



**Cuadernos de
Derecho Penal**

13

(Enero-Junio de 2015)

DOGMÁTICA PENAL Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

Editor:

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

Coordinador editorial:

RENATO VARGAS LOZANO.

Asistente editorial:

INGRID BIBIANA MUÑETONES ROZO.

Presentación

Fernando Velásquez Velásquez.

Doctrina

- La entrega extraordinaria y la desaparición forzada a la luz del derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos. *John A. E. Vervaele.*
- Violencia letal en América Latina. *E. Raúl Zaffaroni.*
- Los antiguos y nuevos horizontes de la dogmática penal. *José L. González Cussac.*
- Justicia transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo. *Luis Fernando Vélez Gutiérrez.*
- El delito de violación de las reglas en la construcción. *José Hurtado Pozo.*

Jurisprudencia

- La sentencia de la C. S. J. del doce de noviembre de 2014: un tercer momento hito en la evolución de la jurisprudencia sobre la 'dosis personal' para el consumo de estupefacientes. *César Augusto López Londoño.*

Reseñas y reseñaciones

- Satzger, H. (2013), 6ª. ed., *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 387 p. *John E. Zuluaga Taborda.*
- Ambos, K. (2014), 4ª. ed., *Internationales Strafrecht*. München, C.H. Beck, 697 p. *John E. Zuluaga Taborda.*
- Fajardo, L. A. (2014). *Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A. 252 p. *María Alejandra Troncoso Torres.*

Entrevista

- Profesor Nodier Agudelo Betancur. *Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.*



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA
CUADERNOS DE DERECHO PENAL No. 13

EDITOR

Fernando Velásquez Velásquez

COORDINADOR EDITORIAL

Renato Vargas Lozano

ASISTENTE EDITORIAL

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. José Hurtado Pozo – Universidad de Fribourg, Suiza

Ph. D. Alfonso Cadavid Quintero – Universidad EAFIT, Colombia

Ph. D. Ricardo Molina López – Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia

Ph. D. Juárez Tavares – Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Brasil

Ph. D. Renato Vargas Lozano – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Ph.D. Guillermo Portilla Contreras – Universidad de Jaén, España

Ph. D. Lotario Vilaboy Lois – Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Christian L. Wolffhügel Gutiérrez Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Abogado Carlos A. Gálvez Bermúdez – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Esp. Ingrid Bibiana Muñetones Rozo – Universidad Sergio Arboleda, Colombia

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Fernando Velásquez Velásquez –

Universidad Sergio Arboleda, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Emiliano Borja Jiménez – Universidad de Valencia, España

Ph. D. Luis E. Chiesa Aponte – Universidad de Buffalo, EE.UU.

Ph. Juan Luis Gómez Colomer – Universidad Jaume I, España

Ph. D. Walter Perron – Universidad de Freiburg, Alemania

Ph. D. John A. E. Vervaele – Universidad de Utrecht, Holanda

Ph. D. Ricardo Posada Maya – Universidad de Los Andes, Colombia

Ph. D. Kai Ambos – Universidad de Göttingen, Alemania

Ph. D. Renzo Orlandi – Universidad de Bolonia, Italia

CONSEJO ASESOR

Prof. Álvaro Vargas

Prof. Mario Trapani

Prof. Nodier Agudelo Betancur

Prof. Oscar Julián Guerrero Peralta

Prof. Hernán Gonzalo Jiménez Barrero

Prof. Carlos Roberto Solórzano Garavito

Prof. Dr. Hernando León Londoño Berrío

Prof. Dr. André Scheller D' Angelo

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 2015

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	
- La entrega extraordinaria y la desaparición forzada a la luz del derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos. <i>John A. E. Vervaele.....</i>	11
- Violencia letal en América Latina. <i>E. Raúl Zaffaroni.....</i>	57
- Los antiguos y nuevos horizontes de la dogmática penal. <i>José L. González Cussac.....</i>	77
- Justicia transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo. <i>Luis Fernando Vélez Gutiérrez.....</i>	111
- El delito de violación de las reglas en la construcción. <i>José Hurtado Pozo.....</i>	137
III. JURISPRUDENCIA	
- La sentencia de la C. S. J. del doce de noviembre de 2014: un tercer momento hito en la evolución de la jurisprudencia sobre la ‘dosis personal’ para el consumo de estupefacientes. <i>César Augusto López Londoño.....</i>	181
IV. RESEÑAS Y RECENSIONES	
- Satzger, H. (2013), 6ª. ed., <i>Internationales und Europäisches Strafrecht</i> . Baden-Baden: Nomos. <i>John E. Zuluaga Taborda.....</i>	257
- Ambos, K. (2014), 4ª. ed., <i>Internationales Strafrecht</i> . München, C.H. Beck. <i>John E. Zuluaga Taborda.....</i>	260
- Fajardo, L. A. (2014). <i>Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia</i> . Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A. <i>María Alejandra Troncoso Torres.....</i>	263
VI. Entrevista	
- Profesor Nodier Agudelo Betancur. <i>Ingrid Bibiana Muñetones Rozo.....</i>	269

I Presentación



Como ya se ha tornado habitual, presentamos a la comunidad académica un nuevo número—el trece—de nuestra revista Cuadernos de Derecho Penal, el cual está integrado por las secciones de doctrina, jurisprudencia, reseñas y recensiones y de entrevista.

En esta ocasión, el aparte dedicado a la *doctrina* está compuesto por cinco artículos, todos ellos de gran interés y actualidad: el primero, de autoría del profesor John A. E. Vervaele, estudia el instituto de la *entrega extraordinaria y la desaparición forzada a la luz del derecho penal y el derecho internacional de los derechos humanos*; el segundo, del profesor E. Raúl Zaffaroni, intitulado *Violencia letal en América Latina*, está basado en la conferencia con la cual se dio apertura al XVI Congreso Nacional de Criminología, realizado el once de marzo de 2015, en la ciudad de León, en el Estado de Guanajuato, México; el tercero, firmado por el profesor José L. González Cussac, se ocupa de los *antiguos y nuevos horizontes de la dogmática penal*; el cuarto, del profesor Luis Fernando Vélez Gutiérrez, lleva por título *Justicia transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo*; y, el quinto y último, es un escrito del profesor José Hurtado Pozo relativo al *delito de violación de las reglas en la construcción*.

La sección de *jurisprudencia*, por su parte, incorpora el análisis hecho por el profesor César Augusto López Londoño a la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de doce de noviembre de 2014, al hilo del cual se realiza una revisión de la evolución de la línea jurisprudencial de esta Corporación sobre el tema de la dosis personal para el consumo de drogas ilícitas, así como una valoración crítica de la misma.

En el espacio destinado a las *reseñas y recensiones* se reseñan tres libros de reciente aparición: en primer lugar, el *Internationales und Europäisches Strafrecht*, del profesor Helmut Satzger; en segundo

lugar, el texto *Internationales Strafrecht*, del profesor Kai Ambos y, en tercer lugar, la obra *Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia*, del profesor Luis Andrés Fajardo Arturo. Las reseñas de los dos primeros corrieron a cargo de John E. Zuluaga Taborda, mientras que la última es obra de María Alejandra Troncoso Torres.

Para culminar, la sección de *entrevistas* se destina al profesor Nodier Agudelo Betancur quien, para fortuna de los estudiosos del derecho penal, continúa activo y haciendo valiosos aportes a nuestra disciplina; de ella es responsable Ingrid Bibiana Muñetones Rozo, asistente editorial de la Revista.

Para concluir, debemos agradecer a los autores cuyas colaboraciones aparecen publicadas en este número, al grupo de expertos que prestaron su concurso como pares evaluadores y, claro, a todos los miembros de la comunidad académica nacional e internacional, a quienes extendemos nuestro agradecimiento por su constante apoyo. También, a nuestro rector el Dr. Rodrigo Noguera Calderón, por su compromiso irrestricto con este proyecto académico.

Fernando Velásquez Velásquez
Editor

II

Doctrina



La entrega extraordinaria y la desaparición forzada a la luz del Derecho penal y el Derecho internacional de los Derechos Humanos*

*John A. E. Vervaele***

Resumen

Tras los atentados del once de septiembre, el gobierno de los Estados Unidos de América emprendió una lucha contra el terrorismo prevalido de sus propios métodos; por ello, con la colaboración de diversas naciones, sobre todo europeas, llevó a cabo un programa de entregas extraordinarias de sospechosos a quienes, en secreto y sin orden judicial alguna, se privó de la libertad, desapareció, torturó y recluyó en cárceles e instalaciones destinadas a tales efectos, como la base de Guantánamo. En el artículo se examinan estos hechos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave

Derecho internacional, derechos humanos, derecho penal, desaparición forzada, detención preventiva, entrega extraordinaria, orden judicial, Guantánamo, Informe Feinstein, seguridad, terrorismo, torturas.

* El presente trabajo es una traducción de la versión actualizada del texto de mi autoría publicado con el título: *Extraordinary Rendition and Transnational Forced Disappearance under Criminal Law and the IHRL*. En M. Caianiello & M. L. Corrado (eds.), *Preventing Danger. New Paradigms in Criminal Justice*. Durham-North Carolina: Carolina Academic Press, 2013, 167-206.

** Ph. D. Catedrático de Derecho Penal Económico y Europeo de la Universidad de Utrecht, Holanda; profesor de Derecho Penal Europeo del Colegio de Europa/Brujas, Bélgica. El autor agradece sinceramente a Stefhanie Cisneros Salazar por la traducción y al catedrático Fernando Velásquez Velásquez por la supervisión de ella.

De la detención preventiva a la detención por razones de seguridad

En las últimas décadas, los objetivos de la detención preventiva se han ampliado de tal forma que ella ha pasado de ser una medida de defensa social a convertirse en un instrumento para la protección de la seguridad (nacional), especialmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Adicionalmente, la figura comentada ha sido desvinculada de la justicia penal y del juicio.

Anticipar el riesgo se ha convertido en una fuerza impulsora de la justicia penal; tanto es así, que se ha integrado la seguridad nacional en esa justicia penal (Hirsch, 2012). De esta manera, la detención por razones de seguridad se ha tornado en una medida de detención preventiva [*Sicherungsverwahrung*] o detención de los individuos etiquetados como un peligro para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, debido a su conducta o incluso a su perfil (Nikos, 2011; Posl, 2011). La versión más extrema de este instrumento ha sido, sin duda, las prácticas de la CIA que fueron bien detalladas en el Informe del Senado de Estados Unidos (Feinstein, 2014).

El cambio de paradigma también afecta a la cooperación internacional en materia penal. Tradicionalmente, la colaboración entre los Estados o las autoridades judiciales relacionada con el arresto y la detención de las personas, en lo que toca con el objetivo de entregas en materia penal –cuando hay actuaciones en contra de los requeridos o se hace necesaria la ejecución de las condenas penales ya emitidas–, se regulaba y aplicaba a través de tratados mutuos de asistencia legal (MLAT) de carácter bilateral o multilateral, en especial los llamados tratados bilaterales y multilaterales de extradición (Bassiouni, 2007). Los MLAT también contienen garantías contra la extradición arbitraria como, por ejemplo, aquellas según las cuales la solicitud de extradición tiene que ser de carácter judicial y basada en motivos razonables de los cuales se infiera que una persona ha cometido un delito extraditable, tanto en el país requirente como en el requerido (principio de la doble incriminación).

Aunque los MLAT tenían por objeto exclusivamente el arresto transfronterizo y la detención y la entrega de personas sospechosas o condenadas, algunos países también han puesto en marcha políticas de entrega o de extradición administrativa o ejecutiva (sin participación en absoluto del poder judicial). Esa entrega a la justicia puede ser descrita como una técnica mediante la cual una

persona sospechosa es aprehendida forzosamente en otro Estado, cuando es imposible llevarla para ser juzgada por el procedimiento de extradición normal. Esto significa que la entrega solo se aplica cuando exista una orden de detención pendiente en contra de la persona y con el objetivo de hacerla pasible de una medida penal por parte del Estado que la requiere (Nadelmann, 1993, pp. 857-852). La retención forzosa puede ejecutarse de manera unilateral por parte de los agentes del foro estatal o con la colaboración de funcionarios estatales del Estado en el que se aprehendió a la persona. La entrega, en relación con la política de justicia, se encuentra basada en la ley estatutaria nacional y, hasta cierto punto, está sometida a revisión judicial administrativa por parte de los tribunales. Una vez que la persona se encuentra en el foro del estado, ella es sometida a la justicia penal ordinaria como cualquier otro detenido a la espera de juicio. Esto último se lleva a cabo mediante un proceso judicial, debido a que la persona es aprehendida por razones de justicia penal: para comparecer ante la justicia en virtud de una actuación en marcha o para ejecutar una condena ya proferida. Esto no significa que la entrega en sí misma sea un procedimiento judicial, dado que carece de una orden judicial y, en realidad, supone casi siempre un operativo militar o policial encubierto, con el riesgo de infringir la soberanía estatal de otros estados (en función de la cooperación con el Estado).

El secuestro de Adolf Eichmann por el Mossad en 1960 en Argentina, con motivo de su entrega a la justicia en Israel, fue sin duda uno de los primeros y más famosos casos de entrega forzada. Esta práctica ha sido parte de una política direccionada por los Estados Unidos durante décadas y se remonta más atrás en la historia; en efecto, ella fue aprobada para su uso contra los sospechosos de terrorismo por parte de Ronald Reagan en 1986 (Cameron, 1998), aunque también se utilizó en casos de drogas o de tráfico de armas. El secuestro del expresidente Manuel Antonio Noriega en la ciudad de Panamá, por las fuerzas militares de los Estados Unidos para enfrentar un juicio en este último país por los cargos de tráfico de drogas, es el ejemplo más notorio de esta práctica (Tribunal del Distrito de los Estados Unidos, Estados Unidos *vs.* Noriega, 1990).

Así mismo, en 1993, George H. W. Bush autorizó procedimientos específicos para la entrega a través de la Directiva de Seguridad Nacional 77¹. También Bill Clinton firmó, en 1988, la Directiva

de Decisión Presidencial 62, que daba libertad de acción a varios programas antiterroristas, incluyendo el de Detención, Extradición, Entrega y Persecución². Aunque el secuestro en territorios donde rige la soberanía extranjera para hacer la entrega de las personas a la justicia es ilegal según el derecho internacional, el Tribunal Supremo de los EE.UU. ratificó la competencia del gobierno para procesar a las personas secuestradas, independientemente de la legalidad de este procedimiento en el derecho internacional, excluyendo también la aplicación de las normas constitucionales de Estados Unidos a sus agentes cuando actúan fuera del territorio estadounidense (la doctrina *Kerr-Frisbie/Alvarez-Machain*) (Véase, Estados Unidos *vs.* Álvarez-Machain, 1992; Frisbie *vs.* Collins, 1952; Ker *vs.* Illinois, 1886; Stark, 1993, p. 161).

Diversos países europeos, por ejemplo Francia y España, practicaron la misma política como parte de su estrategia antiterrorista contra personas sospechosas de estar involucradas en actividades de Patria y Libertad Vasca (ETA). La llamada 'extradición administrativa' se aplicó con el fin de eludir los engorrosos y largos procedimientos de extradición y, también, para esquivar las garantías de las disposiciones de los MLAT sobre extradición. Dicha política se ejecuta, entonces, bajo el esquema de la cooperación policial informal y sin ningún marco legal. En la práctica, las autoridades policiales y oficiales de inteligencia entregaban a la persona en cuestión, en las fronteras del Estado requirente, a las autoridades extranjeras. En aquel entonces, hubo, sin embargo, una diferencia sustancial con la entrega prescrita para la política de justicia de los EE.UU. En los países europeos, la extradición administrativa fue el resultado de la cooperación bilateral entre las autoridades policiales y de inteligencia de los Estados. En cambio, en los EE. UU., la entrega a la justicia fue el resultado de un secuestro de personas unilateral y extraterritorial cometido por parte de oficiales estadounidenses en un territorio extranjero.

Otro ejemplo reciente en la práctica de la entrega a la justicia se aplicó de forma sistemática en el área de Somalia-Golfo de Adén, para hacer frente a la persecución de la piratería. Algunos de los acusados terminaron en juicios penales en los estados europeos sin ningún procedimiento de extradición (Geiss & Petrig, 2011, p. 344). Precisamente, durante la presidencia de B. Clinton, los procedimientos para la entrega a la justicia fueron cambiados. Varias personas fueron capturadas y secuestradas por los militares

de los Estados Unidos en la década de 1990 en Bosnia y Albania y trasladadas a Egipto. El primer caso conocido de este tipo de entrega fue el de 'Tal'at Fu'ad Qassim', aprehendido de forma ilegal en Bosnia y transferido a un buque de la Armada de EE. UU. para ser interrogado y llevado a Egipto donde posteriormente sería detenido y sometido a interrogatorio. Qassim fue, según se informa, ejecutado mientras estaba bajo custodia egipcia (Human Rights Watch, 2005).

La entrega a la justicia se convirtió así, en el gobierno de Clinton, en una aprehensión de personas para interrogarlas y recopilar medios de inteligencia; en régimen de detención de seguridad. El exdirector de la CIA, George Tenet, estimó que la Agencia había secuestrado a más de 80 personas antes del 11 de septiembre de 2011³. Esto significa que el gobierno de Clinton transformó la política de entrega a la justicia, que, de ser una técnica de aplicación de la ley penal, se convirtió en un objetivo preventivo. Así las cosas, la entrega de personas a la justicia se transformó en una aprehensión de las mismas al servicio de las políticas de seguridad. Así, pues, nació la entrega extraordinaria (Johnson, 2009, p. 1136; Satterthwaite, 2007, p.1372).

La CIA, en colaboración con el Departamento de Defensa y el FBI, se hicieron responsables de un programa de lucha contra el terrorismo mediante el cual el Estado (patrocinador) produjo el secuestro de personas en países extranjeros. Estas personas fueron raptadas por agentes de los Estados Unidos, con o sin la cooperación del gobierno del respectivo país, y, con posterioridad, fueron trasladadas a otras naciones para su detención e interrogatorio. A pesar de los artículos en el *Washington Post*, en 2002, sobre la práctica de la externalización de los interrogatorios de los terroristas, no fue sino hasta el 2006, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo sobre *Hamdan vs. Rumsfeld*, que la existencia del programa de entregas extraordinarias fue confirmada por George W. Bush (hijo). Él lo denominó como un mecanismo independiente operado por la CIA para detener e interrogar tanto a personas sospechosas de ser los principales artífices de los atentados del once de septiembre, los ataques en el *USS Cole* y los bombardeos de las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania, como a personas envueltas en otros ataques que han costado la vida de civiles inocentes en todo el mundo. Admitió públicamente lo que se había sospechado desde hacía mucho tiempo: que el gobierno de los EE.UU. administraba un programa mundial de detención secreta de com-

batientes enemigos. Una directiva presidencial, firmada el 17 de septiembre de 2001, le dio potestades legales a la CIA para ejecutar el programa de entregas extraordinarias (Véanse, Extraordinary rendition in U.S. counterterrorism policy: the impact on transatlantic relations, 2007; Protection Against Unconventional Threats to the Homeland and Americans Overseas, 1998; U.S. Policy on Counterterrorism, 1995).

Después de la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Hamdan vs. Rumsfeld*, el Congreso aprobó en el 2006 la Ley de Comisiones Militares, proporcionando así una base legal para detener, interrogar y tratar a los ‘combatientes enemigos ilegales’. El gobierno de Bush (hijo) presentó la Ley de Comisiones Militares como base jurídica suficiente para el programa de entregas extraordinarias, aunque las cláusulas específicas en la Ley son insuficientes y no es seguro que todas las personas secuestradas sean formalmente etiquetadas como ‘combatientes enemigos ilegales’. Es más, el gobierno de Obama se comprometió a examinar la práctica de las entregas extraordinarias, pero no la llevó a su fin y tampoco la formalizó como una política encubierta de combatientes enemigos.

Aunque la entrega a la justicia y la entrega extraordinaria, son medidas administrativas especiales (*special administrative measures*, SAM), con tal proceder se desvían esos dos mecanismos del procedimiento de extradición judicial ordinario para ponerle el calificativo de ‘extraordinario’ en el frente de la ejecución y cambiar, así, fundamentalmente su significado. De esta manera, un proceso antiguamente obligado por la ley estatutaria y los tratados y reforzado por garantías procesales ante los tribunales, había entrado en el reino de la política ejecutiva discrecional. En los EE.UU., el ejecutivo etiquetó a la entrega extraordinaria como la transferencia de combatientes enemigos, por lo que al Presidente se le consideró exonerado de las limitaciones *ex ante* previstas en la ley y en la Constitución nacional, al otorgarle competencia para transferir a los detenidos fuera de los EE.UU. y ponerlos bajo la custodia de las naciones extranjeras (Yoo, 2003, p. 1184).

Entregas extraordinarias: casos y cifras

La práctica de las entregas extraordinarias era bastante desconocida hasta los años 2005-2006 y fue gracias a investigaciones formales, consultas informales (tanto por la prensa como por las organizaciones no gubernamentales) y al control político en Europa

(Dick Marty, 2003; Parlamento Europeo, s.f.; Parlamento Europeo, 2007) como se pudo aclarar el alcance y la magnitud de semejante programa. El número exacto de casos no está claro, pues, como las fuentes lo indican, van desde varios cientos a varios miles. Desde luego, debe tenerse en cuenta que los eventos en los cuales los estados europeos se han visto involucrados están ampliamente documentados, no así aquellos practicados en la región asiática, que son raramente conocidos.

Con el objetivo de visualizar la susodicha práctica del sistema de entrega extraordinaria, me gustaría mencionar aquí tres sucesos emblemáticos en los cuales los países europeos han participado: los caos de Hassan Mustafa Osama Nasr, Khaled El-Masri y Al Nashiri.

Con respecto al primero, debe decirse que Hassan Mustafa Osama Nasr, también llamado Abu Omar, era un musulmán de ascendencia egipcia que se desempeñaba como Imán en Milán y de quien se sospechaba que contribuía a radicalizar a la comunidad musulmana. Dicho ciudadano fue secuestrado en 2003, gracias a un operativo conjunto realizado entre agentes de la CIA y de la inteligencia italiana, y fue trasladado a Egipto a través de un aeropuerto militar en Alemania. En Egipto, fue recluido en secreto durante dos meses y, luego, estuvo bajo arresto domiciliario por casi cuatro años en los cuales fue sometido a interrogatorios y, se sospecha, que también fue torturado; después, se le dejó en libertad sin que mediara ninguna orden de detención, acusación o procedimiento de hábeas corpus.

Los autores del secuestro fueron juzgados en Italia por varios delitos, después de que las autoridades judiciales de Milán establecieran su identidad durante una investigación judicial a fondo, que condujo a la detención de los oficiales de inteligencia italiana y a la solicitud de extradición de los agentes de la CIA involucrados. Sin embargo, esa petición nunca fue enviada por el ejecutivo italiano a los EE.UU. (y ello sucedió tanto en el gobierno de Prodi como en el de Berlusconi).

De esta manera, entonces, el gobierno de Berlusconi usó la inmunidad en asuntos de interés público de Secreto de Estado con el fin de evitar el uso de las pruebas obtenidas en los locales de las autoridades de inteligencia (Illuminati, 2010). El Tribunal Constitucional italiano aprobó el uso del privilegio ejecutivo, que excluía una

parte sustancial de las pruebas de la fase de enjuiciamiento. Luego, en noviembre de 2009, el Tribunal de Milán condenó a 22 agentes de la CIA, a un piloto de la Fuerza Aérea y a dos agentes secretos italianos, al hallarlos responsables por la entrega extraordinaria de Abu Omar en suelo italiano, y les impuso penas de prisión de hasta ocho años a los dirigentes de esas operaciones. Sin embargo, algunos de los acusados no fueron condenados debido a la inmunidad diplomática. En septiembre de 2012, el Tribunal Supremo italiano confirmó las condenas por la entrega extraordinaria en contra de los 22 agentes de la CIA, el piloto de la Fuerza Aérea y los agentes secretos italianos involucrados y dispuso, además, que los agentes secretos italianos previamente absueltos con base en las inmunidades propias del secreto de Estado debían ser juzgados por el Tribunal de Apelación de Milán. De esta forma, el juicio penal italiano y las condenas han sido las primeras, y hasta ahora las únicas, en contra de las personas involucradas en el programa de entrega extraordinaria de la CIA.

El segundo caso es el de Khaled El-Masri primero, un musulmán de ascendencia libanesa nacido en Kuwait y quién es también ciudadano de Alemania –país este último al que se trasladó desde 1985–. En el 2003, El-Masri viajó a Skopje en Macedonia a disfrutar de unas breves vacaciones. En la frontera, fue detenido por las autoridades de inteligencia local, que lo interrogaron durante varias horas y luego lo llevaron a un hotel, donde estuvo detenido durante 23 días bajo vigilancia armada, sin una orden de detención ni acceso a un abogado; tampoco fue objeto de alguna acusación y se le sometió a diversos actos posteriores mediante los cuales se le violentaron todos sus derechos. Fue interrogado de forma continua; incluso las autoridades locales de Macedonia, las alemanas municipales y de policía, intercambiaron información sobre él durante el interrogatorio. Después de la detención, fue trasladado al aeropuerto de Skopje y se le entregó a un grupo de agentes de la CIA. El avión voló a Afganistán, donde se le mantuvo en detención secreta durante otros cuatro meses, hasta que las autoridades descubrieron que probablemente era la persona equivocada, dado que él tenía un nombre similar al de un hombre vinculado a una ‘célula de Hamburgo’ del movimiento Al-Qaeda.

En vista del error cometido y con el fin de encubrirlo, El-Masri fue trasladado en avión de regreso a Albania gracias a una ‘entrega extraordinaria inversa’. En Macedonia, las investigaciones administrativas y penales se abrieron, pero como resultado de

los pocos progresos, las mismas tuvieron que ser archivadas en atención a las barreras legales de tiempo. No obstante, en 2004, un Fiscal alemán de Múnich abrió una investigación formal en relación con las denuncias en las cuales se daba cuenta de que El-Masri había sido ilegalmente secuestrado y detenido, así como psíquica y psicológicamente maltratado e interrogado en Macedonia y Afganistán.

Gracias a ello, en el 2005, fueron enviadas cartas rogatorias a Macedonia y, en el 2007, se emitieron órdenes internacionales de arresto contra trece presuntos agentes de la CIA y/o personal de la misma agencia. Las autoridades macedonias se negaron a cooperar y las autoridades ejecutivas alemanas no quisieron enviar las solicitudes de extradición a los Estados Unidos. Durante los procedimientos civiles en los EE.UU., y bajo el Estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros, El-Masri fue confrontado con el uso del privilegio de secretos de Estado por el gobierno de EE.UU. Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito decidieron que el caso no podía ser expuesto sin revelar secretos de Estado. El Tribunal Supremo no estaba dispuesto a revisar el caso. La ONG Unión Estadounidense por las Libertades Civiles presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el 2008. Por su parte, la Fundación Soros presentó en el 2009 una petición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en contra de Macedonia, que sigue a la espera del dictamen oficial por parte de los EE.UU. En este último evento, la Gran Cámara del TEDH ha emitido su fallo el día trece de diciembre de 2012⁴.

El tercer caso que podría exponerse como un ejemplo claro de este tipo de políticas, es el del ciudadano saudí Al Nashiri detenido en Dubai, en el año 2002, por las autoridades locales y quien, luego de un mes de privación de la libertad, fue traslado también en forma secreta y puesto bajo la custodia de la CIA que lo envió a una prisión conocida como *Salt pit* en Afganistán. Allí, se le interrogó intensamente e, incluso, existen sospechas de que fue sometido a actos de tortura; luego de una corta estadía ahí, Al-Nashiri fue transferido por la misma CIA a una prisión secreta en Bangkok y, en breve tiempo, fue objeto de traslado a otra prisión secreta de Polonia. Posteriormente, la CIA lo sometió a más detenciones en un número de localizaciones secretas fuera de Polonia para, seguidamente, conducirlo a Rabat, en Marruecos, y después a Guantánamo.

Luego de un año de permanencia en esta última sede, fue enviado de regreso a Rabat y, con posterioridad, conducido a Bucarest, en Rumania. En 2006 fue llevado nuevamente a Guantánamo; no obstante, solo en septiembre de ese año la administración de los EE.UU. se entera de que la CIA lo había detenido en secreto fuera del país y que, desde aquel entonces, había sido transferido a la custodia de los EE.UU. en la Bahía de Guantánamo. Es más, en 2009 se le imputaron diversos cargos frente a una Comisión Militar de Guantánamo, los mismos que luego fueron retirados a la espera de la anunciada revisión de todas las detenciones practicadas en esa Bahía por parte de la administración del Presidente Obama; en la actualidad, Al-Nashiri se encuentra sometido a juicio por parte de un Tribunal Militar de Guantánamo; el 20 de abril del 2011 los fiscales militares pidieron la imposición de la pena de muerte en su contra.

A raíz de lo explicado, la Fundación Soros presentó, en 2009, una petición ante el TEDH contra Polonia y, en 2012, contra Rumania y Lituania, en ambos casos para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunciara sobre estos hechos; gracias a ello, el TEDH emitió una sentencia condenatoria contra Polonia el 24 de julio 2014, por haber permitido en su territorio interrogatorios y retenciones secretas por parte de la CIA (TEDH, *Nashiri vs. Polonia*, 2014). Aun así, lo que está claro es que Al-Nashiri lleva cerca de 10 años privado injustamente de su libertad en Guantánamo.

Con todo lo expuesto, es evidente que el papel de los estados europeos y de los agentes u oficiales de dichos estados en el programa de entrega extraordinaria, puede adoptar varias formas que van desde el secuestro de personas, su traslado, el establecimiento y uso de centros de detención secreta, o incluso ciertos tipos de facilitación del programa (a través del intercambio de información de inteligencia o facilitando los vuelos secretos de la CIA, y así sucesivamente). De esta manera, varios estados europeos han orquestado, cooperado o facilitado el programa de entrega extraordinaria, lo que ha derivado en un tema político muy sensible, sobre todo por la evidente y ya comprobada participación de los estados europeos en ese programa.

Control político en Europa

El Parlamento de la Unión Europea creó en el año 2007 la ‘Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de Países Europeos

por parte de la CIA para la transportación y detención ilegal de prisioneros'. El objetivo de la misma era determinar si la CIA había realizado detenciones secretas o entregas extraordinarias en territorio europeo, o si usó ese territorio para contribuir al desarrollo de dichas actividades y evaluar si los ciudadanos europeos o incluso los estados miembros de la Unión Europea estaban relacionados con esas actividades delictivas. En febrero de 2007 fue publicado el reporte del eurodiputado italiano Claudio Fava ante el Parlamento Europeo, el cual contenía información detallada sobre algunas de las operaciones y la cooperación prestada por los países europeos y sus agentes, en su mayoría verificadas en el archivo civil y de inteligencia militar y en el archivo de transporte militar.

De esta forma, el Consejo del Parlamento Europeo, realizó dos consultas separadas a los Estados. En primer lugar, a través de su Secretario General, Terry Davis, les solicitó que bajo el artículo 57 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), explicaran cómo aseguraban que los agentes extranjeros estuvieran sujetos a controles adecuados en su territorio, así como las medidas que se tomaron para prevenir las detenciones secretas y cómo aseguraron que se estaban llevando a cabo investigaciones efectivas. De esta manera, se hizo evidente en el reporte que en muchos estados faltaban acuerdos legales que regularan esas actividades (Consejo Europeo: Secretaria General, 2006); por ejemplo, el régimen para el tráfico aéreo era inadecuado y las reglas de inmunidad eran un obstáculo claro para llevar a cabo investigaciones efectivas.

La segunda consulta fue realizada por el Comité en asuntos legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria, bajo la dirección del reportero Dick Marty, quien produjo dos reportes, uno en el año 2006 y otro en 2007 (Asamblea Parlamentaria, 2006 y 2007). Dick Marty ha tenido mucho éxito al destapar las rutas de vuelo de la CIA en sus viajes a Europa de manera concreta, lo que de igual forma permitió ver la relación de las autoridades nacionales europeas en la transferencia ilegal de las personas detenidas.

En virtud de su competencia como Presidente del Comité de asuntos legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo, Dick Marty solicitó también a la Comisión Europea para la democracia, a través del Derecho (Comisión de Venecia), una opinión legal sobre las obligaciones de carácter internacional de los Estados miembros del Consejo Europeo en

relación con las facilidades que se brindaban para las detenciones secretas y el transporte interestatal de prisioneros. La Comisión de Venecia adoptó su reporte en el año 2006 y concluyó que los Estados implicados en operaciones de entregas extraordinarias habían obrado incumpliendo el derecho internacional y habían incurrido en violación de los estándares aplicables en materia de derechos humanos. Lo anterior pudo darse gracias a las distintas formas de participación en dichas actividades o por no cumplir satisfactoriamente y de manera positiva con las obligaciones de investigar, enjuiciar y sancionar (Consejo de Europa, 2006).

Finalmente, en el año 2007, el Comité de Inteligencia y Seguridad del Reino Unido publicó un reporte bastante crítico en relación con las entregas. El objetivo era determinar si las agencias de inteligencia y seguridad de esa nación habían tenido conocimiento de la participación de sus servidores en las operaciones de entrega. El Comité consideró en sus recomendaciones que las detenciones secretas sin representación legal o de otro tipo, son de por sí malos tratos (Murphy, 2007); y, en su opinión, cuando existe la posibilidad real de ‘rendición de detención’ para una instalación secreta, por un tiempo limitado, la aprobación no debe ser dada. No obstante, no encontró evidencia alguna acerca de la complicidad de las agencias del Reino Unido en operaciones de ‘entregas extraordinarias’, pero sí fue bastante crítico acerca de la creación de las entregas extraordinarias en lugar de las ‘entregas a la justicia’, las ‘entregas militares’ y las ‘entregas para la detención’, las cuales son y se mantienen para el Comité como herramientas justificables de la inteligencia civil y militar.

Las entregas extraordinarias bajo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Tanto la entrega a la justicia como la entrega extraordinaria, no son términos legales existentes en el derecho internacional. Cuando se trata de una evaluación de la práctica de la entrega extraordinaria en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, tenemos que enfrentarnos a un conjunto híbrido de posibles violaciones de los mismos, tales como el arresto arbitrario y la detención, las desapariciones y el desplazamiento forzados, la tortura, la negación de acceso a las oficinas consulares, la proscripción de acceso a tribunales independientes e imparciales, etc. En este trabajo, me gustaría centrarme en la detención secreta

como método y objetivo del programa de entregas extraordinarias y hacer frente a la cuestión de si, y en qué medida, los instrumentos de normas internacionales de derechos humanos aceptan una categoría específica de detención por razones de seguridad, especialmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Una cuestión relacionada con esta es si las normas internacionales de derechos humanos aplican regulaciones específicas para la extradición o la entrega a la justicia y de entrega extraordinaria (medidas administrativas especiales) en ese sentido.

Como nos enfrentamos aquí, desde el punto de vista europeo, con una práctica transnacional constitutiva de una verdadera empresa criminal conjunta entre oficiales y agentes de Estados Unidos y de países europeos, me gustaría enfocarme en algunos problemas específicos y complejos comunes a todos estos estándares. El primer asunto a proponer es el siguiente: ¿tienen jurisdicción los estados europeos desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)? En otras palabras: ¿los tratados de derechos humanos se aplican en este tipo de situaciones? Debe advertirse que este asunto es de particular importancia, en vista de que la Corte Suprema de los Estados Unidos no está dispuesta a aplicar los estándares constitucionales propios para los agentes que actúan fuera del territorio estadounidense (así, la 'Doctrina: Kerr-Frsibie/Alvaréz-Machain').

Ahora bien, el siguiente asunto que amerita mayor análisis es la cuestión de si el DIDH acepta una categoría específica de detenciones de seguridad, especialmente en el campo de la lucha contra el terrorismo, y, si es así, cuán amplia sería. De igual forma, la tercera pregunta se planteará en torno al DIDH, pero esta vez en cuanto a la aplicación de estándares específicos para la extradición o la entrega a la justicia/entrega extraordinaria (medidas administrativas especiales, por sus siglas en inglés: SAM).

Jurisdicción.

La mayoría de convenciones de derechos humanos, incluyen efectivamente estándares universales; sin embargo, ello no significa que los estados deban aplicarlos en todas las situaciones ni que serán encontrados responsables en todos los casos. En otras palabras: los estados deben tener jurisdicción para ser encontrados responsables. La mayoría de los tratados en materia de derechos humanos inician

en sus primeros artículos con referencias a los individuos sujetos a su jurisdicción, pero sin definirlos. La jurisdicción está tradicionalmente relacionada con la aplicación territorial del derecho internacional, sin embargo se ha dado una importante evolución cuando se trata de la aplicación del DIDH.

Pacto internacional de los derechos civiles y políticos/ El Comité de Derechos Humanos.

Desde 1981, el Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), trató el asunto en el caso de Lilian Celiberti de Casariego *vs.* Uruguay (Comité de Derechos Humanos, 1981). En 1978, dicha dama fue arrestada en Porto Alegre (Brasil) junto con sus dos hijos y el señor Universindo Rodríguez Díaz. El arresto fue llevado a cabo por agentes uruguayos con la complicidad de dos oficiales de policía brasileños. Durante una semana, Celiberti junto con los demás retenidos, permanecieron privados de su libertad en el apartamento de la referida señora en Porto Alegre y, luego, fueron llevados a la frontera Uruguaya. De esta forma, fueron secuestrados y conducidos de manera forzada dentro del territorio uruguayo, donde los mantuvieron detenidos. Una semana después, las Fuerzas Conjuntas de Uruguay confirmaron públicamente el arresto de la señora Celiberti, sus dos hijos y el señor Universindo Rodríguez Díaz, alegando que ellos habían intentado cruzar la frontera entre Brasil y Uruguay, ingresando secretamente material subversivo. Durante cuatro meses se les mantuvo incomunicados, y, en el cuarto mes, a la señora Celiberti se le imputaron los cargos de ‘asociación subversiva’, ‘violación de la Constitución por conspiración y actos preparatorios’ y otras violaciones al Código Penal Militar en conjunción con el Código Penal Ordinario. Así, entonces, se ordenó que Lilian Celiberti fuera juzgada por un Tribunal Militar y que se le mantuviera en ‘custodia preventiva’.

El Comité de Derechos Humanos observa, además, que el arresto y la detención inicial de Lilian Celiberti de Casariego tuvieron lugar presuntamente en territorio extranjero. El Comité no está limitado ni en virtud del artículo 1° del Protocolo opcional ‘individuos sujetos a jurisdicción’, ni por el artículo 28 (1) de la convención ‘individuos dentro del territorio y sujetos a jurisdicción’; por considerar estas alegaciones junto con la solicitud del secuestro subsecuente en territorio uruguayo, en la medida en que estos actos fueron perpetrados por agentes uruguayos actuando en suelo extranjero.

El Comité de Derechos Humanos opina que la referencia que hace el artículo 1° del Protocolo opcional a los ‘individuos sujetos a su jurisdicción’, no afecta la conclusión señalada anteriormente. Esto, porque en el citado artículo no se hace referencia al lugar donde la violación ocurrió sino que, más bien, alude al vínculo entre el individuo y el Estado en relación con la violación de cualquiera de los derechos establecidos en la convención, sin importar el lugar de su ocurrencia. El Comité de Derechos Humanos finalmente concluye:

El artículo 2(1) de la Convención impone como obligación a los Estados parte, la de respetar y asegurar los derechos “a todos los individuos dentro de su territorio y los que están sujetos a su jurisdicción”; pero ello no implica que el Estado parte en cuestión no pueda ser encontrado responsable bajo la Convención por las violaciones a los derechos que sus agentes cometan dentro del territorio de otro Estado, ya sea con el consentimiento del Gobierno de ese Estado o en oposición a ello (...) los Estados parte están obligados por el artículo 2, parágrafo 1, a respetar y asegurar los derechos de la Convención a todas las personas que puedan estar dentro de su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado parte debe respetar y asegurar los derechos previstos en la Convención a cualquier persona dentro del poder o control efectivo de ese Estado parte. Este principio también se aplica a aquellos que se encuentren bajo el poder o control efectivo de las fuerzas de un Estado parte actuando fuera de su territorio, sin importar las circunstancias en las que ese poder o control efectivo fue obtenido, como aquellas fuerzas que constituyen un contingente nacional de un Estado parte a las que se les ha asignado una operación internacional de mantenimiento de la paz o de imposición de la paz. En consonancia con esto, sería inconcebible interpretar la responsabilidad mencionada en el artículo 2 de la convención como una manera de permitir que el Estado parte cometa violaciones a la Convención en el territorio de otro Estado, las cuales no podría cometer en su propio Estado (párr.10.3).

Desde 1981, el Comité de Derechos Humanos admitió la aplicación extraterritorial de la Convención, bajo las bases del requisito de autoridad o control efectivo en múltiples casos (Véase, NU, 1994, párr. 3; NU, 1998, párr.10; NU, 1998, párr.14; NU, 2001, párr.8; NU, 2004, párr. 6; NU, 2011, párr. 11). Adicionalmente, se estableció en la observación general 31 que: “el disfrute de los derechos de la Convención no está limitado a los ciudadanos de los Estados parte sino que también debe estar disponible para todos los

individuos, sin importar su nacionalidad o apátrida (...)” (NU, 2010, pp.192-194).

Finalmente, debe concentrarse la atención en el análisis que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), realiza al alcance del PIDCP en su opinión consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado. En la mencionada opinión, la CIJ sostuvo que:

Mientras la jurisdicción de los Estados es principalmente territorial, puede que en algunos casos esta también se ejerza fuera del territorio nacional (...) así entonces y considerando el objeto y propósito del Pacto, pareciera natural que, incluso en aquellos casos, los Estados parte del Pacto deberían estar sujetos a cumplir con esas disposiciones (CIJ, 2004, párr. 109).

La CIJ falló en el mismo sentido cuando decidió el caso República Democrática del Congo *vs.* Uganda, al sostener que el DIDH se aplica en relación con los actos llevados a cabo por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio (CIJ, República Democrática del Congo *vs.* Uganda, 2005, párr. 216).

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La CoIDH ha elaborado la doctrina de control personal, en la cual sostiene que los individuos bajo ‘autoridad y control’ de un Estado, están a su vez sometidos a la jurisdicción de dicho Estado para efectos del DIDH. Lo anterior significa que ese organismo reclama la competencia *ratione loci* con respecto a los Estados, por los actos que ocurran en el territorio de otro Estado; cuando las presuntas víctimas estuviesen sujetas a autoridad y control de sus agentes (Véase, CoIDH, Salas, 1993, párr. 6; CoIDH, Callistus Bernard *et al.*, 1994, párr. 6 y 8; CoIDH, Coard *et al.*, 1999, párr. 37). Recientemente, en relación con las detenciones que se realizan en Estados Unidos, en la Bahía de Guantánamo, la Comisión encontró que “quien está bajo la autoridad y control de un Estado, sin importar sus circunstancias, no carece de protección legal en sus derechos humanos fundamentales o no derogables” (CoIDH, Detenciones en la Bahía de Guantánamo, 2002).

Es interesante que la CoIDH haya declarado recientemente admisible la petición interestatal formulada a raíz del caso Ecuador *vs.* Colombia (Aisalla, 2010), mediante la cual Ecuador argumenta

que Colombia estaba en posición de control frente a los individuos que fueron asesinados en territorio ecuatoriano durante un ataque militar llevado a cabo en el suelo del país vecino, con el objetivo de destruir un campamento de las FARC (la llamada operación Fénix). En sus observaciones escritas a la petición interestatal, el Estado colombiano alega que la CoIDH no tiene la jurisdicción por *ratione loci*, debido al hecho de que las presuntas víctimas no estaban sujetas a la jurisdicción colombiana, como lo requiere el artículo 1°.1 de la Convención Americana (Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal, 2009, pp. 5-20).

En ese sentido el Estado colombiano alegó que, como regla general, el concepto de ‘jurisdicción’ debe interpretarse desde una perspectiva territorial. Añade así que en la interpretación de los artículos 1°.1. y 2° de la Convención Americana, la conclusión debe indicar que la ley se caracteriza por su aplicación territorial. “Consecuentemente, y en orden a que la protección sea efectiva, las personas que se beneficiarán de la mencionada protección deben estar localizadas dentro del territorio de dicho Estado” (Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal, 2009, pp. 6 y 10). De esta forma, el Estado colombiano advierte que debido a la dimensión territorial del término ‘jurisdicción’ señalado en el artículo 1°.1. de la Convención Americana, la muerte del señor Aisalla, nacional ecuatoriano, la cual tuvo lugar en Ecuador, no está sujeta a la jurisdicción del Estado colombiano (Observaciones del Estado de Colombia a la petición interestatal, 2009, p. 11).

El Estado colombiano sostiene que, de acuerdo con el derecho internacional, las únicas dos posibles excepciones a la regla que establece la jurisdicción territorial, se relacionan con operaciones militares o con los actos de diplomáticos o agentes consulares en el territorio de otros Estados. Ahora bien, de acuerdo a los pronunciamientos del Estado colombiano para considerar que un Estado ha ejercido su jurisdicción de manera extraterritorial por una operación militar exterior, debe demostrarse que existía ocupación militar o que el Estado que desplegó la operación militar tenía control sobre el territorio del otro Estado (Comunicación del Estado colombiano ante la CoIDH, 2010, párr. 30).

El Estado colombiano advierte que la llamada ‘Operación Fénix’, no equivalía ni a una ocupación militar ni a un control sobre el territorio. Lo anterior en el sentido de que no había una presencia

permanente de las fuerzas militares colombianas en Ecuador. Además, resalta el Estado colombiano que sus fuerzas militares no buscaban destituir, reemplazar o sustituir al gobierno ecuatoriano o sus fuerzas militares. En conclusión, el Estado colombiano sostiene que en el presente caso los prerequisites necesarios para considerar que, como resultado de la ‘Operación Fénix’, Colombia ejerció jurisdicción extraterritorialmente sobre el territorio de Angostura (Ecuador) y las personas allí presentes, están ausentes (Comunicación del Estado colombiano ante la CoIDH, 2010, párr. 49).

La CoIDH inicia así su análisis desde el punto de vista del derecho internacional:

En el derecho internacional, las bases de la jurisdicción no son exclusivamente de carácter territorial, incluso pueden ser ejercidas en otras bases también. En este sentido, la CoIDH ha establecido que “bajo ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre los actos extraterritoriales no solo serán congruentes sino requeridos por las normas pertinentes” (CoIDH, Coard et al, 1999, párr. 37). Así, a pesar de que la jurisdicción se refiere usualmente a la autoridad sobre las personas que están dentro del territorio del Estado, los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su nacionalidad o localización. En virtud del derecho interamericano de los derechos humanos, cada Estado Americano está obligado a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio, como de aquellos presentes en el territorio de otro Estado, pero sujetos al control de sus agentes (CoIDH, Alejandro Jr. et al, 1999). Esta posición coincide con la de otras organizaciones internacionales que, analizando la esfera de aplicación de los instrumentos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, han logrado evaluar su extraterritorialidad.

La CoIDH declaró la admisibilidad de la solicitud y analizó el fondo de la misma; sin embargo, en la decisión de admisibilidad define la pregunta esencial en esta materia cuando expresa:

Así, lo siguiente es esencial para la Comisión a efectos de determinar la jurisdicción: el ejercicio de autoridad sobre las personas por los agentes de un Estado, incluso si no están actuando dentro de su territorio, sin la necesidad de requerir la existencia de una formal, prolongada y estructurada relación legal en términos del tiempo puede elevar la responsabilidad de los Estados por los actos cometido por sus agentes en el exterior. Al momento de examinar el alcance de la jurisdicción de la Convención Americana, es necesario determinar si existe un nexo causal entre la conducta extraterritorial del Estado y la presunta violación de los derechos y libertades del individuo.

