

# DERECHO PENAL Y CRÍTICA AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
NODIER AGUDELO BETANCUR**

**TOMO 1**

## COORDINADORES

Prof. **Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ**  
Universidad Sergio Arboleda  
Director del Departamento de Derecho Penal  
Bogotá, D. C.

Prof. **Ricardo POSADA MAYA**  
Universidad de los Andes  
Director del Área Penal, Procesal Penal  
y Criminología  
Bogotá, D. C.

Prof. **Alfonso CADAVID QUINTERO**  
Universidad EAFIT  
Director del Área Penal  
Medellín

Prof. **Ricardo MOLINA LÓPEZ**  
Universidad Pontificia Bolivariana  
Director del Centro de Investigaciones  
Medellín

Prof. **Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA**  
Universidad EAFIT  
Director revista *Nuevo Foro Penal*  
Medellín



© UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

© GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ  
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur  
Teléfonos: 2300731-2386035

*Librería:* Calle 12 B N° 7-12 L. 1  
Tels.: 2835194 -2847524  
Bogotá, D.C.-Colombia  
<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico. Queda prohibida su reproducción en el territorio español, especialmente por fotocopia, microfilme, *offset* o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-262-0

Diagramación electrónica: *Clara Gómez C.*

© 2013

## COLECCIÓN CIENCIAS PENALES

**RICARDO POSADA MAYA**  
Director

### COMITÉ EDITORIAL

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ  
Universidad Sergio Arboleda, Colombia

YÉSID REYES ALVARADO  
Universidad de los Andes, Colombia

LOTHAR KUHLEN  
Universidad Mannheim, Alemania

WALTER PERRON  
Universidad de Freiburg, Alemania

MARCELO SANCINETTI  
Universidad de Buenos Aires, Argentina

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER  
Universidad Jaume I de Castellón, España

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Madrid, España

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ  
Universidad Pompeu Fabra, España

ENZO MUSCO  
Università "Tor Vergata", Italia

MARIO TRAPANI  
Università Roma Tre, Italia

JOSÉ HURTADO POZO  
Université de Fribourg, Suiza

Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur / Fernando Velásquez Velásquez... [et al.]. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes, 2013.

2 v. ; 24 cm.

Incluye bibliografías.

ISBN 978-958-749-262-0

1. Agudelo Betancur, Nodier - Homenajes 2 Derecho penal - Colombia 4. Administración de justicia penal I. Velásquez Velásquez Fernando.

343 cd 21 ed.

A1404243

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

## EL DETERIORO DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL DERECHO PENAL ACTUAL<sup>1</sup>

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA\*

*Cualquier jurista despreciaría un fallo que  
abiertamente haga caso omiso de un texto legal,  
aunque esa omisión se haga por razones  
valorativas que compartiera el mismo jurista*  
(C. S. NINO)

### I. EL DETERIORO ACTUAL DE LA CULTURA DE LAS GARANTÍAS Y DEL ESTADO DE DERECHO

Siempre se ha destacado el carácter intrínsecamente ambivalente del derecho: por un lado es una fuerza opresora y ejercicio de control y al mismo tiempo –al menos en un Estado de derecho– límite al ejercicio de dicho poder y en tal sentido también garantía de los derechos y libertades individuales. Esta ambivalencia es aún más visible en el derecho penal, pues en razón del contenido de las sanciones penales la cara represiva del derecho se muestra de una forma particularmente odiosa; al mismo tiempo, por esta misma razón, la función de garantía adquiere en el derecho penal una vital importancia. Como lo ha enseñado el profesor Nodier AGUDELO BETANCUR:

Si el derecho penal, entendido como *función punitiva* es un instrumento de control social (al lado de otros como la educación, la cultura, la religión, etcétera), el derecho penal como *derecho objetivo*, una vez instaurada la norma, debe servir de dique o control que señale las órbitas de intervención

\* Profesor de derecho penal de la Universidad EAFIT, Medellín – Colombia.

<sup>1</sup> El presente trabajo se elaboró en el marco del proyecto de investigación sobre “Conflicto armado, derechos humanos e impunidad”, realizado conjuntamente por las universidades EAFIT (Medellín, Colombia) y de Zaragoza (España), con ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), Proyecto A/023087/09. La coordinación de dicho proyecto estuvo a cargo de las profesoras Gloria María GALLEGU GARCÍA y María José GONZÁLEZ ORDOVÁS.

del Estado; y la *ciencia del derecho penal* debe ejercer también control en sentido amplio o en sentido restringido para evitar que el poder tenga desbordamientos irracionales<sup>2</sup>.

El equilibrio entre estas funciones ha constituido una permanente aspiración del derecho penal moderno, que ya desde BECCARIA defendió la idea de un derecho penal orientado a la prevención de los comportamientos socialmente dañosos, pero al mismo tiempo limitado a lo estrictamente necesario para alcanzar dicho fin, dado que la pena consiste en un mal tan o más grave que el delito mismo<sup>3</sup>. Ello ha implicado la existencia de unas tensas relaciones entre derecho penal y derechos humanos, por cuanto si bien se dice que el primero se orienta a la prevención de lesiones a los bienes jurídicos y por tanto también y en términos generales a los derechos de las personas, es evidente que para ello utiliza una herramienta consistente precisa y efectivamente en la vulneración o cuando menos limitación de derechos personales (vida, libertad personal, patrimonio, etcétera). De ahí, por consiguiente, que en un Estado de derecho el recurso penal solo resulta aceptable como último y extremo recurso; y de ahí también la existencia de un cúmulo de principios penales cuya función principal es la de restringir el uso del poder punitivo estatal solo a aquellos eventos en los que, además de su necesidad desde el punto preventivo, se satisfacen ciertas exigencias mínimas de respeto a toda persona humana, exigencias que en la fase actual de nuestro desarrollo histórico y cultural han sido erigidas en garantías constitucionales. Por ello, los derechos humanos, o mejor, los derechos fundamentales, han sido entendidos hasta ahora como límites al ejercicio del poder penal del Estado, que se concretan en garantías penales y procesales específicas (legalidad, lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, defensa, etcétera)<sup>4</sup>. Papel de garantía que también deben cumplir las tradicionales reglas de atribución de responsabilidad penal.

No obstante, en los últimos años se ha evidenciado una transformación de estas funciones tradicionales de la justicia penal que, de medio de prevención o reacción frente a daños en el sentido indicado atrás, se ha venido convirtiendo

2 AGUDELO BETANCUR, N., “Crítica y control del poder punitivo del Estado”, estudio preliminar a BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, p. LXI.

3 BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, pp. 111 y ss.

4 Al respecto, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 209 y ss.

en instrumento de la política de seguridad, mediante el cual se pretende algunas veces mantener o incrementar la seguridad subjetiva y otras tantas promover valores que se consideran importantes en la actualidad<sup>5</sup>. Y un derecho penal entendido como medio de obtención de consenso y seguridad subjetiva, en tanto no se orienta a la mejora de las condiciones materiales de seguridad de las personas (protección de bienes jurídicos) sino a promover “sensaciones de seguridad”, tiende no a su limitación sino a su expansión, pues las demandas de seguridad son ilimitadas y antes que disminuir, aumentan en una sociedad conflictual que no ha resuelto los problemas reales de sus miembros. Con el agravante de que entendida la función penal de esta forma, la pena no es ya el último y amargo recurso sino el primer e imprescindible medio de generación de seguridad.

