esto, se envía el artículo a dos pares ciegos, y, una vez aprobado, se remite a los autores para hacer las correcciones o recomendaciones de ser este el caso.

El documento debe ser devuelto con los cambios para continuar con el proceso de edición y, en caso de presentarse controversia entre los conceptos de ambos pares evaluadores, se remite a un tercer evaluador; una vez éste conceptúe, regresa a los Comités Editorial y Científico donde se toma la decisión final de aceptación o rechazo del mismo.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los asesores del Comité Editorial y Científico propongan al autor y del concepto de cada par evaluador externo. El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir las modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación. De no ser aprobado el artículo en la evaluación preliminar o en la evaluación por pares ciegos se comunicará a los autores la decisión con una breve explicación.

d) Con el fin de clarificar y facilitar la calificación del artículo se entregará a cada par evaluador el formato de dictamen utilizado por la revista Cuadernos de Derecho Penal.

Agradecemos su atención,

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director.

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ BERMÚDEZ
Coordinador.

BIBIANA MUÑETONES ROZO
Gestora Técnica.

Cuadernos de Derecho Penal

DOCTRINA

- El largo camino hacia la verdadera independencia judicial: de la Revolución francesa a nuestros días. *Juan Luis Gómez Colomer.*
- El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. *Ana Milena Díaz González.*
- Hábeas corpus 797-3. *Fernando M. Machado Pelloni.*
- La relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado. *Andrés Felipe Díaz Arana.*

JURISPRUDENCIA

- Posición de garante y funciones militares. *Fernando Velásquez Velásquez.*

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai (Coord.) AA.VV. Justicia de transición y constitución: Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional. Bogotá: Editorial Temis, 2014, 296 p. *Juan Sebastián Calderón Bareño.*
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo. Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales, 2013. 680 p. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

ENTREVISTA

- Profesor John A. E. Vervaele. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*