Al respecto cabe resaltar, como se tratará más adelante, que en sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no se ha ocupado en detalle de la cuestión atinente al alcance de la jurisdicción; sin embargo, ella sí ha manejado casos de violaciones transnacionales de derechos humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH en la decisión del caso *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*, insistió en que el término ‘jurisdicción’ que deriva del derecho internacional, es fundamentalmente –pero no de forma exclusiva–, territorial. El Tribunal aceptó que los actos de autoridades de ‘Estados parte’, cometidos fuera del territorio nacional o que pudieran producir efectos más allá del mismo podrían –en circunstancias excepcionales– recaer bajo la jurisdicción del ‘Estado parte’. En el caso *Bankovic*, la aplicación fue sin embargo declarada inadmisibles porque el ataque aéreo que tuvo lugar no se llevó a cabo para constituir un control efectivo sobre el área en cuestión.

El TEDH ya había concluido en una etapa más temprana, que el término ‘jurisdicción’ no se encuentra limitado al territorio nacional del Estado parte, pues por los actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera del territorio el Estado puede incurrir en responsabilidad (Véase, TEDH, *Drodz y Janousek vs. Francia y España* 1992, párr. 91; CoEDH, *República Federal de Alemania*, 1965; CoEDH, *Hess vs. Reino Unido* 1975; CoEDH, *Chipre vs. Turquía*, 1975; CoEDH, *X y Y vs. Suiza*, 1977; CoEDH, *W. vs. Reino Unido*, 1983). El ejercicio de jurisdicción es, pues, una condición necesaria para que un Estado sea encontrado responsable por los actos u omisiones imputables a él, cuando ellos produzcan una infracción a los derechos y libertades protegidas (TEDH, *Ilascu y otros vs. Moldavia y Rusia*, 2004, párr. 311).

En el caso *Loizidou vs. Turquía*, el Tribunal Europeo dictaminó que cuando un Estado ejerce control efectivo sobre un territorio, como es el caso de las ocupaciones militares, tiene jurisdicción (1995, párr. 62). Acerca de ello se expresó en los siguientes términos:

En este asunto el Tribunal recuerda que, si bien el artículo 1 establece límites en el alcance de la Convención, el concepto de “jurisdicción” bajo esta disposición no se limita al territorio nacional de las altas partes contratantes (...) la responsabilidad de las partes contratantes puede estar implicada por los actos de sus autoridades, sea que hayan actuado dentro o fuera de los límites nacionales, lo cual

produce efectos fuera de su propio territorio (...) teniendo presente el objetivo y propósito de la Convención, la responsabilidad de una parte contratante también puede surgir cuando, como consecuencia de una acción militar -sea legal o ilegal- se esté ejerciendo un control efectivo sobre un área fuera del territorio nacional. La obligación de asegurar, en dicha área, los derechos y libertades establecidos en la Convención deriva del hecho de que tal control sea ejercido directamente, bien sea a través de sus fuerzas armadas o por medio de la administración local subordinada (*Loizidou vs. Turquía*, 1995, párr. 62). Esta decisión tomada por el TEDH, fue confirmada en el año 2001 en el caso *Chipre vs. Turquía*.

Las mencionadas circunstancias excepcionales que justifican una jurisdicción extraterritorial, también se aplican al artículo 5º de la CEDH. Ya desde 1989, el Tribunal decidió en el caso *Stocké vs. Alemania* y dijo:

De acuerdo al artículo 1 de la Convención las Altas partes contratantes tienen que asegurar los derechos consagrados en el artículo 5 (1) a “todos los que estén dentro de su jurisdicción”. Este compromiso no se limita al territorio nacional de la Alta parte contratante en cuestión, sino que se extiende a todas las personas que se encuentren bajo su actual autoridad y responsabilidad, ya sea que la autoridad sea ejercida dentro del propio territorio o en el exterior. Además (...) los agentes autorizados de un Estado no solo permanecen bajo su jurisdicción en el extranjero, sino que además traen cualquier otra persona “dentro de la jurisdicción” de dicho Estado al ejercer autoridad sobre esas personas. En la medida en que los actos u omisiones del Estados afecten a esas personas, la responsabilidad del Estado está comprometida (TEDH, *Stocké vs. Alemania*, 1989, párr. 166).

En casos más recientes, como el de *Issa et al vs. Turquía*, el TEDH expresó nuevamente que la responsabilidad de un Estado puede verse involucrada por la violación de los derechos y libertades de las personas que están en el territorio de otro Estado, al encontrarse bajo la autoridad y control de los agentes del primer Estado quienes estuvieran operando legal o ilegalmente en el territorio del segundo Estado. El test que aplica, entonces, es el de ‘control efectivo’. De acuerdo al TEDH, la responsabilidad en este tipo de situaciones resulta del hecho de que el artículo 1º de la Convención Europea no puede interpretarse de tal forma que permita a un Estado parte cometer violaciones a los derechos humanos en el territorio de otro Estado; violaciones que tampoco podría cometer en su propio territorio (TEDH, *Issa et al vs. Turquía*, 2004, párr. 71).

En el mencionado caso Issa, el Estado demandado fue acusado de adelantar en la frontera, operaciones militares con el objetivo de perseguir y eliminar a presuntos terroristas. El TEDH aceptó en aquel entonces que, como consecuencia de esa acción, podría considerarse que el Estado demandado ha ejercido, temporalmente, el control global efectivo de una porción en particular del territorio en el cual estaba adelantando operaciones militares.

Finalmente, en relación con este asunto, me gustaría mencionar dos casos directamente relacionados con la práctica de entrega a la justicia: el primero, es el de *Öcalan vs. Turquía* (TEDH, 2005), quien era líder del Partido de los trabajadores de Kurdistán (PKK por sus siglas en inglés) secuestrado en Nairobi, Kenia, por el servicio secreto de Turquía. El TEDH decidió que Öcalan se encontraba dentro de la jurisdicción de Turquía desde el momento en que fue transferido físicamente de las instalaciones de la Policía en Kenia al control de los oficiales turcos en Nairobi. Por ello, dijo que es suficiente que la víctima haya sido físicamente entregada a la custodia y control de las autoridades turcas, por lo que no hay necesidad de solicitar evidencia de control sobre un lugar en particular.

El segundo caso, se refiere a la aprehensión de Al-Saadoon y Mufdhi en Irak. Ellos se encontraban detenidos en la ‘Instalación Departamental de Detención Temporal’, durante varios meses; primero, por miembros del ejército de los Estados Unidos y, luego, por militares del Reino Unido; con posterioridad fueron llevados a juicio ante un Tribunal de Irak. En la declaración de admisibilidad, el Tribunal afirmó que algunos de los detenidos que estuvieron en la prisión del Reino Unido, ubicada en territorio Iraquí, se encontraban a su vez dentro de la jurisdicción del Reino Unido puesto que estaban bajo el control total y exclusivo de facto y subsecuentemente de *jure*, ejercido por las autoridades inglesas en las instalaciones anteriormente señaladas (TEDH, Al-Saadoon y Mufdhi *vs.* Reino Unido, 2009). Así mismo, en su sentencia definitiva, el Tribunal es claro al señalar que:

Se ha aceptado que una Parte Contratante es responsable en virtud del artículo 1 de la Convención por todos los actos u omisiones de sus órganos, con independencia de que el acto u omisión en cuestión sea una consecuencia de la jurisdicción interna, o de la necesidad de cumplir con las obligaciones jurídicas internacionales. El artículo 1 no hace ninguna distinción en cuanto al tipo de norma o medida en cuestión y no excluye del escrutinio de la Convención ningún segmento de la “jurisdicción” de una Parte Contratante. Las fuerzas

armadas del Estado demandado, después de haber entrado en Irak, tomaron medidas activas para llevar a los solicitantes dentro de la jurisdicción del Reino Unido, arrestándolos y manteniéndolos en centros de detención administrados por los británicos (Véase, TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi vs. Reino Unido*, 2009, párr. 128). En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Estado demandado tenía la obligación primordial de garantizar que el arresto y la detención no terminaran de una manera que violara los derechos de los demandantes conforme a los artículos 2 y 3 de la Convención y en el artículo 1 del Protocolo n.º 13 (TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi vs. Reino Unido*, 2010).

Podemos concluir, entonces, que el Tribunal utiliza en principio una doctrina de control territorial pero, a su vez, acepta que en circunstancias excepcionales también aplica la extraterritorialidad. Sin embargo, sigue siendo difícil para el Tribunal de Justicia definir el alcance de los actos o de sus efectos necesarios para activar la jurisdicción, como en los casos de ocupación militar o de acciones antiterroristas ejecutadas extraterritorialmente; así como también las obligaciones positivas eventuales que surjan de dicha jurisdicción. En cambio, en el caso de la custodia y la detención, la situación es más clara, pues el Tribunal admite, de hecho, una doctrina de control de personal, mediante la cual el Estado tiene “la competencia para respetar (o violar) los derechos de un individuo que tiene en su custodia” (Satterthwaite, 2007, p. 1372).

La detención por razones de seguridad bajo la lupa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El segundo tema que merece un mayor análisis, es la cuestión de si, y en qué medida, el DIDH acepta la categoría específica de la detención de seguridad, especialmente en el campo de la lucha contra el terrorismo. Como regla general se puede afirmar que el DIDH permite la detención de seguridad en un conjunto muy limitado de circunstancias e incluso, cuando se permite, ella está sujeta a muchas limitaciones que se aplican en todo momento, incluso en estados de emergencia y de guerra.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la detención por razones de seguridad.

La detención por razones de seguridad no es, como tal, una violación del Pacto; sin embargo, hay criterios estrictos sobre los

motivos y los procedimientos que han de aplicarse para su ejecución. Ya en 1982, el Comité de Derechos Humanos de la ONU escribió en su Observación General N° 8 sobre el artículo 9° del PIDCP, el cual se refiere al derecho a la libertad y a la seguridad de las personas, que el artículo 9° (1) es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea en materia penal o en otros casos. En particular, la garantía fundamental consignada en el párrafo 4, es decir, el derecho a recurrir ante un tribunal para controlar la legalidad de la detención, se aplica a todas las personas privadas de su libertad en virtud de detención o prisión. Además, los Estados Parte tienen, de conformidad con el artículo 2° (3), la obligación de asegurar que un recurso efectivo sea proporcionado en los casos en que el individuo afirme ser privado de su libertad con violación del Pacto. El Comité de Derechos Humanos de la ONU menciona explícitamente en el párrafo 4 de su comentario a la detención preventiva, lo siguiente:

(...) Si se utiliza la llamada prisión preventiva, por razones de seguridad pública esta debe ser controlada por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, y debe basarse en los motivos y los procedimientos establecidos por la ley, la información de las razones se debe dar y el control judicial de la detención debe estar disponible, así como una indemnización en caso de incumplimiento (ONU, Comité de Derechos Humanos, 1994, párr(s).1, 2, 4 y 5).

Con todo, no queda claro cuál es el umbral de pruebas que debe ser aplicado para la detención de seguridad y si es el mismo para la detención de seguridad a corto, mediano o largo plazo. Además, es importante destacar que estas obligaciones se aplican también a las detenciones extraterritoriales de personas que se encuentran dentro de la custodia y el control efectivo del Estado; como lo señala el Comité de Derechos humanos:

Mientras el artículo 2 se expresa en términos de las obligaciones de los Estados Partes para con las personas como los titulares de derechos en virtud del Pacto, cada Estado parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento que tengan los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del hecho de que las “normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana” son obligaciones erga omnes (2004).

El Pacto impera, de igual forma, en situaciones de conflicto armado en las cuales las normas del derecho internacional humanitario (DIH) son aplicables. Es más, para interpretar determinados derechos

consagrados en el Pacto son pertinentes normas más específicas del derecho internacional humanitario; ambas esferas del derecho, pues, son complementarias y no se excluyen mutuamente (ONU, Comité de Derechos Humanos, 2001, párr.3). El artículo 2°, en su párrafo 3, requiere que en adición a una efectiva protección de los derechos del Pacto, los Estados Parte deben asegurar que los individuos tengan recursos accesibles y efectivos para reivindicar sus derechos. Ellos deben ser adaptados apropiadamente, de tal forma que se tome en cuenta la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de personas, incluyendo en particular a los niños.

La falta de investigación y enjuiciamiento de los autores de tales infracciones podrían, de por sí, constituir una violación separada del Pacto. Estas obligaciones surgen principalmente en relación con aquellas conductas reconocidas como delitos en la legislación, ya sea nacional o internacional, como lo son la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 7°), la ejecución sumaria y arbitraria (artículo 6°) y la desaparición forzada (artículos 7° y 9° y, con frecuencia, el 6°). Ninguna posición oficial justifica que aquellas personas que pueden ser acusadas de ser responsables por dichas violaciones, sean inmunes desde la perspectiva jurídica. Otros impedimentos para el establecimiento de la responsabilidad jurídica deben igualmente eliminarse, como ocurre con la defensa de la obediencia a órdenes superiores o los períodos excesivamente breves de prescripción en los casos en que tales limitaciones sean aplicables. También, los Estados Parte deben prestarse asistencia mutua para someter a la justicia a los sospechosos de haber cometido actos de violación del Pacto, punibles según el derecho nacional o internacional.

La posición de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La jurisprudencia interamericana no declara que la detención por razones de seguridad, como tal, sea una violación de la Convención, en particular al artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de la libertad personal. La detención por razones de seguridad es tratada como cualquier detención; de tal forma que será conforme a la CADH si no es arbitraria y se basa en motivos previamente establecidos por la ley. Esto incluye la garantía contra el arresto arbitrario y la detención mediante la estricta regulación de los fundamentos y los

procedimientos de arresto y detención en virtud de la ley. Se incluye, además, la garantía de una supervisión judicial rápida y eficaz.

A efectos de evitar riesgos como los señalados, la Comisión sugiere que una demora de más de dos o tres días para llevar a un detenido ante una autoridad judicial en general no se considera razonable (CoIDH, McKenzie *et al* [Jamaica], 2000). Sin embargo, ella reconoce que la privación de libertad de una persona también puede estar justificada en relación con la administración de la autoridad del Estado, más allá de la investigación y sanción de los crímenes donde las medidas de esta naturaleza son estrictamente necesarias. No obstante, ese organismo ha hecho hincapié en que cualquier tipo de detención debe, en todos los casos, cumplir con los requisitos de la legislación preexistente, nacional e internacional, incluida la exigencia de que la detención deba basarse en fundamentos y procedimientos claramente establecidos en la Constitución o en otras leyes demostrándose, así, que la detención es necesaria, justa y no arbitraria. La detención en tales circunstancias también debe ser objeto de control y de supervisión judicial y, cuando el Estado ha justificado la detención continua, debe serlo a intervalos razonables (Véase, CoIDH, Ferrer Mazorra *et al* [Estados Unidos], 2001; CoIDH, Reporte: El derecho a la vida y el terrorismo, 2002).

La Corte ha examinado estrictamente casos de detención basados en la ilegalidad y la arbitrariedad. En el caso Gangaram-Panday *vs.* Surinam (1994), llegó a la conclusión de que Surinam había violado la Convención por causa de la detención ilegal. Gangaram-Panday fue detenido por la policía militar en el aeropuerto de Paramaribo en Surinam, procedente de Ámsterdam, a raíz de un procedimiento de deportación. Fue retenido durante tres días en confinamiento militar, sin control judicial y se declaró que el privado de la libertad en forma ilegal se había suicidado. La CIDH concluyó, además, que, si bien el derecho a la libertad personal y la seguridad es irrevocable, el derecho a recurrir ante un Tribunal competente en virtud del artículo 7° (6), que por su naturaleza es necesario para proteger los derechos no derogables durante la detención penal o administrativa, como el derecho a la integridad personal, no pueden ser objeto de derogación en el sistema interamericano. La Comisión Interamericana ha sostenido que hay otros componentes relacionados con el derecho a la libertad que no pueden ser negados, como lo serían el requisito de que los fundamentos y los procedimientos para la detención estén previstos por la ley o

el derecho a ser informado de los motivos de la detención; igual sucede con ciertas garantías contra la incomunicación prolongada o la detención indefinida, incluyendo el acceso a un abogado, a la familia y la asistencia médica después de la detención.

La detención por razones de seguridad y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sottiaux, 2008).

El TEDH tiene una postura mucho más estricta cuando se trata de proteger el derecho a la libertad. Por ello, insiste continuamente en la importancia fundamental de las garantías contenidas en el artículo 5° de su Convención, para asegurar el derecho de los individuos en una democracia a ser libres de detención arbitraria a manos de las autoridades. Por esa razón, el Tribunal aplica una prueba de legalidad y una de arbitrariedad. El Tribunal prohíbe la detención por razones de seguridad en virtud del artículo 5° de la CEDH, dado que ningún poder general de la prisión preventiva se puede encontrar en el artículo 5° (1) (b) (TEDH, *Lawless vs. Irlanda, 1960*, párr. 14). Esto significa que el artículo 5° (1) (c) no autoriza “una política de prevención general dirigida contra un individuo o una categoría de individuos que, como *mafiosos*, supongan un peligro a causa de su propensión a la delincuencia continua” (TEDH, *Guzzardi vs. Italia, 1980*, párr. 102).

Cabe señalar que el artículo 5° (1) (c) solo puede ser utilizado en el contexto de la detención por razones de seguridad relacionadas con el enjuiciamiento de un delito. En ese caso, el derecho de *habeas corpus* previsto en el artículo 5° (4) se aplica, lo cual significa que es necesaria una pronta revisión por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. Este recurso está disponible independientemente de la razón para la detención. Las garantías procesales y el alcance de la revisión, sin embargo, difieren según el tipo de libertad en juego. La expresión ‘rápidamente’ es más indulgente que ‘sin demora’, pero, según la jurisprudencia del Tribunal, es claro que debe existir un recurso mucho más efectivo dentro de una semana por lo menos (Véase, TEDH, *Al-Nashif vs. Bulgaria, 2002*; TEDH, *Öcalan vs. Turquía, 2005*; TEDH, *Sahin vs. Turquía, 2005*). Es más, en el caso *Brogan*, el Tribunal reconoció la relevancia de estas consideraciones en la persecución de delitos de terrorismo, pero aseveró que todas las detenciones no autorizadas judicialmente que excedan de cuatro días no cumplen con el criterio de la prontitud.

En la actual jurisprudencia, el Tribunal rechaza de forma sistemática la incomunicación o la detención no reconocida con la total ausencia de aplicación de las garantías contenidas en el artículo 5° y las etiqueta como las violaciones más graves del derecho a la libertad y a la seguridad (Véase, TEDH, *Kurt vs. Turquía*, 1998; TEDH, *Cakici vs. Turquía*, 1999; TEDH, *Luluyev y otros vs. Rusia*, 2006).

Normas internacionales de derechos humanos y entregas extraordinarias.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos ha dejado claro que el PIDCP, exige que los Estados Parte respeten y garanticen los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas en su territorio y a todas las que se encuentren bajo su control, lo cual entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando haya razones fundadas para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6° (derecho a la vida) y 7° (prohibición de la tortura o tratos o penas crueles inhumanos o degradantes) del Pacto, ya sea en el país al que se le va a trasladar o en cualquier otro al que la persona sea posteriormente conducida. Las autoridades judiciales y administrativas competentes deben ser conscientes de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Pacto de tales asuntos (Comité de derechos humanos, 1992, párr. 9; Comité de derechos humanos, 2004, párr. 12).

El Comité de derechos humanos de la ONU, precisó también en el caso *Chinat Ng vs. Canadá* que:

Si un Estado parte procede a extraditar a una persona dentro de su jurisdicción, en esas circunstancias (riesgo de pena de muerte) y si, como resultado de ello se crea un verdadero riesgo de que los derechos de la persona otorgados bajo la convención serán violados en otra jurisdicción, el Estado parte podría estar violando la Convención (1991, párr. 14.2).

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el 2006, la Corte se pronunció sobre un caso histórico de secuestro transnacional y desaparición forzada en el que se enfrentó al tema de la responsabilidad conjunta del Estado. En efecto, en

el asunto de Goiburú *et al. vs. Paraguay* (2006) la Corte tuvo que evaluar la práctica de la 'Operación Cóndor', una verdadera empresa criminal conjunta conformada para realizar los crímenes de secuestro, detención, tortura y desaparición forzada que contaba con oficiales militares y de inteligencia de Chile, Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay, en la época de sus respectivas dictaduras militares. El objetivo de esa actividad criminal era luchar contra las actividades subversivas, mediante el intercambio de información, secuestro, detención preventiva, asesinatos selectivos y así sucesivamente. Desde luego, lo peligroso en relación con la demanda contra Paraguay fue la práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones perpetradas por las fuerzas de inteligencia y de seguridad durante la dictadura de Alfredo Stroessner, bajo la 'Operación Cóndor'. En el párrafo 66, el Tribunal califica la responsabilidad del Estado de Paraguay como una clara situación de 'terrorismo de Estado', al comprobarse que el poder del ente gubernamental fue orquestado como medio y recurso para violar los derechos que deberían haber sido respetados y salvaguardados, lo que permitió que las acciones se llevaran a cabo mediante la colaboración interestatal (CIDH, Goiburú *et al vs. Paraguay*, 2006, párr. 66). En otras palabras, el Estado se convirtió en el principal factor de los graves crímenes cometidos.

Por otra parte, la Corte declaró que la prohibición de la desaparición forzada, perpetrada con la colaboración de autoridades de otros Estados del continente y la correspondiente obligación de investigar y sancionar, tienen carácter de *jus cogens* y, por tanto, son disposiciones inderogables del derecho internacional que establece un amplio alcance de las obligaciones internacionales *erga omnes* (CIDH, Goiburú *et al vs. Paraguay*, 2006, párr(s). 84 y 129). La Corte no solo se pronuncia sobre la vulneración de los derechos humanos y las libertades sino, también, en relación con las violaciones de los deberes positivos de investigar, enjuiciar y castigar, incluidas las obligaciones derivadas del derecho internacional en materia de extradición en casos de graves violaciones de derechos humanos. Allí, ese organismo hizo un nexo directo entre las obligaciones *erga omnes* y el deber positivo. El ejercicio pleno de la justicia impuesta a Paraguay fue la exigente obligación de haber solicitado la extradición del acusado con prontitud y con la debida diligencia; y se añadió que la inexistencia de tratados de extradición no constituye un motivo o justificación para no haber entablado una petición de este tipo (CIDH, Goiburú *et al vs. Paraguay*, 2006, párr. 130).

En una opinión disidente, el Juez Antônio Cançado Trindade subrayó que los estados perpetraron crímenes de Estado en una escala transfronteriza o interestatal y, al hacerlo, cometieron graves violaciones de derecho imperativo internacional (*jus cogens*) como peligrosas violaciones de derechos humanos. En este tipo de casos, tanto la responsabilidad internacional del Estado como la responsabilidad penal internacional del individuo (autor de las atrocidades) están en juego (Véase, Cançado, 2005, pp. 253-269). Es más, el Juez Cançado Trindade, hizo en su opinión disidente un paralelo entre los estados frente a las prácticas de secuestros y desapariciones forzadas en América Latina y en el programa internacional de entregas extraordinarias de los EE.UU.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Si bien el Tribunal tradicionalmente se niega a considerar la extradición o la deportación como parte de las obligaciones civiles o como una infracción penal con arreglo al artículo 6° de la CEDH, y, por lo tanto, no admite la imparcialidad de los procedimientos de prueba (TEDH, Mamatkulov y Askarov *vs.* Turquía, 2005)⁵, en un par de casos se ocupa de la situación de elusión de extradición por secuestro y traslado con arreglo al artículo 5° (1) de la CEDH. En efecto, ya en 1987, la Corte tuvo que lidiar con una entrega en relación con la extradición en el caso Bozano *vs.* Francia (1987).

Lorenzo Bozano, de nacionalidad italiana, fue condenado en ausencia. Las autoridades italianas le pidieron a Francia su extradición, pero ella fue denegada por resolución judicial, debido a la ausencia de aquél en la sentencia lo cual era considerado incompatible con el orden público francés. Posteriormente, el señor Bozano fue deportado por la policía francesa a Suiza, por una orden del ejecutivo francés (peligro para el orden público) y, luego, extraditado desde Suiza a Italia. El TEDH examinó la legalidad de la detención, lo que implica la ausencia de arbitrariedad. Los datos de que Bozano era incapaz de utilizar los recursos contra la orden de deportación y que no pudo contactar a su familia o a un abogado contribuyeron a la conclusión de la Corte: la privación de la libertad por parte de Francia no era ni legal, en el sentido del artículo 5° (1), ni compatible con el derecho a la seguridad de la persona. Privar a Bozano de su libertad de esta manera significó, en realidad, una forma encubierta de extradición diseñada para eludir la decisión negativa sobre la solicitud de extradición (TEDH, Bozano *vs.* Francia, 1987, párr. 60).

También, en el caso *Iskandarov vs. Rusia*, (2010) el Tribunal se enfrentó con el secuestro de Mukhamadruzi Iskandarov, después de una solicitud de extradición por las autoridades de Tayikistán que había sido desestimada por la Oficina del Fiscal General de Rusia. El secuestro en Moscú y su traslado a Tayikistán fueron cometidos por agentes rusos y tayikos. El Tribunal subrayó que la detención no solo debía ser legal (de conformidad con la legislación nacional), sino también compatible con la noción de no-arbitrariedad. La idea ha sido evaluada por el Tribunal sobre la base del análisis caso por caso, pero está claro que la mala fe, el engaño o la falta de autorización judicial durante mucho tiempo, sin fundamentos para hacerlo, son claramente arbitrarias para el TEDH. En el caso de Iskandarov, el Tribunal consideró que era lamentable que tales métodos oscuros fueran empleados por los agentes del Estado; además, advirtió que la privación de libertad se produjo en virtud de una sustracción ilegal diseñada para eludir el rechazo de la solicitud de extradición, por lo cual la detención no era necesaria en el curso ordinario de las medidas adoptadas con miras a la deportación o la extradición.

Incluso, el día dos de octubre de 2012, el Tribunal dictó sentencia en relación con un caso de extradición rusa en el cual se dio una situación de entrega extraordinaria: *Abdulkhakov vs. Rusia*; el asunto se refiere al secuestro en Moscú y al traslado a Tayikistán de un refugiado Uzbeko. Las autoridades judiciales rusas, incluido el Tribunal Supremo, accedieron a la solicitud de extradición por parte de Uzbekistán; la orden de extradición, sin embargo, no fue ejecutada como producto de la existencia de una medida cautelar prevista en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal, como lo pudo señalar el TEDH. Varias semanas más tarde, el refugiado fue secuestrado y trasladado en secreto a Tayikistán, donde fue puesto bajo custodia con miras a su extradición a Uzbekistán. El Tribunal concluyó que el derecho de petición individual había sido violado, desde que la transferencia ilegal, en efecto, frustró el propósito de una medida cautelar impuesta inicialmente a Rusia para no transferirlo. Además, la Corte también encontró una violación al texto del artículo 3° de la CEDH, debido a la falta de evaluación por parte de Rusia del riesgo real de tortura al que se enfrentaría el solicitante, teniendo como antecedente que la transferencia llevada a cabo con anterioridad fue conducida en secreto y fuera de un marco legal que podría haber proporcionado las garantías necesarias (Buyse, 2012). El Tribunal incluso reiteró:

Cualquier transferencia extrajudicial o entrega extraordinaria, por su elusión deliberada del debido proceso, es una negación absoluta del mandato de la ley y los valores protegidos por la Convención. Por lo tanto, equivale a una violación de los derechos más básicos garantizados por la Convención (TEDH, *Abdulkhakov vs. Rusia*, 2012, párr. 156).

El Tribunal no solo ha tratado casos de extradición y deportación desde el punto de vista del artículo 5° (1) de la CEDH, sino que también ha generado jurisprudencia interesante en materia de extradición y deportación en relación con el tenor literal del artículo 3° de la CEDH. En muchos casos transnacionales, la detención por razones de seguridad va de la mano con el riesgo de violar el artículo 3° de la CEDH. En el caso de *Soering vs. el Reino Unido* (1989), por ejemplo, se estableció el principio de que un Estado podría violar sus obligaciones en virtud de la CEDH si se extradita a un individuo a un Estado, en este caso los EE.UU., donde esa persona era propensa a sufrir tratos inhumanos o degradantes, o tortura. En tal caso, se presentaría una situación de flagrante denegación de justicia (*Soering vs. Reino Unido*, 1989, párr. 88). *Obiter dicta*: en ese asunto se extendió este principio para cubrir la posibilidad de una violación grave y flagrante de los derechos a un juicio justo conforme al artículo 6° de la CEDH. Estos principios se unen a todos y cada uno de los signatarios de la CEDH y deben aplicarse a la extradición entre los firmantes de la Convención en la misma medida en que se apliquen a la extradición de un Estado parte a un tercer Estado.

La obligación de no devolución, no existiendo el deber de los Estados de devolver a una persona a otro Estado cuando haya un riesgo grave de que ella va a ser sometida a graves malos tratos, se ha extendido por el Tribunal a otras áreas tales como el derecho de los refugiados y la ley de migración. La autoridad más significativa que confirma la aplicación del principio de *Soering* a los casos de deportación es *Chahal vs. Reino Unido*. En ese caso, el TEDH descubrió que había pruebas suficientes de un riesgo real de sufrir malos tratos y subrayó que devolver a una persona en estas circunstancias sería una violación del artículo 3°, pues su aplicación es absoluta. No contiene, en consecuencia, excepciones dentro de ella ni puede ser derogada en tiempo de emergencia nacional, en virtud del artículo 15.

Así las cosas, en primer lugar, la propia jurisprudencia del Tribunal ha demostrado que, en la práctica, puede haber poca diferencia entre

la extradición y otros traslados. En segundo lugar, en un contexto extraterritorial, es evidente que no tiene sentido hacer una distinción entre la tortura y los castigos inhumanos o degradantes, como, en este contexto, se requiere un ejercicio de prospectiva en el que no siempre es posible determinar si el tratamiento terminaría como uno u otro. En tercer lugar, en este tipo de casos no hay ninguna prueba de proporcionalidad, pues la única evaluación que tiene que hacerse es si el nivel mínimo de gravedad se ha cumplido a los efectos del artículo 3º; y ello, por supuesto, solo puede ser evaluado con independencia de las razones para el traslado o la extradición.

Muy recientemente, el TEDH ha ampliado su doctrina de devolución al artículo 6º, cuando dictó sentencia en el asunto de Othman (Abu Qatada) *vs.* Reino Unido, un caso relativo a la deportación de un sospechoso de terrorismo en el Reino Unido a Jordania; el demandante, Omar Othman, había huido de Jordania al Reino Unido en 1993. Allí pidió asilo, alegando que había sido detenido y torturado por las autoridades jordanas; en 1994 empezó a ser reconocido como refugiado y se le concedió permiso temporal para permanecer en el Reino Unido y, en 1998, solicitó quedarse por tiempo indefinido allí. En el 2002, mientras que su aplicación aún estaba en estudio, fue arrestado y llevado a prisión bajo la Ley sobre Antiterrorismo, Delincuencia y Seguridad de 2001. En el 2005, se le notificó un aviso de intención de deportarlo. Él cuestionó su posible deportación, alegando que existía un riesgo real de que sería sometido a tortura a su regreso a Jordania, todo ello con la violación del artículo 3º de la CEDH. También, temía que iba a enfrentar un nuevo juicio por delitos de terrorismo por los cuales había sido condenado en ausencia en 1999.

Othman, afirmó, entre otras cosas, que existía un riesgo real de que las pruebas obtenidas mediante tortura –de él o, bien, de otros acusados u otros presos– serían admitidas en su contra durante el nuevo juicio, con violación del artículo 6º de la CEDH (Smet, 2012). Por ello, el TEDH dictaminó que ese texto legal se violaba si el solicitante era deportado a Jordania, porque existía un riesgo real de que las pruebas obtenidas mediante tortura de los otros acusados serían usadas en su contra durante su nuevo juicio. Debido a que la admisión de la prueba podría hacer todo el proceso no solo inmoral e ilegal, sino también sembrar profundas dudas sobre sus resultados, el Tribunal sostuvo que constituiría una flagrante denegación de justicia. A tal efecto, utilizó un lenguaje claro y llamativo para

destacar sus hallazgos en el caso Othman; el siguiente pasaje de la sentencia merece ser citado en su totalidad:

Ningún sistema legal basado en el mandato de la ley puede tolerar la admisión de pruebas –no obstante confiables– que han sido obtenidas por esta práctica bárbara como la tortura. El proceso de prueba es una piedra angular del mandato de la ley. La prueba obtenida a través de la tortura daña irreparablemente ese proceso; esto sustituye a la fuerza de la supremacía de la ley y contamina la reputación de cualquier Tribunal que la admita. La prueba obtenida a través de tortura es excluida para proteger la integridad del proceso judicial y, en última instancia, el propio Estado de Derecho (TEDH, Othman (Abu Qatada) *vs.* Reino Unido, 2012, párr. 264).

Como la Corte señala, esta es la primera vez que se dictamina que la expulsión violaría el texto del artículo 6°, al subrayar que la “flagrante denegación de justicia” es una prueba rigurosa de injusticia. Esta expresión está presumiblemente contenida en la sentencia con el objetivo de aliviar cualquier preocupación que el Reino Unido o cualquier otro Estado miembro pueda tener sobre el alcance de la sentencia, así como para contrarrestar cualquier crítica que el Tribunal pudiera enfrentar como consecuencia de su entrega. En otras palabras, no se excluye la posibilidad de que consideraciones similares puedan aplicarse con respecto a las pruebas obtenidas por otras formas de malos tratos que se encuentran a la altura de la tortura. La flagrante denegación de justicia de la prueba tiene un alto umbral, pero es aplicable a las situaciones transnacionales que impidan a los valores fundamentales de la CEDH permanecer protegidos en situaciones de detención secreta.

En su más reciente sentencia del trece de diciembre de 2012, en el caso de El-Masri *vs.* la ex República Yugoslava de Macedonia, la Gran Sala ha dado su primer fallo sobre el régimen de entrega extraordinaria. El demandante había reclamado violaciones tanto a los textos de los artículos 3° y 5° (secuestro, tortura y detención; incomunicación, traslado y detención secreta en Afganistán, ocultamiento de una entrega positiva a Albania) como al artículo 13 (tutela judicial efectiva) y, además, la falta de una efectiva investigación judicial relacionada con la obligación positiva de proteger. El Tribunal se encontraba, entonces, en realidad frente a un secuestro organizado transnacional y a la desaparición forzada de una operación coordinada de las autoridades de Macedonia, EE.UU., Afganistán (y tal vez Alemania), lo cual se evalúa en el marco del Convenio a la luz de las obligaciones de Macedonia.

Fue, justamente, en la Comisión de Venecia del Consejo de Europa en la que se subrayó la obligación de los Estados de tomar medidas eficaces para proteger a los individuos contra el riesgo de desaparición, así como de llevar a cabo una pronta investigación efectiva frente a las demandas de personas detenidas y que no han sido vistas desde entonces. Aunque la Comisión de Venecia en su dictamen llegó a la conclusión de que la CEDH no garantiza el derecho a no ser extraditado o deportado, hace hincapié en que, de acuerdo con la doctrina Soering, un Estado puede ser responsable de una violación de los contenidos de los artículos 2° y 3°, también en casos flagrantes de posible violación de los textos de los artículos 5° y 6° de la CEDH. Esto, cuando su decisión, autorización u otras acciones, han creado un riesgo real de violación de tales derechos por parte del Estado al que se transfiere el prisionero. Ello carece de relevancia si el Estado en cuyo territorio la violación tendrá o en última instancia tendría lugar se encuentra también obligado por la CEDH. La Comisión de Venecia llegó a la conclusión de que los Estados miembros del Consejo de Europa (2006) han infringido varias obligaciones jurídicas internacionales al violar los derechos humanos, incluido el artículo 5° y al no respetar su deber de proteger y garantizar (vale decir, los deberes de investigar, procesar y juzgar).

Así, el TEDH falla por unanimidad que Macedonia ha violado el texto del artículo 3° (tortura), tanto desde una perspectiva procesal como sustancial; es más, la detención, el secuestro y traslado de El-Masri es también una violación “particularmente grave” de los contenidos de los artículos 5°, 8° y 13 de la CEDH.

Desde luego, fue gracias a esa decisión que, por primera vez, El-Masri obtuvo justicia, pues sus actuaciones en Macedonia no fueron tomadas en serio, sus acciones judiciales en los EE.UU. fueron bloqueadas por falta de jurisdicción por razones de privilegio de secreto de Estado y, añádase, su demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentra pendiente desde el 2008.

Conclusión

El secuestro y la detención por razones de seguridad: obligaciones negativas y positivas.

El análisis de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos acabado de hacer, demuestra claramente que la

detención por razones de seguridad relacionada con medidas administrativas especiales y que se ejecute desviándose de los procedimientos de extradición ordinaria, no pertenece al reino libre de la rama ejecutiva del gobierno. La seguridad por razones de detención debe ser legal y utilizada de tal forma que no dé lugar a la arbitrariedad o el abuso de poder; además, debe ser sometida a una pronta y eficaz revisión judicial (*habeas corpus*).

La entrega extraordinaria es también una medida administrativa especial, pero una que fundamentalmente cambia el significado de la entrega, pues el objetivo no es (más) juzgar a una persona, sino mantenerla en detención secreta durante los interrogatorios. Los estados que participen en entregas extraordinarias tienen que aplicar las disposiciones del DIDH, incluidos los de detención por razones de seguridad. Por esta razón, las sentencias del TEDH en los casos *El Masri vs. Macedonia* y *Al Nashiri vs. Polonia* son de suma importancia, porque se trata de pronunciamientos claves que contienen los estándares a seguir en estos casos.

Un claro ejemplo de la línea que maneja el TEDH se refleja en los pronunciamientos del 24 de Julio 2014, con los cuales el Tribunal condena en dos casos a Polonia por permitir en su territorio interrogatorios y retenciones secretas por parte de la CIA (TEDH, *Nashiri vs. Polonia*, 2014); también hizo lo mismo en el caso de *Husayn (Abu Zubaydah) vs. Poland* (TEDH, 2014). Los demandantes, un palestino y un saudí –capturados en Pakistán y Dubai, respectivamente–, permanecen hasta hoy encarcelados en la bahía de Guantánamo. La Corte considera que Polonia colaboró en alguno de los vuelos secretos y facilitó a la CIA apoyo logístico para ejecutar las reclusiones en prisiones secretas y los traslados aéreos, que se consideran vulneraciones de los derechos humanos.

La Corte concluye, por unanimidad, que con su cooperación en la detención y facilitación del interrogatorio, Polonia violó cinco de los derechos fundamentales de *Al Nashiri* y *Husayn* –a la libertad y a la seguridad, al respeto a la vida privada y familiar, a tener un recurso efectivo y a un proceso justo–, además de vulnerar la Convención que prohíbe las torturas y el trato degradante. Los jueces destacaron también que el gobierno polaco no ha cumplido con su obligación de facilitar el procedimiento judicial y que no ha enviado los elementos de prueba solicitados por el Tribunal.

Entrega extraordinaria: la inexistencia de carta blanca para el poder ejecutivo y la necesidad de la supervisión judicial.

Los tribunales nacionales deben ser competentes tanto para realizar búsquedas en orden a combatir los casos de arbitrariedad o de abuso de poder como para analizar la aplicación de los instrumentos de cooperación, por ejemplo, las MLA o las medidas administrativas especiales. Lo anterior, en razón al impacto que puedan generar los casos de entregas extraordinarias en los derechos de los ciudadanos, incluidas las graves violaciones a los derechos humanos y la comisión de actos ilícitos como delitos. Ya es tiempo de dejar de lado doctrinas como la del acto de Estado, *Actes du gouvernement*, o privilegios (inmunidad del interés público-secreto de estado) para que, en lugar de ello, se imponga la supervisión judicial. Daré solo dos ejemplos que nos guían en esa dirección.

El primero, es un fallo de la Corte Suprema de Australia en el caso *Moti vs. La Reina* (2011). Moti, de nacionalidad australiana, fue expulsado de las Islas Salomón en el 2007 y acusado en virtud de la legislación australiana por la comisión de delitos sexuales sobre menores, que tienen alcance extraterritorial. En los procedimientos que fueron apelados durante todo el camino hasta la Corte Suprema de Australia, Moti sostuvo que su deportación fue una extradición encubierta y una expulsión ilegal, lo que para él se tradujo en una persecución con abuso del proceso.

El *Commonwealth*, con respecto al caso mencionado, argumentó que la Corte Suprema se encontraba impedida, en virtud de la doctrina del acto de Estado, para considerar si fue o no ilegal el traslado de Moti a las Islas Salomón. Sin embargo, en una sentencia que contó con una mayoría de seis magistrados y la oposición de uno, la Corte concluyó que la decisión de un funcionario extranjero puede ponerse en duda al impedir a los tribunales considerar el asunto.

Determinada la doctrina del acto de Estado, esto no impidió decidir si la deportación ilegal había ocurrido o no; luego, la Corte volvió a analizar si la deportación ilegal representó la persecución de un abuso de proceso. Ese organismo judicial observó que Moti solo estaba disponible en Queensland para la acusación y el juicio, como consecuencia de su expulsión ilegal de las Islas Salomón; por lo tanto, la determinación de si un abuso del proceso se había producido requiere determinar, necesariamente, si la deportación de Moti fue ilegal y por qué lo fue. Adicionalmente, la Corte también

sostuvo que, con fundamento en el interés público, un Tribunal de justicia debe garantizar que sus procesos sean manejados de manera justa por el Estado y el ciudadano, porque, de no hacerlo, erosionará la confianza pública, la cual es depositada constitucionalmente en los Tribunales para proteger la integridad y la imparcialidad de sus procesos. Finalmente, y luego de un largo análisis, la Corte llegó a la conclusión de que la persecución fue un abuso del proceso.

El segundo ejemplo, es un fallo emitido por la Corte canadiense de Apelaciones en el caso *Estados Unidos vs. Khadr* (2011) en el cual la apelación plantea cuestiones fundamentales relativas a la apropiada respuesta judicial frente a la violación de los derechos humanos de una persona, cuya extradición se solicita por cargos de terrorismo. En el mencionado caso, Estados Unidos le pagó a la agencia de inteligencia paquistaní ISI medio millón de dólares para secuestrar a Abdullah Khadr en Islamabad, Pakistán, en el 2004. Khadr, un ciudadano canadiense, era sospechoso de suministrar armas a las fuerzas de Al Qaeda en Pakistán y Afganistán. Después de su secuestro, Khadr fue detenido en secreto bajo custodia durante catorce meses y sometido a interrogatorios y golpes hasta que se logró su cooperación con el ISI con fines de inteligencia. El ISI se negó a tratar con el gobierno canadiense pero sí tuvo contacto con un oficial del CSIS. Las autoridades estadounidenses rechazaron la solicitud del oficial del CSIS para que Khadr tuviera acceso consular y el ISI le negó el acceso durante tres meses, además se resistieron a llevarlo ante los tribunales paquistaníes; es más, después de que el ISI había utilizado a Khadr como fuente de inteligencia antiterrorista, este organismo estaba dispuesto a ponerlo en libertad. No obstante, los norteamericanos insistieron en que el ISI mantuviera a Khadr en detención secreta durante otros seis meses para permitir a los Estados Unidos llevar a cabo una investigación criminal e iniciar el proceso de posible entrega de Khadr a los Estados Unidos de América.

Cuando Khadr fue, finalmente, repatriado a Canadá, Estados Unidos trató de tenerlo extraditado por cargos de terrorismo; el juez concedió la suspensión del procedimiento sobre la base de que al permitir que los procedimientos continuaran en vista de la mala conducta del Estado solicitante constituiría un abuso del proceso judicial, el juez de extradición estableció la existencia de una mala conducta estatal la cual compromete la imparcialidad de la audiencia y socava la integridad del proceso judicial. Por ello, el juez de extradición señala en su pronunciamiento que una suspensión solo debe ser concedida en el más claro de los casos, como el de Khadr:

En las democracias civilizadas, el mandato de la ley debe prevalecer sobre los objetivos de inteligencia. En este caso, la suma de violaciones de derechos humanos sufridas por Khadr son a la vez impactantes e injustificables. Aunque Khadr podría haber poseído información de valor de inteligencia, él sigue teniendo derecho a las garantías y a los beneficios de ley, en contraposición a la detención arbitraria e ilegal en un centro de detención secreto donde fue sometido a maltratos físicos. Estados Unidos fue la fuerza impulsora detrás de la detención de Khadr por catorce meses en Pakistán, al pagar una recompensa de 500.000 dólares por su captura. La agencia de inteligencia de Estados Unidos actuó de manera concertada con el ISI al demorar el acceso consular por DFAIT a Khadr durante tres meses, en contra de las disposiciones de la Convención de Viena. Estados Unidos, en contra de los deseos de Canadá, presionó al ISI para retrasar la repatriación de Khadr a causa de la insatisfacción que les causaba que Khadr fuera liberado sin cargos, a pesar de que no había pruebas admisibles en las cuales se pudieran basar los cargos en ese momento. En mi opinión, dada esta falta grave, no puede haber un caso más claro que merezca una suspensión (Canadá, Corte de Apelaciones, Estados Unidos *vs.* Khadr, 2011, párr. 150).

Dimensión transnacional de las obligaciones internacionales, positivas y negativas, de derechos humanos.

El programa de entregas extraordinarias es *de facto*, de desaparición forzada transnacional; sin embargo, las obligaciones de derechos humanos europeas son, a pesar de tener carácter universal y algunas de ellas valor de *jus cogens* y *erga omnes*, aplicables dentro de la jurisdicción de un Estado parte en los convenios internacionales de derechos humanos. Dentro de las organizaciones políticas regionales, como la Unión Europea, las normas transnacionales se ponen en marcha. Un buen ejemplo es el artículo 19 (2) de la Carta Europea de Derechos Fundamentales: “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de que él o ella pueda ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otros tratos inhumanos o degradantes” (Unión Europea, 2000).

Además, tanto las obligaciones internacionales positivas de derechos humanos como el contenido de la obligación de investigar, procesar y juzgar las graves violaciones del DIDH, en tratándose de delitos graves, son todavía poco desarrolladas en relación con la cooperación transnacional en materia penal. Si bien la Organización de las Naciones Unidas adoptó en el 2006 la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas

contra las Desapariciones Forzadas, en la misma no se reflejan las obligaciones específicas relacionadas con la cooperación internacional en materia penal (Vermeulen, 2012). Un primer paso, aunque tímido, se puede encontrar en la jurisprudencia de la CIDH, que califica la obligación de cooperar en el traslado de los perpetradores ante la justicia como una obligación *erga omnes* (CIDH, La Cantuta *vs.* Perú, 2006, párr. 160).

Es más, a la luz de la jurisprudencia del DIDH es sorprendente ver cuán difícil ha sido abrir investigaciones judiciales en los países europeos con respecto a la práctica de las entregas extraordinarias y que ha sido aún más difícil reunir las pruebas debido a la falta de cooperación de las autoridades ejecutivas y a las limitaciones transfronterizas (Nino, 2008). De igual forma, sorprende que en Estados Unidos no se hayan abierto investigaciones judiciales penales en lo absoluto, teniendo en cuenta que el gobierno tiene el deber de investigar las entregas extraordinarias (Center for Human Rights and Global Justice, 2004, p. 8).