Lo anterior explica en alguna medida el punitivismo que caracteriza los sistemas penales en la actualidad, pues se ha creado la idea de que tal sensación de seguridad solo se logra mediante el recurso de la pena. Ello, en lo legislativo, se manifiesta en la permanente expedición de leyes penales que crean nuevos delitos o aumentan penas<sup>6</sup>; y en lo judicial, en la creciente demanda de condenas por parte de algunos sectores sociales y políticos pero sobre todo de los medios de comunicación. Y claro, como las demandas se encaminan no solo a la obtención de más penas sino a que se impongan más fácilmente, las garantías penales y las tradicionales reglas de atribución de responsabilidad penal se presentan como obstáculos que impiden la satisfacción de los nuevos fines de la intervención penal, lo cual está motivando su radical transformación, pues de límites a la intervención penal del Estado tienden a convertirse en criterios de incriminación. De la misma forma, se asiste a una revisión casi generalizada de los criterios de

5 Sobre el particular, HASSEMER, W., “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001; DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 06-03, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>, 2004.

6 Véase SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en DIEZ RIPOLLÉS/GARCÍA PÉREZ, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*, Buenos Aires/Madrid, B. de F./Edisofer, 2008, pp. 75-118; el mismo, “Las reformas penales en Colombia: entre la ineficacia y el autoritarismo”, en G. M. GALLEGO GARCÍA/M. J. GONZÁLEZ ORDOVÁS (coord.), *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011.

atribución de responsabilidad cuya característica principal es la sustitución de los elementos probatoriamente exigentes por criterios puramente normativos.

Este punitivismo que caracteriza el ambiente penal de hoy se encuentra avalado en alguna medida –cuando no jalonado– por algunas tendencias del derecho penal y la política criminal, entre las cuales destacan los discursos del derecho penal del enemigo, el derecho penal del riesgo y, paradójicamente, el discurso de los derechos humanos.

## II. EL DEBILITAMIENTO DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA EN ALGUNOS MODELOS PENALES DE LA ACTUALIDAD

### A. EL DISCURSO DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

No cabe dudas de que el discurso del denominado “derecho penal del enemigo” de JAKOBS<sup>7</sup> es, a diferencia del modelo de derecho penal de este autor, ya no solo funcional sino también fuente del punitivismo reinante en la actualidad, por cuanto dicho discurso se presenta de la mano de una concepción de la intervención punitiva estatal como instrumento de incapacitación o inocuización social, que conduce a un modelo penal ilimitado, pues el “enemigo” es definido como aquel individuo que no acepta la norma y al que, por tanto, no se puede reintegrar a la sociedad y solo cabe someter<sup>8</sup>.

Con este modelo de intervención penal tradicionalmente se ha aludido a la respuesta penal frente al terrorismo, que dio lugar a un derecho penal de “excepción” o de “emergencia” que durante muchos años ha coexistido con el sistema penal ordinario<sup>9</sup>. La diferencia de hoy está en que durante muchos años

7 JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 21-56.

8 JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *Op. cit.*, pp. 33 y ss. Véanse las críticas puntuales de JIMÉNEZ REDONDO, M., “El diablo como persona. Sobre la idea de Günther Jakobs de ‘derecho penal del enemigo’”, en J. C. CARBONELL MATEU/ J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y E. ORTS BERENGUER (dir.); M. L. CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1061-1078.

9 Cfr. SERRANO-PIEDecasas, J. R., *Emergencia y crisis del Estado social (análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*, Barcelona, PPU, 1988. En Colombia, PÉREZ TORO, W. F./VANEGAS YEPES, A. L./ALVAREZ/MARTÍNEZ, C. M., *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Diké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997;

se cuestionó la legitimidad de este tipo de intervención penal, en razón de su contradicción con algunos de los postulados básicos del Estado de derecho; no obstante, dichos cuestionamientos no tienen hoy en día la misma fuerza cuando, en esencia, el mismo modelo de intervención rige el tratamiento jurídico penal de algunas formas de criminalidad, tales como la denominada “criminalidad organizada”<sup>10</sup> y la delincuencia sexual<sup>11</sup>.

En todo caso, vale la pena resaltar que un buen sector de la doctrina penal continúa siendo bastante crítico de este modelo de intervención estatal<sup>12</sup>, por lo que más bien podría decirse que el discurso del “derecho penal del enemigo” carece de aceptación general, aun cuando goza de muy buena salud en la práctica legislativa actual<sup>13</sup>.

## B. EL DERECHO PENAL DEL RIESGO

De mucha mayor aceptación doctrinaria suelen gozar algunas propuestas de “modernización del derecho penal”<sup>14</sup>, acorde con las demandas derivadas de la

APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006.

- 10 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009; crítico, SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Los estragos de la lucha contra la ‘criminalidad organizada’ en el sistema penal: el caso colombiano”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Cádiz, 2009, pp. 135 y ss.
- 11 SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delitos sexuales violentos”, en ARROYO ZAPATERO, L. /BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dir.), *Homenaje al doctor. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 699-709; crítico, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 07-01, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/respc07-01.pdf>, 2005; en Colombia, VÉLEZ, L. A., “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 71, Medellín, Universidad EAFIT, 2007, pp. 92 y ss.
- 12 En general, véanse los trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Edisofer-B. de F., 2006.
- 13 Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “Las recientes reformas penales en Colombia...”, *Op. cit.*, pp. 91 y ss.
- 14 Sobre este concepto, HASSEMER, W., “Viejo y nuevo derecho penal”, p. 17; sobre la “modernización” del derecho penal, en general y desde diferentes perspectivas, MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001; SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal...*, *Op. cit.*; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 42 y ss.

denominada sociedad del riesgo<sup>15</sup>. Entre las características de esta modernización se destacan las siguientes:

- 1) La existencia de nuevos intereses de carácter universal y nuevos riesgos, que ameritan la intervención penal.
- 2) La aparición de nuevos bienes jurídicos de vago o nulo contenido material hace que el delito tiende a configurarse como infracción de un deber y no como lesión de un bien jurídico. A su vez, el principio del bien jurídico deja de ser concebido como un límite al legislador y se convierte en una razón para la intervención penal.
- 3) El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a daños y se transforma en instrumento de la política de seguridad, por lo que termina justificándose por sus funciones simbólicas, al no buscar ya la producción de efectos en la realidad sino garantizar la seguridad subjetiva.
- 4) Se tiende a la protección del contexto, que lleva a una especie de administrativización del derecho penal, por la proliferación de los tipos de peligro abstracto y las leyes penales en blanco.
- 5) Relativización de los principios del derecho penal y flexibilización de las reglas de la imputación. Al debilitamiento del principio de lesividad hay que agregar el deterioro de la garantía de estricta legalidad<sup>16</sup>, pues la ley ya no se orienta de forma privativa a la descripción de actos materiales lesivos de bienes jurídicos y verificables empíricamente sino más bien a la descripción de funciones<sup>17</sup>. Por otro lado, como supuestamente las

15 Cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 29-70. Un detallado análisis de las propuestas penales basadas en dicho modelo, en MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 23 y ss. En Colombia se ha referido al tema, ARIAS HOLGUÍN, D. P., *A propósito de la discusión sobre el derecho penal "moderno" y la sociedad del riesgo*, Cuaderno de investigación, Documento 42, Medellín, Universidad EAFIT, 2006, pp. 17-28.

16 Cfr. FERRAJOLI, L., "Crisi della legalità e diritto penale minimo", en CURI, U. y PALOMBARINI, G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 15 a 18; Süß, F., "El trato actual del mandato de determinación", en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000, pp. 223 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 95-97. En Colombia, véase a MEJÍA, L. M., "El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, No. 78, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 107 y ss.

17 En especial, MOCCIA, S., "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pp. 113 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 68 a 78.

demandas preventivas no pueden ser satisfechas a través de las categorías propias del derecho penal tradicional, se está procediendo a la revisión de las reglas de atribución de la responsabilidad penal. Es así como la actual dogmática del delito ha comenzado a discutir de nuevo el concepto de acción y los presupuestos personales de la responsabilidad penal, pero buscando ahora abarcar no solo a las personas físicas o naturales sino también a las personas jurídicas<sup>18</sup>. Asimismo, el recurso legal a los tipos de peligro abstracto logra obviar las “dificultades” derivadas de la exigencia de una relación de causalidad<sup>19</sup>, pues el injusto se agota en la creación del peligro objetivo, concepción del injusto que a su vez ha producido una revalorización de las teorías cognoscitivas del dolo<sup>20</sup>, pues el carácter doloso de un comportamiento depende ahora solo del conocimiento del riesgo de la acción, con lo que el hasta hace poco esencial elemento volitivo desaparece o, en todo caso, se le desconecta del resultado.