Incluso, dado que existe una falta evidente de mecanismos de aplicación internacional, ya es hora de generar, tanto en la legislación como en el DIDH, disposiciones más específicas sobre la obligación positiva en relación con la cooperación en materia penal. Obstáculos graves tales como la inmunidad del interés público, el secreto de Estado o inmunidades personales, deben ser eliminados; *locus standi*, bajo los procedimientos internos que deben ser garantizados. También, es sorprendente ver cuántos obstáculos se pueden generar en los EE.UU. bajo el *Alien Tort Statute*, la ley de protección de víctimas de tortura y así sucesivamente, lo que lleva a la falta de rendición de cuentas por las violaciones realizadas a las normas internacionales establecidas en materia de derechos humanos.

Las autoridades estatales deben estar obligadas a utilizar los instrumentos de asistencia legal mutua (MLA) de manera eficaz, y no dejarlos a un lado por consideraciones políticas, como ocurrió con las solicitudes de asistencia judicial MLA en Italia y Alemania, en relación con las investigaciones judiciales sobre entrega extraordinaria. Las relaciones diplomáticas no deben prevalecer cuando se trata de las más graves violaciones de derechos humanos y de la dignidad humana; de lo contrario, estas se enfrentarían a un velo de impunidad y de flagrante negación de la justicia.

Notas

- ¹ Está catalogado como un documento clasificado.
- ² Está catalogado como un documento clasificado.
- ³ Declaración en Panel One, segundo día de la audiencia pública de la Comisión Nacional sobre Ataques Terroristas contra Estados Unidos.
- ⁴ Para el análisis de la sentencia, ver páginas 20 y siguientes bajo el capítulo Normas Internacionales de derechos humanos y entregas extraordinarias, y la conclusión final.
- ⁵ En el contexto de las denuncias acerca de la imparcialidad de los procedimientos de extradición de Turquía, el Tribunal Europeo ha reiterado, en el párrafo 82, que “las decisiones relativas a la entrada, estancia y expulsión de extranjeros no se refieren a la determinación de derechos u obligaciones de carácter civil de un solicitante o de un cargo criminal en su contra, en el sentido del inciso 1 artículo 6° de la Convención”.

Referencias

- Al Nashiri *vs.* Polonia. (2014, julio 24). Sentencia n° 28761/11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Al-Saadoon and Mufdhi *vs.* Reino Unido. (2009, junio 30). Decisión de admisibilidad. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Asamblea del Consejo Europeo. (2007). *Background information on the work of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*. Recuperado de http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2007/ENMarty_09072007.htm.
- Bozano *vs.* Francia. (1987, diciembre 2). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Buyse, A. (2012). *Extraordinary rendition, forced labour and evidence obtained by torture*. Recuperado de [50](http://ukhumanrightsblog.com/2012/10/16/extraordinary-rendition-forced-labour-and-evidence-obtained-by-torture-antoine-buyse/Ferrer Mazorra et al. (Estados Unidos). (2001, 4 de abril). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p><p>Cakici <i>vs.</i> Turquía. (1999, julio 8). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</p><p>Cameron, D. (1998). Abducting Terrorist Overseas for Trial in the United States: Issues of International and Domestic Law. <i>Texas International Law Journal</i>, 23(1), 1-54.</p></div><div data-bbox=)

- Cançado Trindade, A. (2005). Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited. En M. Ragazzi, (ed.), *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter*. Leiden: Martinus Nijhoff Editores.
- Center for Human rights and global justice. (2004). *Torture by Proxy: International and Domestic Law applicable to "extraordinary renditions"*. New York.
- Bassiouni C. M. (2007). *International Extradition: United States Law & Practice*. New York: Oxford University Press.
- Chipre vs. Turquía. (2001, mayo 10). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Reporte n°. 31/93 Caso 10.573, *Salas* (Estados Unidos).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1994). Reporte n°. 14/94, Petición 10.951, *Callistus Bernard et al.* (Estados Unidos).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Reporte N°. 109/99, Caso 10.951, *Coard et al.* (Estados Unidos).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Reporte N°. 86/99, Caso 11.589, *Armando Alejandro Jr. et al.* (Cuba).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Observaciones del Estado Colombiano a la petición interestatal PI-2.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Comunicación del Estado Colombiano. No. 31461/1312.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Decision on Request for Precautionary Measures (Detainees at Guantánamo Bay, Cuba).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *The Right to Life and Terrorism*. Recuperado de www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.d.htm; ver también: Comité de Asuntos Internacionales. (2007). *Extraordinary rendition in U.S. counterterrorism policy: the impact on transatlantic relations*. Washington: U.S. Government printing office. Recuperado de foreignaffairs.house.gov/110/34712.pdf.
- Comité de Derechos Humanos. (1991). *Chitat Ng vs. Canada*, UN Doc: CCPR/C/49/D/469/1991.
- Comité de Derechos Humanos. (1994). Compilación de Comentarios y Recomendaciones Generales adoptados por las Organizaciones de Derechos Humanos. UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1.

- Comité de Derechos Humanos. (1994). Observaciones finales sobre Chipre. (Doc. UN CCPR/C/79/Add.39).
- Comité de Derechos Humanos. (1998). Observaciones finales sobre Israel. (Doc. UN CCPR/C/79/Add.93). Comité de Derechos Humanos. (1998). Final Observations on Belgium (Doc. UN. CCPR/C/79/Add.99).
- Comité de Derechos Humanos. (2001). Observaciones finales sobre los Países Bajos. (Doc. UN CCPR/CO/72/NET9).
- Comité de Derechos Humanos. (2001). Comentario General n° 29 en Estados de emergencia. Anexo VI.
- Comité de Derechos Humanos. (2004). Observaciones finales sobre Bélgica. (Doc. UN CCPR/CO/81/BEL).
- Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria. (2006). *The Fava inquiry of the European Parliament*. Recuperado de www.europarl.europa.eu.
- Consejo Europeo de Derechos Humanos, Secretaría general. (2006). *Reporte por el Secretario General en el uso de sus poderes en virtud del artículo 52 de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=976731&Site=COE>.
- Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria. (s.f.). *The Dick Marty Report of the Council of Europe*. Recuperado de [assembly.coe.int / main.asp](http://assembly.coe.int/main.asp).
- Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria. (2007). *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*. Recuperado de assembly.coe.int
- Consejo Europeo, Comisión de Venecia. (2006). *Opinion on the international legal obligations of council of europe member states in respect of secret detention facilities and inter-state transport of prisoners*. Recuperado de [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2006\)009-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2006)009-e).
- Corte Internacional de Justicia. (2004). *Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Recuperado de http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf.
- Corte Internacional de Justicia. (2005). *Reports of judgments: Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo vs. Uganda)*. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>.
- Drozd y Janousek vs. Francia y España (1992, junio 26). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Ecuador *vs.* Colombia. (2010). Petición Interestatal de admisibilidad PI-2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Estados Unidos *vs.* Noriega y otros. (1990, junio 8). Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Florida.
- Estados Unidos *vs.* Alvarez-Machain. (1992, junio 15). 504 U.S. 655. Corte Suprema De Justicia de los Estados.
- Estados Unidos de América *vs.* Khadr. (2011, junio 5). Tribunal Militar de Guantánamo.
- Estados Unidos. Senado, Comité de Inteligencia, Informe Feinstein. (2014). Comité de estudio del programa de detenciones e interrogatorios de la CIA. Recuperado de <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/12/09/cce7a160cfbeeb86dcd1087d818d6b6c.pdf>; otra fuente: http://www.nytimes.com/interactive/2014/12/09/world/cia-torture-report-document.html?_r=0.
- Frisbie *vs.* Collins. (1952, marzo 10). 342 U.S. 519. Corte Suprema De Justicia de los Estados Unidos.
- Gangaram Panday *vs.* Surinam. (1994, enero 21). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Geiss, R. & Petrig, A. (2011). *Piracy and Armed Robbery at Sea - The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford: Oxford University Press.
- Goiburú y otros *vs.* Paraguay. (2006, septiembre 22). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Guzzardi *vs.* Italia. (1980, 6 de noviembre). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Hirsch, M. (2012). *Anticipative criminal investigation, Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States*. La Haya: TMC Asser Press.
- Human Rights Watch (2005). *Black Hole: The Fate of Islamist rendered to Egypt*.
- Husayn (Abu Zubaydah) *vs.* Polonia. (2014, julio 24). Sentencia N° 7511/13. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Ilascu y otros *vs.* Moldova y Rusia. (2004, julio 8). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Illuminati, G. (2010). *Nuovi Profili del segreto di stato e dell'attività di intelligenza*. Torino: G. Giappichelli Editore.

- Iskandarov *vs.* Rusia. (2010, 23 de septiembre). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Issa *et al.* *vs.* Turquía. (2004, noviembre 16). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Johnson, R. (2009). Extraordinary rendition: a wrong without a right? *Richmond Law Review*, 43(3), 1135-1174.
- Ker *vs.* Illinois. (1886, Diciembre 10). 119 U.S. 436. Corte Suprema De Justicia de los Estados Unidos.
- Kurt *vs.* Turquía. (1998, mayo 25). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- La Cantuta *vs.* Perú (2006, noviembre 29). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- La Casa Blanca. (1995). *U.S. Policy on Counterterrorism*. Washington. Recuperado de www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm
- La Casa Blanca. (1998). *Protection Against Unconventional Threats to the Homeland and Americans Overseas*. Washington. Recuperado de www.fas.org/irp/offdocs/pdd-62.htm.
- Lawless *vs.* Irlanda. (1960, noviembre 14). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Lilian Celiberti de Casariego *vs.* Uruguay. (1981, julio 29). Comunicación N° R.13/56. Comité de Derechos Humanos. Recuperado de Nadelmann, E. (1993). The evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugitive Criminals. *New York University Journal of International Law and Policy*, 25, 813-885.
- Loizidou *vs.* Turquía. (1995, marzo 23). Objeciones preliminares. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Loizidou *vs.* Turquía. (1996, diciembre 18). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Luluyev y otros *vs.* Rusia (2006, noviembre 9). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Mamatkulov y Askarov *vs.* Turquía. (2005, febrero 4). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- McKenzie *et al.* (Jamaica), (2000, abril 13). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Murphy, P. (2007). *Intelligence and Security Committee Rendition*. Recuperado de <http://www.fas.org/irp/world/uk/rendition.pdf>.

- Nino, M. (2008). Extraordinary renditions: The Role of European Security Services in the Fight against International Terrorism. *Electronic Review of the International Association of Penal Law*, 78.
- Nikos, T. (2011). *Präventive Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Öcalan vs. Turquía. (2005, mayo 12). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). *General Comments adopted by the Committee for Human Rights: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (General comment N° 31)*.
- Posl, M. (2011). Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 4, 132-146.
- Satterthwaite, M. (2007). Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law. *The George Washington Law Review*, 75 (5-6), 1333-1420.
- Soering vs. Reino Unido. (1989, julio 7). Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Sottiaux, S. (2008). *Terrorism and the limitations of Right: The ECHR and the US Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Stark, R. (1993). The Ker-Frisbie-Alvarez Doctrine: International Law, Due Process, and United States Sponsored Kidnapping of Foreign Nationals Abroad. *Connecticut Journal of International Law*, 9(1), 113-163.
- Smet, S. (2012). *Othman (Abu Qatada) vs. the United Kingdom: Questioning Gäfgen?* Recuperado de: <http://strasbourgobservers.com/2012/02/08/othman-abu-qatada-v-the-united-kingdom-questioning-gafgen/>
- Stocké vs. Alemania. (1989, octubre 12). Sentencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Unión Europea. (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Vermeulen, ML. (2012). *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Intersentia.
- Yoo, J. (2003). Transferring Terrorists. *Notre Dame Law Review*, 79, 1183-1235.

Violencia letal en América Latina

*E. Raúl Zaffaroni**

Resumen

Tras referirse en forma breve a las corrientes criminológicas que han ocupado el debate durante el último siglo, todas ellas importadas a los países latinoamericanos, el autor advierte sobre la necesidad de cambiar la perspectiva para mirar al norte desde el sur, pues, frente a la situación de –letal– violencia que sufren los países de centro y Suramérica, dichos referentes epistemológicos no brindan ninguna solución. Se hace un llamado a los criminólogos de la región para que orienten sus trabajos al estudio de la realidad local y al escandaloso crimen de genocidio –por goteo– en Latinoamérica, que es ignorado, pese a gestarse a instancia de agencias del Estado o es incentivado por ellas en el contexto de la lucha por el poder.

Palabras clave

América Latina; criminología; desarrollo; genocidio; genocidio por goteo; masacres estatales; politología criminológica; violencia homicida.

En el curso de un siglo la criminología ha pasado por variados trances o avatares epistemológicos

La criminología positivista en sentido estricto, propia o cercana al reduccionismo biológico, se consideraba una ciencia autónoma, cuyo eje giraba en torno al hombre delincuente, como sujeto peligroso, inferior y diferente. Su pretensión última era subordinar

* Ph. D. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

el derecho penal a la criminología: la misión penal era detectar al hombre peligroso que la criminología le señalaba.

El crepúsculo del paradigma biologista que le servía de base fue precipitado por su manifiesta falsedad científica y por sus gravísimas consecuencias racistas, hasta su crisis total en la Segunda Guerra Mundial.

En Europa y América Latina, el paradigma biologista fue reemplazado por el neokantismo plurifactorial que negaba a la criminología su carácter de ciencia autónoma y la hacía servil del derecho penal, invirtiendo la relación.

La contradicción entre una ciencia natural con límites epistemológicos señalados por una ciencia cultural era resuelta por el neokantismo negando el carácter de ciencia autónoma a la criminología: se la consideraba auxiliar del derecho penal, como una hipótesis de trabajo, nutrida por distintas ciencias.

En los Estados Unidos, la criminología sociológica trató entonces de explicar el delito desde una etiología social. El criminal no nacía, sino que se hacía, y lo hacía la sociedad.

En este marco, la criminología se identificaba con la sociología criminal, en especial con la sociología urbana, pero esa etiología social encerraba una contradicción: la criminología sociológica no tomaba en cuenta el aparato criminalizante, por lo cual seguía sosteniendo una etiología falsa.

La llamada crisis o cambio de paradigma de hace poco más de medio siglo, centró su atención en el ejercicio del poder punitivo, lo que dio lugar a diferentes criminologías (de la reacción social, crítica, radical), con diversas bases teóricas o ideológicas (interaccionismo simbólico, fenomenología, marxismo no institucionalizado, etc.). En definitiva, la aproximó al campo de la ciencia política, o sea que tendía a ser politología criminal.

Sea como fuere –y más allá de todas sus vertientes y algunas exageraciones–, este giro epistemológico dejó en claro dos puntos: ninguna etiología es válida sin incluir al propio ejercicio del poder punitivo de los estados y, además, es innegable que este siempre es selectivo y se reparte en razón de vulnerabilidad.

Frente a estos puntos firmes de la politología criminal, se ensaya por derecha, como reacción de los diferentes *establishments*, diversos

renacimientos criminológicos, como una vuelta al reduccionismo biologista (mediante la extracción de consecuencias apresuradas de las neurociencias), una criminología administrativa que vuelve al peligrosismo (mediante un pretendido pragmatismo policial preventivo), una criminología economicista (que renuncia a toda etiología, en función de reducción de costos), etc.

Por izquierda, la politología criminal intenta también marchar hacia los daños reales, abarcando todos los daños, especialmente letales, causados por acción u omisión de los estados (medioambientales, discriminatorios, económicos, sanitarios, deteriorantes, etc.), con lo cual la criminología pasaría a ser una suerte de campo casi ilimitado de dañología política.

Todos estos avatares epistemológicos los importamos a América Latina desde el hemisferio norte y los deglutimos en mayor o menor medida en cada momento histórico, al tiempo que hicimos muy poca investigación criminológica de campo

Ha llegado al momento de mirar al norte desde el sur. No se trata de ninguna elección arbitraria, ni de ninguna declaración de independencia científica nacionalista, sino que nos enfrentamos a una brutal realidad, a una acuciante necesidad, que son las muertes, la letalidad violenta que recorre nuestra región.

Frente a la horrorosa violencia en Latinoamérica, los avatares epistemológicos del norte no nos brindan ninguna explicación y menos aún, alguna solución. Ninguna de esas criminologías del norte nos permite enfrentar la letalidad violenta de nuestra región.

Pero al mirarlas desde el sur, salta hoy a nuestra vista de marginales planetarios australes una omisión terrible de las criminologías del norte: estudiaron todos los fenómenos criminales o, mejor dicho, casi todos, porque hay uno, que no solo cometieron sus propios estados en tierras lejanas, sino que también padecieron en carne propia, que es el peor de todos los crímenes, y que, pese a su innegable visibilidad, dejaron cuidadosa y sospechosamente fuera de sus límites epistemológicos: ninguna de esas criminologías se ocupó del genocidio.

El genocidio fue materia de historiadores, politólogos, sociólogos, antropólogos, filósofos, etc., pero no de criminólogos. El raquitismo de la producción criminológica acerca del genocidio es notorio y ha sido destacado en los últimos años.

Esta crítica desde la mirada austral nos la impone hoy un brutal dato de la realidad, claramente puesto de manifiesto por las investigaciones de Elías Carranza: de los 23 países que, según cifras oficiales, registran tasas de homicidio superiores a 20 por 100 mil anuales, 18 se hallan en América Latina y el Caribe y 5 en África.

Si sumamos las víctimas de los homicidios cometidos en la región en una década, veremos que acabamos con una ciudad de respetables dimensiones. Tenemos en curso, pues, unas Hiroshimas y Nagasakis con paciencia. Por acción u omisión, nuestros propios estados son nuestras *Fat men* y *Little boys*, lanzadas contra nosotros mismos o, mejor dicho, contra nuestras clases subalternas y nuestros disidentes, por acción u omisión de nuestras propias agencias vernáculas.

Esto también es genocidio. La extensión temporal del genocidio no le quita su sentido de masacre política y estatal. La baja intensidad continuada en el tiempo no cancela el concepto: se trata de un genocidio por goteo, pero genocidio al fin. La masacre es tal aunque se cometa de a poco y con paciencia.

Este –y no otro– debe ser el tema central de nuestra criminología en el momento presente de nuestra región, si es que no queremos distraernos estudiando casos patológicos menores y escapándonos de nuestras realidades.

La letalidad es nuestro problema central. Nuestros muertos son la cuestión actual. Y no tenemos respuestas desde el norte. Es nuestro deber como científicos, como criminólogos, como estudiosos, centrar nuestra atención en la letalidad violenta de nuestra región. De no hacerlo, actuaríamos como si la ciencia médica se ocupase por entero del estudio de enfermedades exóticas en medio de una epidemia de tifus.

A continuación, nos ocupamos, pues, de la urgente necesidad de mirarnos a nosotros mismos desde nuestra posición en el mundo, desde nuestra perspectiva austral.

Los genocidios o masacres estatales, a la largo de toda la historia, han sido cometidos por agencias del poder punitivo o incentivados por ellas (Gestapo, KGB, etc.). Incluso cuando los cometieron fuerzas militares, no lo hicieron en función bélica, sino punitiva o directamente policial

Justamente por eso es que se trata del crimen más escandaloso, porque superpone e identifica el poder punitivo con el poder criminal.

El poder presumiblemente preventivo del crimen se vuelve criminal, lo que provoca la anomia más radical: no hay normas, porque al amparo de la norma destinada a tutelar la vida, se comete el crimen masivo contra la vida.

Por otra parte, ningún genocidio se comete porque sí, sino que todos los genocidios, desde el de Cartago hasta el de Sudán, pasando por los del colonialismo en América y África, por el armenio, por la Shoá, el camboyano, el de Ruanda, etc., responden siempre a una lucha de poder.

Obviamente, el actual genocidio por goteo que sufrimos en la región también tiene lugar en un contexto de lucha de poder que, en este mundo globalizado, es una lucha de poder planetario.

Si no tenemos claro cuál es este contexto y qué papel nos incumbe en él, no podremos comprender qué nos está pasando.

Es menester, sin embargo, una advertencia previa, sobre el poder mismo.

Las explicaciones acerca del poder pueden llevar a pensar con frecuencia en conspiraciones o, al menos, en una serie de acciones planificadas fríamente e instrumentadas del mismo modo, cuando en realidad el poder no funciona de esa forma. En la dinámica del poder, se producen fenómenos que son disfuncionales o funcionales a ciertos intereses. Por lo general, el poder consiste en contener o neutralizar los disfuncionales y favorecer o dejar correr los funcionales.

Si no partimos de esta idea, corremos el riesgo de acabar creyendo que todo es producto de una máquina inteligente poco menos que inmodificable, lo que nos puede llevar a la desesperación y con frecuencia a lo irracional. Ni tan inteligente es el poder, ni tampoco tan inmodificable: su propia dinámica permite verificarlo.

¿Cuál es el actual contexto de lucha de poder mundial y cuál la posición de nuestra región?

Vivimos en un mundo polarizado, en el que ya la contradicción no se da entre un llamado socialismo real, que pretende la socialización de los medios de producción (para acabar en una elitización burocrática opresiva), y un capitalismo que se presenta como garante de tolerancia y liberalismo político, sino que la contradicción polarizante tiene lugar dentro del mismo capitalismo.

En efecto, la actual polarización está dada entre un capitalismo productivo más o menos razonable y un capitalismo financiero transnacional que cada vez concentra más riqueza en menos manos.

Sin entrar en mayores detalles, según el informe de Oxfam y los datos del Credit Suisse, el año pasado el 1% de la población mundial era dueña del 48% de la riqueza del mundo, tendencia que se acentúa desde 2010 y que de seguir el mismo curso, llegará al 54% en 2019.

Pero solo una quinta parte del 99% restante de la población mundial concentra la mitad del 52% que le queda, con clara tendencia a subir.

A estos polos corresponden dos modelos de Estado, que procuran configurar dos diferentes modelos de sociedad: el que va en pos de una sociedad más o menos distributiva y con tendencia incluyente, y el que procura una sociedad llamada de 30 y 70 (30% de incluidos y 70% de excluidos).

El primero sería el modelo del Estado de bienestar o *welfare State* y el segundo el del Estado gendarme (o guardia nocturno), cuya única función sería la de garantizar la libertad de mercado.

El primero estaría más o menos asentado sobre base keynesiana o nekeynesiana y el segundo sobre la idolátrica omnipotencia de mercado de Friedman y von Hayek.

El primero sería el modelo del *New Deal* de Roosevelt y el segundo el de Reagan, Bush y Thatcher.

Al giro de un modelo a otro, producido a partir de la crisis del petróleo de los años setenta, corresponde la hipertrofia del poder punitivo norteamericano, estudiada en detalle por el profesor de criminología de California, Jonathan Simon.

En este contexto mundial estamos. Ocupamos un lugar periférico del poder planetario, como lo hacemos desde hace cinco siglos

Habíamos sufrido una etapa originaria de colonialismo que terminó con la independencia formal y que correspondió al poder planetario surgido de la revolución mercantil (siglo XV).

Luego hubo otra etapa, el neocolonialismo, que se valió de oligarquías locales (porfirismo mexicano, oligarquía vacuna argentina,

república velha brasileira, patriciado peruano, etc.), que correspondió al poder planetario generado a partir de la Revolución Industrial (siglo XVIII) y que llegó a su término con las dictaduras de seguridad nacional del sur, en la segunda mitad del siglo pasado.

Ahora vivimos la fase superior o avanzada del colonialismo, que corresponde al poder mundial que se genera a partir de la revolución tecnológica (fines del siglo XX).

El poder financiero transnacional, agente activo de esta fase superior del colonialismo, nos quiere configurar como sociedades excluyentes y, por ende, se esfuerza por imponernos estados que las configuren.

La sociedad 30 y 70 necesita, inevitablemente, controlar socialmente al 70% de los excluidos.

Hasta hace algunas décadas hubiésemos creído que ese control se llevaría a cabo solo por medio de la fuerza, o sea, de un Estado que montase agencias policiales genocidas. Por decirlo de alguna manera, aún hoy, especialmente en los partidos y fuerzas de izquierda tradicional, hay quienes no caen en la cuenta y creen que en esta fase avanzada, la exclusión también será controlada por los cosacos del zar.

Pero ya no hay cosacos ni zares, y tampoco son las agencias del poder punitivo del Estado las que producen el mayor número de muertes, por mucho que haya letalidad policial en la región, que por cierto no falta.

El control social de la exclusión, en esta fase avanzada del colonialismo, no se ejerce principalmente mediante la letalidad policial, sino de una manera mucho más sofisticada, montado sobre procesos que se han ido dando y que el propio colonialismo fomenta.

La clave del control letal está en el fomento de las contradicciones y conflictos entre los propios sectores excluidos y, como máximo, entre éstos y la faja más baja incorporada a la clase media inferior.

La selectividad punitiva no solo opera en la criminalización, sino también en la victimización y en la policización. Víctimas, victimarios y policizados pertenecen a estos sectores en toda la región.

Estos procesos son perfectamente funcionales al modelo de sociedad excluyente: en la medida en que los excluidos se maten

entre ellos, la violencia les impide tomar consciencia y coaligarse y, por tanto, tener un protagonismo político coherente conforme a sus intereses.

Además, de esa manera, se disminuye un poco el número de excluidos, es decir, de descartables. Tengamos en cuenta que el excluido no es el explotado de otros tiempos, necesario al explotador. El excluido no es necesario para nadie, está de más, es un estorbo, una molestia, algo no solo prescindible, sino indeseable como presencia. Molesta al mercado y no aporta nada en ese esquema de teocracia de mercado. No hay dialéctica entre exclusión e inclusión, hay solo un mutante que sobra.

En este mundo que concentra riqueza aceleradamente, motorizado por el capital financiero a través de las corporaciones transnacionales (y amparado por organismos económicos supranacionales), en pugna con una producción capitalista razonable, los procesos de concentración favorecen los monopolios y los oligopolios en todos los órdenes

La ideología de este proceso se basa en la llamada teoría del derrame, según la cual nada debe obstaculizar la concentración de riqueza, puesto que esta producirá en un momento el derrame hacia abajo.

Para eso es necesario mantener los sistemas tributarios regresivos en la región (con predominio de impuestos al consumo) y no obstaculizar la formación de monopolios y oligopolios.

Cabe observar que esta era la ideología de la jurisprudencia norteamericana de la segunda mitad del siglo XIX, o sea, que se trata de un retroceso ideológico de un siglo y medio.

La historia demuestra, además, que nunca se derrama nada si alguien no empuja un poco la copa.

En este fenómeno, cobra particular importancia la oligopolización de los medios masivos de comunicación social, en particular de la televisión, que es la mayor fuente de creación de realidad en nuestra región.

México, Brasil, Argentina, etc., tienen su televisión oligopolizada o monopolizada, es decir, que no solo existe un discurso único, sino también una única creación de realidad mediática en nuestros países.

Desde Roosevelt por el lado bueno y Hitler por el malo, todos sabemos la importancia de los medios de comunicación en la política y en la creación mediática de la realidad, en términos de lo que desde la fenomenología pusieron de manifiesto hace muchos años Berger y Luckmann, y que hoy son de elemental manejo en cualquier carrera de comunicación social.

Tampoco es necesario recordar aquí los tristísimos resultados del discurso y la creación de realidad únicos, tanto en el período de entreguerras como con posterioridad a este.

Nuestros medios masivos monopolizados no están al servicio del capital financiero transnacional, sino que son parte de este, en razón de su volumen económico y de los múltiples vínculos con los que se entrelazan indisolublemente.

Por consiguiente, nuestras sociedades perciben la realidad de la violencia a través de la creación de los medios, que la minimizan o la maximizan, según las circunstancias locales y la diferente forma de promover el control de la exclusión social.

Esta pendulación se observa claramente en la región: en los países donde la violencia es alta, la neutralización de los excluidos se produce por efecto de la violencia misma y, por ende, es funcional al capital financiero y a su programa de exclusión. Allí los medios monopólicos la minimizan o la naturalizan. En los pocos países en que la violencia es relativamente menor y, por ende, no alcanza ni es ninguna garantía de contención de la exclusión, la maximizan exigiendo el montaje de un aparato represivo muy fuerte, con el que creen que lograrán ese control.

La sociedad excluyente es, por definición, una sociedad en que domina la desigualdad, o sea, en que la distribución de la riqueza es injusta hasta límites indignantes

Esta es la principal característica del modelo preferido del capital financiero transnacional y sus corporaciones, como también de los medios monopolizados, que forman parte de estas.

No en vano América Latina es –como bien lo observa Carranza– campeona de dos índices: el señalado de homicidios y, además, de los coeficientes de Gini, o sea, de los indicadores de distribución de riqueza que muestran una región con altísima disparidad o injusticia social.

Conforme a la experiencia mundial, a mayor PIB hay menos homicidios, es decir, que se trata de dos curvas que se cruzan, pero no siempre simétricamente, porque incide sobre esta regla el coeficiente de Gini, o sea, la disparidad en la distribución de la renta.

Muchas veces se ha dicho que no es la pobreza lo que produce delito en forma inexorable, en principio porque el delito atraviesa todas las capas sociales (lo sabemos desde Sutherland), pero también porque hay circunstancias de extrema necesidad que no dan lugar a violencia (terremotos, catástrofes, etc.), porque la situación dramática y la urgencia por superarla, refuerzan el sentimiento de comunidad y pertenencia (el proyecto común). Lo que produce delito es la pobreza sin esperanza, o sea, la frustración, la sociedad sin movilidad vertical que no permite proyecto, cuando la existencia humana misma es proyecto. Esto es lo que explica la correlación entre homicidios y coeficiente de Gini.

Lo anterior debe llevarnos a la conclusión de que el derecho humano más lesionado en la región es el que los autores de los países centrales consideran de tercera generación, que es el derecho humano al desarrollo.

Desde la perspectiva austral de países colonizados, este es el primer derecho humano, porque la primera condición del desarrollo es la independencia. Nuestros primeros luchadores por los derechos humanos fueron, por tanto, los héroes de nuestras independencias.

En modo alguno con esta afirmación pretendemos negar la realidad de la lesión masiva al derecho humano a la vida, sino todo lo contrario: es la violación al derecho humano al desarrollo lo que produce la letalidad. Es la mala distribución de la riqueza que produce muertos. El que mata es el colonialismo en todas sus etapas, porque su esencia radica en la negación del derecho humano al desarrollo.

No cabe en este breve espacio mostrar la terrible letalidad del colonialismo genocida en África, cuidadosamente ocultada por los medios de comunicación oligopólicos, pero es altamente recomendable—por si no nos alcanza con nuestra propia experiencia—, que los latinoamericanos echemos un atento vistazo a la historia del último siglo del continente olvidado.

Cuando hablamos de la letalidad de la negación del derecho humano al desarrollo (o del colonialismo) no podemos dejar de

observar que solo estamos contando los muertos por violencia homicida, pero si a éstos sumásemos todos los muertos por efectos de la lesión al derecho al desarrollo humano, quedaríamos aún más espantados: suicidios conscientes e inconscientes, víctimas de la selectividad en el servicio de salud (en especial niños y ancianos), de subalimentación, de tránsito por insuficiente o inadecuada red vial, de desplazamientos forzados de población.

Si pudiésemos medir todo ese conjunto, sin duda podríamos afirmar que la violación al derecho humano al desarrollo, fomentada hoy al extremo por el capital financiero transnacional, es la causa de un genocidio que deja de ser por goteo para pasar a ser directamente a chorros.

La distribución de la violencia en el mapa de la región indica diferencias considerables, en particular en la forma en que contrastan los índices de casi toda la región con los de los tres países más australes (Uruguay, Chile y Argentina). Brasil, por ejemplo, cuadruplica y hasta quintuplica los índices de estos tres países

La altísima violencia que condiciona el genocidio por goteo que sufre casi toda la región, al igual que esta diferencia con el Cono Sur, no podrían explicarse sin la incidencia de la economía creada por la prohibición de la cocaína, como de otros tóxicos con menor incidencia.

La demanda de este tóxico no solo es rígida, sino que se fomenta mediante una publicidad paradójica, que asocia su uso a la transgresión, siempre atractiva a las capas jóvenes.

Ante esta demanda incentivada, la prohibición reduce la oferta y provoca una formidable plusvalía del servicio de distribución, que se controla mediante las agencias que persiguen el tráfico y que desempeñan la función económica de entes reguladores del precio de la cocaína.

Se trata de un rudimentario recurso alquímico, que bien podría usarse con cualquier otro objeto, por despreciable que fuere, siempre que tuviese una demanda rígida o en condiciones de ser aumentada.

El tóxico se produce en nuestra región. La competencia por alcanzar el mayor mercado de consumo (la exportación a los Estados

Unidos), tiene lugar también en América Latina, con altísimo nivel de violencia competitiva en los países más próximos. No obstante, más de la mitad de la renta de este negocio (eufemísticamente llamado crimen organizado) queda en la red que presta el servicio de distribución interno en los Estados Unidos. Por otra parte, desde ese país se exportan armas a las bandas que compiten en el sur, al tiempo que sus bancos se reservan el monopolio del reciclaje de dinero de la totalidad de la renta.

Esta es la diferencia fundamental con la prohibición alcohólica de los locos años veinte del siglo pasado. En ese caso, la producción, la competencia para alcanzar al consumidor y la distribución se hacía en el interior del territorio norteamericano, lo que dio lugar a la simbiosis de crimen violento y astuto, usualmente conocida como mafias. En su lugar, hoy rige una clara división internacional del trabajo en materia de cocaína, donde la peor parte queda al sur del Río Bravo: México se queda con los muertos y Estados Unidos con la mayor parte de la renta.

Para garantizar el monopolio del reciclaje en el norte, existe un organismo internacional secundario –el GAFI–, que abusa de su autoridad extorsionando con graves sanciones económicas a nuestros países, con el pretexto de controlar el financiamiento del terrorismo, al tiempo que los obliga a tipificar penalmente esta figura difusa, abriendo la posibilidad de su utilización para la criminalización de disidentes y minorías, como ha sucedido con los indios mapuche en Chile.

La prohibición de la cocaína también genera mercados internos en nuestros países, lo que da lugar a un tráfico que en buena medida es de supervivencia, al menos en sus eslabones menores. También este tráfico interno provoca letal competencia violenta en las zonas más humildes, sobre las que opera una considerable intervención policial, puesto que inevitablemente la cobertura de algún grupo en perjuicio de otros, pasa a ser una fuente de recaudación de alto valor para las cúpulas de las agencias policiales autonomizadas.

La guerra a la droga que, como era previsible, estaba perdida desde el comienzo, ha desencadenado la mayor parte de la letalidad violenta de la región. Ha causado muchos miles de muertes de jóvenes en pocos años, cuando se hubiesen necesitado siglos para provocar un número cercano por efecto del abuso del tóxico.

En América Latina hoy la cocaína no mata por sobredosis, sino que el problema de salud lo provoca ahora su prohibición, que da por resultado muertes por concentración aguda de plomo. Desde el punto de vista sanitario se convierte en una causa de muerte importante, en particular en la faja joven.

Tampoco es verdad que haya una alta incidencia de homicidas intoxicados por cocaína. Infinitamente mayor en toda la región es el número de homicidios cometidos bajo efectos del alcohol, que sigue siendo nuestro tóxico criminógeno por excelencia.

Esta política suicida y absurda desde el punto de vista penal y sanitario, solo es coherente como instrumento colonialista para corromper a las instituciones policiales, para infiltrarse en la política y, en algunos países, para desprestigiar a las fuerzas armadas y debilitar la defensa nacional.

Llego al punto más delicado de esta exposición ante criminólogos mexicanos

Quiero aclarar que no desempeño ninguna función oficial en mi país, o sea, que lo que diga es exclusivamente mi opinión personal y no comprometo en nada al gobierno argentino.

Sería sumamente grave que en este encuentro pasásemos por alto que hoy México es la peor víctima de este genocidio por goteo, que ya también lo está padeciendo a chorros.

La causa es de toda evidencia, no solo para los criminólogos, sino incluso para los políticos. Lo ha dicho aquí Bill Clinton hace unas semanas: el reforzamiento de los controles del acceso de cocaína por vía marítima y aérea a los Estados Unidos, ha intensificado la vía terrestre que pasa por Centroamérica y México.

Por otra parte, todo indica que en México, el pretendido giro hacia la guerra total a la droga fue determinante para el salto en la cifra de muertes violentas.

Hay también víctimas menores, como Honduras, donde el índice de homicidio de San Pedro Sula es el más alto del mundo (80 x 100.000).

Por otra parte, también se produce un alivio en la violencia colombiana, como resultado de este desplazamiento.

Por las noticias que trascienden, en México todo pareciera reducirse a una lucha de cifras, a una suerte de contabilidad mortal muy particular. Si oficialmente se reportan 15.646 muertos en 2014, *Amnesty* cuenta 24.746. El servicio de personas desaparecidas, de todos modos, parece registrar 13 personas diarias en los últimos años.

Más allá de esta disputa, que sin duda tiene efectos políticos internos y coyunturales que no deben interesarnos aquí, desde la perspectiva criminológica esta lucha de números entre los datos oficiales mexicanos y los reportados por organizaciones no gubernamentales, no son ninguna clave decisiva, porque incluso los datos oficiales son demostrativos de un alto grado de descontrol de la violencia.

En tanto no haya una clara muestra de descenso del nivel de muertes y desapariciones, la interpretación de las tendencias no significativas son manipulables en cualquier sentido, de modo que desde la observación criminológica no indican que el fenómeno vaya decididamente por el camino de la contención y reversión.

La tesis de la meseta, según la cual se habría estabilizado y, por ende, cesado de aumentar, no es tampoco tranquilizadora. Más bien es una tesis naturalizante o normalizadora de la violencia letal.

Por lo que vemos en los medios masivos de comunicación mexicanos, creemos que, dado que no pueden negar la alta violencia letal, se inclinan por todo lo que sea naturalizante y normalizador.

Se le está creando al público mexicano una realidad, según la cual, la violencia letal viene de algún lado desconocido, se ha desatado como un fenómeno poco menos que natural con el que es menester convivir.

Esta creación de realidad mediática normalizadora, no solo es falsa, porque oculta la clara raíz de la mayor parte de la violencia, sino que es infamante para el pueblo y la nación mexicana.

La televisión monopólica mexicana no es tan tonta como para decirlo expresamente, pero deja flotando en el aire la hipótesis de que esta violencia sería producto de una supuesta personalidad básica violenta del pueblo mexicano, que sería ratificada por la historia y hasta por la antropología, lo que, fuera de cualquier duda, no es más que una verdadera infamia racista.

La violencia de la historia mexicana –creo no tener necesidad de recordarlo aquí–, todos sabemos que no parte de México, sino que es el producto de las agresiones colonialistas y neocolonialistas que ha sufrido México a lo largo de los últimos cinco siglos. La infamia descalificante, en modo alguno la confirma la historia, sino todo lo contrario.

No es posible aceptar este insulto al pueblo de México, que las tesis naturalistas dejan entrever, porque está lesionando la autoestima de un pueblo y la perversa y distorsionada interpretación de sus sufrimientos seculares.

Lo que queda flotando –sugerido por la naturalización mediática de la violencia– es un retorno a los tiempos de Bulnes o de las tesis del grupo de los científicos del Porfiriato.

Debe observarse que este es el mismo racismo que, en forma apenas más sutil que hace un siglo, se difunde por los medios de comunicación del capital financiero transnacional para naturalizar la violencia letal en África, que según ellos obedecería a primitivismo, pero que calla meticulosamente los intereses en la venta de armas, en la expropiación de las riquezas minerales, en el agotamiento del suelo por explotación irracional, en el mantenimiento de hecho del *apartheid*, etc.

Queridos colegas: no hablo desde la soberbia argentina. Soy consciente de que si en mi país no tenemos esta violencia, no se debe a que seamos mejores que ustedes, sino a nuestra posición geopolítica, que coyunturalmente nos saca de la producción y de la ruta internacional del tóxico prohibido.

Hablo, además, desde el conocimiento y el afecto que me une a esta mi segunda patria y que me enseñaron mis maestros mexicanos hace medio siglo, como Quiroz Cuarón y Porte Petit, entre otros.

No deben ustedes, en modo alguno, aceptar la normalización de esta violencia, porque importa una gravísima injuria al pueblo mexicano, a su historia, a su tradición, importa el regreso al más descarnado racismo del neocolonialismo, a las ideologías spencerianas propias de nuestras repúblicas oligárquicas, cuya crisis comenzó precisamente con la Revolución Mexicana hace más de un siglo, y que le costó a México la guerra civil más dolorosa de la centuria pasada.

Es vuestra historia y son vuestros muertos los que están siendo burlados con la tesis de la normalización de la violencia. Aquí no hay nada normal, sino un claro condicionamiento político internacional, una división internacional del trabajo en que hoy a México le toca llevar la peor parte.

Los medios masivos de comunicación del extranjero que responden al capital financiero transnacional, agitan el fantasma de México: cuidado que nos puede pasar lo mismo

Es obvio que nos puede pasar lo mismo, pero siempre y cuando el capital financiero nos haga lo mismo que le hace a México y saque ventaja con los mismos negocios inconfesables, como su monopolización del reciclaje del dinero sucio. Esto último es lo que no nos dicen en el extranjero.

En mi país, como hemos dicho, dado que nuestros excluidos son poco aficionados a matarse entre ellos, los medios monopolizados crean mediáticamente una violencia mayor, para promover la sanción de leyes absurdamente autoritarias, para favorecer la autonomización de nuestras policías, para crear un aparato represivo de control de la exclusión social. Para eso nos agitan el fantasma de México, pero no nos dicen a qué se debe, lo ocultan celosamente, como no puede ser de otro modo, porque se debe a lo que esos mismos intereses hacen aquí, donde el discurso mediático es de normalización y calma.

Aquí el discurso es que los muertos y los desaparecidos y los secuestros ya no aumentan, que Ayotzinapa y otros episodios son casi municipales, que las desapariciones son homicidios y, en el fondo, sin decirlo muy claramente, que todo responde a que el mexicano es violento.

Vale decir, que hay una nota de inferioridad que requiere un paternalismo contenedor, igual que en tiempos de Porfirio Díaz.

Se ha hablado de un Estado fallido en México. Depende de qué se entienda por tal, pero a mi juicio esto no es verdad. Entiendo por Estado fallido el fenómeno que tiene lugar cuando una nación es débil y no logra constituir un Estado, como sucedió en algunos países –en especial en África– después de su independencia formal del neocolonialismo.

En modo alguno es este el caso de México, donde la nación es fortísima, quizá con el sentimiento de comunidad nacional más

fuerte de toda nuestra región y donde, además, se llegó a configurar un Estado que, en ocasiones, debemos reconocer que fue demasiado Estado, o sea, todo lo contrario de fallido.

Aquí hay algo por completo diferente: se trata de un Estado acosado por el colonialismo propio de esta fase avanzada. Se trata de un estado debilitado y carcomido desde algunas de sus bases mismas por la acción del colonialismo, que hoy adopta estas formas de ejercicio del poder hegemónico.

Es posible que existan falencias en la defensa frente a esta agresión del colonialismo, que incluso puede tratarse una verdadera agresión desde el punto de vista del derecho internacional. Esta es una cuestión que incumbe a la política interna de México, en la que no tomamos partido, pero cualquiera sea la opinión, no pueden nunca confundirse las falencias en la defensa con la causalidad desatada por la agresión misma. Una agresión sigue siendo tal aunque el agredido se defienda mal o incluso no se defienda.

De lo expuesto hasta aquí debemos extraer algunas conclusiones

En primer lugar, debemos reflexionar acerca de nuestro propio saber. La criminología no puede ignorar a la política, porque cada día más es un saber político o, al menos, no puede ignorar su parte de politología criminológica, pues aceleradamente los hechos la aproximan más a la ciencia política que a la propia sociología. Quedan muy atrás los reduccionismos arqueológicos de nuestro saber, que intentan resucitar quienes en la criminología manipulan a favor de los intereses colonialistas.

Tenemos ante nuestros ojos un fenómeno de altísima violencia, como claro producto de la política internacional. No podemos en Latinoamérica seguir a la zaga del saber criminológico central, que ignoró el genocidio o la violencia letal por acción u omisión estatal, porque tenemos un genocidio en marcha ante nuestra vista.

Nuestro saber debe encarar seriamente su estrecho vínculo con el saber político. Es urgente convocar politólogos para nuestros análisis.

En cuanto a la principal fuente de violencia genocida en la región, es decir, a la lesión del derecho humano al desarrollo, es claro que el camino particular que cada Estado escoja para superarlo, es una

cuestión decididamente política de cada país, pero nuestro deber es señalar la infracción y la necesidad de discutirlo políticamente para identificar las vías más idóneas.

En lo que hace al problema puntual de la prohibición de cocaína, no hay soluciones simplistas.

No nos animamos a afirmar que la solución sería la inmediata legalización del tóxico problemático, que acabaría abruptamente con la plusvalía del servicio de distribución. Al respecto, dado el fabuloso volumen dinerario alcanzado, ignoramos las consecuencias económicas de una medida de esta naturaleza: no sabemos qué efectos puede producir en las economías de varios países de la región, tampoco qué sucedería con la mano de obra empleada hoy para la producción y distribución del tóxico.

Tampoco sabemos qué función cumple la inyección de dinero en el circulante mundial, proveniente de esta artificial plusvalía del servicio de distribución. De cualquier manera, no deja de llamar nuestra atención el entusiasmo por la legalización por parte de algunos líderes de la idolatría del mercado. Posiblemente, estén entreviendo cierta disfuncionalidad del negocio.

Obviamente que estos son problemas propios de los especialistas en macroeconomía, cuyo auxilio necesitamos con urgencia.

En el plano de la política internacional, sería bastante urgente que se le exigiese a los Estados Unidos que desmonte su red interna de distribución y, además, que deje de vender armas al sur y de reciclar dinero.

Difícil es que se tomen estas medidas, sabemos de la inmensa dificultad política internacional, no somos ingenuos. También sabemos que aunque la administración norteamericana se lo propusiese, chocaría con fortísimas resistencias de sus propias agencias y de los políticos alineados con el capital financiero transnacional.

Pero, de todos modos, debemos decirlo, porque quien está en un pozo, antes que nada, debe tomar consciencia de que está en un pozo, para después ver cómo puede salir de él.

Queridos colegas: no se sale fácilmente del colonialismo después de cinco siglos. Pero lo primero que debemos hacer es reconocer que estamos bajo los efectos del colonialismo, solo que en una fase

superior de este. Y la criminología no puede ignorar este fenómeno del poder regional y mundial, porque estaría negando lo que la realidad nos pone todos los días delante de nuestros ojos.

Disculpen si les he hablado con extrema sinceridad, pero he sentido la necesidad de hacerlo. Achebe, un conocido poeta nigeriano, ha escrito que la historia se ha contado del lado del cazador y no del león. Así como es necesario contarla desde el lado del león, también debemos hacer criminología desde ese lado. En este sentido, como latinoamericano y por el amor y el inmenso agradecimiento que le debo a México, pero también por la dignidad y el prestigio de la propia criminología.

Los antiguos y nuevos horizontes de la Dogmática penal

*José L. González Cussac**

Resumen

La función de la doctrina penal no es hacer ciencia formulando pretensiones de verdad, sino que ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos, enjuiciando acciones humanas a través de las normas jurídicas vigentes de acuerdo con una serie de principios constitucionales. Su misión es diferente a la de pretender elaborar leyes universales científicas y someterlas a la experiencia y a su verificación o refutación. El valor central de la teoría jurídica del delito se contrae a la idea de justicia, que ha de hacerse efectiva mediante ciertas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, eficacia, utilidad y libertad.

Palabras clave

Ciencia, doctrina penal, dogmática, metodología, neokantismo, neutralidad, seguridad jurídica, sistema, teoría del delito.

Planteamiento

Aceptemos como lugar común que la función y la justificación de la doctrina penal es ofrecer seguridad jurídica a través de un método racional de adoptar decisiones en derecho penal. La metodología generalmente empleada en el derecho continental europeo y latinoamericano es conocida como dogmática, consistente en una elaboración sistemática de la teoría jurídica del delito.

* Ph. D. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, España.

En la literatura penal en lengua española es ya un clásico la formulación de Gimbernat Ordeig (1990) acerca de esta cuestión:

La dogmática jurídico penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerse a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. 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 (p. 15).

También es un lugar común admitir las limitaciones que la dogmática posee, independientemente de sus elaboraciones (Quintero, 2008, p. 623 y ss.). Así, pues, la dogmática tiene como misión identificar los problemas y luego ofrecer soluciones a los mismos, mediante teorías que posibiliten una aplicación del derecho positivo de un modo racional, previsible y seguro. La libre discusión en la comunidad jurídica permitirá que unas teorías se conviertan en dominantes y en todo caso abrirá el conocimiento para evaluar sus resultados, sus consecuencias, sus fundamentos, las objeciones, los errores y, por lo tanto, su revisión.

Sin embargo, como el citado autor advierte, expresando así una opinión generalizada, esta concepción contiene dos enunciados implícitos. Primero, que la dogmática penal presupone el derecho penal, es decir, que sin este no existe ni tiene sentido aquélla. Segundo, que la dogmática 'es una ciencia neutra', limitada a la interpretación correcta de la ley y, consiguientemente, independiente de las valoraciones y de las consecuencias a las que conduzca.

No creo que pueda discutirse la primera afirmación: la dogmática presupone el derecho penal. Pero no estoy tan seguro de la segunda, esto es, que la dogmática penal, y en general el derecho, pueda entenderse como una ciencia, y por consiguiente como valorativamente neutra. Precisamente en estas derivadas, y en su estrecha interrelación, estriba, a mi juicio, la discusión central sobre la función de la dogmática penal.

El punto de partida: los sistemas ‘neoclásicos’ como ejemplos de ‘ciencia neutra’

El ‘neokantismo’ supuso la culminación de las sistemáticas clásicas, de ahí que también se las conoce como ‘neoclásicas’. En ellas predominó una concepción decididamente analítica y, aunque introdujeran criterios axiológicos y un tímido giro de orientación teleológica, no lograron deshacerse plenamente de la rémora del positivismo, ni en su versión naturalista, ni en su tendencia normativista. Semejantes ataduras adquieren un protagonismo cuestionable en ámbitos tan cruciales como la teoría de las ‘normas de cultura’, o en la elaboración de la teoría jurídica del delito, esclava todavía de un ontologismo que se manifiesta sin disimulo al nuclearse sobre los conceptos de acción causal y resultado, o sobre un entendimiento en clave psicológica de la culpabilidad. Si a ello le unimos la visión marcadamente retribucionista de la pena, ya tenemos los parámetros necesarios para entender su fracaso (Gallas, 1959).

No es este el lugar para hacer balance del ‘neokantismo’, sino tan solo para recordar las razones por las que fue necesario abandonar su metodología, ante las insatisfactorias consecuencias a que conducía o debido a sus carencias o deficiencias al ofrecer soluciones a diversos grupos de problemas. Ello, desde luego, no significa restarle o desconocer sus innegables avances en el continuo desarrollo de la dogmática penal.

De modo que, con la única intención de desvelar sus fracasos, hemos de corroborar su incapacidad para superar el ‘formalismo jurídico’ del que el ‘neokantismo’ no deja de ser un fiel heredero. De hecho, hasta la tripartición clásica de la teoría del delito, propia de Liszt (1919), Beling (1936) o Rocco (1936, p. 236 y ss.) fue respetada sin parpadear por este grupo de autores. Así, Mezger (1935) y Sauer (1956) en Alemania, Delitala (1930), Maggiore (1949-1953) y Antolisei (1975) en Italia o Antón Oneca (1986) y Jiménez de Asúa (1931) en España, construyeron la teoría del delito sobre la acción, a la que añadieron las características de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además, claro, de la punibilidad. En este sentido, puede llamárseles revisionistas en cuanto corrigieron el formalismo jurídico, pero sin modificar los esquemas esenciales del mismo¹.

Quizá uno de los mejores modos de comprobar el carácter revisionista del ‘neokantismo’ respecto al formalismo sea mediante

el seguimiento del concepto de acción, auténtico eje central de ambas construcciones metodológicas. Este seguimiento alcanza su punto paradigmático en la obra de Radbruch, quien, según Schmidhäuser, describió claramente las dos estaciones posibles en este camino:

La superación de la búsqueda de un concepto superior (libre de valor) para la acción y la omisión y el rechazo definitivo de un concepto de acción como concepto superior, aun como sistema parcial, en favor de una sistemática teleológica (Schmidhäuser, 1975).

En efecto, en un primer momento, Radbruch se mantuvo fiel a la sistemática clásica, donde predominaba el método deductivo y clasificatorio². Aceptó, en consecuencia, la existencia de un concepto superior al que podrían añadirse luego diversas caracterizaciones especiales, para así poder construir el concepto de delito como último de la especie. Y este concepto superior fue la acción, como nexo entre voluntad, hecho y causalidad. Sin embargo, al no poder explicar con esta idea la omisión, él mismo se ve arrastrado por su afán clasificatorio, a reconocer la existencia de dos sistemas o especies de delito: los activos y los omisivos (Radbruch, 1930, pp. 151-167, especialmente pp. 161-163). Estas ideas corresponden a su etapa primera, dentro del formalismo, donde, en sintonía con Von Liszt o Beling, elabora la noción de delito desde un concepto superior, que es la acción, entendida de un modo netamente naturalístico.

Años más tarde, el mismo Radbruch expone su propia teoría de la acción de 1904 y la somete a una completa revisión. Reconoce el fracaso de una concepción naturalística de la acción, que en su intento clasificatorio le había conducido a dos clases de delito: los de acción y los de omisión, irreducibles a un solo criterio. Igualmente, el formalismo inicial, basado en una construcción de compartimentos estancos donde a la tipicidad le correspondían todos los elementos descriptivo-objetivos, a la antijuricidad los elementos normativo-objetivos y a la culpabilidad los elementos subjetivo-descriptivos, había ido perdiendo las fronteras, hasta llegar a confundirse (Schmidhäuser, 1975, pp. 36-37). Ante este panorama, Radbruch rechazó el concepto naturalístico y pre-jurídico de acción como movimiento corporal voluntario con efectos en el mundo externo, pues así no resultaba posible expresar el tipo de un delito. En consecuencia, el concepto angular de la teoría del delito ya no podía ser la acción, sino la realización del tipo, donde quedaría expresada la significación lingüística y social del delito

(Radbruch, 1930, pp. 151-167, especialmente pp. 161-163). Con ello, como señala Schmidhäuser (1975), el antiguo sistema, escindido en dos, acción y omisión, quedaba reunificado en uno solo, ahora centrado en la idea de realización típica. Se acentuaba así, ya desde el primer momento, el contenido material del hecho punible, y se comenzaban a tener presentes las consecuencias de la pena. Se entraba, pues, en un sistema valorativo y teleológico, es decir, en pleno auge del 'neokantismo' (pp. 37-38).

Por lo visto hasta ahora, parece más un análisis del modelo clásico o formalista que un examen del 'neokantismo'. Y en cierto modo es así, básicamente por dos razones. La primera resulta tan obvia como común a cualquier proceso evolutivo, pues las diversas construcciones dogmáticas no se suceden así como así de la noche a la mañana, sino que, muy por el contrario, responden a un continuo y lento devenir, cargado de influencias y herencias³. Y, en segundo lugar, que para nuestro objetivo es más importante, el 'neokantismo' nunca dejó de ser más que una corrección, muy transcendental si se quiere, del método clásico. En este sentido, fue tan enorme el lastre heredado del positivismo naturalista y normativista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que, a pesar del giro axiológico impreso al mismo, sus partidarios nunca pudieron librarse de multitud de contradicciones⁴.

Esta corriente aportó a la ciencia del derecho en general y al derecho penal en particular notables avances, como el intento de delimitación frente al método de las ciencias naturales; la llamada al mundo de los valores; la importancia concedida a la categoría de bien jurídico; la apertura del sistema a las causas supralegales de justificación; la elaboración de la teoría normativa de la culpabilidad; el desarrollo de los elementos subjetivos del injusto; o la delimitación del objeto del derecho penal frente al objeto de la criminología. Sin embargo, pese a estos progresos, el sistema 'neokantiano' fracasó, lastrado por sus ataduras del pasado (Schünemann, 1991, pp. 47-53).

Este fracaso se debió, entre otras causas, a una insuperable contradicción, producto de una superposición metodológica. En efecto, sus defensores no pudieron armonizar la carga heredada del positivismo con sus nuevas aportaciones de naturaleza axiológica. Ello resulta claro en la dificultad de mantener, al mismo tiempo, un entendimiento positivista y valorativo de la norma. De ahí que M. E. Mayer (1937, p. 81 y ss.) creara las llamadas 'normas de cultura', donde residen los valores a los que la ley penal se

refiere. Igualmente, para Mezger, la ley penal remite al “Derecho supralegal” (1965, p. 28).

Pero, del mismo modo, el dualismo metodológico se torna insostenible en el seno de la construcción de la teoría del delito. De una parte, su filosofía de los valores otorga un papel predominante al bien jurídico, y con él a la idea de realización del tipo como piedra angular del sistema. Sin embargo, para poder desarrollar una sistemática coherente con tal planteamiento, deberían haber previamente demolido las premisas del formalismo, y muy singularmente el concepto naturalístico de acción. Esta, heredada como concepto principal y superior de los filósofos hegelianos, seguía siendo entendida en su sentido causal (movimiento corporal más voluntariedad más nexo causal y resultado), esto es, como hecho externo-objetivo. De suerte que la acción continuó constituyendo la idea superior del sistema, puesto que era ella, y no el bien jurídico, la que servía como criterio delimitador y fundamentador del tipo. La acción siguió operando como eje del sistema, respecto a la cual se predicaban las características de tipicidad y antijuridicidad. Al mismo tiempo, como era definida en cuanto hecho objetivo-externo, y sobre ella se articulaban tipicidad y antijuridicidad, tenían difícil acomodo los elementos subjetivos del injusto (en parecidos términos, Kaufmann, 1975, p. 161).

En resumen, y para concluir esta esquemática aproximación crítica al modelo ‘neokantiano’, puede decirse que fracasó en cuanto no pudo armonizar una concepción causal de acción con una noción del tipo como tipo de injusto. Todo ello desembocó en las ya conocidas insuficiencias para ofrecer una explicación unitaria de los delitos de acción y de omisión, o de los delitos dolosos y culposos, o de los elementos subjetivos del tipo, etc. A estas deficiencias habría que añadir la no menos importante de su método en exceso formalista y abstracto, sumamente desconectado de la realidad y de las consecuencias prácticas a las que conducía. Es decir, la formulación de una ‘ciencia neutra’.

En efecto, porque Mezger (1935, pp. 329-334, y 336-339), al igual que Beling, M. E. Mayer o Graf zu Dohna, admiten el ‘complejo de las normas de cultura’. De suerte que como ninguna ley agota la totalidad del derecho, ha de afirmarse la existencia de un derecho supralegal. Las leyes –dirán– son emanación positiva del derecho, y esto es solo posible con arreglo a determinados presupuestos. Estos presupuestos de la ley constituyen el total ‘complejo de cultura’. El

derecho supralegal ha de tenerse en cuenta a la hora de la formación de conceptos jurídicos y en el momento de su interpretación.

Consecuentemente con esta concepción de la teoría de la norma, Mezger entiende que la idea de valor hace referencia a esas ‘normas de cultura’, más exactamente, que se trata de una manifestación concreta y determinada de estas. A partir de esta noción del derecho, en que la ley ya no es decisiva, sino que remite fuera de sí misma –al derecho supralegal y a los valores culturales que la integran, conformando el contenido del ordenamiento jurídico– se produce una idealización del concepto de bien jurídico, pues su contenido se aleja de la realidad, basándose directamente en ese etéreo derecho supralegal.

Este planteamiento ha sido acreedor de numerosas críticas. Baste aquí esgrimir alguna de ellas, como la que denuncia el relativismo axiológico al que conduce la sistemática neokantiana, al equiparar todas las posibles opciones valorativas. Además del riesgo político que ello comporta, supone una insalvable contradicción metodológica: parte de una tajante distinción entre los hechos que son y los valores que valen (deber ser), pero como quiera que los valores nacen de un ‘complejo de cultura’, esto es, de la realidad, acaban negando su punto de partida al derivar los valores de los hechos (realidad = complejo de cultura)⁵.

Pero ello conlleva todavía más problemas. Si las leyes contienen normas, y estas vienen a ser pretensiones intersubjetivas de validez, al situarlas fuera del ordenamiento jurídico, en un ‘complejo de cultura’ impuesto, no se sabe bien, ni por quién, ni cómo, ni cuándo, ni a qué racionalidad responden, ni tampoco si se ha seguido algún criterio de generalización en su creación (Habermas, 1996, pp. 380-387). La teoría de la norma de Mezger –paradigma de toda una época– descansa, pues, sobre una base irracional e ideológicamente muy peligrosa⁶.

Síntesis de la evolución posterior

Retomemos nuestro punto de partida: la dogmática presupone el derecho penal y la dogmática penal es entendida como una ciencia, y consecuentemente como valorativamente neutra. Pues bien, conforme a este patrón de análisis, las concepciones dogmáticas mayoritarias elaboradas a partir del modelo clásico y neoclásico, mantienen sustancialmente este doble presupuesto.

Desde este punto de vista puede afirmarse que la ‘teoría final de la acción’ de Welzel mantuvo como premisa que el objeto ‘como es’ condiciona el método de la ciencia del derecho penal. De suerte que únicamente representó una variación en el entendimiento de la naturaleza del objeto, la acción, pero aceptando idénticas premisas centrales. Su ‘nuevo sistema’, precisamente, solo consistió en un entendimiento distinto de la acción. Para Welzel, la esencia de la acción humana es la finalidad: el ser humano anticipa medios, procedimientos y objetivos, y por consiguiente al actuar siempre persigue una finalidad –“supradeterminación final del querer” (Welzel, 1970, p. 56)–. De modo que la estructura óntica de la acción es la finalidad y esta estructura lógico-objetiva procede de la realidad, del mundo del ser, por lo que la teoría del delito, e incluso la ley y el legislador, deben asumirla. Este postulado constituye toda una declaración de principios: la dogmática jurídico-penal está determinada por una magnitud ontológica incuestionable y empíricamente demostrada. La derivada de este teorema es sencilla: el derecho penal es una ciencia y como tal está vinculado al objeto.

Ciertamente, esta compleja y elaborada concepción filosófica trató de superar el movimiento positivista, introduciendo nociones antropológicas y prejurídicas de la acción, convertida en la nueva base del sistema penal, pero revestida ahora de una pretensión de verdad absoluta, de auténtico enunciado científico. Desde una panorámica intra-sistemática, supuso cambios estructurales de enorme importancia; en efecto, porque si toda acción está dirigida hacia un fin, consciente y voluntariamente, el dolo pertenece a la misma acción y consecuentemente pasa a integrarse en la tipicidad. A partir de aquí la teoría del delito comienza a distinguir entre tipo objetivo, tipo subjetivo y culpabilidad.

Las principales críticas a este modelo se han dirigido precisamente contra sus inconsistentes y obsoletos presupuestos filosóficos, esto es, a la misma base de su concepción ontológica. Es decir, desde la perspectiva externa o de fundamentos de este sistema, en realidad, el finalismo carece de un modelo filosófico sólido y propio de referencia, sostenido por tanto en varias premisas acumuladas de los modelos filosóficos de origen, especialmente del neokantismo (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1990, pp. 288-289). Aunque no ocupa nuestra atención en este trabajo, el finalismo también ha recibido importantes críticas contra sus aspectos dogmáticos o sistemáticos (perspectiva interna)⁷. A pesar de estas contundentes críticas y de su pérdida

de protagonismo y seguidores, el modelo del finalismo ha ejercido una notoria influencia en las elaboraciones doctrinales posteriores. A destacar su notable contribución al desarrollo de una noción normativa de la culpabilidad, y a la impregnación del pensamiento penal de una orientación teleológica. Por todo ello, gráficamente se ha dicho que el finalismo es el puente entre el neokantismo y el presente (Mir Puig, 1982, p. 279), aunque no el único, ni siquiera en la doctrina alemana (Silva Sánchez, 1991, p. 12 y ss.).

Aunque en la actualidad persisten en la literatura penal exposiciones sistemáticas minoritarias fielmente seguidoras del modelo neoclásico o del finalista, lo cierto es que la doctrina alemana dominante se adscribe a un prototipo ecléctico o de síntesis de las dos anteriores. Esquemáticamente podría decirse que es heredera directa de las construcciones de Liszt, Beling y Radbruch. Así, la teoría del delito se mantiene con la aceptación del dibujo básico del finalismo, no tanto desde una perspectiva ontológica sino normativista, merced a la recuperación de las aportaciones de Engisch y Dohna, y al acogimiento del eclecticismo auspiciado por Gallas en un doble sentido: de una parte, combina el pensamiento sistemático con el tópico; y de otra, compagina las exigencias derivadas de una perspectiva ontológica con otras de naturaleza normativa, estas últimas mucho más acentuadas.

Ahorabien, las sistemáticas dominantes en la actualidad, partiendo del eclecticismo señalado, se han visto impulsadas por el auge de las sistemáticas funcionalistas o racional-teleológicas (Schünemann, 1991, p. 31), generando una notoria influencia internacional. Al margen de sus ajustes en la esfera interna o sistemática del derecho penal, aquí nos interesa observar su contribución a los fundamentos del mismo⁸. Las diferentes corrientes funcionalistas comparten su distanciamiento del finalismo, bien por su oposición al método lógico-abstracto (Roxin) o por censurar su metodología ontológica (Jakobs). Al margen de sus notorias diferencias, coinciden en su carácter reactivo frente al formalismo jurídico con la pretensión de construir un derecho penal orientado a sus consecuencias (Silva Sánchez, 1991, p. 12).

Es interesante asomarse a los fundamentos últimos del derecho penal desde una óptica externa, especializada y autorizada en el pensamiento jurídico, moral y político, es decir, desde la perspectiva de la filosofía. Pues bien, desde esta óptica es sabido que las sistemáticas eclécticas dominantes se sustentan en la corriente

denominada funcionalismo, bien sea en su formulación más radical, estratégica o sistémica, o en otra más moderada, comúnmente denominada como funcionalismo teleológico (Vives Antón, 2011, p. 441 y ss.).

La corriente más influyente es esta última, la del funcionalismo teleológico, y se debe especialmente a la obra de Roxin. Un objetivo esencial para este autor es la preocupación por reconciliar la dogmática y la política-criminal, consciente del riesgo de orillar las consecuencias sobre la realidad surgidas del pensamiento sistemático. Para lograr esta reconciliación huyendo del distanciamiento entre ambas variables, propone una reconstrucción del derecho penal orientando la dogmática a las valoraciones político-criminales⁹. La clave de su discurso descansa en la categoría de los fines del derecho penal, singularmente en los fines de la pena, operando de distinta forma en cada uno de sus niveles estructurales. Con ello trata de configurar un sistema abierto, teleológico y práctico. Abierto, porque flexibiliza el sistema mediante la entrada en el mismo de criterios garantistas, es decir, mediante la introducción externa de criterios valorativos. Teleológico, por cuanto su sistema se perfila hacia las consecuencias del derecho penal. Y, práctico, en tanto busca compatibilizar el pensamiento sistemático y el pensamiento tópico (Roxin, 2004, p. 20).

El denominado funcionalismo estratégico o sistémico destaca –a los efectos que aquí nos interesan– por su absolutización del criterio funcional y el consiguiente rechazo de cualquier limitación procedente de la realidad o del lenguaje. La pureza metodológica se erige en su máxima preocupación y se lleva hasta sus últimas consecuencias. Así pues, al derecho penal se le atribuye una función sistémica, esto es, exclusivamente preventiva. De ahí que, más que ante una construcción normativa, nos encontramos ante una explicación sociológica en la que lo esencial es la estabilidad o funcionalidad social.

La trayectoria y génesis del funcionalismo es sobradamente conocida. Pero lo que hoy se entiende por funcionalismo no se corresponde exactamente con la concepción desarrollada por su creador, ‘el príncipe del funcionalismo’, Parsons, en la década de los treinta del pasado siglo¹⁰. Los cambios, las críticas, hasta la misma ambigüedad de su significado, han permitido afirmar que es el término más equívoco de los existentes en la sociología jurídica (Febrajo, 1975, p. 30). En realidad no existe una unidad funcionalista,

pues dentro de esta corriente coexisten múltiples enfoques (Nagel, 1981, p. 468), pero esta disparidad no le ha restado influencia en el derecho, especialmente a través de la obra de Luhmann.

En esencia, el funcionalismo, en la formulación inicial de Parsons, toma la acción como categoría básica, entendida como todo proceso por el que los individuos forman sus intenciones y las hacen efectivas. La sociedad, y en su seno las personas, constituyen una unidad social concebida como un todo, como un sistema orgánico (organización cerrada a imagen de un organismo), que ha de tratarse de asegurar por todos los medios. A esta visión contribuye el concepto de 'rol' como unidad de conducta impersonal orientada hacia los otros actores. De aquí nace la noción de expectativas, ya que los demás esperamos y confiamos en que los otros desempeñen el papel que les corresponde. La necesidad de equilibrio, como algo connatural a todo sistema alcanza gran relevancia, pues cada función, cada proceso social, repercute en la estructura. La realidad social es la que distribuye e impone la asunción de 'papeles' sobre la base de un 'contrato-valor'. Por último, su visión de la 'conducta desviada', comprendida como falta o ausencia de pautas morales, es definida como una anomia (Bottomore, 1976, p. 27; Gouldner, 1979, p. 159 y ss., y 388-389; Gerth & Wright 1984, p. 21 y ss.; Dahrendorf, 1974, p. 174.).

Entre las críticas recibidas por la propuesta examinada, subrayo las siguientes: su visión de la sociedad como una estructura estable y permanente, desemboca en una ideología conservadora incapaz de explicar el cambio y progreso social. También es incapaz de explicar la totalidad de los fenómenos sociales al reducirlo todo a la categoría de 'rol', que, a su vez, al ser concebido de forma tan rígida, anula toda posible capacidad de autonomía del individuo ('determinismo social'). E, igualmente, se ha censurado su idílica descripción de una sociedad en perfecto equilibrio, al entender que todo conflicto es evitable, al confiar ciegamente en la maleabilidad y en la conformidad del actor social con su 'papel'. Ello solo sería posible merced a un código moral común y a la esperanza en la resocialización del 'pecador' que incumpla o discrepe con la función asignada ('moral o religión de la resignación social') (Cfr. los autores citados en la nota anterior y también Bobbio, 1977, pp. 99-101; Boudon, 1981, p. 67 y ss.; Vives Antón, 2011, p. 175 y ss.).

Para evitar alguna de estas críticas, Luhmann (1983, pp. 16-27) imprime un giro a su propuesta. Ya no habla de 'estructuralismo

funcionalista' sino de 'funcionalismo estructural'. De modo que lo esencial no será ya determinar el conjunto de condiciones necesarias para el mantenimiento de la estructura social, sino que la premisa descansa en la determinación de las condiciones necesarias para que se desarrolle la función exigida por las estructuras sociales. Persigue así evitar las críticas de inmovilismo, organicismo y conservadurismo, mediante la elaboración de una teoría del 'sistema-ambiente', en la que se admiten cambios y mutaciones sociales. A partir de aquí, construye su sistema jurídico en el que sobresale una sujeción de la dogmática a presuponer las valoraciones impuestas por el legislador, con lo cual, las referencias axiológicas quedan fuera del sistema jurídico (Febrero, 1975, pp. 29-30).

Pero este giro tampoco ha escapado a numerosas críticas. Se ha llegado a decir por Febrero (1975) que, en realidad, no se diferencia en nada sustancial de la formulación inicial, salvo en un simple cambio terminológico. Para el citado autor el sistema jurídico propuesto es sumamente abstracto y puesto al servicio de la integración del individuo en la estructura social. Configura el derecho como un mecanismo de control y configuración social, cuya finalidad última sería mantener las 'desilusiones' sociales dentro de límites tolerables. Es decir, el derecho no desempeñaría una función de resolución de conflictos de intereses, sino que estaría destinado a asegurar el mantenimiento y la supervivencia del sistema. De aquí que quepa reproducir idénticas críticas, entre las que destaca el idealismo, la utopía y el voluntarismo (pp. 51-79).

El concepto funcionalista de derecho auspiciado por Luhmann ha recibido críticas demoledoras (Ferrari, 1987, p. 7 y ss.), pero entre ellas sobresale la expuesta por Habermas, quien comienza denunciando la renuncia a justificar las normas sobre el pretexto de irracionalidad, pues con ello niega toda posibilidad de una fundamentación basada en discursos (razón práctica). Al proceder así, equipara los hechos y las normas –los planos del 'ser' y del 'deber ser'– como funcionalmente equivalentes. Sin embargo, advierte un proceder 'sospechoso' en la conceptualización del derecho positivo, ya que Luhmann no lo concibe como el producto de una simple decisión ('decisionismo'), pues, entonces, un conjunto de normas así justificado, sin ninguna referencia legitimadora, dejaría de ser funcional. Por ello, se ve obligado a recurrir expresamente a la ideología como referente del mismo, y aunque esta descansa en el irracionalismo, no deja de operar con una apoyatura axiológica –llamada a los juicios de valor–, pero profundamente ideologizada,

es decir, introduce los propios valores del intérprete (Habermas, 1988, pp. 309, 320, 326, 382-387)¹¹.

En el seno del derecho penal, las tesis funcionalistas, además de su explicación funcional de la sociedad y de las normas, reducen la acción humana a expectativas, al desempeño de roles y a primar la noción de deber, orientándose hacia finalidades preventivo generales. En su versión radical, supone un entendimiento meramente descriptivo y valorativamente neutro de la sociedad y del derecho. Ante una construcción tan vacía y subjetiva como peligrosa ideológicamente—pues puede explicar y justificar cualquier régimen político y jurídico—, los autores más moderados acuden a diversos correctivos de orientación teleológica y valorativa, esto es, se ven obligados a rescatar de un orden extrajurídico referencias axiológicas (Orts Berenguer y González Cussac, 2011, pp. 194-196). No obstante, hay que advertir que algunos penalistas adscritos a esta orientación, tampoco son exactamente fieles a los postulados fijados por el propio Luhmann (Vives Antón, 2011, p. 555 y ss.).

Me parece muy interesante llamar la atención acerca de la sintonía de este movimiento de raíz sociológica con el auge del ‘derecho penal del riesgo’. La expansión del derecho penal trae causa en múltiples factores que han llevado a proclamar la “imposibilidad de volver al viejo y buen derecho penal liberal” (Silva Sánchez, 2001, p. 149)¹². Pero sin duda, esta transformación aguda de modelo, una auténtica modificación estructural de hondo calado, también ha sido propiciada por el impulso que el funcionalismo ha conferido a la idea de peligro, erigiéndola en eje central del sistema. Por ejemplo, como advierte Silva Sánchez en referencia al emergente ‘derecho penal de empresa’, la estructura clásica sustentada en la prohibición directa del riesgo jurídicamente desaprobado, ha pasado a convivir con otros criterios más complejos: el riesgo permitido condicionado, el principio de precaución y la prohibición de la mera sospecha de riesgo (Silva Sánchez, 2013, p. 13). Como el propio autor citado incide, todo ello comporta un radical cambio de perspectiva, en el que la ‘administrativización’ del derecho penal, la noción de la ‘gestión de riesgos’ y la ‘inocuidad’ cobran un protagonismo creciente en la doctrina mayoritaria actual.

De otra parte, desde un punto de vista teórico, el funcionalismo y su pretensión científica, ofrecen cobertura al renacimiento de un viejo fantasma superviviente en el seno del derecho penal liberal: la idea de peligrosidad. En efecto, porque su entendimiento de la

acción como expectativa, sumado al fin del aseguramiento del sistema y la finalidad preventiva, propician el adelantamiento de la intervención penal desde cualquier posibilidad. Estrechamente vinculado con estas cuestiones debe hacerse referencia, aunque sea una simple evocación, al auge en nuestra disciplina de planteamientos procedentes de la neurociencia, un nuevo enfoque del derecho como ciencia y consecuentemente desde una pretensión de verdad (amplia y críticamente, Ramos Vázquez, 2013).

En resumen, puede decirse que los ejes de la discusión esencialmente han girado alrededor de dos ideas centrales: norma y acción. Una y otra condicionan la configuración del resto de categorías penales y, sobre todo, determinan la función y legitimidad atribuida al *ius puniendi*.

Sin restar importancia a aspectos metodológicos fundamentales, ni a los logros alcanzados en estas últimas décadas por el desarrollo de esta metodología sistemática (dogmática penal), el balance presenta ambigüedades en la utilización de algunos postulados, considerables variables ocultas y dosis altas de incertidumbre. En efecto, la labor teórica se ha concentrado en buena medida en polémicas estériles sobre categorías internas, con un alto grado de abstracción y nula repercusión práctica. Podría decirse que, mientras nuestro mundo cambia velozmente, sometiendo a todas las instituciones y relaciones personales, sociales, culturales, económicas y políticas a una transformación radical y profunda, numerosos teóricos penalistas continúan aferrados y ensimismados en bizantinas discusiones sobre la perfección del sistema de la teoría jurídica del delito. De suerte que el instrumento, el medio o la herramienta –la teoría jurídica del delito– han continuado absorbiendo el debate, mutando hasta convertirse en el fin supremo del mismo. Así, en lugar de tratar de comprender y ofrecer soluciones a estas modificaciones, la ciencia del derecho penal se enrocaba sobre sí misma.

Pero el excesivo protagonismo del estudio abstracto y dogmático de la teoría jurídica del delito, no solo ha desenfocado el análisis de sus categorías, sino que ha consolidado la tradicional desatención sobre el sistema de fuentes, los derechos y garantías fundamentales y sobre la teoría de las consecuencias jurídicas. El resultado ha sido un permanente distanciamiento con la jurisprudencia, con el poder legislativo y hasta con la opinión pública. Distanciamiento que no

solo es de método, de perspectiva, sino también de lenguaje y en ocasiones parece que hasta de valores. Al incrementarse todas estas magnitudes hasta alcanzar un coeficiente de lejanía, como de dos galaxias que discurren en paralelo, el grado de influencia y utilidad práctica (aplicativa) de numerosas construcciones teóricas han descendido proporcionalmente.

La coexistencia de dos subsistemas superpuestos quizás sea una característica del modelo continental europeo y latinoamericano, muy diferente del desarrollado en los modelos anglo-americanos (críticamente con los pretendidos logros científicos de la dogmática penal alemana, Dubber, 2005, p. 1051 y ss.). En estos últimos no solo permanece una vocación más pragmática, expresada en el predominio del derecho procesal y en una mayor conexión con el derecho penal material (una aproximación comparativa entre los dos modelos, puede verse recientemente en Oxman, 2014), sino sobre todo en el énfasis del examen profundo de cuestiones constitucionales esenciales: en especial de la vigencia y grado de aplicación de los derechos fundamentales y de las garantías penales¹³.

Después de todo, no es ocioso recordar que –junto a la discusión sobre las categorías internas del sistema penal– los retos esenciales del derecho penal coinciden con las cuestiones que a su vez son centrales en la reflexión de la filosofía política y moral: la acción, la norma, el castigo, la responsabilidad, la libertad, etc. Desde esta premisa quizás sea posible evitar los escollos denunciados, especialmente los referidos al relativismo valorativo (neutralidad científica) y a la circularidad sistémica.

El dilema del derecho penal: dogmática, política y ciencia

Derecho penal y política: Estado de Derecho y sistema de los derechos fundamentales.

Históricamente ha existido siempre un enorme temor a reconocer cualquier tipo de conexión entre derecho y política. Este temor es patente en el seno de las corrientes positivistas y funcionalistas, en particular entre las más radicales. Pero quizá la cuestión se ha agudizado en los últimos tiempos como consecuencia de un cierto deterioro de la función del derecho en general, y del punitivo en especial, fruto de las profundas transformaciones sociales, económicas y culturales (Cuerda Arnau, 2010, p. 121 y ss.).

Como explica Barcellona, el jurista actual se siente frustrado al haber perdido contacto con la realidad, pero se ve abocado a un dilema, porque si acepta la existencia de una compenetración entre derecho y política, parece sentirse a la vez constreñido a negar la autonomía y el carácter científico a su disciplina. Pero, si por el contrario niega la interrelación, subrayando la autonomía y científicidad de la ciencia jurídica, debe permanecer con los ojos vendados frente a la realidad. De suerte que el precio por la comprensión puede ser la confusión y el miedo a lo desconocido, mientras que el precio de la autonomía científica puede ser la ceguera. A su juicio, la autonomía del derecho como ciencia se apoya en tres pilares básicos: la separación entre derecho y moral (Kant), la separación entre economía y política (Smith) y la separación entre Estado y sociedad civil (Savigny) (Barcellona; Hart y Mückenberger, 1977, pp. 32 y 45 ss.).

Por supuesto que la mayoría de la doctrina admite una clara influencia externa entre la política y el derecho. Históricamente ha quedado patente en la evolución de los diferentes modelos ideológicos de Estado. En este sentido, el derecho penal es fruto de cada una de las formas de organización del poder político. Así, nuestro actual derecho penal está indisolublemente vinculado al Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, debemos preguntarnos si esta conexión entre política y derecho se limita a una mediatización meramente externa, o si por el contrario posee también una comunicación interna. Una primera respuesta a esta pregunta la encontramos dentro de las variadas corrientes del 'positivismo', del que en parte son tributarias las construcciones sistemáticas y funcionalistas del derecho penal. Sin embargo, esta afirmación precisa de importantes matizaciones.

Superado el inicial 'positivismo naturalista', dentro del 'positivismo jurídico' sobresale el denominado 'positivismo científico', cobijado en el más puro racionalismo. El derecho es comprendido como un sistema cerrado, sin lagunas, en el que solo cabe una interpretación jurídica, y libre de toda valoración política. En una etapa posterior podemos distinguir la aparición del 'positivismo legal' o 'normativista', sustentado en la convicción de que la ley agota en sí la idea de derecho y de justicia (Wieacker, 1957, p. 378 y ss.)¹⁴.

Con mayor precisión Bobbio ha distinguido hasta tres maneras distintas de entender el término 'positivismo'. El primer sentido

designa un modo de acercarse al derecho caracterizado por una radical separación entre el derecho 'que es' y el derecho que 'debería ser'. En una segunda acepción, el positivismo del Estado, definido como conjunto de normas reguladoras del uso social de la fuerza, que proclama la supremacía de la ley y concibe las normas como imperativos. En tercer lugar, el positivismo se erige en una teoría de la justicia, que o bien la identifica con el derecho positivo, o bien sostiene como valor superior la obediencia a la ley con independencia de su significación moral (Bobbio, 1965, p. 378 y ss.). Cada una de estas tres formas de entender el positivismo son independientes entre sí (Hoerster, 1972, p. 11). A pesar de esta independencia, coinciden en sostener la distinción entre el derecho 'que es' y el derecho que 'deber ser'. De aquí que solo el primero pueda considerarse como objeto de la ciencia del derecho.

Frente a estas tesis positivistas, la misma pregunta ha sido contestada acertadamente por Habermas desde otro paradigma. Para él, afirmar la autonomía del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y política. El derecho, ni siquiera al convertirse en positivo, rompe sus relaciones internas con la política (p. 131).

Para Habermas (1991) el gran debate es el siguiente: por un lado, los fundamentos políticos –morales o éticos si se prefiere– del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural-racional superior¹⁵. Pero, por otra parte, no se le puede liquidar sin sustituirlo, so pena de privar al derecho de ese 'momento de incondicionalidad que precisa'. Entonces, hay que demostrar cómo puede situarse en el interior del derecho positivo el punto de vista de la política, representado por la formación imparcial del juicio de la voluntad colectiva. Sin embargo, para ello no basta con positivizar algunos de los principios del derecho natural-racional, ni siquiera es suficiente su instalación en el contenido de la Constitución¹⁶. Y no lo es porque todo en el derecho es contingencia y está sometido al cambio de la voluntad general. De ahí que la política, si se desea emplazarla en el derecho positivo, ha de poseer la trascendencia suficiente para garantizar un procedimiento que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad (pp. 153-154).

La idea de un Estado de Derecho con división de poderes suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de racionalidad procedimental, emigrada ya

en parte al derecho positivo, constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico y al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia. Ahora bien, cada una de las dos instancias, legislativa y judicial, reclama una diversa clase de racionalidad procedimental. En la primera es suficiente con preguntarse si los objetivos perseguidos para tomar una decisión son susceptibles de universalización, de asentimiento general (fundamentación de las normas). En cambio, a la hora de justificar las decisiones judiciales (aplicación de normas), la racionalidad procedimental necesaria para calificarla de imparcial no apela a qué hubiera hecho la mayoría, sino al criterio de haber tenido en cuenta de forma adecuada y completa todas las circunstancias relevantes según las reglas existentes en conflicto, y según los intereses afectados (Habermas, 1991, pp. 158-159).

En resumen, para Habermas solo entonces podrá hablarse de la racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente. Y esta idea nace del Estado de Derecho. Por lo tanto, afirmar la autonomía del sistema jurídico no significa predicar necesariamente una autonomía sistemática o cerrada sobre sí misma. La autonomía no es un atributo que el sistema jurídico posea por sí y para sí solo. Hablamos exclusivamente de autonomía en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y judicial garantizan una formación imparcial del juicio y de la voluntad común. Y por esta vía, afirma el mentado autor, penetra tanto en el derecho como en la política una racionalidad procedimental de tipo ético. Todas estas cuestiones remiten a la teoría del Estado, pues el mismo Habermas hace derivar todos sus argumentos de la idea del Estado de Derecho (1991, pp. 159-172).

Esta conexión entre teoría del Estado y derecho penal no ha pasado inadvertida en la doctrina penal. Varias son las aproximaciones propuestas, todas ellas trazando la conexión desde la ley fundamental de un Estado de Derecho, aunque sin embargo presentan importantes matices, que en mi opinión se pueden sintetizar en los tres siguientes. La primera fórmula, de carácter procedimental, establece una vinculación del derecho penal con la teoría del Estado, y por lo tanto con la Constitución, a través de los derechos fundamentales (en España, el autor más destacado en esta propuesta es Vives Antón (1977, p. 73 y ss.; 1982, p. 1 y ss.; 1992, pp. 248-255 y 2011, p. 663 y ss.). La segunda, sitúa el punto central de la conexión en la noción del Estado social (a destacar la iniciativa de Mir

Puig, 1972). Y, la tercera vía, es sin lugar a dudas la más numerosa, y, aunque también con planteamientos similares en la doctrina alemana¹⁷, su influencia en España se debe fundamentalmente a la obra de Bricola (1973), para quien la Constitución delimita al derecho penal de tal forma que incluso el orden penal de los bienes jurídicos ya viene perfectamente descrito y jerarquizado en la norma fundamental, por lo que ha podido incluso hablarse ‘del programa penal de la Constitución’ (en España, con algunos matices, siguen básicamente esta orientación, entre otros, los siguientes autores: González, 1984, p. 222 y ss., 1983; Arroyo Zapatero, 1987, p. 100 y ss.; y Álvarez García, 1991, p. 5 y ss.).

De las tres vías expuestas, me parece más sugerente la primera de ellas. Esto es, a través de una conexión con el Estado de Derecho, mediante el desarrollo de los derechos fundamentales, pues ellos constituyen el nervio del sistema democrático, y consecuentemente ofrecen un sólido presupuesto para construir y fundamentar el derecho penal en la actualidad (Carbonell, 1999). En este trabajo solo dispongo de espacio para exponer algunas razones muy básicas¹⁸.

Como dijera Radbruch (1971), la democracia es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho. Democracia es simplemente un modo de ejercer el poder estatal, más exactamente, la forma de ejercerlo mediante el poder del pueblo. El valor de la democracia reside en la forma de tomar las decisiones (Maccormick, 1982, p. 27 y ss.).

En parecidos términos se pronuncia Alf Ross, para quien la idea fundamental de la democracia es la soberanía popular. En un sentido formal, significa que las decisiones son tomadas por el pueblo (soberanía). Por lo tanto, no indica el contenido, sino solo la forma de decidir en el ámbito político. La democracia es en realidad un método para decidir, y no apunta a un qué sino a un cómo se ejercita el poder. El núcleo conceptual está en la democracia política o jurídica, siendo esta “aquella forma de gobierno en que las funciones políticas son ejercidas por el pueblo con un máximo de intensidad (dimensión del grupo que puede participar), efectividad (control de los representantes) y latitud (extensión de la participación y control popular de todos los mecanismos de Gobierno) en los métodos parlamentarios” (Ross, 1989, pp. 24-25, 83-84 y 96-97). De modo que –continúa señalando Ross– la democracia no es un concepto de clase, sino que únicamente puede definirse respecto de un ideal. Y los ideales democráticos apuntan a su significado, a los valores relacio-

nados con esa forma de gobierno. Entonces, no puede discutirse la tesis, pero sí la comprensión de los hechos en que esta se sustenta. Nos situamos así en el terreno de los efectos o consecuencias de la democracia. Ahora bien, la ciencia no puede efectuar la elección última, pero sí facilitarla. Quien renuncie a determinar científicamente los valores de un sistema, renuncia a discernir entre el bien y el mal y, por lo tanto, adopta una pasividad culpable. Los ideales democráticos se materializan en la libertad individual de actuar sin coacciones externas, en la libertad política (al ser la forma de gobierno que otorga mayor autonomía a sus ciudadanos), libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de pensamiento, libertad personal (en cuanto ofrece mayor seguridad pública, ya que limita al máximo las intervenciones arbitrarias del propio Estado) e igualdad.

Desde este entendimiento de la democracia, se enlaza perfectamente con la vía propuesta por Vives Antón (1992), sobre la base de construir el derecho penal desde los derechos fundamentales, pues éstos “no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático”. Y este sería, precisamente, una forma de gobierno donde “los procedimientos de decisión solo pueden estimarse correctos si los ciudadanos han participado directamente o indirectamente en los mismos y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional” (Vives Antón, 1992).

Estos argumentos ofrecen sólida base para optar por las ideas de democracia y Estado de Derecho (derechos fundamentales) como motor legitimador y metodológico en la justificación y elaboración del derecho penal. Ello comporta fundamentales consecuencias en el sistema penal propuesto.

En primer lugar, la idea de libertad se sitúa como valor supremo del ordenamiento jurídico. En este sentido hemos visto cómo la esencia de la democracia la constituye el respeto hacia la personalidad moral del hombre, lo que Kant expresó en su imperativo categórico al señalar que el fin de la acción es tratar siempre a la humanidad como un fin y nunca como un medio. Manifestación especial de ello es el reconocimiento de su autonomía, de la libertad de autodeterminación conforme a los dictados de la propia personalidad (Ross, 1989, pp. 139-140; Díaz, 1985, p. 28 y ss.). De modo que la libertad también se erige como eje de la teoría del derecho (Rawls, 1988). Y el derecho penal,

como su *ultima ratio*, se configura como un orden destinado a asegurar la libertad, esto es, la coexistencia (Vives Antón, 2012, p. 169).

En segundo lugar, nos lleva a la concepción del derecho como un orden externo de convivencia, lo que comporta una separación clara entre derecho y moral (Hart, 1980, pp. 3-17). No debe confundirse el hecho de que el derecho apele para su legitimidad a una racionalidad procedimental de tipo ético, esto es, a una teoría de la justicia, con que persiga realizar mandatos morales a través de sus medios coactivos.

Tercero, la idea genérica de libertad, como capacidad de auto-determinación, no se agota aquí, sino que se extiende a otras manifestaciones. Aparece así, dicho muy esquemáticamente, el catálogo de derechos fundamentales, que constituyen el nervio del sistema democrático, y por ende de la Constitución. En este sentido sí podría hablarse de un concepto constitucional de delito, caracterizado por dos notas: el delito como infracción del derecho y el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos. El delito como infracción del derecho expresa un rasgo esencial del mismo: toda conducta delictiva aparece como violación de una norma concreta y, como ha señalado Vives Antón (1977), “cada norma concreta ha de ser entendida por referencia a una valoración fundamental, expresada en el concepto de derecho” (p. 88). De modo que la infracción del derecho, de la norma, es, en primera instancia, una conducta desvaliosa, en tanto que niega el valor recogido en el derecho positivo¹⁹. Y en segundo término, el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos viene a significar que la idea de libertad “se concreta o materializa en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas de su ejercicio” (Vives Antón, 1977, p. 90).

También desde la idea de libertad surge la construcción de un derecho penal de la culpabilidad (Fletcher, 2008, p. 57) y, aunque de ello no podemos ocuparnos con detenimiento en este trabajo, sí conviene aquí dejar constancia que la misma noción de Estado democrático conlleva la exigencia de libertad y con ella la proclamación de los contenidos propios del principio de culpabilidad²⁰.

Por último, todos los principios penales, como límites que son del *ius puniendi*, también derivan de la idea de Estado democrático de Derecho. En este sentido, Ross (1989) ha calificado la democracia

como “un ingenioso sistema de asignación de poderes combinado con medidas de control” (p. 209). Así, la división de poderes, los mecanismos de control y, desde luego, la vigencia de los derechos fundamentales, sustentados en la dignidad de la persona –“el hombre como fin”– (Jiménez Redondo, 2013, p. 15 y ss.) suponen el nacimiento de límites infranqueables para el derecho penal de un Estado democrático de Derecho²¹.

Dogmática, ciencia y razón práctica.

De las alternativas surgidas recientemente frente a esta orientación dogmática funcionalista mayoritaria, tomaré como referencia la propuesta formulada por Vives Antón, entre otras razones, porque considero que trata de volver a conectar el estudio del derecho penal desde el pensamiento filosófico dominante.

Lo que Vives Antón califica como “insuficiencia de la dogmática penal” (2011), no presupone formular una nueva dogmática, sino justamente abandonar el camino de los dogmas o verdades científicas. De modo que, entonces, lo que conlleva su propuesta es sustituir esa dogmática entendida como algo verdadero, por una metodología que, partiendo de los derechos fundamentales, busque consensos estables y bien fundados, esto es, prácticas interpretativas consolidadas.

Siguiendo este razonamiento, podría decirse que la clase de preguntas formuladas por la dogmática penal –acción, dolo, imprudencia, causalidad, bien jurídico, imputabilidad, etc.–, se inscriben en una tendencia conectada con algunas confusiones filosóficas a las que Wittgenstein denominó ‘ansias de generalidad’. El citado autor la caracterizó con la siguiente idea: un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares, esto es, de que las propiedades son ingredientes de las cosas. Y en efecto, esta ansia de generalidad trae causa en el embrujo de toda teoría concebida como saber científico, que de una parte comporta reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes primitivas; y de otra, nos arrastra a una búsqueda desesperada de un objeto sobre el que hacer descansar nuestro pensamiento (modelo de objeto y designación) (Vives Antón, 2011, p. 463 y ss.).