Lo anterior supone una clara relativización de los principios fundamentales del derecho penal, los cuales son vistos cada vez más como obstáculos a las nuevas funciones del derecho penal. Por ello se puede afirmar que quizá el mayor o al menos más importante costo de la modernización del derecho penal lo representa la reducción de garantías penales en general. Con el agravante de que, a diferencia del discurso del derecho penal del enemigo, en este caso dicha pérdida de garantías goza de mayor legitimación, pues se orienta a la protección de intereses legítimos por medio de cambios que no se plantean como una excepción o suspensión del Estado de derecho, por lo que ha recibido el aval y la promoción de un importante sector de la doctrina jurídico-penal. Es más, en la mayoría de ocasiones las propuestas se plantean precisamente como una profundización y avance del Estado social y democrático de derecho<sup>21</sup>, sin importar que supongan

18 Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2003, pp. 55-100.

19 Al respecto, críticamente, HASSEMER, W., “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, p. 242; y STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 339-430.

20 Una síntesis de la discusión, en LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

21 Así, entre otros, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas...*, pp. 11 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002; GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos...*, p. 54; PORTILLA CONTRERAS, G., “La supuesta crisis de la teoría

el desmonte de las características básicas del derecho penal liberal, llamado ahora “clásico”, también a veces con el mismo sentido peyorativo con que FERRI llamaba “clásico” el derecho penal de CARRARA, en oposición al “moderno” que él y la *Scuola Positiva* representaban<sup>22</sup>.

Por consiguiente, también conforme a esta nueva concepción, el derecho penal está dejando de ser un instrumento de defensa del individuo frente al poder estatal, para convertirse en instrumento de promoción o reafirmación de los intereses sociales. Y también en este caso se le exige al derecho penal la función de garantizar seguridad subjetiva, ya no frente al riesgo representado por el terrorista, agresor sexual o inmigrante, sino frente a las nuevas amenazas propias del desarrollo tecnológico y la globalización.

En países como Colombia, sin embargo, este discurso del derecho penal del riesgo carece de relevancia práctica, pues por lo general las propuestas y cambios en tal sentido no superan la simple consagración legislativa; aunque cabe resaltar que por esta vía ha sido posible extender la relativización de los principios de garantía del derecho penal y la flexibilización de las tradicionales reglas de la responsabilidad penal a nuevos ámbitos, de manera que algunas de las características del derecho penal del riesgo (delitos de peligros abstractos, leyes penales en blanco, administrativización del ilícito penal, etcétera) han terminado convertidas en características del derecho penal ordinario<sup>23</sup>.

### C. EL DERECHO PENAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin duda uno de los discursos que en Colombia está influyendo de forma más clara en el deterioro del papel limitador de algunos de los tradicionales principios del derecho penal y en la flexibilización de algunas categorías del sistema de responsabilidad penal es el de los derechos humanos. Este discurso

del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes jurídicos colectivos”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GUARDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 895 a 928.

22 Sobre el particular, AGUDELO BETANCUR, N., *Grandes corrientes del derecho penal: Escuela clásica (El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara)*, 2ª ed., Bogotá, 1993, pp. 1-12.

23 Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., “¿El derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista Penal*, No. 21, Madrid, 2008; el mismo, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, No. 31, Bogotá, 2010.

tiene la importancia de gozar de gran legitimidad y de una gran incidencia práctica en una realidad como la colombiana, en la que la violación de los derechos humanos ha sido una práctica sistemática y permanente que ha dejado un número considerable de víctimas, en medio de una confrontación interna de larga duración<sup>24</sup> que ha hecho de la “guerra sucia” y de la violación sistemática de los derechos humanos una práctica reiterada y generalizada.

La relevancia de este discurso en Colombia se debe fundamentalmente al hecho de que si bien en términos generales se acepta la existencia de un conflicto armado, no ha existido consenso sobre la aplicación de las reglas del derecho internacional humanitario, razón por la cual toda la conflictividad política ha terminado trasladándose a la justicia penal, con todas las consecuencias negativas que ello acarrea<sup>25</sup>. Por un lado, dicho conflicto armado ha posibilitado la existencia de un “derecho penal de enemigo” en acción, es decir una legislación penal concebida no tanto como un medio de prevención de lesiones a bienes jurídicos sino, en primer término, como un instrumento más de la lucha contrainsurgente, cuyo objetivo pareciera ser el sometimiento del enemigo a cualquier precio; lo destacable es que a diferencia de lo que sucede en otros lugares, no se trata aquí de modelos de derecho penal o de especulaciones teóricas, sino de un derecho penal *en acción* y que, en mayor o menor manera, impacta todo el sistema penal.

Dado que se trata de una conflictividad interna real, la misma ha dejado un número considerable de víctimas, muchas de ellas de graves violaciones a los derechos humanos, que también han trasladado la reivindicación de sus intereses al campo de la justicia penal, ante la ausencia de otros espacios en los cuales tramitar sus exigencias de verdad, justicia y reparación.

Tradicionalmente en Colombia el papel de la víctima en el sistema de justicia penal se encontraba circunscrito a la posibilidad de reclamación del pago de los perjuicios derivados de la conducta punible, interviniendo esta como parte civil en el proceso penal. No obstante, a partir de la Sentencia C-228 de 2002 (MPs Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett) de la Corte Constitucional los poderes de la víctima en el proceso penal se han venido ampliando de manera considerable, todo ello a partir de los derechos a la

24 PÉREZ TORO, W. F., “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, No. 16, Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.

25 Véase APONTE, A., *Guerra y derecho penal de enemigo...*, pp. 183 y ss.

verdad, la justicia y la reparación reconocidos a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, sobre todo en escenarios de justicia transicional o de derecho internacional<sup>26</sup>.

Pero bien se sabe que una cosa es hablar de verdad, justicia y reparación en un marco de justicia transicional o en juicios adelantados por organismos internacionales contra un Estado por violación a los derechos humanos y otra bien diferente exigir tales derechos en un proceso penal, cuyo objetivo exclusivo es decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo, que suele acarrear para él la imposición de penas que suponen graves afectaciones a sus derechos fundamentales.

Por ejemplo, no es que al derecho penal no le interese la verdad de lo ocurrido, sino que hasta ahora dicha verdad se ha entendido fundamentalmente como una condición de validez de la sentencia condenatoria y, en tal sentido, como una garantía del imputado referida al grado de comprobación de la hipótesis que fundamenta la condena<sup>27</sup>. Luego, en sentido estricto, el proceso penal no busca propiamente esclarecer la verdad histórica sino solo aquella que interesa en función de la hipótesis de hecho de una figura delictiva; pero no solo eso, el proceso penal es un escenario que antes que facilitar limita la averiguación de la verdad, al imponer el respeto a ciertas reglas<sup>28</sup>, tales como la exigencia de algunos requisitos formales de admisibilidad de la prueba o de contradicción de la misma, etcétera

Por el contrario, si de lo que se tratara fuera de conocer la verdad histórica o real tales limitaciones devienen no solo innecesarias sino inclusive contraproducentes. Y por ello un proceso penal que pretende también satisfacer el derecho a la verdad de la víctima tiende necesariamente a prescindir, o al menos relativizar, muchas de las garantías propias del proceso penal del Estado constitucional.

Y lo mismo sucede con la reivindicación del derecho a “la justicia” por parte de la víctima, pues también en ese caso resulta bien diferente dicha pretensión en un marco de justicia transicional que en un proceso penal, en el que en estricto

26 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-209 de 2007.