De aceptarse este planteamiento, desde la perspectiva del derecho penal, la acción, la norma, el delito, ni ninguna de sus categorías o instancias (dolo, causalidad, bien jurídico, imprudencia) pueden ser entendidos como objetos del mundo, como pertenecientes al mundo

del ser. Por lo tanto, su estudio, la dogmática, no es ninguna clase de ciencia. La función del derecho penal es enjuiciar si un determinado comportamiento humano es conforme o no a un conjunto de normas, y consiguientemente merecedor de ser castigado. A partir de ahí, el Derecho no puede ser configurado como un saber teórico (científico) sino como un saber práctico (hermenéutico). De modo que, el estudio del Derecho, como el de todos los conocimientos sociales, no es y no puede ser una ciencia en sentido estricto. Y no lo es, entre otras razones, porque no puede aplicar un método experimental para juzgar o decidir si una conducta infringe una norma y necesita ser sancionado el responsable (Orts Berenguer, González Cussac, 2011, p. 196 y ss.; Vives Antón, 2011, p. 503 y ss.).

En coherencia con estos presupuestos, tampoco es sostenible la existencia de un concepto universal y ontológico de acción. No existe un modelo matemático, ni una fórmula lógica, ni cualquier clase de teoría científica experimentada y verificada, que nos permita ofrecer un concepto de acción humana válido para todas las múltiples clases de acciones que el ser humano puede emprender y se encuentran reguladas en una norma. Es más, las acciones no existen antes de las normas (reglas) que las definen. En síntesis, la acción, cada acción, posee un significado determinado conforme a ciertas prácticas sociales (reglas o normas), que identifican un comportamiento humano frente a otros. Así puede decirse que la acción es el sentido o significado de un sustrato²².

En resumen, la función del derecho penal no es hacer ciencia formulando pretensiones de verdad, sino que ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos, enjuiciando acciones humanas a través de las normas jurídicas vigentes conforme a una serie de principios constitucionales. Su misión es diferente a la de pretender elaborar leyes universales científicas y someterlas a la experiencia y a su verificación o refutación. El valor central de la teoría jurídica del delito se contrae a la idea de justicia, que ha de hacerse efectiva mediante ciertas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, eficacia, utilidad y libertad.

Los trabajos de Vives Antón muestran la insuficiencia de la dogmática para afrontar las tareas que corresponden a la doctrina, en orden a la mejor comprensión y aplicación del derecho positivo. Y en su lugar no propone una nueva dogmática, como algo mejor y verdadero, sino más bien abandonar la dogmática; que es tanto como decir, abandonar el camino metodológico sustentado en dogmas o

verdades científicas, y sustituirlo por otro camino, que, partiendo de los derechos fundamentales, busque consensos estables y bien fundados (Orts Berenguer & González Cussac, 2011, p. 196 y ss.; Vives Antón, 2011, p. 197).

En este sentido, la interpretación jurídica –la subsunción de un hecho en una norma–, comporta esencialmente fijar, de modo fiable, si ese comportamiento humano sigue una regla; e interpretar, establecer, si sigue una regla, es una práctica, no un presupuesto lógico. Entonces, la práctica interpretativa no se deduce de nuestros conceptos previos, sino de nuestros hábitos, de nuestras costumbres, de nuestra cultura y, en definitiva, de nuestra forma de vida. Razón por la cual en esta propuesta, tanto la jurisprudencia como la doctrina, poseen la misión de ofrecer usos estables y fiables, consensuados, de la interpretación. En consecuencia, no puede aceptarse la pretensión de imponer criterios hermenéuticos bajo la cobertura de una decisión científica irrefutable y verdadera. Cualquier metodología que pretenda arrogarse en exclusiva la verdad, se opone a los procedimientos democráticos basados en la libre discusión y la búsqueda de consensos mayoritarios. Prohibir y castigar pertenecen a la cultura cotidiana, se expresan en lengua común y son en última instancia competencia del pueblo.

Así, pues, concluyo con palabras de Vives Antón (2011) que el estudio del derecho penal

no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él (...). Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión cientifista, que tan a menudo acompaña el quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objetivo de su reflexión (...). El porvenir de la dogmática no reside es ninguna clase de perfeccionismo científico, sino en aquélla forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de la Carta Magna que von Liszt atribuyera al Derecho penal (pp. 495-496.).

Notas

- ¹ Una amplia exposición del modelo ‘neokantiano’ puede verse en Mir Puig (1982, p. 227 y ss.). Desde una panorámica más amplia. Véase, Maurach 1949, p. 637 y ss.
- ² Esquemáticamente, la teoría clásica del delito formuló una construcción bipartita, que ordenaba en dos categorías el estudio del delito: injusto

y culpabilidad, de modo tal que todos los componentes objetivos de la acción se integran en el primero (acción, omisión, causalidad), y todos los requisitos subjetivos en la segunda (dolo, imprudencia, imputabilidad). Se levantaba desde un concepto causal de la acción: voluntad externa y producción de un resultado perceptible por los sentidos. Fue fruto de la influencia de las ciencias naturales y de su aspiración a alcanzar verificaciones empíricas que, en cierta forma, reducían el mundo en una doble clasificación: factores objetivos externos y procesos subjetivos internos (psíquico-psicológicos).

- ³ También Maurach (1949, p. 638) advirtió del equívoco de entender el derecho penal desde un punto de vista estático.
- ⁴ En efecto, la teoría neoclásica del delito no fue más que un ajuste o corrección de la anterior. Los cambios, en realidad solo aparentes, se debieron en gran medida a la necesidad de ofrecer una explicación mínimamente aceptable, en la aplicación de algunas figuras delictivas en las que resultaba insostenible mantener la tajante separación entre el binomio injusto-objetivo y culpabilidad-subjetivo. De modo que no hubo más remedio que admitir que el tipo podía quedar delimitado -en ciertas ocasiones- por la concurrencia de ciertos elementos subjetivos. No obstante esta concesión, el dolo y la imprudencia continuaban entendiéndose como formas de la culpabilidad. En consecuencia, la diferencia entre ambas categorías, tipo y culpabilidad, ya no podía dibujarse a partir de la separación entre lo objetivo y lo subjetivo, sino que tuvo que construirse sobre las ideas de dañosidad social y reprochabilidad. Por otra parte, se siguió manteniendo la concepción causal de la acción, aunque se intentó superar la influencia naturalista, apelando a la autonomía metodológica de las 'Ciencias del espíritu' y a la existencia de valores superiores desde los que se tenía que sustentar todo el Derecho.
- ⁵ En este sentido se pronuncia ampliamente Vives Antón (1979, pp. 360-361).
- ⁶ Extensamente sobre estos peligros, el demoledor trabajo de Muñoz Conde (2003). De interés también, recientemente, Hoyer, A. (2009, p. 41 y ss.); y, Donini (2009, p. 13 y ss.).
- ⁷ En relación a las críticas dogmáticas, sobresalen, de una parte, las severas dificultades para explicar los delitos imprudentes, que, por definición, no son intencionales (esto es, no están predeterminados a una finalidad), y, de otra, porque sus enunciados conducen a un inevitable fundamento subjetivo del injusto (Rodríguez Muñoz, 1978).
- ⁸ En síntesis sus principales cambios consisten esencialmente en el rechazo de la concepción ontológica de la 'acción final', con la asunción, en cambio, de sus consecuencias sistemáticas: el traslado del dolo al tipo

subjetivo; el mantenimiento de criterios materiales como la dañosidad o la reprochabilidad; y la separación entre tipo (desvalor de acción y de resultado) y culpabilidad (actitud interna, poder actuar de otro modo, evitabilidad).

- ⁹ En esta línea, recientemente Muñoz Conde (2014, p. 117 y ss.).
- ¹⁰ El origen de la teoría de los sistemas sociales se remonta a la fisiología, en la obra de Malinowski, y al psicoanálisis de Freud (ampliamente, Nagel, 1981, p. 469 y ss.; y, Dahrendorf, 1974, p. 170).
- ¹¹ Para este autor, las normas sí pueden ser racionales o irracionales, pues pueden justificarse en un discurso práctico, pero, en el plano ontológico, ni son verdaderas ni son falsas.
- ¹² En todo caso, la expansión del derecho penal no es un fenómeno reciente, exclusivo de las sociedades post-industriales, sino que a lo largo de determinados periodos históricos de la edad moderna, significativamente durante las primeras décadas del siglo XIX, también se produjeron. (Sobre esta cuestión, Vormbaum, 2013, p. 213 y ss.).
- ¹³ El alejamiento de la política criminal elaborada por la doctrina tanto de la praxis como de la política real, así como el interesante reparto de papeles entre jurisprudencia y doctrina de una parte, y de otra el legislador, como juego de 'roles' en Italia, ha sido muy bien expuesta por Donini (2004, pp. 77 - 79).
- ¹⁴ Afirma que el primer vicio de la ciencia del derecho penal es el 'normativismo integral', esto es, la reducción del derecho a la mera norma, Donini, (2004, p. 67 y ss.).
- ¹⁵ Aquí Habermas se aparta y critica a Kant como gran artífice de la reconstrucción del Derecho natural-racional en el solar dejado por el Derecho natural-metafísico, porque supone una contradicción distinguir entre dos reinos autónomos: legalidad y moralidad, ya que si los dos pertenecen al juicio de la razón práctica, al desvincularlos completamente, uno pierde su competencia legisladora y el otro su positividad (Habermas, 1991, p. 131).
- ¹⁶ En esta línea resulta de gran interés la propuesta de Donini, quien argumenta la necesidad de anclar la ciencia del derecho penal no sólo en la norma, sino también en los principios. Con ello se exalta su vocación crítica y no meramente sistematizadora, ampliando el horizonte de su objeto a la política criminal "e incluso a la realidad que la política pretende gobernar" (2004, p. 83).
- ¹⁷ Debe significarse el trabajo de Rudolphi, (1970). Cfr. la exposición de Mir Puig (1976, p. 132 y ss.).

- ¹⁸ Este planteamiento ya lo desarrollé en González Cussac (1994, p. 449 y ss.). También 1995, p. 10 y ss.). En sentido muy similar, destacando la idea de democracia, Donini (2004, p. 67 y ss.; expresamente en p. 85).
- ¹⁹ Indispensable distinguir en el seno de la pretensión general de justicia de las normas, entre su legitimación (dilucidar si la norma está racionalmente fundada), y otra en la que se examina si está correctamente aplicada al caso concreto (Martínez-Buján Pérez, 2013, p. 17).
- ²⁰ Las normas jurídicas no pueden ser exclusivamente entendidas como mandatos, imperativos u órdenes, sino que también necesitan ser justificadas racionalmente para que sean válidas, dentro de un proceso de argumentación. Con otras palabras, las normas penales apelan a juicios de valor o a procesos racionales que las justifican, y en segundo lugar, fijan obligaciones de cumplimiento frente a todos los ciudadanos-destinatarios, que en el ejercicio de su libertad, pueden acatar o infringir.
- ²¹ Un reto creciente en el camino de legitimación constitucional del derecho penal surge del nuevo sistema de fuentes e instituciones supranacionales, en particular, en nuestro caso, de las europeas. Sobre este debate, Palazzo (2010, pp. 104 y ss), Bernardi (2011, pp. 15 y ss.) y Quintero Olivares (1999, pp. 51 y ss.).
- ²² Vives Antón (2011). Cuestiona el entendimiento de la acción en el Derecho penal como consecuencia de la concepción cartesiana, según la cual la acción era entendida como un hecho compuesto de un hecho físico (movimiento corporal) y de un hecho mental (la voluntad). Precisamente por la contribución de la mente era posible distinguir ontológicamente los hechos humanos de los hechos naturales y de los hechos de los animales. Pero el giro en la filosofía de la acción comporta un abandono de concepciones ontológicas y un cambio en la concepción de la acción. Se renuncia a un concepto ontológico de acción, como algo que sucede, como si fuera un fenómeno físico, y para evaluar si existe una acción ya no se acude a parámetros psicofísicos, mediante el recurso a la experiencia (nuestros sentidos son sólo hipótesis del mundo). La acción ha de entenderse de forma distinta, no como lo que las personas hacen, sino como el significado de lo que hacen, es decir, como el sentido de un sustrato. Todas las acciones no son meros acontecimientos, sino que tienen un sentido (significado), y por tanto no basta con describirlas, sino que es necesario entenderlas (interpretarlas). Frente a los hechos, que pueden explicarse conforme a leyes físicas, químicas, biológicas, o matemáticas, las acciones humanas han de ser interpretadas conforme a reglas o normas.

Referencias

Álvarez García, F. J. (1991). Bien jurídico y Constitución. *Cuadernos de Política Criminal*, 43, 5-44.

- Antón Oneca, J. (1986). *Derecho Penal. Parte General* (2ª. ed.). Madrid: Akal.
- Antolisei, F. (1975). *Manuale de Diritto Pellale. Parte Generale*. (7ª. ed.). Milano: Giuffrè.
- Arroyo Zapatero, L. (1987). Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 1, 97-110.
- Barcellona, P., Hart, D. y Mückenberger, U. (1977). *La formación del jurista* (trad. C. Lasarte). Madrid: Civitas.
- Beling, E. (1936). *El rector de los tipos de delito* (trad. L. Prieto Castro y J. Aguirre) (1ª ed.). Madrid: Reus.
- Bernardi, A. (2011). Aproximación a la construcción constitucional del Derecho penal en relación a las fuentes e instituciones europeas (trad. M. Macías; M. Mazzon; y, R. M. Carlés). *Revista Penal* 27, 15-40.
- Bobbio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.
- Bobbio, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del Diritto* (2ª ed.). Milano: Edizioni di Comunità.
- Bottomore, T. B. (1976). *La sociología como crítica social* (trad. A. Monrabá). Barcelona: Península.
- Boudon, R. (1981). *La lógica de lo social* (trad. L. Horno Liria). Barcelona: Rialp.
- Bricola, F. (1973). Teoría general del reato. *Novissimo Digesto italiano* (pp. 7-93), Vol. XIV, Torino: Utet.
- Carbonell, J. C. (1999). *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cobo Del Rosal, M. & Vives Antón, T. S. (1990). *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Arnau, M. L. (2010). Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 8, 121-140.
- Dahrendorf, R. (1974). *Sociedad y Sociología* (trad. J. Benlloch). Madrid: Tecnos.
- Delitala, G. (1930). *Il "fatto" nella teoria generale del 'reato'*. Padova: Cedam.
- Díaz, E. (1985). La justificación de la democracia. *Revista Sistema. Revista de Ciencias Sociales* 66, 3-23.

- Donini, M. (2004). La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico (trad. C. Méndez Rodríguez). *Revista Penal* 13, 67-84.
- Donini, M. (2009). La gestión del paso del Fascismo a la Democracia en Italia: Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado 'mediante' el derecho penal, (trad. J. A. Ramos Vázquez). *Revista Penal*, 23, 13-32.
- Dubber, M. D. (2005). The promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *German Law Journal*, 6(7),1049–1071.
- Fletcher, G. (2008). *Gramática del derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde). Buenos Aires: Hammurabi.
- Febrajo, A. (1975). *Funzionalismo strutturale e sociología del Diritto nell'Opera di Niklas Luhmann*. Milano: Giuffrè.
- Ferrari, V. (1987). *Funzioni del Diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Gallas, W. (1959). *La teoría del delito en su momento actual* (Trad. Córdoba Roda). Barcelona: Bosch.
- Gerth, H. & Wright Mills, C. (1984). *Carácter y estructura social. La psicología de las instituciones sociales* (trad. E. Gelín y J. Balan), Barcelona: Paidós.
- Gimbernat Ordeig, E. (1990). ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? En E. Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho Penal* (3ª ed., pp. 140-161). Madrid: Tecnos.
- González Cussac, J. L. (1995). Derecho penal y Teoría de la democracia. En L. Martínez Vázquez de Castro. *Historia y Derecho (Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Arcadi García Sanz)* (pp. 449-460). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González Rus, J. J. (1983). *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*. Madrid: Fundación Juan March.
- González Rus, J. J. (1984). Teoría de la pena y Constitución. En *Estudios Penales y Criminológicos VII* (pp. 224-280), Santiago: Universidad de Compostela.
- Gouldner, A. W. (1979). *La crisis de la sociología occidental* (trad. N. A. Miguez). Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Habermas, J. (1996). *La lógica de las ciencias sociales* (trad. M. Jiménez Redondo). Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1991). *Escritos sobre moralidad y eticidad* (trad. M. Giménez Redondo). Barcelona: Paidós.

- Hart, J. L. A. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico (trad. L. del Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo). *Revista Sistema* 36, 3-17.
- Hoyer, A. (2009). Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo (trad. F. Guanarteme). *Revista Penal*, 23, 41-51.
- Hoerster, N. (1972). *En defensa del positivismo jurídico* (trad. J. M. Seña) (1ª ed.). Barcelona: Gedisa.
- Jiménez Redondo, M. (2013). El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona. *Teoría & Derecho Revista de pensamiento jurídico* 14, 14-33.
- Kaufmann, A. (1975). Sobre el estado de la doctrina del injusto personal (trad. L.H. Schiffrin). *Revista Nuevo Pensamiento Penal* 5-8, 159-181.
- Liszt, F. von (1919). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (22ª ed.). Berlín-Leipzig: Walter de Gruyter.
- Liszt, F. von (1914-1929). *Tratado de Derecho Penal* (trad. Q. Saldaña), tomos II y III (trad. L. Jiménez de Asúa y notas de Q. Saldaña) (3ª ed.). Madrid: Reus.
- Luhmann, N. (1983). Sistema jurídico y dogmática jurídica (trad. I. De Otto Pardo). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Maggiore, G. (1949-1953). *Diritto Penale. Parte Generale*. Tomos I y II. Bologna: Zanichelli.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2013). *El contenido de la antijuricidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maccormick, N. (1982). *Legal right and social democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Maurach, R. (1949). L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente Diritto Penale germanico. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 2 (6) 637-657.
- Mayer, M. E. (1937). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Labor.
- Mayer, M. E. (1965). *Rechtsnormen und Kulturnormen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Mezger, E. (1935). *Tratado de Derecho Penal*. Tomos I y II (trad. J. A. Rodríguez Muñoz). Madrid: Revista de Derecho privado.
- Mir Puig, S. (1972). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho* (2ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (1982). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

- Muñoz Conde, F. (2003). *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su tiempo* (4 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2014). Dogmática jurídico-penal y Política-criminal: una relación conflictiva, pero necesaria. En: *Revista Penal* 33, 117-129.
- Nagel, E. (1981). *La estructura de la ciencia* (trad. N. Míguez). Barcelona: Paidós.
- Orts Berenguer, E. y González Coussac, J. L. (2011). *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Oxman, N. (2014). *Sistemas de imputación subjetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Palazzo, F. (2010). La legalidad y la determinación de la ley penal: El significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris (trad. I. Melero y S. Barón). *Revista Penal* 25, 104-116.
- Quintero Olivares, G. (2008). Algunas limitaciones de la dogmática. En: C. García Valdés et al (Coord.). *Estudios Penales en Homenaje a E. Gimbernat Ordeig* (pp. 623-638) vol. I. Madrid: Edisofer.
- Radbruch, G. (1930). Zur Systematik der Verbrechenslehre, En A. Hegler (Ed.), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* (pp. 158-173), tomo I. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Radbruch, G. (1967). Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. En A. Kaufmann (Ed.), *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (pp. 1-150). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Radbruch, G. (1971). Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho. En G. Radbruch, E. Schmidt, H. Welzel. *Derecho injusto v derecho nulo* (trad., J. M. Rodríguez Paniagua). Madrid: Aguilar.
- Ramos Vázquez, J. A. (2013). *Ciencia, libertad y Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rawls, J. (1988). Las libertades fundamentales y su prioridad. En S. M. McMurrein (Ed.). *Libertad, igualdad y derecho* (trad. G. Valverde Gefaell, pp. 9-90). Barcelona: Ariel.
- Rocco, A. (1933). Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale. En: A. Rocco. *Opere Giuridiche* (vol. III, pp. 263 ss.). Roma: Società editrice del Foro Italiano.
- Rodríguez J. A. (1978). *La doctrina de la acción finalista* (2ª ed.). Universidad de Valencia: Secretariado de Publicaciones.

- Ross, A. (1989). *¿Por qué democracia?* (trad. R. J. Vernengo). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Roxin, C. (2004). ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. En C. Roxin *Problemas actuales de la Dogmática penal* (trad. M. Abanto, p. 20 y ss.). Lima: Ara Editores.
- Rudolphi, H. J. (1970). Die verrchiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff. *Festschrift für R.M. Hönig zum 80. Geburtstag* (pp. 151-167). Gottingen: O. Schwartz.
- Sauer, G. (1956). *Derecho Penal. Parte General* (trad. J Cerezo y J. del Rosal). Barcelona: Bosch.
- Schmidhäuser, E. (1975). Sobre la sistemática de la teoría del delito: Un tema fundamental de Radbruch desde el punto de vista de la nueva dogmática (trad. J. Bustos Ramírez). *Nuevo Pensamiento Penal*. IV (5), 33-46.
- Schünemann, B. (1991). *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. J. M^a. Silva Sánchez). Madrid: Tecnos.
- Schünemann, B. (1991). Introducción al pensamiento sistemático en Derecho penal. En: *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (trad. J-M^a Silva Sánchez, pp. 31-80). Madrid: Tecnos.
- Silva Sánchez, J. M (1991). Prólogo. En B. Schünemann, *Sistema moderno del Derecho penal* (pp. 11-22). Madrid: Tecnos.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Silva Sánchez, J. M (2001). *La expansión del Derecho penal* (2^a ed.). Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M (2013). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier.
- Vives Antón, T. S. (1977). Reforma política y Derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 73 y ss.
- Vives Antón, T. S. (1979). Dos problemas del positivismo jurídico. En *Escritos Penales* (pp. 343-368). Valencia: Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia.
- Vives Antón, T. S. (1982). Introducción: Estado de Derecho y Derecho penal, en M. Cobo del Rosal, (dir.) y M. Bajo Fernández, (Coord.), *Comentarios*

a la legislación penal (pp. 1-48), Tomo I, Derecho penal y Constitución. Madrid: Edersa.

Vives Antón, T. S. (1992). *La reforma del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Vives Antón, T. S. (2012). La Ley, lenguaje y libertad: (sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal). *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 11, 168-217.

Vormbaum, T. (2013). El derecho penal fragmentario en la Historia y la Dogmática (trad. F. Muñoz Conde). *Revista Penal* 29, 203-222.

Welzel, H. (1970). *Derecho Penal alemán. Parte General* (trad. de la 11ª ed. Alemana, J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Wieacker, F. (1957). *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna* (trad. F. Fernández Sardón). Madrid: Aguilar.

Justicia transicional en Colombia: hacer justicia o negociar la paz. Estudio comparativo

*Luis Fernando Vélez Gutiérrez**

Resumen

En este estudio comparado, se presenta la justicia transicional como una herramienta jurídica extraordinaria que ha permitido validar acuerdos de paz y acceder a la etapa del postconflicto en diferentes épocas y países del mundo. El análisis acerca al lector a la comprensión de los componentes históricos, políticos y culturales del largo y complejo fenómeno de la violencia en Colombia; describiendo, de forma cualitativa, las experiencias más importantes de aplicación de la justicia transicional en países de Europa, Asia, Centro y Suramérica y África, cuyas lecciones puede aprovechar Colombia. Se trata, en definitiva, de encontrar un equilibrio entre hacer justicia y negociar la paz, honrando los compromisos internacionales, especialmente, con la Corte Penal Internacional.

Palabras Clave

Reparación, derecho a la verdad, perdón, justicia restituida, justicia restaurativa, condena condicional, amnistía, derechos humanos.

Introducción

El de la justicia transicional es, debido a las circunstancias actuales, un concepto que genera curiosidad entre los colombianos y empieza a hacer parte de su léxico colectivo; sin embargo, el tema está distante del entendimiento del ciudadano común y corriente, que se limita a escuchar las discusiones sobre la justicia transicional

* Magíster. John Jay College Criminal Justice in New York City.

en los medios de comunicación o leerlas en los artículos de prensa. El desconocimiento sobre los enfoques y elementos que componen la justicia transicional hace que la opinión pública sea presa fácil de la manipulación por parte de intereses políticos o de ciertos grupos de intelectuales.

Por eso, este estudio presenta el tema en clave comparada, de una manera sencilla y dentro de un contexto internacional que permita entender mejor sus beneficios, con el objetivo de que el lector haga su propia reflexión y participe con mayor responsabilidad histórica en la justicia transicional, así como en el postconflicto que busca la paz y los cambios políticos y sociales que requiere Colombia.

El estudio es producto de la recolección y análisis de datos obtenidos en libros, revistas especializadas, periódicos, reportes de organizaciones nacionales e internacionales, documentos históricos y jurídicos. Algunos de los argumentos están basados en la previa experiencia del autor como abogado, juez, fiscal y profesor de derecho penal en Colombia.

Antecedentes históricos de la justicia transicional

El primer caso bien documentado sobre justicia transicional o de transición, data del año 404 A.C., y ocurrió en Atenas, Grecia, como resultado de un golpe de estado de una clase de la oligarquía, encabezado por los llamados ‘Treinta Tiranos’. Este nuevo gobierno de facto condujo a la ejecución extrajudicial de casi el 10% de los ciudadanos, la confiscación de bienes de miles de personas y la expulsión de más de la mitad de la población. No obstante, después de un período de ocho meses de guerra civil y de derrocar a los oligarcas tiranos, los atenienses decidieron aplicar una cuidadosa y original fórmula de justicia que establecería el equilibrio entre la paz, la reconciliación y la democracia (Lanni, 2011, p. 552). La idea principal era la de recuperar la democracia como valor supremo de la sociedad.

Para entonces, los atenienses creían que para llegar a la reconciliación y construir una democracia sólida y duradera, necesitaban hacer hincapié en el perdón más que en la retribución o el castigo. Y fue así como esta particular sociedad, fundada en la cultura de la legalidad, puso en práctica el mecanismo de la justicia transicional.

Los miembros del antiguo régimen de los ‘Treinta Tiranos’ recibieron una amnistía bajo ciertas condiciones tales como ayudar

al restablecimiento de la armonía social y la reconciliación, decir la verdad ante los tribunales, promover la unidad nacional y apoyar el establecimiento de una memoria colectiva sobre sus culpas y los daños causados. Los antiguos colaboradores del sangriento régimen se comprometieron públicamente a guardar lealtad y defender la democracia. Por su parte, las instituciones sociales de control como los tribunales, el ejército y el Congreso, participaron activamente para reparar los daños, mejorar las relaciones y construir la confianza entre los miembros de la sociedad. Así, entonces, acordaron trabajar juntos de manera productiva en beneficio de la colectividad. Los miembros de la antigua oligarquía que apoyaron el golpe de estado, tuvieron la opción de ceder su ciudadanía y vivir en la ciudad de Eleusis, pero los que no quisieron trasladarse a Eleusis debieron someterse a juicio ante los tribunales de Atenas (Lanni, 2011, pp. 553, 565).

Actualmente, la justicia transicional es un mecanismo judicial extraordinario para lograr el equilibrio entre la justicia y la paz en situaciones posteriores a los conflictos armados. Existen otros ejemplos de justicia de transición en la historia moderna. Los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, después de la Segunda Guerra Mundial, son otra versión de la justicia de transición. Además, la justicia transicional estuvo presente como consecuencia de los procesos de descolonización en África y los efectos de la guerra fría en la segunda mitad del siglo XX, los cuales causaron muchos conflictos armados internos entre los países africanos como Ruanda, Camboya y Sudáfrica; y países latinoamericanos como Argentina, Chile, El Salvador y Guatemala. Desde entonces, esta justicia extraordinaria, ha sido parte de la receta y de los experimentos sociales mediante los cuales se busca conciliar entre la justicia y la paz.

La justicia transicional se activa en el contexto de una sociedad que se está moviendo de una situación de caos y conflicto armado hacia una fase de estabilidad y paz (Kim & Sikkink, 2010, p. 946). Es un mecanismo judicial que involucra varios conceptos que trabajan sistemáticamente y que requieren de una visión holística e incluyente; actúa como una fuerza centrípeta que atrae conceptos tales como los de memoria histórica, reparación, verdad, reconciliación, perdón, juicio, amnistía, derechos de las víctimas, reformas institucionales, tolerancia, democracia e igualdad de oportunidades.

Diferencias en los enfoques de la justicia transicional

La justicia de transición siempre ha sido un tema controvertido, ya que no es solo un asunto legal, sino que despierta pasiones y puntos de vista ideológicos aparentemente irreconciliables. Revisando la literatura jurídica de la justicia transicional se encontraron estos enfoques:

1) El enfoque maximalista hace hincapié en la responsabilidad penal y en los juicios de los criminales por violación a los derechos humanos ante los tribunales. Se anida en la justicia retributiva, que, a su vez, tiene su origen en el principio de la Ley del Talión 'ojo por ojo, diente por diente'. En las teorías de la criminología, esta corriente ideológica es seguida por la escuela clásica donde el castigo es una consecuencia imperativa de la violación de la ley. (Lab, Williams, Holcomb, Burek, Rey & Buerger, 2011, p. 6). Para el enfoque maximalista, el imperio de la ley, la no impunidad y la sanción al delincuente son elementos cruciales. En este enfoque se hace justicia, no se negocia la paz.

2) El enfoque minimalista acoge la idea de que la amnistía proporciona la estabilidad necesaria para cultivar la democracia y la paz en una sociedad en postconflicto, tal como lo experimentaron los griegos. La amnistía tiene efectos curativos y es una forma sabia de poner fin al conflicto, para evitar futuras violaciones de derechos humanos. Surgen preguntas como ¿podría el camino minimalista ser una solución realista en sociedades violentas como Colombia? ¿Muestra el enfoque comentado un grado de debilidad en el sistema de justicia penal del país donde se aplica?

Quienes se oponen al enfoque minimalista sostienen que esta teoría no hace justicia con las víctimas y premia a los victimarios. Argumentan sus oponentes que los minimalistas no miran el pasado, dejando así un mal precedente a las futuras generaciones. Además, sostienen que, con este enfoque, se corre el riesgo de quedarse gravitando en conceptos abstractos como democracia y paz; constituyendo, además, un paso atrás a la protección de los derechos humanos.

3) El enfoque moderado enfatiza en la responsabilidad de los autores criminales a través de procesos no judiciales y hace énfasis en el papel de la comisión de la verdad y la reconciliación. Este enfoque se basa en la justicia restaurativa, que se centra en una

solución orientada hacia las víctimas, el restablecimiento de la dignidad de ellas, la documentación de las atrocidades del pasado, y la prevención de largos y tediosos procesos judiciales.

4) El enfoque holístico busca mezclar los elementos de los enfoques anteriores de justicia transicional y, para muchos, es la mejor fórmula para llegar a la solución en complicadas situaciones de conflictos armados (Olsen, Payne, & Reiter, 2010, pp. 982-983). Este enfoque combina los argumentos de las otras teorías para ajustarlos a las situaciones que más le convenga por la complejidad del conflicto.



- Selección: permite decidir a quién investigar y enjuiciar por los delitos graves.
- Condena Condicional: permite suspender sentencias por delitos graves.

Justicia transicional y las Naciones Unidas

La Comisión de Consolidación de la Paz del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas está a cargo del tema de justicia transicional, considerada esta última como una herramienta fundamental para manejar cuestiones posteriores a los conflictos en diferentes países del mundo.

El marco teórico de la justicia transicional en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es bastante reciente. En septiembre de 2003, el Consejo de Seguridad se reunió a nivel ministerial para definir el papel de la ONU en la justicia transicional. En agosto de 2004, el Secretario General publicó el informe ‘El Estado de Derecho y la Justicia Transicional en Sociedades en Conflicto y Post Conflicto’, en el cual analizan las cuestiones fundamentales y las lecciones aprendidas de las experiencias de justicia transicional en los países. El informe define la justicia transicional como un mecanismo extraordinario para la gestión de la justicia, cuando esta no existe debido a conflictos violentos que dificultan los logros de la justicia en condiciones ‘normales’ (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2004). Cuatro años más tarde, el Secretario General publicó el informe ‘El Fortalecimiento y la Coordinación de las Naciones Unidas y las actividades del Estado de Derecho’, que identifica las formas con las cuales se pueden mejorar las actividades de la ONU para la promoción de la justicia de transición (Asamblea de las Naciones Unidas-General, 2008). Luego, en marzo de 2010, la ‘Nota de Orientación del Secretario General: Enfoque de las Naciones Unidas para la Justicia Transicional’, describe los componentes clave de la justicia de transición y la manera de fortalecer sus actividades (Naciones Unidas, 2010).

Antecedentes históricos y políticos de los conflictos armados de Colombia

El nueve de abril de 1948, fue asesinado Jorge Eliécer Gaitán, candidato presidencial del Partido Liberal, en Bogotá. Gaitán representaba los intereses de las clases sociales más bajas y criticaba la oligarquía colombiana: “Hay que procurar que los ricos sean menos ricos y los pobres sean menos pobres”, fue una de sus frases célebres (Semana, 2012). Como consecuencia de su asesinato, Colombia experimentó un intenso período de violencia protagonizada por miembros de los partidos Liberal y Conservador. Entre 1953 y 1957, Colombia vivió un gobierno militar bajo el mando del general Rojas Pinilla para hacer frente a la violencia política generada por el asesinato de Gaitán. El gobierno militar terminó cuando los dos partidos políticos –Liberal y Conservador– acordaron la creación de una coalición, llamada Frente Nacional, que consistía en intercambiar el cargo de Presidente de Colombia cada cuatro años, desde 1958 hasta 1974 (Jaramillo, 2011, p. 39). En ese momento, parecía que se trataba de una decisión sabia para

frenar la sangrienta violencia política. Sin embargo, el acuerdo del Frente Nacional carecía de una visión hacia el futuro, porque dejaba por fuera a otros actores involucrados en el conflicto. La miope y egoísta visión de la clase política de la época hizo que los efectos colaterales del Frente Nacional permitieran el surgimiento de grupos guerrilleros como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, creada en 1964 (Beittel, 2013, p. 1); en el siguiente año aparece el Ejército de Liberación Nacional –ELN–; después, el Ejército Popular de Liberación –EPL– en 1967; seguido por el Movimiento 19 de abril –M-19– en 1974, y el Movimiento Quintín Lame, surgido diez años después. En 1997, como consecuencia de la actividad guerrillera en el país, nacieron las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC– con el fin de combatir los secuestros, asesinatos y abusos de los subversivos como consecuencia de la ausencia del Estado. La presencia de los grupos de autodefensas, o paramilitares, como comúnmente se le conoce, fue un factor generador de violencia extrema durante los siguientes años en los que se cometieron las mayores y las peores masacres de la historia de Colombia (Análisis Político, 2013, pp. 33-34).

Colombia ha tenido el conflicto armado más largo en el hemisferio occidental. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en 2011 hubo 113.233 refugiados y 59.954 solicitantes de asilo (Vidal-López, 2012, p. 4). Por más de cinco décadas este conflicto ha dejado más de 220.000 muertos y miles de secuestrados, (Grupo de Memoria Histórica de 2013, p. 20) y se han producido miles de ataques terroristas, desapariciones, masacres, asesinatos, torturas, reclutamientos forzados y más de 3,6 millones de personas desplazadas internamente, en su mayoría campesinos (Vidal-López, 2012, p. 4). Los principales protagonistas de este sombrío catálogo de crímenes han sido la guerrilla, los paramilitares, los narcotraficantes y algunos miembros del ejército colombiano. Es importante resaltar que la aparición de los carteles de la droga hizo que el conflicto se avivara, fuera más complejo y le diera una característica especialmente única al conflicto armado en Colombia. Desde la década de 1980, el dinero del tráfico de drogas ilícitas proveniente de los países consumidores ha patrocinado los grupos guerrilleros, las fuerzas paramilitares y la corrupción en instituciones públicas y privadas.

Las raíces históricas de intolerancia y desigualdad social, el monopolio del poder político, la institucionalización de la violencia

como forma de resolver las diferencias ideológicas, han contribuido a la subcultura de la violencia en Colombia. No obstante, Colombia ha experimentado procesos de aprendizaje social a través de acuerdos de paz, algunos con resultados exitosos y otros no. A mediados de la década de 1980, las FARC acordaron un alto al fuego y de apoyo a la Unión Patriótica (UP) como un nuevo partido político. Sin embargo, en razón de la intolerancia política, la Unión Patriótica desapareció debido a que cerca de 3,000 de sus miembros fueron asesinados sistemáticamente –‘genocidio político’– por grupos paramilitares. (Laplane & Theidon, 2006, p. 60). Más tarde, a principios de la década de 1990, otro de los grupos guerrilleros en Colombia, el Movimiento 19 de Abril –M-19–, firmó con éxito el acuerdo de paz con el gobierno colombiano. Exmiembros del M-19 han tomado asiento en el Congreso, entidades públicas y han sido candidatos presidenciales. En 2011, el exguerrillero Gustavo Petro, fue elegido como alcalde de Bogotá D.C., la principal ciudad de Colombia (Gaviria Trujillo, 2010).

En ese tránsito entre la guerra y la paz, está la justicia transicional, que tiene la noble, pero difícil función de lograr un equilibrio entre hacer justicia y negociar la paz. Ese equilibrio debe estar fundado en la reconciliación, la verdad, la reparación, los derechos de las víctimas y el perdón. La aplicación de la justicia transicional le permitirá a Colombia entrar en la etapa del postconflicto, período que debe fundamentarse principalmente en la lucha contra la intolerancia política y la disminución de la desigualdad social, para así desvanecer la subcultura de violencia que gravita en el inconsciente de gran parte de la sociedad colombiana, que por muchas generaciones no han vivido en un país en paz.

Las teorías criminológicas han tratado de explicar el porqué del comportamiento violento y criminal de algunas sociedades. No hay duda en cuanto a que la desigualdad es una de las principales causas de violencia en Colombia. En este sentido vale la pena recordar al Ministro de Justicia de Francia, André-Michel Guerry (1802-1866), quien estadísticamente asoció la delincuencia y la pobreza, y se encontró con que la pobreza, en sí, no es causa del crimen. Por su parte, el matemático belga Adolphe Quetelet (1796-1874) descubrió que la desigualdad entre la riqueza y la pobreza en una sociedad provoca más tentaciones hacia actos criminales, en comparación con sociedades sin desigualdad social (Bernard, Snipes, & Gerould, 2010, pp. 94-95). Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la

década de 1980, período de prosperidad económica de la sociedad estadounidense en el cual aumentaron la desigualdad social y los índices de criminalidad en los Estados Unidos (Bernard, Snipes, & Gerould, 2010, p. 106). La pobreza, en sí, no causa directamente la delincuencia, pero la desigualdad juega un factor importante en los niveles de criminalidad de un país. En 2012, Colombia se ubicó como el séptimo país más desigual del mundo (Moller, 2012) y el segundo país de América Latina (El Espectador, 2013). En el mismo año, el 1,15% de los propietarios de tierras tenían el 52% de la tierra en Colombia (The Economist, 2012).

Las conversaciones de paz entre el gobierno colombiano y las FARC

El gobierno colombiano y las FARC están involucrados en las conversaciones de paz, y el modelo de justicia transicional que están tallando en la escena socio-jurídica es el componente clave para alcanzar un acuerdo estable y duradero. Las conversaciones se iniciaron en Oslo, Noruega, en octubre de 2012, y se trasladaron a La Habana, Cuba, con Noruega como país mediador y el acompañamiento de los gobiernos de Venezuela y Chile. La agenda de estas conversaciones tiene cinco puntos de discusión: la política integral de desarrollo agrícola, la participación política y fin del conflicto (la justicia de transición, el desarme, la desmovilización y la reintegración), la solución al problema de las drogas ilícitas; los derechos de las víctimas y, la implementación de los acuerdos de paz, la verificación y ratificación (Isacson, 2014, p. 2). Las conversaciones están bajo el principio de que ‘nada está acordado hasta que todo esté acordado’.

Marco Legal para la Paz en Colombia

Los contornos legales del modelo de justicia transicional en Colombia, a propósito del diálogo con las FARC, están en el Marco Legal para la Paz de 2012 (Redacción Judicial El Tiempo, 2013). Este marco excluye a los antiguos grupos paramilitares y a los miembros de los cárteles de la droga. Además, el paisaje conceptual de este marco jurídico deja claro que: 1) el caso colombiano es único en el ámbito internacional; 2) el objetivo de la justicia transicional en Colombia debe ser la búsqueda de un equilibrio entre la paz, la justicia y los derechos de las víctimas; 3) el acuerdo final debe ser sometido al control político y al control legal; 4) el derecho a la paz

para el pueblo colombiano es una cuestión fundamental y esencial; 5) debe alcanzarse una paz estable y duradera; 6) el derecho de la víctima es la columna vertebral de la justicia de transición (El Espectador, 2013); y 7). Hacer justicia es más que castigar, es lograr la verdad, el perdón, la reconciliación y la reparación. La reparación a las víctimas podrá ser expresada por una compensación en dinero, vivienda, remisión de ciertas deudas, pensiones, seguros de salud, becas, servicio jurídico y la restitución de tierras. Además, la justicia transicional debe asegurar la creación de un archivo histórico nacional para fomentar la conciencia y la memoria colectiva como parte crucial de la sanación de las víctimas y la sociedad colombiana en la etapa del postconflicto.

En 2013, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia sobre la legalidad del Marco Legal para la Paz, planteó cuestiones polémicas que dividían al país en cuanto al acercamiento o el enfoque a la justicia transicional. La evaluación constitucional puso en discusión el sentido y el alcance de los conceptos de ‘selección’ y ‘condena condicional’ dentro de la justicia transicional en Colombia. La selección le permitiría al gobierno decidir a quién investiga y enjuicia por la comisión de delitos graves; mientras, la condena condicional, lo habilitaría para suspender sentencias en contra de los líderes guerrilleros responsables de los crímenes graves (Uprimny, 2013). Finalmente, este marco para la paz establece los límites de los miembros de las FARC para participar en actividades políticas y ser elegidos en cargos públicos.

Justicia transicional en Colombia vs. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Los organismos judiciales nacionales e internacionales, junto a la función disuasiva de la pena, deben inhibir a posibles infractores de participar en la violaciones de derechos humanos (Kim & Sikkink, 2010, p. 943). Pero, históricamente, esta estrategia no ha tenido éxito en la reducción de la violencia o en la disminución de muchos conflictos armados. En la actualidad, es un consenso generalizado entre los actores del conflicto armado que la justicia transicional es un mecanismo extraordinario y alternativo para reducir la violencia y buscar la paz. La justicia transicional es el preámbulo que sienta las bases y prepara a la sociedad para entrar a la etapa del postconflicto. En Colombia, la paz y la justicia son derechos fundamentales protegidos por la Constitución y las leyes

internacionales, necesarios para reforzar la cultura de la legalidad y construir sociedades pacíficas y prósperas.

El primer antecedente histórico y jurídico de la justicia transicional en Colombia susceptible de relacionarse con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) puede fijarse en el año 2005, con la firma de la Ley de Justicia y Paz (Ley No. 795), para negociar la desmovilización de los grupos paramilitares. La ley ofreció importantes beneficios a los autores de delitos, proporcionó penas alternativas de cinco a ocho años, incluso para quienes hubieran cometido masacres y otros delitos considerados crímenes contra la humanidad. De otro lado, de acuerdo con los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del Estatuto de Roma, la CPI puede investigar y enjuiciar a quienes sean sindicados de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión como la invasión y el bombardeo (CPI, 2011).

El 10 de diciembre de 1998, Colombia firmó el tratado del Estatuto de Roma de la CPI (Coalición por la Corte Penal Internacional, s.f., párr.1), adoptado el 17 de julio de 1998, el cual adquirió vigencia para su aplicación desde julio de 2002. El Estatuto establece la jurisdicción de la CPI para investigar y juzgar los crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, genocidio y crímenes de agresión. En consecuencia, Colombia tiene la obligación ante la comunidad internacional de respetar y seguir el reglamento del Estatuto de Roma. De acuerdo con la Constitución Nacional colombiana de 1991, los tratados internacionales de derechos humanos tienen primacía sobre el derecho interno. Sin embargo, la relación entre la justicia transicional en Colombia y el Estatuto de Roma de la CPI es un tema controvertido, tanto en el ámbito jurídico como en el político. Es por ello que en este estudio se plantean preguntas como por ejemplo: ¿cuánta justicia debe ser sacrificada en Colombia para lograr la paz?, ¿cuáles son los límites de la intervención de la CPI en un eventual acuerdo de paz entre el gobierno y las FARC?, ¿en qué casos y a quiénes deberá investigar la CPI?, ¿cuál es el papel de la justicia transicional en la hoja de ruta de la etapa del postconflicto?

En Colombia, poner fin al conflicto armado es fundamental para el desarrollo social y económico del país. La paz de los colombianos se establece en el artículo 22 de la Constitución como un “derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (1991). El derecho a la paz es un derecho colectivo fundamental y natural, y el Estado colombiano tiene, a través de la justicia transicional, la imperativa necesidad de

recuperar la paz y la armonía social (Burbidge, 2008, p. 579). De otro lado, el Estatuto de Roma requiere investigar y enjuiciar los autores de crímenes de lesa humanidad y no hacerlo afectaría la confianza internacional sobre la tarea de la CPI. Por lo tanto, está dentro del ambiente de discusión el conflicto de intereses entre la justicia transicional en Colombia y el Estatuto de Roma de la CPI.

Una consideración importante en este estudio es que, en Colombia, la confianza pública en la justicia interna es más grande que en la justicia internacional. De acuerdo con una encuesta de 2008, el 62% de los colombianos confían en la justicia nacional como una herramienta para la resolución del conflicto armado y solo el 38% lo hace en la justicia internacional (Lyons & Reed-Hurtado, 2010, p. 6). Por lo tanto, la justicia transicional en Colombia tiene más posibilidades y más oportunidades para tener éxito en la solución del conflicto armado que la CPI. Sin embargo, la Corte desempeña un papel importante para proteger a las víctimas, presionar y garantizar que la justicia transicional no deje impune a los infractores de crímenes contra la humanidad.

Fortalezas y debilidades de la justicia transicional en Colombia

A la hora de aplicar la justicia de transición se encuentran más ventajas que desventajas, ya que aquélla permite el fortalecimiento del ejercicio legislativo, la restauración de la legalidad entre los miembros de la sociedad, el debilitamiento de la cultura de la impunidad con la aplicación de penas alternativas, el fortalecimiento de la dignidad de las víctimas, el restablecimiento del derecho a la verdad, la promoción de reformas y mejoras institucionales, sociales y económicas para reducir la desigualdad, el incremento y el fortalecimiento de los niveles de participación política, de la cultura de la tolerancia, entre otros beneficios (De Greiff, 2009, p. 3; Lundy & Mc Govern, 2008, p 267).

La justicia transicional crea conciencia en los actores del conflicto armado para incrementar el respeto a los derechos humanos. Se asocia, así, con la justicia restaurativa que permite mejorar la capacidad de los miembros de la sociedad para prevenir problemas utilizando estrategias de negociación y resolución de conflictos (Clamp & Doak, 2012, p. 359). Además, la justicia restaurativa anima a las víctimas y a los victimarios a desarrollar la capacidad de resolver sus conflictos de manera pacífica (Clamp & Doak, 2012, p. 341) y muestra los beneficios de una sociedad en paz.

Históricamente, la justicia transicional está vinculada de modo estrecho al desarrollo humano y social, creando de esta forma incentivos para el crecimiento y la concienciación de la lucha contra la desigualdad. De la misma forma, está asociada al crecimiento económico (Kim & Sikkink, 2010, p. 957). La economía es una de las mayores beneficiadas y una economía saludable tiene como principal objetivo brindar mayor bienestar humano (De Greiff, 2009, p. 48).

Pese a esto, las desventajas de la justicia de transición en Colombia son parte del debate de la agenda del proceso de paz. Una de las críticas a la justicia transicional se relaciona con los beneficios que reciben los autores de crímenes contra la humanidad, debido a que sus castigos no representan la retribución suficiente por el daño causado. Otro argumento válido en contra de la justicia de transición es la falta de voluntad política en algunos sectores del gobierno y de la sociedad, porque creen que la salida al conflicto debe ser a través de la derrota militar y no mediante la negociación. Por otra parte, los críticos a la salida negociada del conflicto creen que las instituciones del gobierno no son suficientemente fuertes ni organizadas para reivindicar los derechos de las víctimas.

Parte del fortalecimiento de la justicia transicional en Colombia es, sin duda, la cooperación internacional de actores estatales y no estatales. Si la justicia de transición se aplica con éxito, ello podría proporcionar estabilidad política, económica y social en la región. Adicionalmente, la paz es generadora de una fuerza centrípeta que trae consigo el respeto individual, la tolerancia social y el acatamiento a los derechos humanos.

¿Qué debe aprender Colombia de las experiencias de la justicia transicional en otros países?

Hay razones importantes para conocer y comparar las experiencias de justicia transicional en otros países, porque Colombia puede aprehender de las fortalezas y debilidades de este mecanismo extraordinario de justicia aplicado alrededor del mundo. Aprender de las experiencias ajenas es la manera de ampliar el conocimiento y enfrentar los retos que impone la justicia transicional en la era de la globalización (Dammer, Reichel, & He, 2014, pp. 25-26). Además, un análisis comparado de la justicia transicional en otros países, ayuda a reflexionar sobre el seguimiento e implementación de políticas que fortalezcan la etapa del postconflicto.

En los años 70, 80 y parte de los 90, miles de personas murieron como consecuencia de los conflictos armados internos en América Latina y fue la justicia transicional la que desempeñó un papel crucial en el logro de la paz en países como Argentina, Chile, El Salvador y Guatemala. Además, la justicia transicional ha ayudado a los gobiernos latinoamericanos a pasar de las dictaduras militares a la democracia (Due Process de Derecho Fundación, 2007). Similares circunstancias ocurrieron en países africanos como Sudáfrica, en donde el éxito de la justicia transicional llevó a Nelson Mandela a ser uno de los líderes pacifistas más importantes de la humanidad.

La aplicación de la justicia transicional en Colombia es particularmente única: se está aplicando durante el conflicto armado, no en la etapa del postconflicto o dentro de una situación de transición política. La experiencia colombiana es nueva en el ámbito del derecho internacional (García-Godos & Tapa, 2010, p. 488). Es así, que uno de los propósitos de este estudio es reforzar el argumento de que la justicia transicional funciona bien no solo después del conflicto, sino que también es un mecanismo útil durante el conflicto.

¿Qué debe aprehender Colombia de la experiencia de justicia transicional en Grecia?

Como se mencionó al inicio de este artículo, en Atenas, el régimen sangriento de los ‘Treinta Tiranos’ cometió numerosas ejecuciones extrajudiciales, confiscó la propiedad de miles de personas y expulsó a gran cantidad de la población. Sin embargo, luego de que los tiranos y sus seguidores fueron sometidos, los atenienses decidieron dar una amnistía general a los autores de tan atroces crímenes, a cambio del fortalecimiento de la democracia y la consolidación de la paz (Cortes-Rodas, 2013, pp. 207-208).

Colombia está lejos de copiar algo semejante, pero la contribución de la experiencia griega a la justicia transicional en Colombia es la práctica del perdón y de la reconciliación, para lograr así un mayor grado de tolerancia y convivencia pacífica. No obstante, a través de una ley de garantías se pueden modificar comportamientos colectivos que promuevan una cultura de tolerancia, no estigmatización y reconciliación; garantías para la protesta social, con el apoyo de los medios de comunicación institucionales, regionales y comunitarios, tal como lo señala el punto dos sobre participación política en los acuerdos de La Habana, Cuba.

Así las cosas, si se piensa en el ejemplo griego, Colombia necesita hacer hincapié en la cultura del respeto a las diferencias a través de fuertes reformas educativas, empezando por las escuelas de derecho en donde actualmente se forman abogados que están más preparados para la pelea y el litigio que para la conciliación y la negociación. Los procedimientos jurídicos y los protocolos institucionales están más diseñados para la confrontación que para la negociación. La mayoría de escuelas, colegios y universidades prestan poca atención a la educación sobre resolución de conflictos o a la negociación en medio del conflicto. La educación es un factor de transformación cultural, pero, para lograr los cambios en la educación en Colombia, se necesita transformar la mentalidad y la voluntad política de las familias de turno que han gobernado el país. Es necesario exigir que esta clase salga de su zona de confort y que se comprometa con políticas de Estado más allá de los intereses personales y partidistas.

De otra parte, los medios de comunicación también son un importante instrumento de cambio y transformación cultural. Ellos cumplen una loable función, no solo por la tarea de informar durante el proceso de justicia transicional, sino en el trabajo de concienciación colectiva que realizan durante el período del postconflicto. Adicionalmente, los medios de comunicación son una herramienta poderosa para el éxito de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. También, desempeñan un papel importante en los mensajes colectivos del perdón, y el fortalecimiento de la identidad de una nación basados en valores de unidad y paz. Los medios de comunicación son un instrumento de control y verificación de los acuerdos de paz y de la justicia transicional. Además, a través de la televisión, la radio, la prensa y las redes sociales se promueven la cooperación e integración de la sociedad, se visibilizan las víctimas de la violencia y se escuchan las voces del perdón como elementos esenciales de la reconstrucción (Precio y Stremlau, 2012, pp. 1078, 1079, 1081).

En los tiempos modernos, las redes sociales como Facebook, Twitter, Skype y YouTube han jugado un papel muy importante en los cambios sociales y culturales; ya que pueden ser utilizados positivamente desde el Estado y organizaciones privadas durante el postconflicto (Ahamad, 2013, p. 21; Precio & Stremlau, 2012, p. 1094). Las redes sociales son un componente esencial para transformar la cultura jurídica y política de Colombia. Con políticas de Estado

sobre educación, la participación de los medios de comunicación, y el apoyo de las redes sociales se facilita aprehender la lección de los griegos sobre el perdón y la reconciliación.

¿Qué debe aprehender Colombia de las experiencias de justicia transicional en Alemania y Japón?

Los tribunales de Núremberg, en Alemania, y de Tokio, en Japón, son un claro ejemplo del enfoque maximalista de la justicia transicional, que se centra en los criminales y la justicia retributiva —el castigo— como consecuencia del abuso del poder y de actos criminales contra los derechos humanos. Este enfoque maximalista exige que el Estado de Derecho tenga el deber de asegurar la justicia como valor supremo y no permitir la impunidad para los autores de crímenes atroces. Esta aproximación a la justicia transicional se ajusta a un gran sector de la sociedad colombiana, principalmente a aquellos que residen en zonas urbanas y están afiliados a la filosofía del partido político Centro Democrático, liderado por el expresidente de Colombia Álvaro Uribe Vélez. Sin embargo, en este análisis es muy importante tener en cuenta que en el caso de los tribunales de Núremberg y Tokio, los condenados fueron derrotados militarmente y su entrega no fue producto de una negociación. Desafortunadamente para los maximalistas, con la aplicación de la justicia transicional en Colombia no es posible afirmar que las FARC se rindieron o fueron derrotadas militarmente.

Para Colombia, la lección de las experiencias de Alemania y Japón es la necesidad de lograr el fortalecimiento del Estado de derecho mediante la construcción de un sólido sistema de justicia criminal. Hacer énfasis en la imposición de la cultura de legalidad a través de una política de disuasión basada en el castigo proporcional, rápido y seguro. Afirmando así, la lucha en contra de la impunidad y una fuerte señal enviada por el gobierno de que los crímenes de lesa humanidad no serán tolerados bajo ninguna circunstancia. Para alcanzar estos objetivos, los maximalistas colombianos deberán mejorar la voluntad política en la lucha contra la corrupción oficial y privada, promover campañas sobre la cultura de la legalidad a través del buen ejemplo de los funcionarios públicos y el fortalecimiento institucional, junto con una política de Estado de la lucha contra la desigualdad.

El fortalecimiento del Estado de Derecho y las instituciones debe ir a la par con el desarrollo socio-económico. De acuerdo con

la 'Teoría de desarrollo', a través de la Justicia y la participación del sector privado se ayuda a combatir la desigualdad económica y se promueven la paz y la estabilidad social (Olsen, Reiter, & Wiebelhaus-Brahm, 2011, pp. 522, 526). Aunque este no es el eje central de la justicia de transición, no hay duda de que el crecimiento de la economía privada es una de las consecuencias positivas de la aplicación de la justicia transicional y, por ende, el sector privado debe ser un protagonista comprometido durante la etapa del postconflicto. Así, entonces, los encargados de las instituciones financieras y económicas deben contribuir activamente con sus responsabilidades sociales.

Históricamente, se ha demostrado que un buen plan de política económica para la época del postconflicto es un componente eficaz para la reconciliación. Después de la Segunda Guerra Mundial, el apoyo pecuniario favoreció a la reconstrucción de los países y recuperación de las víctimas (Bradlow, 2007, pp. 1, 3). Además, el poder económico de los países vencedores facilitó la creación de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, y que se pudiera castigar ejemplarmente a los criminales de guerra. Al igual que con la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno de Colombia debe impulsar la creación de un plan institucional de desarrollo económico e integrar una comisión multidisciplinaria de origen público y privado, con el apoyo de la comunidad internacional, para invertir en proyectos de desarrollo en el postconflicto.

La cooperación internacional es un componente esencial en el acuerdo final de paz entre el gobierno y las FARC para promover el desarrollo cultural y socio-económico en el postconflicto. Esta cooperación internacional podría estar conformada por el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), los países miembros de la Comunidad Europea (CE), la Organización de Estados Americanos (OEA), el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Inter-Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

¿Qué debe aprehender Colombia de las experiencias de la justicia transicional en Chile y Argentina?

En Chile, tras el derrocamiento del general Augusto Pinochet, su régimen militar fue acusado de haber cometido 3.196 asesinatos,

cientos de desapariciones forzadas y muchos de los abusos de poder por motivos políticos entre 1973 y 1977. De otra parte, en Argentina, la dictadura militar del general Jorge Rafael Videla fue el comienzo de una 'guerra sucia' que causó 8.960 muertes entre 1975 y 1983, según la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas – CONADEP (Cortes-Rodas, 2013, p. 210). Como consecuencia de los abusos de estas dictaduras, la etapa de postconflicto, lograda a través de una aplicación minimalista de la justicia transicional, se vivió con la amarga sensación que deja la legalización de la impunidad. En Chile, los antiguos miembros del régimen militar establecieron una autoamnistía, mediante el Decreto Ley No 2.191 de 1978. En Argentina, los miembros del régimen militar se beneficiaron con una amnistía a través de la Ley 23.494 de Punto Final, de 1986. Sin embargo, en ambos países, más de dos décadas después, los tribunales nacionales, bajo la presión internacional, enjuiciaron y condenaron a algunos miembros de los regímenes militares autores de crímenes atroces. No obstante, víctimas, activistas y defensores de derechos humanos afirman que la justicia en ambos países fue poca y llegó demasiado tarde.

Para Colombia, la lección que deja la experiencia en Chile y Argentina es que la justicia transicional tiene que ser rápida y eficaz para crear confianza, seguridad y tranquilidad en la sociedad; y mandar un mensaje claro en cuanto a que se puede hacer justicia y negociar la paz sin impunidad, valiéndose de ella.

En el año 2005, como un intento de resolver una parte del conflicto armado, el Congreso colombiano aprobó la Ley 975, llamada Ley de Justicia y Paz, para hacer frente a 37 grupos paramilitares, compuestos por alrededor de 31.761 miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), causantes de atroces violaciones de derechos humanos (García-Godos y Tapa, 2010, p. 504). Esta ley fue la primera expresión de la justicia transicional en Colombia estando vigente el Estatuto de Roma de la CPI. La ley obliga a que los infractores entreguen sus armas y se reintegren a la sociedad. Implementa el concepto de la reparación de las víctimas - compensación económica, la rehabilitación, la restitución de los bienes, disculpa pública, etc. El expresidente Álvaro Uribe Vélez pidió disculpas públicas, en nombre de los colombianos, a más de 245.000 víctimas de violaciones de derechos humanos y ordenó la reparación con una suma de \$106 millones de dólares para 12.000 víctimas (Gómez-Osorio, 2009).

La ley de Justicia y Paz protege el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad sobre las circunstancias y motivaciones de los crímenes cometidos. La verdad en la justicia transicional es esencial por el efecto sanador y reconciliador en el postconflicto (Burbidge, 2008, p, 585). La verdad ayuda a superar el duelo de las víctimas.

¿Qué debe aprehender Colombia de las experiencias de la justicia transicional en El Salvador?

Durante 1979 y 1992, El Salvador estuvo involucrado en una guerra civil entre el ejército gubernamental y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) que causó más de 70000 muertes (Roht-Arriaza, 1998, p. 849). Finalmente, los salvadoreños firmaron un acuerdo de paz con el apoyo de países amigos, las Naciones Unidas y la Iglesia Católica. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador adoptó un modelo ‘médico’ para lograr la paz que hacía hincapié en el tratamiento y en la rehabilitación como una forma de curación para la reconstrucción del país (Roht-Arriaza, 1998, p. 864). La estrategia del modelo era resolver el conflicto dando a los actores armados la oportunidad de entender la situación de cada uno ellos y, luego, hacer un trabajo de reinserción sin tanto énfasis en la retribución (Winterdyk & Miller, 2014, p. 400). Una parte importante del acuerdo de paz en El Salvador fue promover la restitución de las tierras a los agricultores pequeños y a los combatientes. De otro lado, como parte de la rehabilitación, el acuerdo de paz aseguraba que el FMLN se convertirá en un partido político. También se creó un nuevo grupo de Policía Nacional Civil compuesto por diferentes autores del conflicto con fines comunitarios y con el objetivo de beneficiar a las poblaciones que más habían sufrido el conflicto armado.

Colombia hace bien en adoptar algunas de las experiencias de la aplicación de la justicia transicional en El Salvador: la paz tiene sus mejores raíces en el campo. Es por eso que el primer tema en la agenda de discusión en La Habana, Cuba, es la Reforma Rural Integral y, con ella, la creación de una Jurisdicción Especial de tierras con un sistema integral de seguridad que ofrezca medidas reales y de seguridad para garantizar la restitución de tierras a los campesinos desplazados. Colombia debe prestar especial atención a la protección judicial y física de los campesinos desplazados en contra de los grandes terratenientes, exmiembros de los grupos

paramilitares y narcotraficantes. La restitución de tierras puede ser eficaz a través de las negociaciones, procesos judiciales o el decomiso.

La creación del Fondo de tierras para la distribución gratuita entre los campesinos sin tierra, el acceso a créditos y a subsidios, la reducción de los precios a la renta, la asistencia técnica y el apoyo para la comercialización, son mecanismos importantes para llevar la paz al campo. Todas estas estrategias fortalecen la lucha contra la desigualdad e impulsan el desarrollo económico del país. El gobierno debe hacer un esfuerzo real en mejorar la infraestructura en vías de comunicación, distritos de riego, electricidad, acceso a Internet y en planes especiales de desarrollo social tales como salud, educación, vivienda y agua potable para el campo.

Uno de los temas más polémicos es la participación política de las FARC. Por ello, el gobierno debe facilitar la creación de nuevos partidos políticos y garantizar el funcionamiento de las circunscripciones transitorias especiales de paz en las regiones más afectadas del conflicto. Allí, sus pobladores podrán elegir, durante la fase de transición y de manera temporal, representantes a la Cámara adicionales con unas reglas especiales, tal como lo señala el punto dos del acuerdo en las conversaciones de paz de La Habana, Cuba.

Es importante recordar que más de medio siglo del conflicto armado fue producto, principalmente, de la decisión del gobierno durante el Frente Nacional entre 1958 y 1974, de no permitir la participación política a sectores de la sociedad diferentes a los partidos tradicionales: Liberal y Conservador. ¿Cuántos de los dirigentes políticos de esa época estuvieron involucrados en masacres y delitos atroces, y cuántos de ellos pagaron un día de cárcel por sus actos? Contrario a lo que piensa un sector de la clase política, a las FARC se les tiene que garantizar un espacio en la escena política del país. Al fin y al cabo, serán los mismos colombianos los que definan, a través de las urnas, la participación de los miembros y seguidores de las FARC en posiciones de elección popular. Este es un buen reto para la democracia que pone en prueba la madurez política de los colombianos. Repetir el mismo error histórico del Frente Nacional sería imperdonable.

La sociedad colombiana debe estar preparada para recibir a los desmovilizados en la etapa del postconflicto. Otro de los temas controversiales es la incorporación de los actores del conflicto

a unidades especiales de la fuerza pública. Esta es una estrategia que le conviene al país y que tiene antecedentes positivos en El Salvador. El objetivo de estas unidades es vincular y reinserir a los desmovilizados con trabajos sociales en zonas afectadas por el conflicto armado.

¿Qué debe aprehender Colombia de las experiencias de la justicia transicional en Sudáfrica?

Después de un conflicto armado extremadamente violento, Sudáfrica experimentó una transformación pacífica tras el acuerdo entre los líderes políticos blancos y negros. La aplicación de la justicia transicional y la adaptación de los sudafricanos a la etapa del postconflicto, fueron componentes claves para lograr la paz y la llegada al poder de Nelson Mandela, quien fue presidente de Sudáfrica desde 1994 hasta 1999. El proceso y la experiencia sudafricana de justicia transicional fue bien reconocida por la comunidad internacional, al punto de concederle a Mandela el Premio Nobel de la Paz en 1993. Y por qué no pensar en que el pueblo colombiano esté dentro de los nominados para este premio, como un reconocimiento a su madurez y compromiso con la búsqueda de la paz. La justicia transicional en Sudáfrica hizo mucho énfasis en el papel que debería desarrollar la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. La Comisión contaba con más de 400 empleados, recolectó 21.298 testimonios de víctimas de abusos contra los derechos humanos (Leebaw, 2001, p. 278), 33.713 violaciones de los derechos humanos y testificaron 28.750 víctimas. Más de 2.900 personas reportaron ser víctimas de métodos de torturas físicas tales como descargas eléctricas, asfixia, posturas dolorosas, psicológicas y emocionales (Verdad y Reconciliación Comisión, 1998). La Comisión de la Verdad y la Reconciliación supervisó casi 2.000 audiencias públicas (Estados Unidos Instituto de la Paz, 2011), tramitó cerca de 7.000 solicitantes de amnistía y negó 5.000 (Dugard, 1999, p 1011.). Finalmente, presentó 250 recomendaciones.

La confianza en la Comisión permitió revelar muchas verdades y esas verdades ayudaron a la reconciliación y al perdón. Colombia necesita una Comisión de la Verdad y la Reconciliación fuerte y de alto nivel, que trabaje junto con la administración de justicia para evaluar la viabilidad de los beneficios jurídicos a las víctimas y la aplicación de las penas alternativas a los autores que cometieron crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos

humanos. ¿Colombia está preparada para copiar esta lección de los sudafricanos?

De otra parte, la comisión internacional de verificación encargada de hacer el seguimiento de los compromisos adquiridos en los acuerdos de paz durante la etapa del postconflicto, implica un esfuerzo extraordinario de la región y de la comunidad internacional. Buenos candidatos para integrarla puede ser los miembros de la Comisión de Consolidación de la Paz del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de la OEA, la CPI, Unasur y los países que han venido acompañando a Colombia en los diálogos de La Habana, Cuba.

Dentro del proceso de verificación internacional se podría contemplar que, cuando un desmovilizado acusado de cometer crímenes contra la humanidad incumpla los compromisos que le permitieron acceder a las penas alternativas, previo concepto de la comisión verificadora y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por vía de extradición, sea puesto a disposición de la CPI para ser condenado ante la comunidad internacional. Algunos podrían pensar que con esta fórmula se estaría entregado parte de la soberanía nacional, pero, de otro lado, se estarían fortaleciendo los mecanismos internacionales de justicia en la lucha contra los infractores de derechos humanos. Además, se reafirmaría el compromiso de Colombia con la comunidad internacional para combatir los delitos atroces que afectan los derechos humanos.

Limitaciones y conclusiones

Una de las deficiencias de este estudio cualitativo de la justicia transicional es que no existen experiencias similares en el mundo con respecto a la aplicación de la justicia de transición durante un conflicto armado, como ocurre en Colombia. Además, es la primera vez en el mundo que un país que firmó el Tratado de Roma de la CPI ha utilizado los mecanismos extraordinarios de la justicia de transición para buscar un equilibrio entre hacer justicia y negociar la paz. Colombia es un laboratorio experimental a nivel mundial en el ámbito del derecho internacional.

Este estudio comparativo busca contribuir a la difusión y comprensión del conflicto armado colombiano dentro de un contexto global. El intercambio de experiencias con la justicia transicional en

otros países ayuda a fortalecer el proceso de la justicia transicional en Colombia para asegurar mejores resultados en la etapa del postconflicto, pues es allí donde se podrá medir el éxito o el fracaso del proceso de paz.

Colombia también aprende desde su propia experiencia. El caso de la aplicación de la justicia transicional a través de la Ley de Justicia y Paz con penas alternativas a los grupos paramilitares es un buen ejercicio de evaluación. Por ende, desde el ámbito de la aplicación retributiva de la justicia y desde el principio de reciprocidad del daño causado, las FARC no deberían ser beneficiadas con penas inferiores a las impuestas a los paramilitares.

Los acuerdos de paz en La Habana, Cuba, solo son actos de fe y buena voluntad. Más allá de los acuerdos, es importante asegurar que Colombia está preparada mental, política y financieramente para el postconflicto, garantizando la reinserción y resocialización de los actores del conflicto y la reparación de las víctimas. Además, la recolección de datos o documentos de la Memoria Histórica sobre el conflicto debe tener el suficiente poder para que la verdad llegue a la conciencia colectiva de todos los colombianos y garantice la no repetición y el reconocimiento de las víctimas. Se necesitan actos concretos de compromisos con la paz, sobretudo, una política de Estado diseñada para reducir los altos niveles de desigualdad socio-económica y para fortalecer la cultura de la tolerancia y el respeto a las ideas ajenas. Finalmente, es importante que haya acuerdos de renuncia y de paz firmados entre los miembros de grupos paramilitares y la guerrilla.

Referencias

- Ahamad, A. (2013). Transitional justice-The role of social media. *Transitional Justice-A Handbook for Journalists, Citizens and Activists*. Institute for war & pace reporting. 21-22. Recuperado de: https://iwpr.net/sites/default/files/transitional_justice_handbook_eng_web.pdf
- Beittel, J. (2013). *Peace talks in Colombia*. Congressional Research Service, US Congress CRS Report for Congress.
- Bernard, T., Snipes, J. & Gerould, A. (2010). *VOLD's theoretical criminology* (6^{ed.}). New York: Oxford University Press.
- Bradlow, D. (2007). Private dinance, social resposability, and transitional justice: The case of South Africa reconciliation and development. *Human*

- Rights Brief*, 15 (1), 7-10. Recuperado de: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hrbrief>
- Burbidge, P. (2008). ¿Justice and peace? The role of law in resolving Colombia's civil conflict. *International Criminal Law Review*. 8 (3), 557-587.
- Clamp, K. & Doak, J. (2012). More than words: Restorative justice concepts in transitional justice settings. *International Criminal Law Review*. 12, 339-360. Recuperado de: http://www.academia.edu/1455992/More_than_Words_Restorative_Justice_Concepts_in_Transitional_Justice_Settings
- Cortes-Rodas, F. (2013). El derecho internacional penal y el asunto de amnistía. El caso de las Farc. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15 (29), 189-216.
- Dammer, H., Reichel, P. & He, N. (2014). *Handbook: Transnational crime and justice* (2° ed.). (P. Reichel & J. Albanese, Eds.) London: SAGE Publications, Inc.
- De Greiff, P. (2009). Articulating the links between transitional justice and development. *Justice and social integration*. International Center for Transitional Justice.
- Due Process of Law Foundation. (2007). *Victims unsilenced: The Inter-American human rights system and transitional justice in Latin America*. Washington, D.C.: Due Process of Law Foundation.
- Dugard, J. (1999). Dealing with crimes of a past regime. Is Amnesty still an option? *Leiden Journal of International Law*. 12, 1001-1015.
- El Espectador. (10 de octubre de 2013). Colombia, el tercer país más desigual de Latinoamérica. *El Espectador*.
- El Espectador. (29 de julio de 2013). Gobierno explica en 10 puntos el marco jurídico para la paz. *El Espectador*.
- García-Godos, J. & Lid, A. (2010). Transitional justice and victims' rights before the end of a conflict: The unusual case of Colombia. *Journal of Latin America Studies*. 42, 487-516. Recuperado de: https://www.norlarnet.uio.no/pdf/publications/2011/transitional_justice.pdf
- Gaviria, C. (6 de marzo de 2010). Una puerta exitosa por la paz y la democracia. *El Tiempo*.
- Gómez-Osorio, A. (5 de julio de 2009). Uribe pidió perdón a víctimas de la violencia, en un hecho sin precedentes en su gobierno. *El Tiempo*.
- Grupo de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya!* Centro Nacional de Memoria Histórica. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

- International Criminal Court. (2011). *Rome Statute of the International Criminal Court*. The Hague: International Criminal Court.
- Isacson, A. (2014). Ending 50 years of conflict the challenges ahead and the U.S. role in Colombia. *WOLA*. Recuperado de: http://www.wola.org/publications/ending_50_years_of_conflict
- Jaramillo, J. (2011). La Comisión Investigadora de 1958 y la Violencia en Colombia. *Universitas Humanisticas*. 72. 37-62.
- Kim, H. & Sikkink, K. (2010). Explaining the deterrence effect of human rights prosecutions for transitional countries. *Internatioanl Studies Quarterly*. 54 (4), 939-963.
- Lab, S., Williams, M., Holcomb, J., Burek, M., King, W. & Buerger, M. (2011). *Criminal justice: The essentials* (2° ed.). New York, NY: Oxford University Press.
- Lanni, A. (2011). Transitional justice in ancient Athens: A case study. *Public Law & Legal Theory Working Paper Series* (11-05), 551-552.
- Laplante, L. & Theidon, K. (2006). Transitional justice in times of conflict: Colombia's ley de justicia y paz. *Michigan Journal of International Law*, 49-108.
- Leebaw, B. (2001). Restorative justice for political transitions: Lessons from the South Africa truth and reconciliations commission. *Contemporary Justice Reviw*, 4 (34), 267-289.
- Lundy, P. & McGovern, M. (2008). Whose justice? Rethinking transitional justice from the bottom up. *Journal of Law and Society*, 52 (2), 265-292.
- Lyons, A. & Reed-Hurtado, M. (2010). Colombia: Impact of the Roma Statute and the International Criminal Court. *ICTJ Briefing* .
- Moller, L. (17 de diciembre de 2012). *Breaking with history: Why Colombia needs a more progressive tax system*. Recuperado de <http://www.worldbank.org>
- Olsen, T., Payne, L. & Reiter, A. (2010). The justice balance: when transitional justice improves human rights and democracy. *Human Rights Quarterly*, 32 (4), 890-1007.
- Olsen, T., Reiter, A. & Wiebelhaus-Brahm, E. (2011). Taking stock: Transitional justice and Maket effects in Latin America. *Journal of Human Rights*, 10 (4), 521-543.
- Political Overview. (2013). History. *Colombia Review*, 33, 34.
- Price, M. & Stremlau, N. (2012). Media and transitional justice: Toward a systematic approach. *International Jornal of Communication*. 6, 1077-1099. Recuperado de: <http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/976/748>

- Redaccion Judicial El Tiempo. (28 de agosto de 2013). Corte exige fin de la guerra y entrega de armas en Marco para la Paz. *El Tiempo*.
- Roht-Arriaza, N. (1998). The developing jurisprudence on amnesty. *Human Rights Quarterly*, 20, 843-885.
- Semana.com (2012). Las Frases de Gaitán. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-frases-gaitan/256155-3>.
- The Economist. (24 de noviembre de 2012). Land reform in Colombia Peace, land and bread. *The Economist*.
- Truth and Reconciliation Commission. (29 de octubre de 1998). *Truth and reconciliation of South Africa report*. Recuperado de <http://www.trial-ch.org/en/resources/truth-commissions/africa/south-africa.html>
- United Nations. (2010). *Guidance note of the Secretary-General; United Nations approach to transitional justice*. Secretary-General. United Nations, New York .
- United Nations. (2008). *Strengthening and coordinating United Nations rule of law activities*. United Nations-General Assembly. United Nations, Suiza.
- United Nations. (2004). *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. United Nations-Security Council. United Nations, New York.
- United States Institute of Peace. (2011). *Truth commission: South Africa*. Recuperado de <http://www.usip.org>
- Uprimny, R. (2013). *La Fiscal de la CPI y la sentencia sobre el marco jurídico para la paz (MJP)*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/>
- Vidal-Lopez, R. (2012). Truth-Telling and displacement in Colombia. *ICTJ/ Brookings*. Recuperado de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Brookings-Displacement-Truth-Telling-Colombia-CaseStudy-2012-English.pdf>
- Winterdyk, J. & Miller, A. (2014). Transitional issues related to corrections. En P. Reichel & J. Albanese (Eds.), *Handbook of transnational crime and Justice* (Second ed.). Londres: SAGE Publications, Inc.

El delito de violación de las reglas en la construcción

*José Hurtado Pozo**

Resumen

El texto se ocupa del comportamiento punible que, en la legislación suiza, se conoce como violación de las reglas en la construcción (artículo 229). Con tales miras, hace un examen del derecho comparado y se detiene en las principales características de esa figura, con especial consideración al bien jurídico; además, examina las modalidades dolosa y culposa de la descripción típica y las consecuencias jurídico-penales imponibles. Todo ello en el ámbito de la responsabilidad de la empresa.

Palabras clave

Bien jurídico, construcción, culpa, delito, dolo, empresa, reglas, responsabilidad, sanción, violación.

Generalidades

La construcción, renovación o demolición de edificaciones siempre ha constituido una actividad que implica riesgos para los bienes e intereses de las personas. Peligros que han aumentado notablemente a medida que la técnica e instrumentos para llevarla a cabo han devenido más sofisticados. Al mismo tiempo, estos progresos también han comportado mejoras importantes en la seguridad y previsión de que dichos riesgos se produzcan o se concreten en perjuicio tanto de los propios ejecutantes como de terceros.

* Ph. D. Catedrático emérito de la Universidad de Fribourg, Suiza.

Este sector peligroso de la actividad diaria, junto con muchas otras, ha sido uno de los factores que ha conducido a que se califique nuestro sistema comunitario de “sociedad de riesgo” (Beck, 1986); caracterizado por procesos de individualización y de fragmentación social en un contexto modificado sensiblemente por la globalización y las transformaciones tecnológicas. De manera que los peligros se multiplican e intensifican con la posibilidad de desestabilizar las actividades sociales, hasta entonces desarrolladas en condiciones de cierta seguridad; situación que ha dado lugar al florecimiento de diversas regulaciones destinadas a precisar los límites que deben respetarse al realizar actividades riesgosas, pero indispensables para la vida social. Este marco normativo constituye el denominado ‘riesgo permitido o autorizado’.

Los riesgos comprometen ya sea los intereses individuales de las personas o los intereses colectivos de la comunidad. Por lo que se incriminan comportamientos a título de delitos contra las personas individuales o de delitos contra la colectividad, los mismos que son caracterizados como delitos de lesión o delitos de peligro (individual o colectivo). De modo que el riesgo puede representar la probabilidad de causar un perjuicio a una persona o a un grupo de personas determinadas o se puede presentar la posibilidad de que el daño afecte a un número indeterminado de individuos.

El comportamiento punible objeto de análisis pertenece, como lo ha considerado expresamente el legislador suizo, al grupo de delitos de peligro común que afectan, en primer lugar, a la colectividad y, en segundo plano, a la vida e integridad corporal de las personas.

La complejidad de las sociedades modernas aumenta y los comportamientos peligrosos, lícitos o ilícitos, se intensifican debido, principalmente, a que entre los participantes de la actividad económica, financiera y de servicios, las empresas juegan un papel cada vez más importante. En el campo de la construcción, ellas hacen factible que se proyecten y ejecuten edificaciones cada vez más grandes y diversas, lo cual da lugar a que, de manera más frecuente e intensa, se produzcan situaciones riesgosas. Este factor ha coadyuvado a acentuar la tendencia a reconocer la responsabilidad penal de dichos entes colectivos.

En un país como Suiza, y conforme a su legislación, cabe destacar que los comportamientos relevantes en el ámbito del control penal en materia de la construcción están constituidos por los delitos que

atentan contra los bienes individuales: la vida (homicidio culposo), la salud e integridad corporal (lesiones), el patrimonio (estafa, abuso de confianza, daños a la propiedad), la seguridad pública (p. ej., el delito materia de este análisis).

Debido a la condición de Estado confederal de Suiza, el estudio de esta figura punible en especial implica tener en cuenta las disposiciones legales de orden administrativo, pues a través de ellas se busca reforzar, a nivel federal, cantonal y comunal (Cfr. Riklin, 1986, p. 399), la eficacia de las directivas y los reglamentos destinados a garantizar el correcto desarrollo de la actividad de la construcción de edificios.

Así las cosas, en atención a la índole de este análisis, nos limitamos a presentar los diversos aspectos de la interpretación del tipo legal contenido en el artículo (art.) 229 del Código Penal (CP); lo anterior, puesto que aun la simple descripción de los demás aspectos relacionados con esta incriminación implicaría sobrepasar el marco fijado.

Según dicha disposición:

Violación de las reglas del arte de construir.

1. Quien, dirigiendo o ejecutando una construcción o una demolición, viola intencionalmente las reglas del arte y, a sabiendas, pone en peligro la vida o la integridad corporal de las personas, es castigado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años o pena pecuniaria. En caso de pena privativa de libertad, una pena pecuniaria será igualmente pronunciada.
2. La pena es privativa de libertad no mayor de tres años o pena pecuniaria si el autor viola culposamente las reglas del arte.

Antes de la unificación de la legislación penal suiza, los códigos penales cantonales no preveían una disposición similar al art. 229; su inserción y redacción fue discutida ampliamente en el seno de las diversas comisiones, los debates se reflejan en las distintas modificaciones de los textos propuestos. Para la muestra basta un ejemplo: inicialmente, se hacía referencia a 'Quien en ocasión de trabajos de construcción' (*Wer bei Bauarbeiten*) y a 'dirigido o ejecutado trabajos' (*dirigé ou exécuté des travaux*) (Gautier, 1916, p. 367), luego en el art. 195 del proyecto definitivo de 1918 se usó la fórmula 'dirigiendo o ejecutando trabajos' (*en dirigeant ou en exécutant*); la misma que fue definitivamente conservada en el texto del Código, prefiriéndose así muy probablemente el modelo alemán.

Derecho comparado

El § 330 del derogado Código Penal alemán establecía que se “impondrá una multa o la pena de prisión no mayor de un año a quien, dirigiendo o edificando una construcción hubiera violado las reglas generalmente reconocidas en arquitectura de modo que resulte un peligro para tercero”. En este texto solo se mencionaba a la ‘construcción’; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron esta expresión de manera que comprendía también la demolición. En el § 319, substituto del derogado § 330, se dice expresamente ‘construir’ y ‘demoler’.

En el Código Penal austríaco, no se consigna disposición específica sobre la puesta en peligro ocasionada en la ejecución de trabajos de edificación. Los delitos de peligro relacionados con esta actividad se hayan comprendidos en un grupo amplio de puesta en peligro colectivo, es decir, de una gran número de personas (§ 176 CP austríaco) (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 2).

En Francia, la situación es similar, pues no se prevé en el Código Penal disposición alguna que incrimine la puesta en peligro de la violación de las reglas admitidas en la actividad de construir (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 1). No obstante, en el art. 437 del Código derogado se reprimía el hecho de demoler intencionalmente, de forma total o parcial, una construcción, con el agravante de que una persona resulte lesionada o muerta. De acuerdo con el nuevo Código, en su art. 322-6, inc. 1, se castiga a quien ocasione la “destrucción, degradación o deterioro de un bien perteneciente a un tercero mediante una sustancia explosiva, un incendio o cualquier otro medio de la naturaleza que pueda crear un peligro para las personas” (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 1).

En Italia, el art. 434 del Código Penal, designado bajo el rubro ‘destrucción de construcciones u otros daños intencionales’, no menciona las reglas del arte de construir; solo se limita a las consecuencias del acto delictuoso cometido intencionalmente; de modo particular, a la destrucción cuyas consecuencias amenacen la seguridad pública (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 2). Por su parte, en el Código Penal español, en el Título XVII denominado ‘De los delitos contra la seguridad colectiva’ dentro de su Capítulo I titulado como ‘De los delitos de riesgo catastrófico’, se prevé el art. 350 (Monge, 1997) en el cual se dispone que se reprimirá a

los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente.

Las penas a imponer, previstas en el art. 449 (manipulación, transporte o tenencia de organismos que ponga en peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, contraviniendo ‘las medidas de seguridad establecidas’), son las de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años.

El citado art. 350 entra en concurso con el art. 316 (Delitos contra los derechos de los trabajadores) (Boix & Orts, 2001, p. 59 y ss.), en el cual se establece que quienes,

Con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

La comisión culposa de este delito también es punible conforme al art. 317.

Estas disposiciones deben ser consideradas teniendo en cuenta la legislación complementaria. En especial, por ejemplo, la Ley de prevención de riesgos laborales que, en sus arts. 47 y 48, establecen infracciones graves y muy graves. En el inc. 8 de este último, se dispone la de “no adoptar otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

Actividad concernida

El comportamiento incriminado en el tipo legal debe cometerse “dirigiendo o ejecutando una construcción o demolición” (art. 229, inc. 1). El legislador delimita así un sector de actividad humana

que comporta un peligro significativo para la vida, la salud o la integridad corporal de las personas (construcción y demolición de un bien inmueble) e igualmente las personas a las que se les puede imputar la responsabilidad (directores y ejecutantes).

La mención expresa de las dos formas de actividades ‘construir y demoler’ tiene la ventaja de descartar problemas de interpretación (Gautier, 1916, p. 367; Hafter, 1943, p. 519). En efecto, ambas están estrechamente vinculadas, dado que para construir un nuevo edificio, muchas veces es necesario destruir el antiguo y para renovar una casa es indispensable suprimir algunos elementos viejos e inservibles. Hafter (1943) afirmó en este sentido que “*unter einem Bauwerk kann man zur Not auch Abbrucharbeiten verstehen*” (p. 519). Por su parte el legislador no menciona las reglas referentes a la demolición por entender que estas se hayan comprendidas en las relativas a la construcción.

Noción de construcción.

De conformidad con la jurisprudencia (RO, 115 IV 45, c. 2b/JdT 1990 IV 112; RO 90 IV 249; decisiones no publicadas, 6P.166/2003 c. 7.2 et 6S.781/1995) y la doctrina (Bendel, 1960, p. 31; Gauch, 1985, n. 172; Logoz, 1956, II, p. 450; Riklin, 1985, p. 44; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 5; Stratenwerth, 2000, t. II, p. 120; Thormann & Von Overbeck, 1941, t. II, p. 270), la idea de construcción debe ser interpretada extensivamente. Así, entonces, comprende todo lo construido sobre y en el suelo. Para el Tribunal Federal, el factor decisivo es el vínculo que une la instalación arquitectónica o técnica con la superficie. Se trata así, de edificios, carreteras y vías férreas como también de los elementos de las construcciones, siempre y cuando estén sólidamente fijados a la superficie como puentes, túneles, estructuras de alumbrado (6P.166/2003 consid. 7. 2., no publicada), canalizaciones, escaleras, ascensores, andamios o grúas (Riklin, 2003, p. 138; Roelli & Fleischanderl, 2007, Art. 229 n. 5).

Las ampliaciones, transformaciones, refacciones o renovaciones también son consideradas como construcciones (Corboz, 2002, Art.229 n. 6), por ejemplo, los trabajos realizados en la fachada de un edificio (RO 115 IV 45, c. 2b./JdT 1990 IV 112). Esto explica que el Tribunal Federal no haya descartado la responsabilidad penal del encargado de la construcción y mantenimiento de una escuela en el caso de un escolar víctima de una caída mortal en circunstancias

en las que se utilizaba el pasamano de escalera para deslizarse (1P.305/2004, no publicada).

El término ‘construcción’ tiene diferentes significados en derecho penal, derecho público y aún en derecho civil. En este último ámbito, el art. 58 del Código de obligaciones se aplica no solo a los inmuebles, sino también a todo producto de la actividad humana que presenta, en la perspectiva económica, cierta analogía con los ‘edificios inmuebles’. Se comprende así, desde esta perspectiva, a los “inmuebles y otros arreglos técnicos estables realizados por el hombre que están, directa o indirectamente, fijados al suelo” (RO 130 III 736/JdT 2006 I 178). El art. 371 del mismo Código solo se aplica a las ‘construcciones inmobiliarias’, instaladas fijamente al suelo de manera permanente (RO 120 II 214, c. 3º; Bendel, 1960, p. 31; Gauch, 1985, n. 172).

Contrario a lo anterior, en el derecho penal, el carácter durable o permanente no es condición obligatoria. Una obra provisoria puede igualmente constituir una construcción, como es el caso de los andamios (AR: OG 30.04.2002, AR GVP 2002 p. 85; RSJ 1964 288 (décision du Tribunal d’arrondissement de Zurich); Bendel, 1960, p. 31; Logoz, 1956, art. 227, n. 2. a) bb), 450; Riklin, 1985, p. 44; Thormann/von Overbeck, 1941, 227, n. 270). La jurisprudencia del Tribunal Federal no excluye esta interpretación y, en una sentencia, ha dejado abierta la cuestión de saber si los rieles de una grúa pueden ser calificados de construcción (ATF 104 IV 96 (99); Trechsel, 2008, art. 229, n. 3). El Tribunal de distrito de Zúrich ha reconocido en una famosa sentencia que una ‘carpa de feria’ (*Festhütte*) constituía una construcción, en consideración a que es materialmente semejante a un edificio y su caída implica los mismos peligros. Sin embargo, nos parece superfluo este razonamiento analógico, pues la noción de construcción no supone necesariamente la fijación definitiva al suelo mediante fundaciones o medios mecánicos. Actualmente, los progresos técnicos permiten desplazar construcciones según las necesidades, por ejemplo, el transporte de barracas con ocasión de la construcción de carreteras; la construcción, en todo caso, debe tener una dimensión importante. La instalación de simples casetas higiénicas en el campo de una feria popular no debería ser comprendida en esta categoría.

Las explicaciones ya señaladas sobre el término construcción se refieren al resultado de la actividad que nos interesa. Ciertamente, son útiles para delimitar el ámbito de aplicación del art. 229, pero no

son eficaces para fijar sus límites de modo exhaustivo. En efecto, además de la edificación y de la demolición, deben tenerse en cuenta todas las actividades anexas a la construcción. Como, por ejemplo, la instalación y la desinstalación de los elementos necesarios para construir en el lugar escogido, utilizar máquinas de construcción, renovación de edificios, colocación de elementos parciales (calefacción central, escalera, ascensor). En el dominio de la demolición, como en el de la construcción, debe apreciarse la actividad concernida de manera global y no solo respecto al resultado que se produce.

Autor.

En el caso de los delitos especiales '*Sonderdelikte*', solo puede ser autor quien tiene la calidad particular indicada en el tipo legal; la misma que está determinada por el deber implícito que comporta. Si se trata de un deber específico que recae sobre la persona concernida, se trata de un delito especial verdadero '*echtes Sonderdelikt*' (Hurtado, 2008, p. 163, n. 480; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 18). Este es el caso del delito previsto en el art. 229, dado que solo puede cometerlo quien dirige o ejecuta los trabajos, es decir, el director, el ejecutante o el director general de los mismos. No obstante, es indispensable destacar que quien '*dirige o ejecuta los trabajos*', obra generalmente en el marco de una empresa y, en consecuencia, es de tomar en cuenta el art. 102 CP, referente a la responsabilidad penal de las empresas.

De acuerdo con esta disposición, para responsabilizar penalmente a una empresa debe comprobarse la imposibilidad de identificar al responsable individual y que la transgresión a la ley penal se deba a una deficiencia de organización de la empresa (Cfr. último acápite de este texto).

Delito especial.

Esta figura forma parte del grupo de delitos especiales, pero no de los llamados '*delitos profesionales*'. Si bien es cierto que el agente debe reunir la calidad personal especial designada en el art. 229 '*dirigir o ejecutar trabajos de construcción*', esta condición puede llegar a tenerla cualquier persona. En esta condición de facto puede transgredir una regla del arte de construir, pues su comportamiento está firmemente condicionado por el respeto de dichas normas

y de este hecho se deduce su responsabilidad al crear un peligro construyendo o demoliendo un edificio (ATF 126 IV 84, c. 2c bb)/JdT 2000 I 494). Por lo tanto, el autor no debe ser un especialista en la construcción o en la demolición.

En la Exposición de motivos del Anteproyecto de 1908, Zürcher (1914, p. 276) afirmó que el técnico diplomado o el empresario experimentado no son los únicos que incurrirían en la pena fijada en el art. 229, sino que esta puede ser aplicada también a los obreros sin dejar de lado al propietario mismo, en el caso de que asuma la dirección, la ejecución de la construcción o la demolición de su casa. Sin embargo, este último caso es relativamente excepcional en la medida en que el propietario confía generalmente este tipo de trabajo a un profesional (Lackner, 1986, § 323, 3b; Velten, 1965, p. 68). Conviene, además, subrayar que el art. 229 se aplica tanto al lego como al profesional, desde el momento en que actúa como empresario, coempresario, subcontratista, jefe de obra, jefe de equipo, obrero especializado o no. El factor decisivo no es el peso de la carga formal asumida por el interviniente, sino, más bien, la índole de la tarea que cumple realmente.

El Tribunal Federal ha sostenido, por el contrario, en un caso atinente a la propiedad horizontal de un edificio, que el art. 229 CP –en la medida en que reprime infracciones a las reglas del arte de construir– no es aplicable al propietario de un piso, al conserje y al administrador de la propiedad horizontal. Además, la ley no establece ninguna responsabilidad formal de los superiores respecto a los demás trabajadores, por lo cual el art. 229 CP solo les sería aplicable de acuerdo con el trabajo que han tenido a su cargo (Bendel, 1960, p. 41).

Dirección de trabajos.

Dirige los trabajos quien tiene el poder de decidir y de controlar el desarrollo de los actos destinados a construir o demoler. El director de trabajo fija el método y los medios necesarios; se trata de un poder de hecho que se establece con ocasión de ejecutarse los trabajos y él debe proceder de manera que sean respetadas las reglas del arte y las medidas de seguridad de la policía de construcciones. De acuerdo con la ley, no existe una responsabilidad formal (Zürcher, 1914, p. 276), de modo que una vinculación legal derivada de un contrato de obra no confiere automáticamente la calidad de director de trabajos

(RO 104 IV 96/JdT 1979 IV 138). La dirección de trabajos puede ser confiada, por ejemplo, a un arquitecto, un ingeniero o un empresario; en las grandes construcciones, es frecuente que un ingeniero y un arquitecto sean los designados (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 20 ss.).