27 Al respecto, con claridad, PASTOR, D., *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2009, pp. 25 y ss.

28 Véase PASTOR, D., *Encrucijadas del derecho penal internacional...*, pp. 64-73.

sentido no se puede hablar de la existencia de una víctima hasta su culminación en una sentencia condenatoria, esto es, cuando ya se ha acreditado conforme al debido proceso la existencia de un delito y de un sujeto responsable del mismo<sup>29</sup>. En efecto, es bien sabido que en el primero de los ámbitos señalados el denominado derecho a “la justicia” por parte de la víctima abarca una serie amplia de medidas penales y sobre todo no penales<sup>30</sup>; por el contrario, en un proceso penal las demandas de justicia por parte de la víctima se reducen a la exigencia de condena a cualquier costo, razón por la cual en este escenario la sentencia justa pareciera ser solo la condenatoria y la condena justa no es ya la que respeta las garantías del debido proceso sino la que satisface los intereses de la víctima.

También por esta vía la existencia de principios y límites que condicionan la validez material de una sentencia penal suele entenderse contradictoria con los derechos de la víctima y, por tanto, están siendo relativizados, cuando no abiertamente desconocidos, en nombre de la nueva “justicia” representada por la satisfacción de los deseos punitivos de la víctima.

Tal situación ha repercutido de forma directa en la actividad del juez, quien paulatinamente ha dejado de ser el garante de los derechos del imputado para convertirse en el principal receptor de las demandas de punición de la víctima, que para él se convierten en algo así como un “deber de condena”. Como bien lo explica PASTOR:

El estilo expansivo del derecho penal ha afectado a la Judicatura no solo por la necesaria sobrestimación de sus funciones al construirla en colegisladora debido a la deficiente taxatividad de los tipos penales del derecho inflacionario, sino que además ella misma ha asumido como propia la tarea de ‘llevar el derecho penal a todas partes’ y a partir de ello ha hecho una interpretación expansiva también de los preceptos penales clásicos para aplicarlos, sobre todo ante los oscuros y confusos reclamos

29 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, Comares, 2009, p. 40; en general, pp. 17-41.

30 Al respecto, UPRIMNY YEPES, R., “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en UPRIMNY YEPES, R. et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, 2006, pp. 17-44.

públicos, mediáticos u iushumanistas de ‘más cárcel’, a situaciones antes no abarcadas por ellos<sup>31</sup>.

En tal dirección los medios de comunicación cumplen una función protagónica, pues en no pocas ocasiones el cubrimiento mediático de algunos hechos pareciera orientarse más a ejercer presión sobre el legislador o sobre los jueces encargados del asunto, que a informar de lo sucedido. Para solo mencionar un ejemplo, resulta tendencioso el cubrimiento que algunos medios de comunicación suelen dar a algunas decisiones de los jueces de garantías, sobre todo cuando decretan la ilegalidad de alguna captura por parte de la fuerza pública; en efecto, lo que suele acaparar la atención en tales casos suele ser la decisión judicial, supuestamente generadora de “impunidad” o por lo menos de “inseguridad”, mostrando ante la opinión pública la idea de una justicia penal débil frente al delito. Muy poco se debate en tales casos las razones por las cuales el juez de garantías decretó la ilegalidad de la captura, que en la gran mayoría de los casos tiene que ver con procedimientos arbitrarios y vulneración de derechos fundamentales. Ni por lo general se deja lo suficientemente claro que la ilegalidad de la captura no impide que el proceso continúe y pueda culminar con una sentencia de fondo.

Se trata entonces de un cubrimiento mediático que sin duda privilegia la idea de seguridad frente a las garantías, relativizando ante los ciudadanos el papel de la ley como referente principal de las actuaciones estatales en el control del delito.

### **III. EL PAULATINO ABANDONO DEL CARÁCTER VINCULANTE DE LA LEY**

Lo anterior refleja uno de los signos más preocupantes de la realidad actual de la justicia penal, cual es el alejamiento cada día más significativo del carácter vinculante de la ley.

Este deterioro de la función de garantía atribuible a la ley penal se produce tanto en el momento de su creación como de su aplicación. En efecto, en el campo legislativo esta tendencia se manifiesta de manera principal por medio de la expedición de leyes penales con tipos de contenido indeterminado, en lo

31 PASTOR, D., *Encrucijadas del derecho penal internacional...*, p. 244.

que ha constituido una práctica usual del legislador colombiano de tiempo atrás y en tal medida no constituye ninguna novedad; aunque resulta curioso que ahora hasta el gobierno nacional objete proyectos de ley por la vulneración de la garantía de taxatividad, como ocurrió recientemente con el denominado “Estatuto antidiscriminación” (Ley 1482 de 2011).

En realidad, lo novedoso se produce en el ámbito de aplicación de la ley, en el cual se han hecho evidente las tendencias al debilitamiento del papel limitador de los principios tradicionales del derecho penal y, en particular, del principio de legalidad, por una parte y, por otra, la orientación a la interpretación y elaboración de construcciones dogmáticas cada vez más desvinculadas del derecho positivo.

Quizá uno de los signos más alarmantes del deterioro de la función de garantía del derecho penal lo constituye la relativización del otrora intocable principio de legalidad en la jurisprudencia reciente. Esta tendencia se evidenció inicialmente en la jurisprudencia constitucional<sup>32</sup>, que mediante sentencias interpretativas empezó a extender la pena de algunos delitos más allá de las previsiones legales, por lo general en nombre de las víctimas y de la mano de una discutible interpretación del principio de igualdad.

Sin embargo, lo novedoso de la situación actual se encuentra en el hecho de que a través de recientes decisiones la CSJ ha dado un paso más, pues en nombre del derecho a la “verdad”, y sobre todo de la “justicia”, ha llegado inclusive al extremo de entender que la calificación de un hecho como delictivo no siempre exige una ley previa que lo consagre o que fije la pena correspondiente. Tal perspectiva se ha dado fundamentalmente en procesos que tienen que ver con graves violaciones de derechos humanos, lo cual resulta más que paradójico, pues hasta hace poco la exigencia de ley previa era entendida como una de las garantías esenciales del derecho fundamental a un debido proceso<sup>33</sup>.

32 Cfr. OROZCO ABAD, I./GÓMEZ ALBARELLO, J. G., *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1999.

33 Sobre el particular, ALVAREZ, J. C., “La mutación del principio de legalidad en el derecho penal colombiano a partir de la interacción con el derecho penal internacional”, en GALLEGU GARCÍA, G. M./GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *Conflicto armado, justicia y reconciliación*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2012, pp. 275 y ss.; MEJÍA, L. M., “El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 78, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 107 y ss.

Los casos más sobresalientes en este sentido seguramente son los autos de 13 de mayo de 2010 (proceso No. 33118) y del 16 de diciembre de 2010 (proceso No. 33039) de la CSJ.

El primero de dichos casos se refiere a la masacre de Segovia ocurrida en 1988 (en vigencia del Código Penal de 1980) y se trataba en este caso de dilucidar si los hechos debían ser calificados como un concurso de homicidios (conforme a la legislación vigente al momento de su comisión) o como genocidio (delito que solo existe en el ordenamiento penal colombiano a partir del código penal de 2000). El problema a resolver lo resumió la propia CSJ de la siguiente manera:

El análisis que aquí corresponde, se limita a determinar si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible, Vgr (*sic*), bajo la descripción del delito de genocidio, aun cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadra dentro de las exigencias de tratados internacionales que obligan que su tipificación sea como tal y no como otra conducta, aunado a la posibilidad de que frente a la misma no se pueda hablar de prescripción de la acción penal, en atención a su definición como delito de –Lesía Humanidad.

La CSJ resolvió el problema de la siguiente manera:

Por lo anterior, es plausible que si bien es cierto, en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislador en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, *sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad”* (*sic*) (p. 37) (cursivas añadidas).

*(...) es aceptable, sin vulnerar el principio de legalidad (sic), sancionar una conducta constitutiva de un crimen de connotación y trascendencia internacional, como el genocidio, aun cuando la misma se cometiera antes de la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 y, posterior, a la ratificación*

y aprobación interna de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, situación que, además, permite armonizar tal tesis con la referida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en donde también se menciona la no prescripción de las macrovulneraciones. Parámetros que, por exigencias y de acuerdo a la normativa internacional no son desconocedores de la parte fundamental del derecho penal ni de las garantías, igualmente fundamentales de los procesados por dichos crímenes, pues *la atrocidad por la que se les juzga permite que frente a ellos tales garantías sean reducidas a su mínima expresión –sin ser desconocidas o vulneradas– y, contrario sensu, sean exaltadas las de las víctimas de las conductas constitutivas del mencionado crimen, así como las de la propia humanidad*. He aquí las razones por las cuales se le considera uno de los delitos constitutivos de –*delicta iuris Gentium*– (pp. 59-60) (cursivas añadidas).

En el segundo de los casos mencionados se trataba de decidir, en el marco de la Ley 975 de 2005 (“Justicia y paz”), si algunos hechos confesados por el procesado alias “Juancho Dique” debían ser tipificados como “homicidios comunes” de conformidad con la legislación vigente al momento de la comisión de los hechos, que era el Código Penal de 1980; o sí, por el contrario, debían tipificarse como “homicidios contra persona protegida” de acuerdo con los delitos contra el derecho internacional humanitario introducidas por el Código Penal de 2000.

El Tribunal Superior de Barranquilla, al decidir en primera instancia, consideró que si bien al momento de los hechos nuestro país había suscrito compromisos internacionales, consistentes en tipificar como punibles las graves infracciones al derecho internacional humanitario, en realidad solo los vino a cumplir con la inclusión en el Código Penal del Título II Capítulo Único del Código Penal que nos rige desde el 25 de julio de 2001; y, por ello, en estricto acatamiento del principio de legalidad del delito y de la pena, los hechos fueron cometidos en vigencia de la ley anterior y por tanto debían ser imputados como delitos comunes.

Contra esta decisión la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, que la CSJ decidió en los siguientes términos:

... tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión...

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

No importa que la ley que tipifica los crímenes contra el D.I.H. solo tenga como límite temporal de su inicio el 25 de julio de 2001, ya que desde que los Tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por nuestro país, se adquirió la obligación de su positivización y sanción.

Como puede apreciarse, la CSJ ha aplicado el Código Penal de 2000 a hechos ocurridos antes de su promulgación, argumentando que al momento de los hechos Colombia había asumido el compromiso de tipificar tales conductas. En ambos casos se acude a una legislación internacional que solo obligaba a los Estados firmantes a incorporar a su legislación interna los compromisos asumidos en las respectivas convenciones. La CSJ optó, sin embargo, por aplicar directamente una legislación internacional que en ninguno de los casos establecía las penas a imponer por los delitos de genocidio y homicidio en persona protegida, pues ello era un asunto que cada país debía resolver mediante su legislación interna, la que, se reitera, en Colombia solo dio con la expedición de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

En estos casos se está en presencia ya no de una aplicación extensiva de tipos indeterminados, como había sido lo común hasta ahora, sino de un claro desconocimiento del principio de legalidad penal, toda vez que la CSJ terminó aplicando a los hechos unas penas (las del Código Penal de 2000) no previstas en la ley, pues al momento de los hechos solo existían las penas previstas para el homicidio “común”.

En el fondo, en los argumentos de la CSJ subyace el criterio según el cual lo importante es que haya “justicia”, esto es, condena, y para ello no importa tanto lo que diga la propia ley.

#### **IV. UNA DOGMÁTICA PENAL CADA VEZ MÁS DESVINCULADA DEL DERECHO POSITIVO**

Este debilitamiento de la función de garantía del derecho penal también se manifiesta de manera clara en la elaboración de los contenidos de la tradicionales reglas de atribución de responsabilidad penal, pues si de lo que se trata ahora es

de “hacer justicia” que, en el lenguaje de los tiempos, es tanto como castigar a toda costa y con la mayor intensidad posible, es lógico que se requieran también nuevas categorías y conceptos o, cuando menos, la revisión de las mismas, con el fin de facilitar la condena.

A tal efecto, también en este caso la ley está dejando de ser el referente obligado ya no solo de los jueces sino también de la dogmática penal, al tiempo que su papel tiende a ser sustituido por la satisfacción de vagas ideas de “verdad” y de “justicia” que luego son llenadas del contenido que convenga, a gusto del intérprete.

Es cierto que la dogmática penal nunca ha sido en sentido estricto una ciencia del derecho positivo, pues una de sus funciones más relevantes ha consistido en la “corrección” y “reelaboración” de ese derecho positivo<sup>34</sup>. Mas, en todo caso, de lo que no cabe duda es de que desde sus inicios y hasta ahora el derecho positivo “sigue constituyendo el marco –más o menos abierto y flexible– que establece los límites de las construcciones dogmáticas en tanto que estas pretendan conformar teorías acerca de la *lege lata* y no de ofrecer meras propuestas de *lege ferenda*”<sup>35</sup>.

Ello tiene que ver con uno de los axiomas fundamentales de la dogmática jurídica, que precisamente toma como punto de partida las prescripciones del legislador y a partir de dicho dato se dirige en primer lugar a los jueces para indicarles cuál debería ser la solución correcta para un caso genérico, *de conformidad con ese derecho positivo*<sup>36</sup>. Punto de vista que por cierto parece en alguna medida plasmado en el art. 230 de la Constitución política colombiana, según el cual: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”; de ahí, entonces, la importante labor dogmática de mostrarle a los jueces la(s) respuesta(s) correcta(s) conforme a ese derecho positivo.

34 NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 41 y ss.

35 SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 54. Aún más, como bien lo explica NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, p. 21: “No obstante la más clara adhesión al derecho natural, incluso en tiempos en que esta posición era la absolutamente predominante, cuando los juristas desarrollan elaboraciones dogmáticas formulan proposiciones en apariencia francamente positivistas”.

36 Cfr. NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, pp. 28 y ss.; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 183 y ss. También es de interés sobre el tema, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 173-205. Otra visión, en Colombia, en LOPEZ MEDINA, D. E., *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Uniandes-Temis, 2008.

Esta tendencia a las elaboraciones dogmáticas alejadas del derecho positivo ha sido por cierto bastante común en una ciencia penal a veces comprometida con pretensiones de científicidad y universalidad. Por lo mismo, no extraña que durante muchos años dichas elaboraciones fueran muy poco valoradas por una práctica judicial que por entonces adhería a la idea de una sujeción estricta al derecho positivo.

Sin embargo, en la evolución reciente de la jurisprudencia colombiana es apreciable el uso cada vez en mayor medida del arsenal argumentativo propio de la dogmática penal, aunque eso sí, al mismo tiempo que se produce el ya mencionado distanciamiento de la antes fuerte vinculación del juez al derecho positivo. Y para ello se viene echando mano de ciertas elaboraciones dogmáticas, las cuales por lo general han surgido en realidades sociales y jurídicas muy diferentes a la colombiana y que son utilizadas ad hoc, a manera de justificaciones *ex post* de decisiones muchas veces difíciles de sostener conforme al derecho positivo y que, por tanto, requieren el ropaje propio de la dogmática penal, que le da no solo una apariencia de científicidad sino también de legalidad.

Varios son los casos que se podrían utilizar como ejemplo en la jurisprudencia reciente, entre los cuales, a simple manera de ejemplo pueden citarse: la comisión por omisión y el concepto de autor (en particular, la coautoría y la autoría mediata).