El director de trabajos tiene un poder jerárquico sobre los participantes en los trabajos, quienes están obligados a obedecer estrictamente sus órdenes. Si constata circunstancias que constituyen un peligro para sus subordinados y que tiene la posibilidad de evitar, tiene la obligación de suprimirlas o de disponer que las prescripciones de prevención de accidentes sean respetadas. Una simple llamada de atención respecto al riesgo, en lugar de establecer medidas de seguridad, no es suficiente para que se excluya su responsabilidad (RO 109 IV 15, 17, c. 2a), 6S.181/2002 c. 3.2.1., sentencia no publicada; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 8). Si quien dirige los trabajos delega sus poderes en un tercero, debe responder por la selección, instrucción y supervisión de su reemplazante, sin que esto exija una vigilancia permanente de su parte (RO 104 IV 96/JdT 1979 IV 138, 6B.516/2009 c. 3.3.1., sentencia no publicada; 6P.58/2003 c. 6.1; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 18).

Si un responsable debe ejercer su actividad en diversas obras, normalmente confía a un colaborador experimentado y capaz la tarea de instruir y de vigilar directamente a los obreros en una de esas obras para evitar riesgos de accidente; por lo cual a este último no se le puede reprochar haber incumplido su deber personal. No obstante, esto no excluye que pueda responsabilizársele por haber omitido tomar las medidas apropiadas para eliminar o reducir los peligros (ATF 104 IV 96, c. 5.).

Sin embargo, el simple hecho de que una persona asegure la dirección y la ejecución de una construcción no implica que sea penalmente responsable por cada violación de las reglas en una obra. Por el contrario, cada persona que participa en los trabajos debe asegurarse de que las reglas de construcción sean respetadas en su ámbito de acción. La amplitud de la responsabilidad de cada uno depende de la situación de hecho y se determina tanto sobre la base de las prescripciones legales y contractuales como de las circunstancias; esto resulta de la obligada división del trabajo en el lugar de la obra. Sin embargo, debe destacarse que los límites entre las diferentes actividades individuales son frecuentemente difusos y que, entonces, puede suceder que varias personas sean

responsables (ATF 109 IV 15/17; 6P.58/2003 c. 6.1., no publicada; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 18).

Arquitecto: vigilancia y dirección de trabajos.

En Suiza, la vigilancia de los trabajos está generalmente a cargo de un arquitecto escogido por el titular de la construcción. En la mayor parte de los casos, este profesional no se limita a elaborar los planos, se trata más bien de un mandatario (Schumacher, 1986, p. 111; opinión diferente en Gauch, 1986, p. 10 ss.). Sus relaciones con el titular de la construcción y con los terceros están definidas en el Código de obligaciones, y el mandato específico y las reglas previstas en la norma 102 de la '*Société suisse des ingénieurs et architectes*' (SIA) (1984). De estas normas, se deduce que "el director de trabajos no puede limitarse al papel de coordinador y observador, debe intervenir de manera activa, informarse, estudiar, discutir y rendir cuentas" (Tercier, 1983, p. 63).

Los servicios comunes del arquitecto en relación con la dirección de los trabajos según el art. 4.4 de la norma SIA 102, son, por ejemplo, la puesta en marcha de los planes de ejecución, la coordinación del conjunto de profesionales especializados y de empresarios en la ejecución de los diferentes trabajos. El arquitecto vigila y controla el conjunto de los trabajos, el aporte de los materiales y su calidad; además, constata los defectos eventuales y ordena las medidas a tomar para eliminarlas. Igualmente, observa que los plazos sean respetados.

Estos deberes suponen, de parte del arquitecto, el respeto de las reglas del arte de construir. A pesar de no estar obligado a intervenir o vigilar constantemente de modo detallado todos los trabajos, el arquitecto dispone de un real poder sobre la construcción. Mediante sus directivas a los empresarios y obreros, es responsable de las consecuencias perjudiciales que pueden sobrevenir; responde también por la falta de vigilancia cuando los comportamientos de terceros, contrarios a las reglas del arte, producen un peligro para las personas. No se trata, evidentemente, de una responsabilidad formal (Zürcher, 1914, p. 276) y absoluta (Cfr. Schumacher, 1986, p. 446), la misma es determinada según la índole del rol asumido por el arquitecto.

Ejecución de los trabajos.

Esta tarea la lleva a cabo quien realiza materialmente las labores destinadas a erigir o desmantelar un edificio (Roelli & Fleischanderl,

2007, art. 229, n. 28). El ejecutante proporciona un trabajo muy diversificado, el cual –según las directivas del empresario, del jefe de obras o del director de los trabajos– concreta ya sea los proyectos elaborados previamente o la idea que se tiene al momento de ejecutar la construcción (Bendel, 1960, p. 41; Lackner, 1986, § 323, n. 3; Scherer, 1965, n. 8, 1; Schönke & Schröder, 2001, § 323, n. 16; Velten, 1965, p. 56). Puede tratarse, principalmente, de un jefe de equipo, obrero (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 29 y ss.). El art. 229 CP se aplica a todos los trabajos efectuados en la obra.

Bien jurídico y objeto de la infracción

Los delitos de puesta en peligro colectivo afectan, en primer plano, la seguridad pública, la cual debe ser comprendida como el conjunto de condiciones garantizadas por el orden jurídico, indispensables para salvaguardar otros bienes; su titular es cada individuo en tanto miembro de la colectividad o comunidad. No se trata, sin embargo, de la seguridad pública en sentido amplio, protegida por el derecho en general y, en particular, por el derecho penal. Mediante la protección de la seguridad pública, se busca reforzar la salvaguardia de los bienes jurídicos individuales; en el caso del art. 229, la vida, la salud y la integridad corporal de las personas.

De acuerdo con la definición misma de peligro colectivo, el agente no escoge deliberadamente la o las personas que conforman, en segundo plano, el objeto del delito. Es una cuestión dependiente del azar. En consecuencia, la cantidad de personas puestas en peligro no es el factor decisivo, sino más bien la indeterminación del número probable de víctimas (Hurtado & Thormann, 2011, n. 1435). Estas personas pueden ser los participantes en la ejecución de los trabajos (p. ej., obreros, proveedores), pero también personas ajenas a la obra (p. ej., peatones, vecinos, conductores) (Bendel, 1960, p. 74; Hafter, 1943, p. 519; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 36). En efecto, el art. 229 CP está destinado a proteger la vida y la integridad corporal de las persona tanto en la obra, como de quienes contribuyen en su ejecución (ATF 115 IV 45, 48ss, c. 2 c)/JdT 1990 IV, p.116) o de terceros ajenos a los trabajos.

Según la ley, no se trata de terceros. El autor individual del acto inculpatado no puede ser simultáneamente la víctima o, al menos, no puede ser la única persona puesta en peligro (Corboz, 2002, art. 229 n. 27; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 35). Si bien en

la doctrina no hay duda en lo que se refiere al autor del delito, se discute mucho, por el contrario, respecto a los participantes en la comisión del delito (coautores, instigadores, cómplices). Gran parte de la doctrina admite que éstos no son protegidos mediante el art. 229 CP. Esta opinión no es convincente, principalmente cuando los participantes son numerosos (Bendel, 1960, p. 74 y bibliografía citada en Hurtado, 2008, n. 1435), lo que acontece con frecuencia en obras de gran envergadura. Por tanto, hay que aceptar la aplicación del art. 229 CP si uno de los participantes en el delito se encuentra, ocasionalmente, en dominio del peligro creado (véase más abajo).

Delito doloso

Según el art. 229, inc. 1 CP, el comportamiento incriminado debe estar constituido por los siguientes elementos: una violación dolosa de las reglas del arte de construir; la puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad corporal de las personas; y que la conducta se lleve a cabo en la ocasión de dirigir o ejecutar una construcción o una demolición.

Acorde con el sentido literal de esta disposición, el elemento central (expresado por el verbo principal) es la violación de las reglas del arte de construir o demoler; la puesta en peligro es el resultado de esta violación. La dirección o la ejecución de los trabajos solo constituye el contexto material en el que el agente actúa.

Esta redacción ambigua se origina, probablemente, en la legislación y en la doctrina alemanas; en su proyecto, Stooss había previsto reprimir el hecho de crear intencionalmente un peligro colectivo para la vida y la salud de las personas. La comisión de expertos modificó este texto de la siguiente manera: “quien, por negligencia, hubiera dirigido o ejecutado una construcción o una demolición con la que se ponga en peligro la vida de las personas (...)”. Esta nueva versión solo reprimía la forma culposa y el acto principal consistía en dirigir o ejecutar una construcción. La segunda comisión de expertos propuso sustituir la expresión ‘por negligencia’ por la de ‘violación de las reglas del arte de construir’.

El texto definitivo fue redactado siguiendo el modelo del § 330 del derogado Código Penal alemán. Mediante este breve recuerdo histórico, podemos detectar mejor la estructura de un tipo legal previendo un delito culposo, por lo cual parece preferible entender que el art. 229 CP exige los siguientes elementos: dirigir o ejecutar

una construcción o demolición violando las reglas del arte de construir (acto incriminado); y, la puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad corporal de las personas (resultado).

Comisión y omisión.

Si se parte de la constatación de que el comportamiento incriminado consiste en la violación de las reglas del arte de construir, la manera de comportarse será determinada según la índole de la regla violada. Si es prohibitiva, consistirá en una acción de comisión, mientras que si se trata de una norma que impone una manera de obrar se tratará de una omisión (Corboz, 2002, 229 n. 16; Hurtado, 2011, n. 1283; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 7).

Por el contrario, se considera que el aspecto principal del comportamiento incriminado es el hecho de dirigir o ejecutar una construcción o una demolición, conforme a nuestra interpretación, la violación mediante omisión de las reglas del arte de construir no modifica el carácter (de comisión o de omisión) del comportamiento. Ella caracteriza más bien el aspecto subjetivo del comportamiento (Hurtado, 2008, n. 1335; Wolters/Horn, 2009, § 319, n. 3). Esto se explica si se tiene en cuenta el hecho de que la infracción ha sido descrita según la estructura de un tipo de delito culposo, según la cual una omisión (inobservancia del deber de prudencia, *Unterlassungsmoment*) acompaña siempre el comportamiento típico (*Handlungsvollzug*) (Wessels, 1980, p. 156-157).

En esta perspectiva, para distinguir más fácilmente la comisión de la omisión (impropia), conviene analizar separadamente el hecho de dirigir y el de ejecutar una construcción o una demolición.

En el primer caso, el comportamiento delictuoso constituirá con frecuencia un delito de comisión; por ejemplo, el director de trabajos realizados en el techo de una casa que, sin respetar las reglas del arte, encarga al jefe de equipo y a un aprendiz, para efectuar las reparaciones. Es también el caso del arquitecto, encargado de la dirección de trabajos, que planifica y dirige la ejecución de una construcción según un método inhabitual sin tener la formación ni la experiencia necesarias.

Tanto el director de trabajos como el arquitecto han efectuado actos positivos coloreados por una omisión (Wolters/Horn, 2009, § 319, n. 9). Sus comportamientos estaban orientados a hacer algo, a

‘dirigir’ trabajos de construcción de manera defectuosa ‘*fehlerhaftes Leiten*’. Conforme a este criterio, ejecuta igualmente una acción de comisión quien, al dirigir una construcción, no interviene para alejar un peligro creado por los trabajadores o se abstiene de advertirlos. Por ejemplo, quien a pesar de ser consciente de la prohibición de permanecer en el lugar de la excavación mientras una excavadora está en plena actividad, no le advierte el peligro a sus trabajadores (RO 101 IV 28/JdT 1976 IV 104); comete así un error en la dirección de los trabajos (‘*Leitungsfehler*’). También, es el caso del arquitecto que no prevé un escape de aireación al construir un baño en el que había instalado un alumbrado a gas (RO 92 IV 86/JdT 1966 IV 75), o que no prevé la instalación de una baranda en un balcón.

En todo caso, el agente también puede actuar por omisión, más precisamente por comisión por omisión (omisión impropia), en razón a que el tipo legal menciona la producción de un resultado: la puesta en peligro. De acuerdo con el art. 11 CP, es así mismo punible quien, tendiendo el deber de garante, se abstiene de evitar que el resultado (perjuicio o puesta en peligro) se produzca.

El deber de proteger los bienes jurídicos o de vigilar una fuente de riesgos, deriva de las reglas aplicables a quien asuma el papel de director o realizador de trabajos de construcción o demolición. El incumplimiento de este deber, se concreta mediante comportamientos no conformes con los mandatos prescritos por ciertas reglas del arte de construir. Mediante esta abstención, el autor crea o aumenta el riesgo de dañar la vida o la integridad corporal (peligro concreto) (Hurtado, 2008, n. 1330). Por ejemplo, obra por omisión el ingeniero o el arquitecto que abandona la dirección de los trabajos sin hacerse sustituir por una persona competente (RO 104 IV 96/JdT 1979 IV 138).

En el ámbito de la ejecución de trabajos, la distinción entre delito de comisión y de omisión es bastante problemática y debe ser establecida caso por caso. Si un director de trabajos o un jefe de obra exigen a un obrero que ejecute un trabajo específico, por ejemplo, el de instalar un sistema de seguridad, y este último no cumple con las órdenes recibidas, su comportamiento constituirá una conducta omisiva. Por el contrario, si ejecuta el trabajo, pero de manera incorrecta (violando las reglas del arte), su comportamiento podrá ser comisivo.

En la medida en que el delito previsto en el art. 229 CP es uno especial, cuya realización supone la violación de un deber particular, la distinción solo es útil en este ámbito para individualizar a la persona responsable de la omisión (entre quienes dirigen o ejecutan los trabajos). Quien dirige o ejecuta los trabajos es garante respecto al peligro que resulta, de modo que el participante en los trabajos de construcción o de demolición obligado a intervenir (*Garantenstellung*), solo puede ser responsabilizado por una omisión (RO 101 IV 28, c. 2a/JdT 1976 IV 104; Schultz, 1982, p.127; Wolters/Horn, 2009, § 319, n. 10).

Inobservancia de las reglas del arte de construir.

El comportamiento base del delito –el hecho de dirigir o ejecutar una construcción– es una acción que nada tiene de reprobable en sí misma, es hasta socialmente útil. Sin embargo, en ciertas circunstancias, comporta un peligro para la vida o la integridad corporal de las personas. Cabe anotar que este peligro no basta para hablar de delito, aún es indispensable que el autor obre violando las reglas del arte de construir, lo cual hace del incumplimiento un elemento indispensable del tipo legal.

La finalidad de las reglas del arte es garantizar el desarrollo normal de los trabajos de construcción y de proteger la vida y la salud de las personas; una parte de dichas reglas concierne directamente a la obra. Este es el caso del cálculo de la estabilidad o de la preparación y utilización de materiales. No obstante, las normas que integran medidas de seguridad, son mayoritarias debido a que su objetivo prioritario es proteger la vida y la integridad de las personas, determinando el nivel mínimo de exigencias propias de la construcción. Las reglas del arte sirven, por un lado, para asegurar la seguridad de la obra cuando se ejecutan trabajos de construcción y de demolición y, por otro, para proteger a quienes utilicen la construcción una vez concluida (Corboz, 2010, art. 229, n. 12).

Algunas reglas del arte no conciernen directamente a la construcción o demolición en sentido estricto, pero están de alguna manera relacionadas con este dominio. Es el caso, principalmente, de las normas referentes al montaje y utilización de una grúa, o las medidas destinadas a proteger los edificios vecinos: el art. 103 de la norma SIA 118 prevé que el empresario debe tomar todas las medidas prescritas por la ley o aquellas recomendadas por la experiencia, para proteger la salud de las personas.

Estas reglas del arte son fruto tanto de los progresos técnicos y científicos como de la experiencia. El fundamento científico, muy frecuente, no es sin embargo suficiente, pues una regla estatuida científicamente, aplicada raramente, no es reconocida; por ello, el Tribunal Federal no es del todo claro cuando afirma que,

Son reglas del arte de construir en el sentido del art. 229 CP, no solo aquellas que un práctico (...) conoce, sino igualmente aquellas leyes y reglas sobre las cuales solo los ingenieros y los arquitectos de formación universitaria están informados. Lo que es decisivo es el carácter indiscutido de las reglas en el estado actual de la ciencia (RO 106 IV 264/JdT 1982 IV 9).

Es indispensable todavía que la regla del arte sea reconocida y que este reconocimiento esté basado en una práctica probada (Gauch, 1999, n. 847).

Las reglas del arte pueden resultar de la experiencia de las personas activas en el dominio de la construcción. Se trata generalmente de reglas técnicas nacidas de la práctica, de los usos relativos al trabajo artesanal (Gauch, 1999, n. 846; Gauch, 1985, n. 592). Una regla del arte es, por su índole, una noción orientada hacia el pasado 'nosotros hemos procedido de esta manera', reuniendo en el presente todas las experiencias acumuladas hasta entonces (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 11). El uso muy extendido de una técnica incorrecta no debe ser considerado como regla del arte en el sentido del art. 229 CP.

Fuentes.

A diferencia de otras actividades sociales que presentan un peligro semejante para bienes jurídicos importantes, como la de la circulación vehicular, que son objeto de una reglamentación específica, las reglas del arte de construir se encuentran dispersas tanto en las legislaciones federal, cantonales y comunales, así como en las directivas de asociaciones profesionales que adquieren una importancia primordial (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 15 ss.). En este sector, la SIA tiene un papel esencial al establecer las directivas más difundidas e importantes (Cfr. norma SIA 118, Conditions générales pour l'exécution des travaux de Construction; Norme SIA 102, Règlement concernant les prestations et honoraires des architectes; Ordonnance concernant la prévention des accidents dans les travaux de construction (du 8 août 1967); Ordonnance concernant la prévention des accidents dans les travaux de toiture

et les travaux exécutés sur les toits (du 17 novembre 1967); y la Ordonnance concernant les mesures destinées à prévenir des accidents dans l'emploi de grues et d'engins de levage (du 22 juin 1951), in RS 832.31). Las reglas del arte pueden también proceder de la costumbre, es decir, las prescripciones no escritas habitualmente seguidas por las personas de una profesión u oficio determinados. Es entonces necesario que la 'regla del arte' sea establecida en una ley, ordenanza o reglamento.

Reglas reconocidas.

Durante los trabajos preparatorios de la unificación del derecho penal, los expertos de la Segunda comisión emplearon fórmulas diferentes: '*Regeln der Baukunst*', '*Regeln der Baukunde*', '*Regeln der Technik*' (Cfr. Gautier, 1916, p. 365 ss.; sobre el grado de reconocimiento de la regla, cfr. Roth, 1987, p. 35 ss., en particular p. 49). El texto definitivo, '*anerkannte Regeln der Baukunde*', no corresponde plenamente a la fórmula francesa '*règles de l'art*'. La jurisprudencia y la doctrina han privilegiado la versión alemana. La regla debe ser aceptada por las personas de la construcción, quienes deben aplicarla teniendo la convicción de su exactitud (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 11, n.13). Carece de trascendencia que sea recusada por el autor del acto y aún por un sector determinado; bastando así, que la norma sea generalmente reconocida por los especialistas (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 13). Sucede con frecuencia que se prevean nuevas reglas científicas correctas en reglamentos, pero que todavía no han demostrado su utilidad en la práctica. Tales reglas pueden sin embargo difundirse rápidamente, para luego comprobar su utilidad y acceder en poco tiempo al status de 'regla del arte reconocida' (Gauch, 1999, n. 851).

La fórmula 'reglas del arte', más exactamente '*die anerkannten Regeln der Baukunde*', no es del todo correcta, pues el carácter normativo no es decisivo. Hay que tener en consideración más bien el aspecto material, porque debe tratarse de una exigencia que ha de respetarse para evitar el peligro. Los autores del Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ Entwurf*, 1971, p. 83) propusieron incluso substituir la fórmula '*allgemeine anerkannte Regeln der Technik*' por la de '*Anforderung der technischen Sorgfalt*'. En su opinión, "*damit soll eine ausschliessliche Regel vermieden, vielmehr eine Bestrafung auch dann ermöglicht werden, wenn technische Regeln sich noch nicht allgemeinen entwickelt haben oder veraltet oder unverständlich sind*".

Legalidad.

Esta técnica legislativa, consistente en remitir a las reglas del arte, es empleada con frecuencia; en la doctrina se habla de leyes en blanco (*'Blankettnorm'*). En Alemania, esta técnica ha sido ampliamente criticada (Nikus, 1967, p. 1811; Riklin, 1985, p. 45, con otras referencias), por considerarse que podría implicar la violación del principio de la legalidad, pues el legislador no establecería de manera precisa los comportamientos incriminados. La crítica estaría doblemente justificada respecto al art. 323 CP alemán y al art. 229 CP suizo, debido a que estas disposiciones reenvían no solo a normas legales sino también a reglas establecidas por asociaciones profesionales privadas.

La objeción parece excesiva porque se basa en los alcances originales del principio de la legalidad, en el sentido que la descripción del comportamiento debía ser exhaustiva y precisa. Criterio actualmente superado si se tienen en cuenta tanto la imperfección propia del lenguaje en tanto medio de comunicación como la complejidad de los comportamientos humanos.

El reenvío a otras normas o reglas para completar la descripción del comportamiento delictuoso es necesario, en la medida en que este pertenece a un dominio de actividad que evoluciona constantemente, debido a los progresos técnicos y a las relaciones que se originan. El art. 229 CP no remite a leyes del mismo rango (leyes en blanco llamadas impropias), sino a normas de nivel inferior (reglamentos administrativos, costumbre, etc.).

La referencia a la violación de las reglas del arte constituye en realidad el medio utilizado por el legislador para determinar el carácter ilícito de un comportamiento en principio permitido, pero que implica al menos algunos peligros. El tipo legal hubiera sido más impreciso si el legislador se hubiera limitado a describir el delito como el hecho de poner en peligro la vida o la integridad de las persona en ocasión de la dirección o ejecución de trabajos de construcción o demolición.

Puesta en peligro.

El delito previsto en el art. 229 es, como lo hemos señalado, un delito de peligro. No implica necesariamente, en consecuencia, que sobrevenga un daño. Basta, en efecto, que una dirección o ejecución defectuosa de trabajos haga nacer un peligro; este se debe entender

como un estado especial, susceptible de provocar en las circunstancias del caso concreto un perjuicio a bienes jurídicos protegidos y que no se sabe certeramente por qué no se ha producido (Hafters, 1937, p. 48; Hurtado, 2008, n. 474; Germann, 1942, p. 244; Noll, 1954, p. 20; Willfratt, 1968, p. 235).

Peligro colectivo.

El art. 229 CP se encuentra en el séptimo título del Código (Crímenes o delitos que crean un peligro colectivo), junto a los delitos de incendio, inundaciones, explosivos, derrumbes, supresiones de aparatos protectores. Un aspecto particular de los delitos de peligro colectivo es el hecho de que afectan bienes jurídicos colectivos, aun cuando ponen indirecta y simultáneamente en peligro, bienes jurídicos individuales (Hurtado, 2008, n.1436). En nuestro caso, se trata del bien jurídico seguridad pública, cuyo titular es la comunidad; los bienes jurídicos individuales concernidos son la vida y la integridad corporal de las personas.

La noción de peligro colectivo puede ser determinada, como lo hace Logoz, de acuerdo con un criterio cuantitativo: el delincuente no amenaza a algunas personas determinadas sino a una colectividad y se sirve de medios apropiados para crear un peligro colectivo, por ejemplo, desencadenando una fuerza natural (el fuego, el agua, etc.); no obstante, este criterio cuantitativo es discutido. No es la cantidad de personas amenazadas el criterio que es determinante, sino el hecho de que un número indeterminado de seres humanos es el concernido. Puede tratarse de una sola persona o de un grupo determinado. Por ejemplo, el ingeniero que –sin tomar a sabiendas las medidas de seguridad indispensables– hace transportar bloques de betón a dos obreros, poniéndolos en peligro y, al mismo tiempo, creando un peligro para personas indeterminadas.

Así, para que exista peligro colectivo, basta que una sola persona, identificada o no, fuera del agente, se haya encontrado por azar en el ámbito de influencia de la situación peligrosa; amenazada por el azar, ella representa la colectividad. Esta apreciación del comportamiento se hace *ex ante* y poco importa que se realice una apreciación *ex post*; basta que una sola persona haya sido puesta en peligro (Stratenwerth, 1984, n. 2, p. 4). Desde esta perspectiva, el Tribunal Federal sostiene que el peligro colectivo es una noción amplia que se refiere a “una situación en la que probablemente bienes jurídicos pueden ser afectados en una medida que no es

posible determinar ni delimitar previamente” (6B.834/2008; RO 117 IV 285/JdT 1993 IV 157; RO 85 IV 132/JdT 1959 IV 145; Stratenwerth, 1984, § 30 n. 14 ss., p. 107 ss.).

Peligro concreto.

En ciertos casos, el legislador reprime un comportamiento susceptible de poner en peligro bienes jurídicos, sin que sea necesario constatar la existencia real de este peligro; la doctrina habla entonces de ‘peligro abstracto’. Este no implica la alteración del mundo exterior como efecto de la realización de un comportamiento incriminado; el carácter peligroso del comportamiento constituye la *ratio* de la incriminación penal: la simple realización de la acción implica ya la consumación del delito. En el caso de los delitos de peligro individual, señalemos el abandono de una persona lesionada (art. 127 CP) o la participación en una riña (art. 133 CP). El responsable es castigado por su comportamiento, abstención o comisión, sin tener en cuenta la efectividad de la amenaza.

El art. 226 CP prevé un delito de peligro colectivo y abstracto. El legislador estima que la manipulación de explosivos o de gas tóxico presenta, en sí misma, un riesgo suficientemente importante para que no sea indispensable constatar una puesta en peligro concreta (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 35).

El hecho de construir o de demoler sin respetar las reglas del arte puede presentar este tipo de riesgos. Sin embargo, según el art. 229 CP, es –por el contrario– necesario constatar una puesta en peligro para la vida o la integridad corporal de las personas. El delito previsto en esta disposición es, por lo tanto, un delito de peligro colectivo concreto, que implica la creación real de una situación peligrosa para bienes jurídicos (Hurtado, 2008, n. 1426).

Según los jueces federales,

[c]onstituye un peligro concreto la situación material en la que se presenta, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas, la probabilidad o un cierto grado de posibilidad de lesionar un bien jurídico (...) sin que sea indispensable exigir un cierto grado de probabilidad matemática superior a 50 %. (RO 58 I 218/JdT 1933 I 221; RO 97 IV 209.)

Por el contrario, si el acto del agente, según el curso ordinario de las cosas, es propicio para causar un perjuicio, pero el grado de probabilidad de dañar el bien jurídico concernido no es importante,

no es posible hablar de peligro concreto. Principalmente, cuando las posibilidades de que el peligro se concrete son tan mínimas que no sería razonable admitir la probabilidad de un perjuicio. Tales actos solo podrían constituir un delito si la ley los calificara como tales (la actividad en cuestión), creando de esta manera un delito de peligro abstracto, independiente de las circunstancias (RO 58 I 218/JdT 1933 I 221; RO 97 IV 209).

Los criterios de la jurisprudencia son un poco imprecisos y pueden ocasionar diversos malentendidos. Por esto, la doctrina ha abandonado la exposición indicada, a favor de tener en cuenta la estructura de los tipos legales de los delitos de peligro. Es de preguntarse si el legislador ha hecho de la puesta en peligro uno de los elementos constitutivos del tipo legal. Si no es el caso, se puede sostener que el simple comportamiento incriminado es, en opinión del legislador, generalmente peligroso. Por el contrario, si el legislador prevé la puesta en peligro como elemento constitutivo del tipo legal, no bastará probar que el comportamiento del agente sea en sí peligroso, pues el juez debe constatar en concreto que el comportamiento ponga efectivamente en peligro los bienes jurídicos en cuestión. La incriminación del comportamiento se justifica por la perturbación provocada al titular del bien jurídico (Hurtado, 2011, p. 1426).

Las fórmulas utilizadas por el legislador para caracterizar los delitos de peligro concreto son diversas, como se constata con la lectura de los arts. 127 (exposición a peligro), 129 (puesta en peligro de la vida de un tercero), 223 (explosión), 227 (inundación) y 265 (alta traición) CP. Los jueces federales tienen igualmente en cuenta los criterios de la doctrina cuando afirman:

[s]e distingue, en doctrina, entre la puesta en peligro concreta y la puesta en peligro abstracta. La primera existe solo cuando el acto hace no solo posible la lesión desde el punto de vista subjetivo, sino también probable en el curso ordinario de las cosas (...) La segunda, por el contrario, supone tan solo que el legislador considera al acto mismo como peligroso y lo castiga en tanto tal sin exigir que el peligro se haya efectivamente manifestado. Basta entonces que el acto se apropiado para causar el perjuicio que el peligro hace temer (RO 90 IV 251-252/JdT 1965 IV 83).

Relación de causalidad.

Los delitos materiales comprenden los delitos de lesión y los delitos de puesta en peligro en concreto. Son llamados igualmente

delitos de resultado, debido a que en su descripción legal, se prevé como elemento constitutivo, una modificación del mundo externo, física y cronológicamente diferenciada del comportamiento mismo. En estos casos, es indispensable constatar la relación de causalidad entre este último y el resultado producido. Así, el tipo legal del art. 229 CP solo es realizado si se constata la existencia de esa relación.

Para determinar la causalidad, la jurisprudencia y la doctrina predominante recurren principalmente al criterio de la causalidad natural; en determinadas circunstancias, principalmente en los casos culposos, el criterio aplicado es más bien el de la causalidad adecuada. Si un empresario (contratista), en contra de las reglas del arte de construir reconocidas, utiliza material inadecuado para construir las columnas portadoras de un edificio y crea de este modo un peligro de derrumbe, este solo puede ser considerado como el resultado de su comportamiento si, por pura hipótesis, al ser suprimido el resultado también desaparece (causalidad natural o equivalencia de las condiciones). Se trata en efecto de pronosticar, en función de ciertas circunstancias comunes, la manera en que una situación fáctica podría evolucionar. En la práctica, esto se reduce a constatar que el comportamiento del autor “es apropiado, en el curso ordinario de las cosas y según la experiencia de la vida, para producir o favorecer” el resultado (ATF 121 IV 212; ATF 122 IV 23; ATF 124 IV 119; Hurtado, 2008, n. 506; Noll, 1981, p. 218).

Una relación de ‘pura posibilidad’ existe entre la fuente del riesgo y el perjuicio futuro. En efecto, en una situación dada, el comportamiento puede o no desarrollarse en un sentido determinado y causar el perjuicio (Hurtado, 2008, n. 1419). La misma atingencia puede hacerse según que se aplique el criterio de la probabilidad (por el cual se busca saber si el resultado conocido era altamente probable) o aquel del riesgo (conforme al cual el comportamiento del autor debe haber creado el riesgo del resultado o, al menos, aumentado este peligro). Sin embargo, el primer criterio es preferible porque respeta mejor la prohibición de la presunción de culpabilidad (RO 101 IV 30/JdT 1976 IV 106). Además, la relación de causalidad es considerada excluida si el resultado tiene lugar debido a causas concomitantes que “constituyen circunstancias plenamente excepcionales o aparecen como correspondiendo a un comportamiento sí extraordinario, insensato o extravagante, que era imposible de esperarlo” (ATF 100 IV 283/JdT 1975 I 455; ATF

103 IV 291/JdT 1979 IV 70; ATF 115 IV 102; ATF 115 IV 207/JdT 1991 IV 75; Cfr. ATF 98 IV 173/JdT 1973 IV 103; ATF 101 IV 28/JdT 1976 IV 107; ATF 121 IV 290; Hurtado, 2008, n. 506).

Los problemas se multiplican cuando debe comprobarse una relación de causalidad entre una omisión y la puesta en peligro. Según la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, la relación entre ambos es puramente hipotética; para apreciar la complejidad de la situación, basta con consultar algunas sentencias. El razonamiento de los jueces federales no es siempre claro, lo cual se explica en parte porque la persecución penal se lleva a cabo después de la materialización del peligro, por ejemplo después de la muerte o de las lesiones corporales. El Tribunal Federal analiza entonces la causalidad en relación con el resultado final y no sobre la relación entre el comportamiento del agente y la simple puesta en peligro, lo cual le permite aplicar el art. 117 CP (homicidio culposo) o el art. 125 CP (lesiones corporales culposas).

Veamos un ejemplo: en circunstancias en que las empresas X y Z ejecutaban trabajos de excavación para instalar tuberías de agua, un accidente se produjo. La excavadora de la empresa X se encontraba en las cercanías de la intersección de dos trincheras en el momento en que algunos obreros trabajaban en el fondo de una de ellas. Cuando la excavadora fue puesta en funcionamiento se produjo un derrumbe que provocó la muerte de dos obreros y lesiones corporales a otros. A, que dirigía los trabajos en su sector, había estado en dos ocasiones en la obra y había constatado que la trinchera ejecutada por la empresa Z estaba mal reforzada y que los obreros trabajaban en su interior. No les había dicho que estaba prohibido encontrarse en el interior mientras la excavadora estuviera en funcionamiento.

No advirtiendo a los obreros de la empresa Z del peligro de derrumbe, en contra de lo dispuesto en la ordenanza del Consejo Federal del 13 de setiembre de 1963 relativa a la prevención en los trabajos de excavación y de pozos, A violó las reglas del arte de construir. Según el Tribunal Federal, “absteniéndose de intervenir el recurrente ha faltado a la vigilancia prescrita en el art. 2 de la ordenanza antes citada y en consecuencia violado las reglas del arte en el sentido del art. 229, inc. 2 CP” (RO 101 IV 31/JdT 1976 IV 107). Como se produjo la muerte de dos obreros, A también es responsable de homicidio culposo, art. 117 CP.

Analizando la relación de causalidad el Tribunal Federal afirmó que,

La causalidad adecuada existe cuando tal causa, en el curso ordinario de las cosas, es apropiada para causar o provocar tal resultado. La causalidad adecuada no se presenta, por el contrario, cuando el hecho considerado se aleja a tal punto del curso ordinario de las cosas de acuerdo con la experiencia de la vida que no se le puede considerar como la consecuencia posible del hecho (...) Como la presente infracción procede de una omisión (omisión de advertir un peligro), no se trata de una relación efectiva sino de una relación supuesta. Se debe, en efecto, buscar si el resultado hubiese –en el curso ordinario de las cosas– sido evitado en caso de que el autor hubiera respetado su obligación de obrar (RO 101 IV 30 s./JdT 1976 IV 107).

Esta explicación de la causalidad no es conforme ni a la situación de hecho ni a las constataciones del mismo Tribunal Federal; este para rechazar la objeción de A, según la cual él no ejercía poder sobre los obreros de la empresa, afirmó que,

El hecho de no advertir a una persona en peligro no es en principio punible. Pero según una jurisprudencia constante quien crea una situación peligrosa para terceros debe tomar las precauciones exigidas por las circunstancias (ATF 90 IV 250 y las sentencias citadas) (RO 101 IV 31/JdT 1976 IV 106).

Esto significa que la omisión de una puesta en peligro de parte del director de trabajos es la causa del resultado según el Tribunal Federal. La advertencia del peligro debió haber tenido lugar una vez que el peligro había sido provocado por el comportamiento anterior: la dirección y ejecución defectuosas de los trabajos (excavación de una canalización mediante una excavadora sin respetar las reglas del arte). La relación de causalidad entre este comportamiento y la puesta en peligro de las personas no es por tanto analizada en el párrafo de la sentencia antes citada.

Estos dos aspectos diferentes de la situación de hecho son distinguidos por el Tribunal Federal, cuando dice

[e]n especial A y el conductor de la excavadora han creado un peligro de derrumbe o, al menos, aumentado este peligro. También el recurrente tenía la obligación de advertir no solo a sus propios obreros sino a todos aquellos que sus trabajos ponían en peligro (p. ej., menores jugando en la proximidad de la excavación) (RO 101 IV 31/JdT 1976 IV 106).

El director de los trabajos dirige realmente la ejecución de la obra e incurre así en el comportamiento de comisión. Comete un error al abstenerse, luego de constatar que la canalización excavada por otra empresa estaba mal reforzada y que obreros se encontraban en su interior a pesar de que la excavadora estaba en funcionamiento. Su omisión caracteriza la modalidad incorrecta de su comportamiento de comisión (dirigir los trabajos). Constituye una inobservancia del deber de atención implícito al comportamiento cometido culposamente “(...) *wo der Handlungsvollzug mit einem ‘Unterlassungsmoment’*” (d. h. *mit der Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt*) verbunden ist (...)” (Wessels, 1980, p. 156).

El conductor de la excavadora ejecuta un trabajo de construcción: excavar una canalización. Se trata, entonces, de una conducta de comisión que crea primeramente un peligro colectivo (para un número indeterminado de personas), para luego provocar la muerte de algunas de esas personas. La omisión (*‘Unterlassungsmoment’*) comprendida en este comportamiento de comisión está constituida, pues, por la inobservancia de la ordenanza relativa a los trabajos de excavaciones y pozos. Es el comportamiento en su conjunto, caracterizado por la violación de las reglas del arte de construir, el que debe ser tomado en cuenta como causa del resultado y no solo la omisión. En el caso analizado es, por tanto, superfluo recurrir a la idea de *‘causalidad hipotética’*.

De lo expuesto se deduce, claramente, que la cuestión de la causalidad no es de orden puramente material y que su constatación no depende únicamente de los criterios de las ciencias exactas. Se trata más bien de una cuestión normativa que consiste en determinar bajo qué condiciones es oportuno imputar objetivamente el resultado al autor del comportamiento; en esta perspectiva, la imputación se da cuando se realizan las siguientes condiciones:

- existencia de una relación de causalidad según los criterios de las leyes naturales,
- creación o aumentación de un peligro no permitido por el orden jurídico,
- atribución del peligro al autor del comportamiento, y
- concreción del peligro prohibido por la norma.

El punto de partida es el hecho que, según las leyes naturales, la relación mínima que vincula al comportamiento con el resultado no sea excluido. Se trata, pues, de la aplicación del criterio de la

causalidad natural señalado anteriormente. En el ejemplo antes dado, la insuficiencia del material empleado es, en principio, desde el punto de vista científico, capaz de crear un riesgo importante.

A este nivel, las dificultades pueden presentarse porque, aun con la participación de expertos, no se logra a veces demostrar, por ejemplo, que el origen del peligro es el material utilizado o la técnica empleada. Esto plantea también la cuestión de la llamada responsabilidad por el 'vicio oculto del producto' *Produkthaftung*, principalmente en el dominio de la comercialización y utilización de mercaderías.

Con miras a responder a la cuestión de la causalidad en este ámbito, se ha propuesto aceptar que es suficiente demostrar la ausencia de toda otra causa sustitutoria o de reserva '*Ersatz- oder Reserveursachen*' (BGHSt 37, 106, caso: *Produkthaftung: Lederspray*); ello comporta reconocer que el producto es propicio a crear este peligro, sin tener que establecer los factores determinantes. Esta aptitud general a producir un efecto negativo (causalidad llamada estadística o general) es demasiado indeterminada (Schünemann, 2006, § 25 n. 196; Tiedemann, 2008, n. 172), aun cuando recuerda a la causalidad adecuada.

En la perspectiva de la imputación objetiva, la constatación del lazo básico entre el comportamiento y el resultado, es facilitado por las prescripciones establecidas como reglas del arte de construir en las directivas de los especialistas (p. ej., las normas SIA). Sin embargo, la constatación primaria de esta vinculación es insuficiente para imputar el peligro concreto producido respecto a la vida o la integridad corporal de las personas. Es aún necesario constatar que, mediante su comportamiento, el autor ha originado una situación peligrosa que supera los límites (fijados por las reglas del arte de construir) del riesgo autorizado o tolerado (en el caso que nos interesa, el relativo a los trabajos de construcción). El peligro así creado debe corresponder a la índole de los actos del agente y debe concretarse en relación con la vida o la integridad corporal de un número indeterminado de personas. Además, este peligro debe ser aquel que la disposición correspondiente, en nuestro caso el que el art. 229 CP, busca evitar.

Si todas estas condiciones son reunidas, se concluye que todos los elementos del tipo legal han sido realizados y que esto es la obra del autor del comportamiento. Por tanto, la ejecución del

delito, comprendida la ‘relación de causalidad’, le es imputada objetivamente.

Tipo legal subjetivo: dolo.

Obra intencionalmente quien lo hace con conciencia y voluntad (art. 12, inc. 2 CP). La conciencia comporta el conocimiento del aspecto objetivo del tipo legal; es decir, de los elementos mencionados por el legislador para describir el comportamiento incriminado. En el caso del art. 229 CP, se trata de dirigir o ejecutar trabajos de construcción o de demolición, violar las reglas del arte de construir y crear un peligro para la colectividad, afectando así indirectamente los bienes jurídicos vida e integridad corporal de las personas. La voluntad, aspecto subjetivo del tipo legal, comprende la realización de cada uno de estos elementos.

Si el autor ignora o desconoce las circunstancias que le exigen respetar las reglas del arte de construir, obra bajo la influencia de un error sobre los hechos (art. 13 CP, *Tatbestandsirrtum*), por lo tanto, sobre el contenido de las reglas del arte o sobre las consecuencias prácticas del incumplimiento (Corboz, 2010, art. 229 n. 29); no actuaría dolosamente por lo que, llegado el caso, solo podría ser reprimido a título de culpa.

Dirigir o ejecutar una obra.

El dolo se refiere, ante todo, al hecho de dirigir o ejecutar una construcción o una demolición; esta intencionalidad no puede ser cuestionada. Al respecto, Lang precisó (Gautier, 1916, p. 366), durante los trabajos preparatorios relativos al inciso 2 del art. 229, que: “*Die Fahrlässigkeit kann sich doch nur auf die Gefährdung beziehen, nicht auf die Leitung oder Ausführung des Baues*”.

Violación de las reglas del arte de construir.

El comportamiento incriminado no es solo el hecho de dirigir o ejecutar una construcción, sino más bien de dirigir o ejecutarla sin respetar las reglas del arte. La conciencia y la voluntad del autor se refieren igualmente a la calidad o, mejor, a la falta de calidad del trabajo que se le ha exigido. Por ejemplo, quien decide construir una columna menos resistente que aquella prevista por el ingeniero, o emplear materiales defectuosos. Esta manera de actuar supone que el autor tiene conciencia de las circunstancias materiales que le

imponen proceder conforme a ciertas exigencias técnicas previstas en la *lex artis*.

Puesta en peligro.

De conformidad con el art. 229, inc. 1 CP, la puesta en peligro es un elemento del tipo legal; el autor debe saber que dirige o ejecuta una construcción sin respetar las reglas del arte y que actuando de esta manera pone en peligro la vida o la integridad corporal de las personas. Debe también querer cometer este comportamiento y su resultado. El Tribunal Federal ha admitido, al respecto, que “quien, con consciencia y voluntad, crea una situación de donde deriva, como él lo sabe, un peligro quiere necesariamente este peligro” (RO 94 IV 60(63)/JdT 1968 IV 75). Se trata, entonces, de un ‘dolo de peligro’ (*Gefährdungsvorsatz*) (Germann, 1942, p. 93).

Si el autor, cuando conoce la puesta en peligro potencial sigue, pese a ello, su actividad, quiere necesariamente esta puesta en peligro; así entonces, “no es indispensable que haya querido la realización del peligro, aún a título de dolo eventual, pues si lo hubiera querido sería responsable por comisión intencional del delito de lesión correspondiente (p. ej., homicidio)” (RO 94 IV 60(63)/JdT 1968 IV 75).

Tipo legal subjetivo: a sabiendas.

El tipo legal subjetivo es restringido en la medida en que la intencionalidad debe consistir en el conocimiento certero de que el comportamiento pone, realmente, en peligro la vida o la integridad de las personas; según los jueces federales si “bastara que el autor sea consciente del hecho de crear una posibilidad de peligro, la expresión ‘a sabiendas’ sería superflua, pues la consciencia de la posibilidad de peligro está comprendida en la noción de dolo eventual y no hubiera sido necesario mencionarla expresamente”. El término ‘a sabiendas’ excluye el dolo eventual, pues este solo exige la consciencia de la probable realización del resultado (la puesta en peligro colectiva). El autor debe obrar con dolo directo en el marco del art. 229 CP (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 39).

Tentativa y participación.

El delito se consuma con la puesta en peligro colectiva (resultado típico); la tentativa es posible: el autor dolosamente viola las reglas

del arte de construir para poner en peligro a las personas, pero este peligro no se produce y debe ser sancionado porque ha cometido una tentativa (Hurtado, 2011, p. 978).

La participación también es posible. Siempre es una intervención intencional y el *animus*, junto con la intensidad de la voluntad culpable, constituyen elementos decisivos (Hurtado, 2008, n. 1075; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 43). Como se trata de un delito especial, el Tribunal Federal admite que el *extraneus* (tercero que no dirige ni ejecuta la construcción) solo puede ser instigador o cómplice de quien tiene la condición de autor principal según el art. 229 CP (6P.22/2007, no publicada; RO 111 IV 74 /JdT 1985 IV 100; RO 95 IV 103(117)/JdT 1969 IV 112).

Delito culposo

Tipo legal.

La forma culposa del delito está prevista en el inc. 2 del art. 229 CP. De acuerdo con el art. 12, inc. 3 CP, obra culposamente quien, por una imprevisión culpable, actúa sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su comportamiento, debido a que toma las precauciones exigidas por las circunstancias o su situación personal. En la práctica, la aplicación del art. 229, inc. 2, es más frecuente que la del inc. 1 de la misma disposición. Esto es debido a la índole misma de la actividad en cuestión, cuyo grado de tecnicidad y la evolución de los métodos favorecen los comportamientos negligentes; el tipo legal no refleja esta realidad. El texto del primer inciso es detallado, mientras que el del segundo no solo es breve, sino también defectuosamente redactado. Dice: “La pena será privativa de la libertad no mayor de tres años o una pena pecuniaria si la inobservancia de las reglas del arte son debidas a una negligencia”.

Relaciones con el dolo.

Son dos las posibilidades imaginables en el marco de la aplicación de las nociones de dolo y culpa en el art. 229 CP. Partiendo de la idea que el comportamiento base del delito, a saber la dirección o ejecución de una construcción o de una demolición, es siempre consciente y voluntario, se pueden considerar cinco hipótesis:

1. X intencionalmente dirige o ejecuta una construcción o una demolición y viola también con intención las reglas del arte

y pone, a sabiendas, en peligro la vida o la integridad corporal de las personas. Se trata de la hipótesis analizada en precedencia.

2. X de forma dolosa dirige o ejecuta una construcción o una demolición y viola también intencionalmente las reglas del arte y, de manera culposa, pone en peligro la vida o la integridad corporal de las personas. No se da cuenta o no tiene en cuenta los efectos de su comportamiento.
3. X dirige o ejecuta una construcción o una demolición y viola con culpa las reglas del arte, poniendo en peligro la vida o la integridad corporal de las personas; esta hipótesis, a pesar de su factibilidad, no está prevista en el texto del art. 229 CP.
4. X dirige o ejecuta una construcción o una demolición sin respetar, culposamente, las reglas del arte y pone en peligro, a sabiendas, la vida o la integridad corporal de las personas. Hipótesis que estaría prevista si se reemplazase el término intencionalmente del primer inciso por la expresión 'por negligencia'. Lo que no es el caso.
5. X viola culposamente las reglas de arte y, de modo negligente, pone en peligro la vida o la integridad corporal de las personas. Es esta hipótesis la que el legislador ha previsto reprimir en el art. 229, inc. 2 CP, y que nos concierne de forma más directa.