#### A. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Uno de los casos más llamativos de la construcción de conceptos jurídicos por fuera del derecho positivo lo constituye la Sentencia SU1184 de 2001 de la Corte Constitucional sobre la comisión por omisión (caso Mapiripán), en un caso en el que se debatía un conflicto de competencias que la Corte Constitucional conoció por la vía de la revisión de un fallo de tutela. En esa oportunidad la alta corporación consideró oportuno pronunciarse sobre el tema la comisión por omisión y el problema de la posición de garante, sobre lo cual, entre otras cosas, dijo:

El moderno derecho penal de orientación normativista, se caracteriza por el abandono de los criterios con base en los cuales la dogmática naturalista del siglo XIX –predominante hasta la década de 1980 en el siglo XX– edificó la teoría del delito: causalidad, evitabilidad y dolo. Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: solo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que

se desprenden de los alcances de la posición de garante. Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible...

Conclusión: si una persona tiene dentro de su ámbito de competencia deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos, en el juicio de imputación es totalmente accesorio precisar si los quebrantó mediante una conducta activa –vg. facilitando el hecho mediante la apertura de la puerta para que ingrese el homicida– o mediante una omisión – v.gr. no colocando el seguro de la entrada principal<sup>54</sup>–. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, 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.

Estas consideraciones en torno a las posiciones de garante y la comisión por omisión fueron recogidos de forma expresa por la CSJ en la Sentencia del 12 de septiembre de 2007 (proceso No. 24448). Lo que llama la atención es que tanto en una como en otra sentencia cuando se alude a la configuración de la comisión por omisión y la denominada posición de garante, se acude a conceptos elaborados por un sector de la doctrina<sup>37</sup>, pero ni siquiera se cita el art. 25 del Código Penal, que es el que regula la materia. Lo cierto es que una somera mirada al Código Penal sería suficiente para mostrar las dificultades a las que se enfrenta una doctrina como la expuesta en la mencionada sentencia. Por ejemplo:

En primer término, antes de afirmar el supuesto abandono de la causalidad como criterio de imputación en el derecho penal colombiano, debería por lo menos precisarse entonces los alcances del párrafo 1º del art. 9 Código Penal,

37 Minoritaria por cierto, como es la doctrina de JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 950 y ss.

según el cual: “La causalidad por sí solo no basta para imputación jurídica del resultado”. Si la letra de la ley todavía significa algo, no parece conforme al texto legal la interpretación según la cual en el juicio de imputación del resultado debe prescindirse por completo de la causalidad, pues una cosa es que no sea suficiente con la existencia de un nexo causal –que es lo que dice el art. 9– y otra que pueda prescindirse de dicha exigencia, como parece entenderse en la aludida sentencia. Luego, conforme al texto legal, la imputación objetiva pareciera cumplir más bien un papel restrictivo y no sustitutivo de la causalidad<sup>38</sup>.

En segundo lugar y derivado de lo anterior, quizá sea posible de *lege ferenda* hablar de “competencias”, a partir de las cuales no interesa si el sujeto incumplió sus deberes por acción o por omisión. Lo cierto del caso es, sin embargo, que en nuestro Código Penal los tipos de la parte especial se encuentran redactados de forma tal que su realización típica exige siempre la realización o no realización de una *determinada* acción, que es la que el tipo penal precisamente debe definir “de manera inequívoca, expresa y clara” (art. 10 CP). De ahí entonces que sea el propio legislador el que en algunas ocasiones equipare la omisión y la comisión incluyendo a veces de forma expresa ambas posibilidades de comportamiento en el respectivo tipo legal (*v. gr.*, el delito de favorecimiento de fuga, art. 449 del CP), o por la vía de comisión por omisión (art. 25 CP). Y en este último caso una lectura de lo consagrado en dicho artículo nos muestra que en ningún caso la ley penal colombiana se refiere a “competencias por organización” o a “competencias institucionales”. Antes por el contrario, entre muchas otras cosas el confuso art. 25 CP exige para la existencia de un delito de comisión por omisión “que el agente tenga a su cargo la protección en *concreto* del bien jurídico protegido...” (cursivas añadidas); entonces no parece que sea suficiente con que el sujeto tenga deberes genéricos de protección, pues es el propio Código Penal el que condiciona el deber de evitar el resultado a que el sujeto haya asumido *en concreto* (esto es, de facto) la protección efectiva del bien jurídico correspondiente (lo cual, por cierto, es un criterio avalado por otro sector bastante cualificado de la doctrina)<sup>39</sup>.

38 Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 342 y ss.

39 Cfr. SCHUNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Marcial Pons, 2009; GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 61, Bogotá, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, pp. 125-168; LUZÓN PEÑA, D. M., “Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro”, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, PPU, 1990,

No se quiere afirmar que nuestra legislación no admita una interpretación normativista como la propuesta por JAKOBS; lo que se quiere poner de presente es el hecho de que cualquier interpretación debe pasar por el cedazo del texto legal, al menos mientras lo que se pretenda sea resolver los casos de la vida real conforme a nuestro derecho positivo y no conforme a nuestros propios puntos de vista, por muy loables que sean.

Alejamiento de la ley que también se ha hecho evidente en la construcción del concepto de autor en la jurisprudencia colombiana, y muy particularmente en lo que tiene que ver con conceptualización de la coautoría y la autoría mediata.

## B. LA COAUTORÍA

En relación con la coautoría es bien conocida de tiempo atrás la elaboración jurisprudencial del concepto de “coautoría impropia”, la cual ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. Cabe resaltar que la aplicación de esta figura ha sido bastante amplia en la jurisprudencia; no obstante, llama la atención su aplicación en los casos que involucran a grupos subversivos y de criminalidad organizada, pues en estos eventos la conceptualización de la CSJ conduce a tratar como coautores a todos los intervinientes en el hecho, pues en el fondo solo basta la pertenencia a la organización.

En efecto, en la Sentencia del 7 de marzo de 2007 (caso Machuca) dijo la CSJ sobre el particular:

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo. En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que *dominan el hecho colectivo* y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del

pp. 169-178; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión (concepto y sistema)*, Barcelona, Bosch, 1986; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Repertor, 2002.

trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal (énfasis fuera del texto).

Por supuesto, la referencia al dominio colectivo del hecho es una mera presunción, pues en el sentir de la CSJ dicho dominio prácticamente queda acreditado con la pertenencia a la organización. De esta manera se termina en un concepto unitario de autor, pues en la práctica todo sujeto que forma parte de la organización e interviene en el hecho es castigado como autor del mismo, independientemente de la importancia de su aporte, en contra de un código penal que de forma expresa distingue entre autores y partícipes (art. 28). Dicha interpretación pasa por alto algunos aspectos del texto legal, pues no repara en el hecho de que también la complicidad (art. 30) exige una contribución al hecho, razón por la cual, entonces, la diferencia entre ambas figuras se encuentra no en si hubo aporte o no, sino en atención a *la importancia del aporte*, tal como le exige de manera expresa el art. 29. En otras palabras, conforme al texto legal para ser coautor no basta realizar una contribución al hecho; aún más, ni siquiera es suficiente con que dicha contribución se realice en la fase ejecutiva, pues el mismo art. 30 admite la posibilidad de que el cómplice actúa en la fase ejecutiva; luego, se requiere algo más: una contribución lo suficientemente importante como para concluir que sin ella el hecho difícilmente se hubiera podido realizar.

Lo anterior tampoco significa que conforme a nuestro texto legal no pueda sostenerse una determinada concepción de la coautoría. De nuevo lo que se cuestiona es el hecho de prescindir de las exigencias del derecho positivo a la hora de elaborar los conceptos.

### C. LA AUTORÍA MEDIATA

Más alarmante es lo que ha sucedido con la intempestiva irrupción del concepto de “autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder”<sup>40</sup>, pues fueron varios los pronunciamientos en los que la propia CSJ negó de manera rotunda que dicha figura tuviese cabida en el derecho positivo colombiano.

En efecto, hasta 2010 la CSJ negó de forma reiterada y expresa la inclusión del dominio de organización entre los supuestos de autoría mediata admisibles

40 Cfr. ROXIN, C., “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista Penal*, No. 18, 2006, pp. 242 y ss.

conforme a las exigencias del art. 29 C.P. Por ejemplo, en la ya referida Sentencia del 7 de marzo de 2007 (caso Machuca), se dijo:

En este caso no existe autoría mediata, ni hay “sujeto de atrás”... porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación– desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; sin ser instrumentalizados y sin engaños<sup>41</sup>.

Esta doctrina se reiteró en la Sentencia de 8 de agosto de 2007 (MP M. del R. González de Lemos), en la que de forma tajante se dijo:

“... quienes imparten órdenes dentro de una de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división del trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin...”.

En esta sentencia la CSJ excluye la autoría mediata en virtud de dominio de organización por cuanto considera que en tales eventos los ejecutores materiales no tienen la condición de “instrumentos” del autor mediato, pues “tienen conocimiento del carácter delictivo que conlleva la ejecución de los actos dispuestos por sus jefes en la estructura de mando que tengan”. Para la CSJ la autoría mediata:

Se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que solo el autor mediato conoce la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra –salvo cuando se trata de inimputables– bajo una causal de exclusión de la responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable.

En la misma línea cabe mencionar la Sentencia del 12 de septiembre de 2007 (caso de la masacre de La Gabarra, MP A. J. Ibáñez Guzmán), en la cual se reiteró lo dicho en la Sentencia del 7 de marzo de 2007 (caso Machuca), y se

41 En este caso la CSJ aplicó su conocida doctrina de la “coautoría impropia” y condenó a todos, incluyendo a los miembros del comité central del ELN, como coautores.

condena por coautoría; doctrina que se reiteró en la Sentencia de 30 de enero de 2008 (MP J. E. Socha Salamanca), en la que la CSJ insistió en la exclusión del dominio de organización como supuesto de autoría mediata conforme a nuestro CP, al entender que en estos casos se requiere que el “hombre de atrás” utilice como ejecutor:

“A quien desconoce durante la realización del curso causal la relevancia jurídico-penal de su actuación o es compelida a realizar la conducta prohibida, respecto de quien aquél ostenta superioridad a través de la cual domina el hecho, como si lo estuviera ejecutando de propia mano”.

De forma inesperada, sin embargo, la jurisprudencia de la CSJ dio un giro de ciento ochenta grados en esta materia en la Sentencia del 23 de febrero de 2010 (caso García Romero, MP M. del R. González de Lemos). En esta sentencia, y después de exponer la opinión doctrinaria que considera que los casos de dominio de estructuras organizadas de poder deben tratarse como un supuesto de autoría mediata “con instrumento responsable”, dijo la CSJ: “En esta dirección, el debate doctrinal y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal del problema jurídico, llevan a la Corte a variar su jurisprudencia”, según la cual la autoría mediata presupone siempre un instrumento, es decir, un ejecutor no responsable.

Cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a su dirigentes –*gestores, patrocinadores, comandantes*– a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –*comandantes, jefes de grupo*– a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –*soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros, milicianos*–, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve impunidad.

Llama la atención que un cambio de jurisprudencia de tantas repercusiones se realice con tan pocos argumentos. Al parecer las razones aducidas por la CSJ para dicho cambio fueron tres: el debate doctrinal, los desarrollos de la jurisprudencia foránea y la mejor solución político-criminal del problema jurídico.

La CSJ, sin embargo, nos quedó debiendo las razones por las cuales considera que el debate doctrinal actual obliga al cambio de jurisprudencia; con mayor razón si se trataba de entender como “instrumento” a quien en reiteradas ocasiones se le negó dicha calidad con anterioridad. Y aún más, lo deseable

hubiera sido que la CSJ precisara los detalles del debate al que se refiere y se hubiera asimismo pronunciado sobre algunos puntos relevantes del mismo. Por ejemplo:

¿Por qué el dominio que ostentan algunos sobre la organización produce a su vez dominio sobre las actividades criminales que realizan otros miembros de la misma?

Es indiscutible que el dirigente tiene dominio de la organización, por cuanto su voluntad moviliza el aparato en la orientación querida por él. No obstante, se ha objetado por algún sector de la doctrina, que ello no impide que el ejecutor:

Tenga a su vez que resolver la comisión del delito, lo que a su vez implica la puesta en marcha de un curso causal, con sus medios, que él domina y, por consiguiente, tenga en sus manos la decisiva y última resolución sobre si la lesión típica del bien jurídico se producirá en el modo y momento en que han ordenado los dirigentes de la cúpula<sup>42</sup>.

De igual manera, cabe preguntar conforme a la nueva interpretación, qué pasa con los mandos intermedios: ¿son instrumentos, coautores o autores mediatos? Sin duda ellos no dominan la organización, están subordinados a la cúpula y son igualmente fungibles; cómo explicar entonces que no se consideren “instrumentos” sin también autores mediatos<sup>43</sup>.

También queda sin resolver el problema de la tentativa: ¿en qué momento se inicia? Pareciera que el inicio de ejecución es distinto según se trate del dirigente o de un mando intermedio.

En fin, en realidad el argumento de la CSJ no está referido a ningún debate doctrinal sino a las tesis de ROXIN<sup>44</sup>, evento en el cual lo discutible es que ni

42 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., “La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Epoca, No. 17, Madrid, 2006, p. 63.

43 La CSJ parece adherir a la tesis de AMBOS, que difiere de la de ROXIN al considerar a los mandos intermedios no autores mediatos sino coautores. Sin embargo, las razones que expone este autor para considerar coautores a los mandos intermedios podrían hacerse extensivas a todos los intervinientes, incluyendo no solo a los de la cúpula sino también a los ejecutores materiales. Ello conduciría, por tanto, a la coautoría impropia que utilizaba antes la CSJ para estos casos. Cfr. AMBOS, K., “El caso alemán”, en AMBOS, K. (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, GTZ, 2008, pp. 30-31; también en “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, No. 19, Bogotá, Legis, 2007, pp. 5 y ss.

44 ROXIN, C., “El dominio de organización...”, pp. 242 y ss. De hecho es bastante relevante el sector de la doctrina que disiente de la tesis de Roxin sobre la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Véase, entre otros, a ZAFFARONI, E. R./ ALAGIA, A./SLOKAR, A., *Manual de derecho penal., Parte general*, Buenos Aires, Ediar-Temis, 2005, p. 611; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., “La codelincuencia en organizaciones

siquiera se haya preocupado por precisar si la regulación alemana sobre la que el autor alemán construye su teoría se corresponde con la regulación colombiana, pese a que no han sido pocos los autores nacionales que en diversos sentidos se han referido al tema<sup>45</sup>.

De otra parte, el argumento de la jurisprudencia foránea resulta bastante particular, pues es la primera noticia en el sentido de que una sentencia de otro país obligue a variar la jurisprudencia nacional. En este caso se cita la sentencia de la CSJ del Perú contra el expresidente Fujimori, en la cual se condenó utilizando de manera particular la mencionada figura<sup>46</sup>. En este caso nuestra CSJ tampoco se interesó en averiguar, si la regulación peruana de la autoría coincide con la colombiana, a efectos de establecer si los argumentos expuestos en la sentencia peruana son trasladables o no, y en qué medida, al derecho colombiano.

criminales...”, pp. 45-80; Díez Ripollés, J. L., *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 349; en Colombia, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. III, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2010, pp. 231 y ss.

- 45 Entre otros y con puntos de vista divergentes, véase a: POSADA ECHAVARRÍA, P., “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 62, Bogotá, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, pp. 25 y ss.; MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E., “Autoría mediata en derecho penal. Formas de instrumentalización. Comentario al art. 29, inciso primero del Código Penal que estableció esta nueva forma de autoría”, en *Nueva Época*, No. 20, Bogotá, 2003, pp. 125 y ss.; REYES CUARTAS, J. F., “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Derecho penal y criminología*, No. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.; SUÁREZ SÁNCHEZ, A., *La autoría*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; LÓPEZ, C., “El caso colombiano”, en AMBOS, K., *Imputación de crímenes de los subordinados...*, pp. 153 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., “Los líderes paramilitares...”, pp. 231 y ss.; VELÁSQUEZ NIÑO, J., “La autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder: el caso colombiano”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, pp. 259 y ss.; APONTE, A., *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 209 y ss.
- 46 Sentencia en la cual se condenó con los siguientes argumentos: “(i) para atribuir la realización de un hecho delictivo por dominio de organización *no se necesita probar el dominio del hecho concreto*, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) *no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos*, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) *tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran*, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas” (cursivas fuera de texto). Véase, AMBOS, K./ MEINI, I., *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, ARA, 2010.

Por último, también la CSJ dejó sin explicar por qué considera que la autoría mediata es la mejor solución al problema jurídico, aunque la respuesta parece obvia: mediante esta tesis se facilita la condena.

Es posible que una condena en casos como los juzgados en las sentencias referidas se considere “justa”, bajo el entendido que permitió la condena de dirigentes culpables de graves violaciones a los derechos humanos, lo cual es poco común. Lo que se cuestiona es que en estos casos pareciera que se trata de hacer “justicia” más allá del derecho positivo, y por ende de la legalidad.

Todo ello, de la mano de una dogmática penal cada día más alejada de su papel de hacer más racional y predecible la decisión judicial<sup>47</sup>. Por el contrario, hoy en día se está convirtiendo en productora de un arsenal argumentativo que se puede utilizar al antojo del aplicador del derecho, pues al fin y al cabo hay para todos los gustos. Con ello, la dogmática penal se convierte en un instrumento funcional al servicio de las oscuras y desmesuradas demandas punitivas actuales, contribuyendo de esta manera, también, al deterioro de la cultura de las garantías y del Estado de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nodier, “Crítica y control del poder punitivo del Estado”, estudio preliminar a Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987.
- , *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica (El pensamiento jurídico penal de Francesco Carrara)*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, 1993.
- ALVAREZ ALVAREZ, Juan Carlos, “La mutación del principio de legalidad en el derecho penal colombiano a partir de la interacción con el derecho penal internacional”, en Gallego García, G. M./González Ordovás, M. J., *Conflicto armado, justicia y reconciliación*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011, pp. 275 y ss.
- AMBOS, Kai, “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 19, Bogotá, Legis, 2007, pp. 5 y ss.

47 GIMBERNAT, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990.

- , “El caso alemán”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Bogotá, GTZ, 2008.
- AMBOS, Kai/MEINI, Iván, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Lima, ARA, 2010.
- APONTE, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006.
- , *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo*, Cuaderno de investigación, doc. 42, Medellín, Universidad EAFIT, 2006.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe, Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 2011.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Víctor (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Buenos Aires, Edisofer-B. de F., 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. Un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/respc07-01.pdf>, 2005.
- , “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03. <http://criminet.ugr.es/recpc/06/respc06-03.pdf>, 2004.
- , *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, “Crisi della legalità e diritto penale minimo”, en U Curi/ G. Palombarini (eds.), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GIMBERNAT, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “La comisión por omisión en el derecho penal español”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 61, Bogotá, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, pp. 125 y ss.
- , *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, pp. 235 y ss.
- , “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, “La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 17, Madrid, 2006, pp. 17 y ss.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en Jakobs, G./Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- , *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “El diablo como persona. Sobre la idea de Günther Jakobs de ‘derecho penal del enemigo’”, en J. C. Carbonell Mateu/ J. L. González Cussac y E. Orts Berenguer (dirs.); M. L. Cuerda Arnau (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1061 y ss.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Uniandes-Temis, 2008.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro”, en *Derecho penal de la circulación*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 169 y ss.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique, “Autoría mediata en derecho penal. Formas de instrumentalización. Comentario al art. 29, inciso primero del Código Penal que estableció esta nueva forma de autoría”, en *Nueva Época*, núm. 20, Bogotá, 2003, pp. 125 y ss.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 395 y ss.
- MEJÍA, Luz María, “El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 78, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 107 y ss.

- MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Repertor, 2002.
- MOCCIA, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones. Entre ilusiones posmodernas y reflujos iliberales”, en Silva Sánchez, J. M. (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, pp. 113 y ss.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- OROZCO ABAD, Iván/GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1999.
- ORTIZ DE URBINA Gimeno, I. “¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal”, en J. P. Montiel, (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal. ¿Decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 173 y ss.
- PASTOR, Daniel, *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2009.
- PÉREZ TORO, William Fredy, “Guerra y delito en Colombia”, en *Estudios Políticos*, núm. 16, Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.
- PÉREZ TORO, William Fredy/VANEGAS YEPES, Alba Lucía/ALVAREZ/MARTÍNEZ, Carlos Mario, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Diké e Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico. La tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes jurídicos colectivos”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E./Guardiel Sierra, M. y Cortés Bechiarelli, E. (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 895 y ss.
- POSADA ECHAVARRÍA, Plinio, “Una visión del ‘dominio de voluntad por organización’ y su aproximación al derecho penal colombiano”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 62, Bogotá, Temis-Universidad de Antioquia, 1999, pp. 25 y ss.

- REYES CUARTAS, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en *Derecho penal y criminología*, núm. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.
- ROXIN, Claus, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *Revista Penal*, núm. 18, 2006, pp. 242 y ss.
- , *Derecho penal. Parte general*, t. I, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- , *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del Estado social (análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*, Barcelona, PPU, 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delitos sexuales violentos”, en Arroyo Zapatero, L. /Berdugo Gómez de la Torre, I. (dirs.), *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Cuenca, U. de Castilla-La Mancha y U. de Salamanca, 2001, pp. 699 y ss.
- , “Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en García-Pablos de Molina, A. (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada, Comares, 2009, pp. 149 y ss.
- , *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch, 1992.
- , *El delito de omisión (concepto y sistema)*, Barcelona, Bosch, 1986.
- , *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2001.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “¿El derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista Penal*, núm. 21, Madrid, 2008, pp. 148 y ss.
- , “Criminalidad organizada y criminalidad económica. Los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, en *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 31, Bogotá, 2010, pp. 5 y ss.
- , “Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en Díez Ripollés/García Pérez, *La política legislativa penal*

- iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*, Buenos Aires-Madrid, B. de F.-Edisofer, 2008, pp. 75 y ss.
- , “Las reformas penales en Colombia. Entre la ineficacia y el autoritarismo”, en G. M. Gallego García/M. J. González Ordovás (coords.), *Conflicto armado interno, derechos humanos e impunidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011, pp. 235 y ss.
- , “Los estragos de la lucha contra la ‘criminalidad organizada’ en el sistema penal. El caso colombiano”, en Ruiz Rodríguez, L. R., *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Cádiz, 2009, pp. 101 y ss.
- STELLA, Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, 3.<sup>a</sup> ed., Milán, Giuffrè, 2003.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, *La autoría*, 3.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SÜß, Frank, “El trato actual del mandato de determinación”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 2000.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Las enseñanzas del análisis comparado. Procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en Uprimny Yepes, R. et al., *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, 2006, pp. 17 y ss.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Los líderes paramilitares. ¿Autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. III, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, 2010, pp. 231 y ss.
- VELÉZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés, “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 71, Medellín, Universidad EAFIT, 2007, pp. 92 y ss.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar-Temis, 2005.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Aranzadi, 2003.
- , *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.