El Código Penal alemán (Wolters & Horn, 2009, § 319, n. 9), de manera más clara, prevé, por un lado, dos comportamientos dolosos de '*Baufährdung*' (planificar, dirigir o ejecutar trabajos de construcción o demolición sin respetar las técnicas generalmente reconocidas) y, por otro, primero, el caso de quien "ha causado el peligro por culpa (...)" (§ 319 ch. 3) y, segundo, el hecho de crear el peligro culposamente mediante la realización de los comportamientos previstos en los numerales 1 y 3.

Deber de prudencia y reglas del arte.

El art. 299, inc. 2 CP, como toda disposición que reprime un delito culposo, supone la violación de un deber de prudencia. De acuerdo con la jurisprudencia,

[p]ara que haya negligencia, es necesario que el autor haya violado las reglas de cuidado que las circunstancias le imponen para no

sobrepasar los límites del peligro permitido y, además, que no haya prestado atención o no haya hecho los esfuerzos que podía esperarse, realice para respetar su deber (RO 133 IV 158, c. 5.1).

Este deber de prudencia, basado en el principio del respeto a bienes jurídicos de terceros, tiene, en el marco del derecho de la construcción, diversas fuentes. Las reglas del arte derivan de los deberes impuestos por la prudencia. Estos últimos pueden ser declarados en las normas establecidas por el orden jurídico para asegurar la seguridad y evitar los accidentes. A falta de disposiciones legales o reglamentarias, se encuentran en reglas análogas estatuidas por asociaciones privadas o semipúblicas (RO 129 IV 119, c.2.1/JdT 2004 IV 118). En efecto, las mismas reglas del arte, escritas o consuetudinarias, constituyen una fuente esencial de este deber de prudencia, principalmente aquellas que conciernen las medidas de seguridad. Las circunstancias particulares en que tiene lugar el caso concreto (condiciones meteorológicas desfavorables, técnica elevada...) hacen surgir también la obligación de actuar con una prudencia especial, incluso cuando no existan en una prescripción formal (RO 106 IV 264/JdT 1982 IV 9). Este deber se generaliza, a veces, aplicando el criterio según el cual, quien practica una actividad implicando riesgos para terceros, está obligado a tomar las precauciones exigidas por las circunstancias (Schultz, 1982, p. 207). El art. 104 de la Norma SIA 118 precisa además que el “empresario toma las medidas de seguridad para prevenir accidentes y proteger la salud de las personas, el director de trabajos debe prestarle ayuda”.

Previsibilidad de la puesta en peligro.

Un comportamiento solo puede ser culposos si el resultado es previsible; el agente debe tener la posibilidad de prever el desarrollo de los hechos según las circunstancias, sus capacidades individuales y las circunstancias materiales. Debe preguntarse, entonces, si el autor podía entrever, a grandes líneas, la evolución de los sucesos (RO 133 IV 158, c. 5.1). La especialización del agente o su experiencia en la construcción son elementos que permiten apreciar *in concreto* la previsibilidad del resultado (RO 133 IV 158; RO 129 IV 119/ JdT 2004 IV 118; RO 90 IV 246(251)/JdT 1965 IV 83; cf. RO 79 IV 170 s./ JdT 1954 IV 104). Es en el marco de la causalidad adecuada que el Tribunal Federal, buscando precisar las nociones de ‘curso ordinario de las cosas’ y ‘experiencia de la vida’, analiza la previsibilidad del resultado. Afirma de manera constante que un conocimiento exacto y preciso de la evolución de los hechos no es indispensable.

X “hubiera debido pensar que terceros podían ser expuestos a peligro mediante los trabajos de excavación si sus obreros no eran advertidos de la presencia de conductos. Saber si podía y debía prever el desarrollo exacto de los sucesos es impertinente (...)” (RO 90 IV 246 (251)/JdT 1965 IV 83; cf. RO 79 IV 170 s./JdT 1954 IV 103 s). De modo que poco importa que el autor haya podido prever que los hechos pasarían precisamente tal como sucedieron (RO 115 IV 199, c. 5.c. /JdT 1991 IV 71).

Culpa consciente e inconsciente.

Según la noción de culpa prevista en el art. 12, inc. 3 CP, el autor puede obrar “sin darse cuenta de las consecuencias de su acción o sin tenerlo en cuenta”. Si se da cuenta de la posibilidad de provocar un perjuicio mediante su accionar, subestima esta posibilidad y cree poder evitar su realización, se trata de una culpa consciente (ATF 90 IV 246 c. 1 b; Cfr. Hurtado, 2008, n. 1392). Actúa con culpa inconsciente cuando, debido a una desatención o falta de voluntad de actuar conforme a derecho para evitar la creación del peligro, no se da cuenta de las consecuencias de su acto e ignora el resultado concreto de su comportamiento (Hurtado, 2008, n. 1391).

La tercera hipótesis, imaginada al inicio de este capítulo respecto a la culpa, sobre la base del sentido literal del art. 229, inc. 2 CP, debe ser eliminada. Esta disposición no puede ser comprendida en este sentido: “quien, mediante culpa, hubiera infringido las reglas del arte dirigiendo o ejecutando una construcción o una demolición y hubiera de esta manera puesto en peligro, a sabiendas, la vida o la integridad corporal de las personas, será castigado (...)”. La redacción defectuosa del art. 229 CP es el origen de estos problemas de interpretación. La culpa concierne no solo a la violación de las reglas del arte de construir, sino también a la puesta en peligro de la vida y la integridad corporal de las personas (Cfr. Corboz, 2010, art. 229, n. 34; Logoz, 1956, art. 229, n. 5; Trechsel, 2008, art. 229 n. 10).

Por ello se dijo que la expresión ‘a sabiendas’ excluía, en la forma intencional del delito, el dolo eventual en relación con la puesta en peligro. Qué hacer, entonces, con quien viola intencionalmente las reglas del arte y, mediante dolo eventual, pone en peligro la vida de las personas. El problema es el mismo para quien de forma intencional vulnera las reglas del arte y pone culposamente en peligro dichos bienes jurídicos. Como no se puede aplicar el primer inciso del art. 229 CP, solo quedaría recurrir al inciso segundo; como

este reprime un comportamiento *a priori* menos grave, se puede aceptar su aplicación para los casos mencionados. Gran parte de la doctrina admite esta solución cuya importancia práctica es muy pequeña (Bendel, 1960, p. 87).

Culpa concomitante.

La construcción o la demolición de una edificación comportan, como ya se ha señalado, diversos peligros. Los que participan en su realización están obligados a sujetarse a las reglas del arte y a usar la diligencia necesaria para respetar las reglas de seguridad (Cfr. Corboz, 2010, art. 229, n. 17). Cada uno puede esperar de los demás que se comporten también de acuerdo con esas reglas y, por tanto, con prudencia. La culpa de un tercero o de la víctima no es, sin embargo, suficiente para excluir la culpa de un participante, pues en el derecho penal no existe la compensación de culpas.

La puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, raramente se debe a una sola circunstancia en la ocurrencia el comportamiento del agente. Se produce, más bien, por la concurrencia de diversos factores. Sucede con frecuencia que diversas personas sean responsables de una sola y misma violación de las reglas del arte, en razón de sus variadas competencias (Corboz, 2010, art. 229, n. 17). La responsabilidad del agente deberá entonces ser determinada según el papel que ha jugado, la índole y amplitud de sus deberes, que sea director de trabajos, contratista, jefe de equipo u obrero calificado, etc.

Recuérdese el caso del director de trabajos que olvida informar a sus obreros que está prohibido permanecer en la excavación durante la ejecución de los trabajos. Según el Tribunal Federal:

[p]oco importa que los obreros hayan podido reconocer el peligro o alejarse espontáneamente del lugar. Ciertamente, no es necesario tener una formación para darse cuenta de que una canalización estrecha y profunda puede derrumbarse y causar la muerte de personas. Pero también se sabe que muchas personas descuidan peligros manifiestos, como ha sucedido en el caso sub iudice” (RO 101 IV 28(32)/JdT 1976 IV 107 ss.).

En otro caso, el Tribunal Federal admite que la confianza acordada a un subordinado no descarga de responsabilidad al titular de las obligaciones:

[e]l hecho de que el colaborador más próximo del recurrente (arquitecto, director de trabajos) carezca de los conocimientos necesarios es superfluo. J. era responsable de la planificación y de la ejecución de los trabajos. No es necesario indagar si, en la hipótesis de que su colaborador hubiera sido mejor formado, le fuese atribuible una culpa. Precisamente, del hecho de que este colaborador fuera inexperienced principalmente en este dominio, aquí cuestionado, de la estática, obligaba a J. bien a escoger un método de construcción con el que estuviera familiarizado, o bien, en consideración de la que ha escogido, a informarse o dirigirse a un especialista (RO 90 IV 246(251)/JdT 7965 IV 83; RO 106 IV 264/JdT 1982 IV 10).

La ausencia o insuficiencia de control de parte de las autoridades competentes no excluye automáticamente la responsabilidad del director de trabajos o de los ejecutantes. Un funcionario de policía de construcciones, que inspecciona y aprueba el conjunto de un edificio sin señalar defectos graves y peligrosos, no es pasible de aplicación del texto del art. 229 CP. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se aplique a otros responsables. En un asunto de transporte de dalles en betón manualmente, el Tribunal Federal se pronunció señalando que,

[n]o era decisivo que, ni la autoridad cantonal que vigilaba la obra ni la Caja nacional no hubiesen intervenido para oponerse a dichos trabajos. Cuando se produce el accidente, los trabajos de coulage y de transporte de dichas dalles se realizaban desde hacía unos días. Que durante ese tiempo, los servicios de seguridad de obras y el asegurador hayan intervenido no permite afirmar que hubiesen aprobado los trabajos. Además, esta aprobación no excluiría necesariamente una imprevisión del empresario (RO 90 IV 8(13)).

Sanción

En caso de delito doloso, el autor puede ser castigado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con pena pecuniaria no mayor del límite superior indicado en el art. 34 CP; si la pena impuesta es privativa de libertad, se le aplica igualmente la pena pecuniaria. De esta manera, se tiene en cuenta que el delito es frecuentemente cometido por afán de lucro.

El legislador busca reprimir del modo más eficaz la violación de las reglas del arte de construir. Ha pensado en los casos más graves, por lo cual considera necesario imponer ambas penas en ciertos casos: *“Busse ist gerechtfertigt, weil oft die Spartendenz die Bauleute zu fahrlässiger Begehung dieser Delikte verleitet”* (Zürcher, 1914, p. 365),

pues el agente muchas veces obra motivado por las ansias de ahorrar y así obtener mayor provecho económico.

Durante los trabajos de unificación del derecho penal suizo, esa orientación fue fuertemente criticada por las personas que actuaban en la construcción (Rohr, 1960, p. 30). Consideraban que así se castigaba, principalmente, a los empresarios menos pudientes, quienes son los más tentados a economizar. En el Anteproyecto de 1908 se consagró, en cierta medida, la opinión de la Asociación de artes y oficios, al preverse la prisión y la multa no mayor de veinte mil francos. Sin embargo, en el proyecto de 1918 se agravó la pena para el delito doloso. El texto actual prevé solo la aplicación alternativa de las mismas penas en caso de delito culposos.

Prescripción de la acción penal

De acuerdo con el art. 98 CP, el plazo de prescripción (Schultz, 1987, p. 30) comienza a correr de tres maneras diferentes. En caso de delitos instantáneos, se inicia el día en que el delincuente ejecutó la actividad culpable (let. a). Si el delito es ‘cometido en diversas ocasiones’, se inicia el día en el que el último acto fue cometido (let. b). Tratándose de delito continuado, donde la ejecución tiene un lapso determinado, comienza a contarse a partir del día en que cesa la actividad delictuosa (let. c) (Hurtado, 2008, n. 1709). El legislador adopta el criterio de la acción (*‘Handlungstheorie’*) y rechaza la teoría del resultado (*‘Erfolgstheorie’*).

Es indispensable, por tanto, tener en cuenta la índole de la actividad incriminada, es decir, la descripción del comportamiento incriminado contenida en el tipo legal. Según las explicaciones precedentes, el delito del art. 229 CP consiste en poner en peligro la vida o la integridad corporal de las personas, mediante la violación de las reglas del arte de construir en ocasión de dirigir o ejecutar una construcción o una demolición. Se trata, primero, de un delito instantáneo (*‘Zustandsdelikt’*) (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 50), que se consuma con el surgimiento de la situación ilícita que resulte del comportamiento indicado por el tipo legal. No constituye por ello un delito continuo *‘Dauerdelikt’* (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 50), pues el mismo implica que la situación ilícita perdure tanto tiempo como el agente continúe cometiendo el comportamiento prohibido. Tampoco es un delito de resultado porque este, para su consumación, supone la puesta en peligro concreta de la vida o la integridad corporal de las personas.

No obstante, el comportamiento descrito en el art. 229 CP no es una acción singular como la correspondiente a otros delitos instantáneos (p. ej., homicidio: matar una persona envenenándola). El legislador prevé un comportamiento durable compuesto de diversos actos: el proceso de dirigir o ejecutar la construcción o la demolición, que dura un lapso más o menos largo y en ocasión a ello, el agente no respeta las reglas del arte de construir (unidad jurídica de acción). Cuando se trata de una conducta de comisión, el autor obra, si es arquitecto, todo el tiempo que orienta y controla los trabajos. Si es ingeniero o contratista, en todo el periodo que utiliza en construir la edificación; y si es obrero, el tiempo que dura la actividad que le ha sido asignada. Esto implica que el comportamiento puede tener lugar hasta el final de la actividad de construir o demoler (Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229, n. 50). El punto de partida de la prescripción no es entonces ni el día en que el agente viola las reglas del arte de construir, ni el día en el que el resultado se produce (puesta en peligro de la vida o integridad corporal de las personas). Poco importa que el resultado se produzca más tarde o que la situación peligrosa perdure posteriormente. No se puede pretender que los actos culpables subsisten en la medida en que el peligro persiste: se considera que el agente actúa, mientras que el peligro debido a su culpa dura, teniendo el agente, el deber de intervenir (TF, 6S.449/2004, c. 2.1; Gless, 2011, p. 473 y ss.).

En una sentencia relativa a un accidente ocasionado con la puerta automática de un garaje, reparada varias veces durante los años siguientes a su instalación, el Tribunal Federal estimó que el plazo de prescripción había comenzado a correr en el momento de la instalación de la puerta en 1992 y no en el momento de las reparaciones ulteriores. Por ello, entendió que de las facturas de las reparaciones no se deducía que los trabajos hubieran comprendido el control de los elementos de seguridad (TF, 6S.449/2004, c. 3). Siendo el plazo de prescripción referente al art. 229 CP, conforme al art. 97, inc. 1, let. c CP, de siete años, la acción estaba prescrita en el momento del accidente (TF, 6S.449/2004, c. 2.2).

Si se trata de un comportamiento de omisión (p. ej., abstenerse de dirigir, de tomar alguna medida de seguridad), el plazo se inicia bien el día en que el autor tiene aún la posibilidad de intervenir o bien el día en que la obligación de intervenir ha cesado. Si un resultado fatal se produce con posterioridad a la culminación de los trabajos de construcción, el constructor puede ser declarado

responsable (p. ej., de homicidio culposo por comisión por omisión). La prescripción de la acción penal por violación de las reglas del arte de construir puede haberse dado, pero la relativa al homicidio culposo comienza a contarse solo a partir de la producción del accidente. En efecto, cuando, por ejemplo, el responsable de la seguridad de una instalación (en el caso de un teleférico) omite, aun sabiendo que existía un problema capaz de poner en peligro a los usuarios y un accidente fatal se produce,

[e]l inicio de la prescripción coincide entonces, en materia de homicidio culposo, con el momento en que el autor ha actuado en contra de sus deberes de prudencia o, en caso de delito de omisión impropia, a partir del momento en que el garante debió obrar; si este deber perdura un cierto lapso, entonces la prescripción solo comienza a correr a partir del momento en el que las obligaciones de garante han culminado (TF, 6S.449/2004, c. 2.2; Cfr. ATF 122 IV 63).

En el derecho alemán, el art. 78A del CP alemán (*‘Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt’*) prevé que la prescripción comienza a correr desde el fin de la actividad. Si se provoca con posterioridad un resultado relativo a la situación sobreviniente, la prescripción se iniciará en este momento precisamente. Antes de optar por esta solución clara, en Alemania existía una situación jurídica parecida a la suiza. Sin embargo, la jurisprudencia y parte de la doctrina brindaron una interpretación ‘rectificadora’, según la cual la prescripción solo podía comenzar en el momento en que todos los elementos constitutivos del delito, comprendido el resultado, estaban realizados; en otros términos, desde el momento en que la persecución penal era posible (Gless, 2011, p. 468; Roelli & Fleischanderl, 2007, art. 229 n. 53).

Responsabilidad penal de la empresa

En la actividad de la construcción intervienen, de manera frecuente e importante, las empresas especializadas. La magnitud de las obras y los medios técnicos cada vez más perfeccionados, requieren que los constructores cuenten con los medios materiales y personales para practicar las edificaciones. Si en el marco de sus actividades, se comete el delito previsto en el art. 229 o, en concurso ideal o real, cualquier otro delito, se plantea la cuestión de la responsabilidad penal de la empresa misma (Hurtado, 2008, p. 385, n. 1196).

De acuerdo con el sistema establecido en el art. 102 CP, la preocupación principal debe ser la identificación y sanción del o de los responsables individuales. Solo cuando no se logra identificarlos, se plantea la imputación penal contra la empresa. De acuerdo con el inc. 1 de esta disposición, la imputación procede a condición de que un delito haya sido cometido al interior de la empresa, en ocasión de una de sus actividades comerciales y conforme a sus fines, siempre y cuando dicho delito no pueda imputarse a una persona física 'debido a la falta de organización de la empresa'.

Respecto al art. 229, esto significa que la organización de la empresa debe tener graves carencias en relación con el control y la vigilancia de las actuaciones de sus miembros, a tal punto que resulta imposible identificar al responsable individual de la puesta en peligro de la vida e integridad de las personas mediante las reglas del arte de construir.

La imputación de responsabilidad penal a las empresas se explica, desde una perspectiva de política criminal, porque sus miembros, deliberada o indirectamente, favorecen el surgimiento de un contexto criminógeno debido a su falta de organización. De manera tal que la disolución u ocultamiento de las responsabilidades individuales, produce una responsabilidad colectiva (Hurtado, 2008, p. 393 p. 393, n. 1223; Roth, 1997, p. 350). La deficiencia de organización, es la que da origen a la imposibilidad de identificar a la persona física responsable del delito, quien debe ser debidamente constatada (Hurtado, 2011, p. 27).

Referencias

- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo* (Trad. Martín Steinmetz). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
- Bendel, F. (1960). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde (Art.229 StGB). Ginebra.
- Bendel, F. (1963). Die fahrlässige Tötung und Körperverletzung beim Bauen. *Revue de droit pénal suisse*, 79.
- Bindhardt, W., & Jagenburg, W. (1981). *Die Haftung des Architekten*. Düsseldorf: Werner-Verlag.
- Boix, J., & Orts, E. (2001). Consideraciones sobre el art. 316 del Código Penal. En U. d. Castilla, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (pág. 59 y ss). Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca.

- Corboz, A. (2002). *Le territoire comme palimpseste et autres essais*. Besancon: D l'imprimeur.
- Corboz, B. (2010). *Les infractions in droit suisse, Vol. II, (3° ed.)*. Berna.
- Del Arco Torres, M., & Pons, M. (2003). *Derecho de la construcción (aspectos administrativos, civiles y penales)*. Granada: Comares.
- Ferler, A. (1954). *Der strafrechtliche Schutz der Sache vor Beschädigung (Tesis de maestría/doctorado)*. Berna: Basel.
- Gallas, W. (1963). *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten (Unter besonderer Berücksichtigung des verantwortlichen Bauleiters)*. Heidelberg: Verlags-Gesellschaft Recht und Wirtschaft.
- Gauch, P. (1985). *Der Werkvertrag (3° edición)*. Zurich: Basel.
- Gauch, P. (1986). Vom Architekturvertrag seiner Qualifikation und der SIA 102. En P. Gauch, & P. Tercier, *Le droit de l'architecte*. Fribourg.
- Gautier. (s.f.). Proces-verbal de la 2e Commission d'experts, III, 364.
- Germann, O. (1942). *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*. Zurich.
- Gómez, M. (1997). Responsabilidad penal por riesgo en la construcción: análisis del artículo 350 del Código Penal (Tesis, Universidad de Sevilla).
- Hafters, E. (1943). *Schweizerisches Strafrecht*. Berlín.
- Hanspeter, K., & Trechsel, A. (2008). *The Politics of Switzerland, Continuity and change in a consensus democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Horn, E. (1973). *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: Otto Schmid.
- Horn, E. (1985). En *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Frankfurt: Luchterhand.
- Hurtado, J. (2008). *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Hurtado, J. (2011). *Droit pénal économique: questions de la partie générale*. Zurich: Schulthess Juristische Medien AG.
- Lackner, K. (1987). *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*. Berlín: Walter de Gruyter.
- Logoz, P. (1956). Commentaire du code pénal suisse. *Revue internationale de droit comparé*, 8 (1), 179-180.

- Löhner, O. (1907). *Bauarbeiterschutz und Baupolizei in Bayern, n° 84 der Münchener Volkswirtschaftlichen Studien*. Munich: Stuttgart.
- Monge, A. (1997). *Responsabilidad penal por riesgos en la construcción: análisis del artículo 350 del Código Penal*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Monge, A. (2012). La responsabilidad penal por riesgos en la construcción: Análisis del artículo 350 del Código Penal, (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla). Sevilla.
- Nikusch, K.-O. (1967). § 330 als Beispiel für eine unzulässige Verweisung auf die Regeln der Technik. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 811 y ss.
- Noll, P. (1954). *Der subjektive Tatbestand der Gefährdung des Lebens nach Art. 129 des Strafgesetzbuches*. Suiza: Stämpfli.
- Noll, P. (1981). *Schweizerisches Strafrecht*. Zurich: Schulthess.
- Riklin, F. (1986). Zum Strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Architekten. En *Le droit de l'architecte*.
- Riklin, F. (1985). Zum Straftatbestand des Art.229 StGB (Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde). *Baurecht*.
- Riklin, F. (1986). Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Architekten. *Le droit de l'architecte*, 397 y ss.
- Roelli, B., & Fleischanderl, P. (2007). Art. 229. En M. Nigli, & H. Wiprächtiger, *Strafrecht II*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Rohr, R. (1960). *Die Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde (Art. 229 StGB)*. Zurich: Druck: Willisauer Volksblatt AG.
- Roth, R. (1987). *Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels*. Lausanne: Payot.
- Roth, R. (1997). Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion. *Revue pénale suisse*, 345-381.
- Schaumann, C. (1999). *Rechtsprechung zum Architektenrecht*. Freiburg: Schulthess.
- Scherer, E. (1965). *Strafrecht in der Baupraxis: Kommentar*. Düsseldorf: Werner.
- Schöncke, A., Horst, S., Lenckner, T., Eser, A., Peter, C., Stree, W., ... Sternberg-Lieben, D. (2001). *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munich: C.H. Beck.
- Schubarth, M. (1982). *Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht*. Berna: Stämpfli.

- Schultz, H. (1982). *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Berna: Stämpfli.
- Schultz, H. (1987). *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches*. Berna: Stämpfli.
- Schumacher, R. (1986). Die Haftung des Architekten aus Vertrag. En P. Gauch, & P. Tercier, *Le droit de l'architecte* (pág. 105 y ss). Berna: Schulthess.
- Schünemann, B. (2007). Kommentar des § 25 ff. StGB. En H. W.-v. Sann/Klaus, *Leipziger Kommentar, Großkommentar zum*. Berlín.
- Stratenwerth, G. (2000). Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II (5 ed.) Berna: Stämpfli.
- Stratenwerth, G., Jenny, G., & Bommer, F. (2000). *Schweizerisches Strafrecht, BT II*. Berna: Stämpfli.
- Tercier, P. (1983). La loi, les normes et leurs compléments. En P. Gauch, & P. Tercier, *Droit de la construction* (págs. 63-68).
- Thormann, P., & Von, O. (1941). *Das schweizerische Strafgesetzbuch*. Zurich: Schulthess & Co.
- Tiedemann, K. (2007). *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil ; mit wichtigen Rechtstexten*. Munich: Karl Heymanns.
- Velten, J. (1965). *Die Baugefährdung (330 StGB). Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung*. Kiel.
- Vitt. (1963). *Die Verantwortung der am Bau Beteiligten nach den Vorschriften der neuen Landesbauordnung*. Die Bauverwaltung.
- Wessels, J. (1980). *Strafrecht Allgemeiner Teil (10° Ed.)*. Karlsruhe: Hüthig Jehle Rehm.
- Willfratt, M. (1968). Gefährdung des Lebens nach Art. 129 StGB. *Revue Pénale Suisse*.
- Wirz, B. (1946). Der Schutz der Grundstücke vor Beschädigungen nach dem schweizer (Tesis, Universitaire BCU Lausanne). Lausanne.
- Wolters, H. (2009). § 319. En R. Hans-Joachim, H. Eckhard, & E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (8° Ed.)* (págs. 1-37.). Berlín: Carl Heymanns.
- Zürcher, E. (1914). *Exposé des motifs de l'Avant-projet (Trad. Gautier Alfred)*. Berna: Stämpfli.

III

Jurisprudencia



**La sentencia de la C. S. J.
del doce de noviembre de 2014: un tercer momento hito
en la evolución de la jurisprudencia sobre la ‘dosis personal’
para el consumo de estupefacientes**

El porte de estupefacientes, no solo cuando se trate de “excesos ligeros a la dosis de uso personal”, sino también en “cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal”, no es una conducta antijurídica si se acredita que el agente “indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”, pues tal comportamiento “no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud, la seguridad pública o el orden económico y social)”.

*César Augusto López Londoño**

(Apartes de la sentencia)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

Magistrado Ponente

SP15519-2014

Radicación N° 42617.

Aprobado acta No. 385.

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014).

VISTOS

La Corte dicta el fallo mediante el cual decide la demanda de casación instaurada por el Fiscal 48 Seccional de Bello (Antioquia) en contra de la

* Especialista en Derecho Penal.

sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 12 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la absolución decretada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello a favor de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, por el delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la sentencia impugnada, se enunciaron como hechos penalmente relevantes los siguientes:

El 6 de febrero de 2012, a eso de las 12:38 horas, en una zona boscosa del barrio Paris del Municipio de Bello, específicamente en la carrera 80 con calle 21, agentes de la Policía Nacional que realizaban labores de patrullaje en el sector, cuando se desplazaban a realizar una requisa a dos personas que se encontraban en este lugar, observaron cuando una de ellas, quien posteriormente fue identificado como John Henry Montoya Bustamante, arrojó una bolsa transparente al suelo, y al ser revisada se halló en su interior 52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína.

2. Procesales

En audiencias preliminares celebradas el 7 de febrero de 2012 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello (Antioquia), (i) se legalizó la captura de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, y (ii) se le formuló imputación como presunto autor del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (verbos: portar o llevar consigo).

Una vez la Fiscalía presentó el escrito de acusación¹ por el mismo delito que inicialmente imputó, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello asumió su conocimiento y realizó la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria los días 3 y 31 de julio de 2012, respectivamente.

El Juicio Oral se llevó a cabo en dos sesiones: el 16 de octubre y el 21 de noviembre de 2012. En esta última, el juzgado anunció sentido de fallo absolutorio, del cual se hizo lectura en audiencia celebrada el 10 de diciembre de ese mismo año. Contra esa decisión, la Fiscalía interpuso recurso de apelación que sustentó oralmente.

El Tribunal Superior de Medellín resolvió la apelación el 16 de agosto de 2013 confirmando la sentencia absolutoria. A su vez, esta decisión fue objeto del recurso de casación por el delegado de la Fiscalía, quien presentó la respectiva demanda el 6 de septiembre siguiente.

La demanda de casación fue admitida mediante auto del 25 de noviembre de 2013 y la audiencia de sustentación se celebró el 15 de julio de 2014.

LA DEMANDA

Luego de identificar los sujetos procesales, los hechos juzgados, la actuación procesal relevante y los fundamentos de la sentencia impugnada, manifestó que esta última afectó derechos o garantías fundamentales (salud pública) por violación directa de la ley sustancial (art. 181-1 C.P.P./2004) en la modalidad de interpretación errónea del artículo 11 del Código Penal.

En primer lugar, trae a colación la sentencia SU-047 de 1999 para advertir sobre la obligatoriedad del precedente judicial en Colombia. Luego, cita y transcribe parcialmente sentencias dictadas por esta Corporación en relación al valor de la jurisprudencia como fuente de derecho: 1) la del 16 de septiembre de 2010, Rad. 26680; 2) la del 1 de febrero de 2012, Rad. 34853; 3) la del 14 de noviembre de 2012, Rad. 34015; y 4) la del 21 de noviembre de 2012, Rad. 39858.

Una vez realiza tales precisiones, se pregunta si existió un cambio de perspectiva jurisprudencial debido a las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo No 002 de 2009, tal y como lo afirmó el Tribunal Superior de Medellín. Luego, estima errado que este último manifieste que a partir de la reforma constitucional se inhibe al Estado de perseguir penalmente al consumidor, aun cuando a renglón seguido reconozca *“que en tanto se porte el estupefaciente para ese fin y en cantidad que no obligue a descartar ese propósito”*, pues bajo tal entendimiento aquél siempre resultaría impune al porte y a la conservación de las sustancias ilícitas.

Señala que muy a pesar que en la sentencia se admite que más allá de la prueba de la condición de adicto es la cantidad hallada en su poder la que obliga a confirmar o descartar el propósito del consumo; también aseguró alejándose del precedente jurisprudencial, que el nuevo marco normativo obligaba a replantear el concepto de dosis de aprovisionamiento y, lo que considera más grave aún, que en la sentencia C-491 de 2012 se avaló *“la ausencia de punición de la dosis personal de estupefacientes, así como la sanción de cantidades menores destinadas al tráfico”*, tesis según la cual ahora estaría permitido el microtráfico de estupefacientes.

Advierte el demandante que la misma Corte Constitucional en dicha sentencia reconoció que la Sala de Casación Penal ha desarrollado un precedente en materia de tratamiento político-criminal del porte de dosis personal de sustancia estupefaciente, el cual se encuentra consignado fundamentalmente en las sentencias proferidas en los procesos 23609 de 2007, 28195 de 2008, 31531 de 2009 y 35978 de 2011, y se desarrolló a través de cinco reglas². En este contexto concluye que *“..., la prohibición del artículo 49 de la Constitución, no ampara la penalización del porte y consumo de estupefaciente en dosis mínima.”*

Insiste en que el asunto de las cantidades que ligeramente sobrepasan lo dispuesto por la ley como dosis para el consumo personal, continúan

su desarrollo en la sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 35978, que examinó los efectos del Acto Legislativo No 002 de 2009, la cual cita en extenso para advertir que antes y después de esta reforma, es posible no sancionar penalmente al consumidor que es sorprendido en posesión de estupefacientes en las cantidades definidas en la ley o las que ligeramente las superen, siempre y cuando se demuestre esa destinación.

En el caso concreto, continúa, el defensor probó la condición de adicto a la marihuana del procesado; sin embargo, estima el impugnante que ese argumento no puede disculpar la conducta investigada según la cual aquél portaba marihuana en una cantidad superior a dos veces la dosis tolerada (52 gramos), pues claramente esa cuantía desborda los límites de razonabilidad y tal evento permite presumir una destinación ilícita de la droga incautada con peligro para el bien jurídico de la salud pública.

Por último, advierte que la tesis del Tribunal Superior de Medellín implica que los adictos por su sola condición, no solo deben ser impunes a las conductas de portar o conservar estupefaciente, sino también a la de comprar o adquirir. En virtud de lo anterior, solicita se case la sentencia para que, en su lugar, se condene al procesado como autor material del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, en la modalidad de *llevar consigo*.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia, la delegada de la Fiscalía manifestó que estaba conforme con los argumentos de la demanda, mientras que el defensor solicitó no casar la sentencia impugnada y, en su lugar, sea confirmada, pues no se estructura el cargo.

CONSIDERACIONES

El delegado de la Fiscalía General de la Nación fundó su demanda de casación en la presunta violación directa de la ley sustancial, toda vez que por una interpretación errónea del artículo 11 del Código Penal y de la línea jurisprudencial vigente en relación a la antijuridicidad en el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, especialmente lo relativo a la conducta de llevar consigo para el consumo, decidió absolver a JHON HENRY MONTOYA BUSTAMANTE cuando el entendimiento adecuado de tales parámetros normativos debió derivar en la condena.

1. Consideraciones preliminares acerca del delito de “Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes”

«Artículo 376. Modificado. L. 1453/2011, art. 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del

Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinticuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

Como puede observarse, el tipo penal transcrito es compuesto o alternativo porque prohíbe un número plural de conductas (introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar), cada una de las cuales de manera autónoma puede configurar el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Ante tal situación, se advierte desde ya que el presente análisis versará exclusivamente sobre la conducta de portar o llevar consigo sustancias estupefacientes o sicotrópicas, pues es esta la conducta concreta por la que se investigó y juzgó al procesado, especialmente cuando el destino de tales drogas es el consumo personal.

Otro comentario inicial que es posible hacer a partir de la sola redacción del tipo penal en cuestión, es que en la conducta consistente en portar o llevar consigo estupefacientes para el propio consumo, el factor cuantitativo juega varios roles: 1) Es un elemento determinante de tipicidad, pues solo un exceso de la dosis personal establecida en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, permite ubicar el comportamiento en el espectro típico; 2) En consecuencia, la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos; y 3) Es criterio de graduación de la punibilidad, al igual que para las demás conductas prohibidas en el tipo, pues la pena imponible será mayor en la medida en que también lo sea la cantidad de estupefacientes que constituya el objeto material del delito.

Por último, debe advertirse que la exequibilidad de la prohibición típica del porte de estupefacientes en cantidad que exceda la dosis legal de uso personal, independiente de que su finalidad sea el tráfico o el

consumo; ha sido avalada directa o indirectamente en sede de control de constitucionalidad, en la sentencias C-221 de 1994 y la C-491 de 2012. Por ende, las consideraciones que se expondrán se referirán al ámbito de la antijuridicidad, además porque el debate planteado por la demanda de casación gira en torno a la lesividad de la conducta de llevar consigo estupefaciente para el uso personal.

2. Jurisprudencia penal sobre el porte de estupefacientes para el consumo personal

En providencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, con fundamento en los principios de lesividad y de intervención mínima (fragmentariedad, última ratio y subsidiariedad), la Sala consideró que *“... las cantidades que se acercan al límite de lo permitido para consumidores, se ubica en una sutil franja de lo importante a lo insignificante. Empero, si bien el legislador no le ha otorgado discrecionalidad al juez para modificar las cantidades en orden a su punibilidad, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto para la dosis personal marca una pauta importante para fijar la ponderación del bien jurídico en orden a su protección”*. En esa ocasión, se examinó la punibilidad de una conducta consistente en portar para el consumo una cantidad de 1.24 gramos de cocaína, cuando lo permitido para tal fin es de 1 gramo. De manera contundente se afirmó que *“resultaría sofisticado afirmar que los 0.24 gramos convierten al consumidor en portador punible, potencialmente expendedor, deja de ser consumidor.”*

Luego, en el auto del 8 de octubre de 2008, Rad. 28195, se reiteró que el porte de estupefacientes en cantidad que no supere de manera excesiva la dosis mínima, *“carecerá desde el punto de vista objetivo de relevancia penal según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume. Pero si la conducta atañe a la venta, distribución, tráfico o cualquier otro comportamiento relacionado con el ánimo de lucro del sujeto activo, será punible en la medida en que representa una efectiva puesta en peligro de los bienes e intereses de orden colectivo que el Estado pretende tutelar*. En el proceso que se examinó, la Sala estimó que la conducta del sujeto que portaba 38.7 gramos de marihuana, era antijurídica porque la finalidad de esa tenencia era el expendio o la distribución.

Poco tiempo después, el 18 de noviembre de 2008, en el proceso radicado con el No 29183 se absolvió al enjuiciado porque se consideró que los 29.9 gramos de marihuana que tenía en su poder constituían un exceso ligero de la dosis personal y estaban destinados a su propio consumo. En esa ocasión se expusieron las siguientes premisas: 1) Que el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (art. 376 C.P.) es de peligro abstracto; 2) Que el concepto de dosis personal permite diferenciar *si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas*; 3) Que la antijuridicidad de la conducta del consumidor depende de que trascienda su fuero interno y llegue a afectar derechos ajenos; y, 4) Se exhortó a jueces y fiscales para que, en desarrollo del alcance del

Estado social y democrático, se discriminara positivamente a las personas que como los consumidores requieren de atención diferente a la pena.

En proveído del 8 de julio de 2009, Rad. 31531, la Corte absolvió al procesado por la conducta de llevar consigo 1.3 gramos de cocaína para su consumo, luego de reconocer que 1) el uso de sustancias estupefacientes y psicotrópicas genera problemas de adicción que convierten a la persona “en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario.”; y que 2) en tales condiciones de afectación psicofísica, cuando detecta una fuente de abastecimiento opta muchas veces por adquirir cantidades “un poco mayores a las permitidas” que le sirvan para el consumo no en una sino en varias oportunidades (dosis de aprovisionamiento); conducta esta que no representa ni siquiera un peligro para el bien jurídico.

Además, en la providencia se citaron fuentes doctrinales y se invocaron argumentos propios de la Sala que respaldan la ausencia de lesividad en el consumo de estupefacientes y en la tenencia para tal fin exclusivo, así:

“Hay que poner de manifiesto que en el Código penal de 1995 (se refiere al estatuto español), se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes encaminada al consumo, sin exigir legalmente ninguna condición de índole cuantitativa (v. gr. que se trate de módicas cantidades etc.), o de índole temporal (v. gr. que las cantidades poseídas no superen las necesidades de consumo de una semana, etc.), lo que a mi parecer, es digno de todo elogio, pues semejantes límites o condiciones no hace más que crear un sistema de presunciones absolutas “musir et de iure” de destino al tráfico de la sustancia cuando no se cumplen los requisitos legales, no prestando atención entonces a la intención del sujeto, que es lo que en todo caso debe prevalecer, dando lugar a un Derecho penal de mera sospecha que entra en abierta contradicción con el principio de culpabilidad que debe imperar en todo Estado democrático de derecho”³.

El principio de lesividad encuentra correspondencia en el postulado del *harm principle*:

“El énfasis en la lesión de los intereses de terceros, central para el harm principle, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el menoscabo de los intereses de terceros y los intereses del propio agente, diferencia también reconocida dentro de la teoría del bien jurídico aunque no suficientemente atendida. Ello puede mostrarse de la mano de la discusión sobre la penalización del consumo de drogas (...) No hay duda de que hay ciertas drogas nocivas para la salud, al menos para la salud de aquellos que las consumen. Es decir, los daños para la salud resultantes de consumo de drogas son auto infligidos por los consumidores. Y los daños que uno mismo se inflige tienen poco o nada que ver con el menoscabo de intereses de terceros. Es indudable que tengo un interés jurídicamente merecedor de protección en que mi salud no sea menoscabada por acciones de tercero. Pero, ¿tengo una pretensión semejante hacia mí mismo? La idea de la amenaza de un bien propio resulta forzada. Si se quiere sostener la legitimación de los tipos penales del derecho penal de las drogas en un bien jurídico vinculado a la salud, debería configurarse este de modo que sólo quedarían abarcados daños a la salud causados por terceras personas, lo que sin embargo vendría a restringir de modo considerable el ámbito de aplicación de

dichos tipos legales, los cuales, no obstante, sólo a través de esa vía serían susceptibles de legitimación. En todo caso, desde esa perspectiva no puede justificarse la reacción penal frente al consumo voluntario de drogas”⁴.

El 17 de agosto de 2011, Rad. 35978, en posición que fue citada luego el 18 de abril de 2012, Rad. 38516, se reiteró la ausencia de lesividad de conductas de porte de estupefacientes encaminadas al consumo dentro de los límites de la dosis personal, pues estas no trascienden a la afectación, siquiera abstracta, del bien jurídico de la salud pública. Sin embargo, en la primera ocasión también se advirtió que aún con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo No 02 de 2009 y el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, *“es posible tener por impunes las conductas de los individuos dirigidas al consumo de estupefacientes en las dosis fijadas en el literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, o en cantidades ligeramente superiores a esos topes...”*. De igual forma, se dedicaron algunas líneas a los fundamentos que legitiman la punición del delito de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, entre los cuales se resaltan los que determinan un tratamiento diferencial para el consumidor:

Es claro cómo la prohibición del artículo 49 superior se ve materializada y encuentra su desarrollo en la sanción penal para todo tipo de porte de sustancias alucinógenas prohibidas, sin distinción de si su destino es para el propio consumo o para el tráfico y distribución. Aceptar dicha conclusión sería tanto como avalar un procedimiento de carácter sancionatorio para el enfermo que padece de adicción a sustancias alucinógenas, y por vía de la pena, el Estado exigirle al individuo el cuidado de su propia salud, privándolo de su derecho a la libertad de locomoción cuando ha decidido abandonar la preservación de su salud física y mental, optando por el consumo de drogas. (...). No puede pasarse por alto que la sanción penal contenida en los artículos 376 y siguientes de dicho estatuto, es producto del compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas aprobada mediante Ley 67 de agosto 23 de 1993, cuyo proceso de revisión constitucional se hizo en sentencia C-176 de 1994, la cual impone a los Estados parte, la tipificación de comportamientos que tengan que ver con el comercio de estas sustancias, siendo esta su principal finalidad, más no la sanción para el consumidor, pues dicha cuestión se dejó a reserva de cada Estado de acuerdo con sus principios constitucionales⁵, siendo lo que se ajusta a nuestro orden interno, aquella posición que propende por la no sanción del porte de sustancias por parte del adicto para su consumo en las cantidades fijadas por nuestro legislador, postura sentada desde el año 1994 en la tantas veces mencionada sentencia C 221. (...). También cómo la orientación del legislador interno y de la comunidad internacional, no se dirige hacia el ataque y criminalización del consumidor, sino hacia la neutralización de conductas que trascienden la esfera individual, para constituirse en un verdadero peligro para la comunidad que de ninguna manera pueden ser toleradas.

No obstante, al analizar el caso concreto en el cual se había enjuiciado y condenado a un individuo porque portaba 79.9 gramos de marihuana, la Sala determinó que a pesar que no se había acreditado la finalidad de la distribución onerosa o gratuita de la sustancia, la sola cantidad, al superar casi en 4 veces el tope legal permitido, hacía presumir la puesta en riesgo

de bienes jurídicos como la salud pública, el orden económico y social, entre otros intereses o, en otras palabras, “..., no es posible concluir que esté destinada al consumo, sino a cualquiera de las conductas consideradas lesivas y por tanto, objeto de sanción penal.”.

Hace muy poco, en sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409, la Corte reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal legal no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa se reconoció que tal tesis ya constituía una línea jurisprudencial pacífica. Sin embargo, en el caso puntual en que el procesado fue capturado cuando portaba 2.2 gramos de cocaína y 51.8 gramos de marihuana, se consideró que la conducta era antijurídica porque ningún medio de conocimiento allegó la defensa para acreditar la condición de adicto de aquél ni su finalidad de consumo⁶.

Conclusión provisional.

La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho– el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.

En esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales:

1) Porque, como se vio, en muchas de las decisiones de esta Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo.

2) Porque prohíja una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es *iuris tantum* para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es *iuris et de iure* para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido.

3) Porque a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al

adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito. Y,

4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.

3. Delitos de peligro abstracto: la presunción del riesgo es *iuris tantum*

Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria tienen definido que el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, puede afectar no sólo el bien jurídico de la salud pública sino otros como el orden económico y social y la seguridad pública⁷. Además, desde el punto de vista del grado de afectación que a tales intereses puede causar dicha conducta punible, la misma se ha clasificado como “de peligro” por cuanto la mayoría de las veces no supone una lesión efectiva sino sólo un riesgo para la incolumidad de aquellos. Ahora bien, recuérdese que según la mayor o menor proximidad a la producción de un daño, los delitos de peligro se han subclasificado, respectivamente, en (i) de peligro concreto, demostrable o directo, y (ii) de peligro abstracto, presunto o indirecto.

En todo caso, la pluralidad y la diversidad tanto de conductas que se prohíben en el artículo 376 del Código Penal que, por lo menos, se reconducen a 3 categorías distintas (Tráfico, Fabricación o Porte), como de los bienes jurídicos que con tales restricciones se busca proteger; obligan a un examen particularizado en cuanto a la naturaleza de la afectación que cada una de aquéllas representa para los variados intereses tutelados. Así, por ejemplo, las conductas de fabricación y tráfico de estupefacientes pueden suponer una lesión efectiva a la economía nacional y un riesgo muy próximo (concreto, directo, demostrable) a la salud pública. Mientras que, la sola tenencia de drogas especialmente aquella destinada no al tráfico sino al consumo personal, a lo sumo puede significar un peligro abstracto, presunto o indirecto para tales bienes.

Pues bien, el presente análisis se circunscribirá a la antijuridicidad del porte de estupefacientes destinado al consumo personal, pues es este (sic) el punto más problemático hoy día en la penalización del narcotráfico, no sólo en nuestro país sino a nivel internacional, como ya se vio en el acápite anterior. Específicamente, habrá de determinarse si la presunción de peligro que configura la lesividad de la tenencia de estupefacientes es de aquellas *iuris et de iure* por venir prefijada por el legislador, caso en el cual la verificación de la tipicidad de la conducta apareja, automáticamente, su antijuridicidad. O si, por el contrario, dicha presunción es *iuris tantum* y, por tanto, siempre serían admisibles pruebas que la desvirtúen.

La trascendencia del asunto es tal que de concluirse que la presunción de lesividad es de derecho, en el porte de estupefacientes en cuantía que exceda las dosis establecidas en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, aun cuando su destino exclusivo sea el consumo personal; inexorablemente la tipicidad acarreará la antijuridicidad. Mientras que, si la conclusión es la opuesta, es decir, que la presunción es legal, la conducta será típica pero la demostración de que no existió interferencia ni siquiera remota en los derechos de terceros, sean éstos individuales o colectivos, excluye la dañosidad del comportamiento y, por ende, la responsabilidad penal.

En relación al problema jurídico planteado, dos han sido las posiciones históricas de la Corte. Según la primera, en los delitos de peligro abstracto la presunción de antijuridicidad de la conducta es *iuris et de iure*, criterio este que se sostuvo principalmente al amparo de la Constitución de 1886 y del Código Penal de 1980 (art. 4)⁸. Y, en la segunda, se ha considerado que la naturaleza de la presunción es *iuris tantum*, la cual resulta más acorde con el espíritu de la Carta Política de 1991 y de la Ley 599 de 2000 (art. 11)⁹. Especialmente, esta última disposición normativa introdujo una modificación sustancial en la categoría de la antijuridicidad cuando exigió de manera expresa que la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado fuese efectiva.

(i) La tesis inicial puede encontrarse en decisiones como el fallo del 22 de septiembre de 1982 y el auto del 25 de marzo de 1998, Rad. 13141.

En la providencia de 1982, la Corte, luego de precisar las dos modalidades de los delitos de peligro y las diferentes denominaciones que las mismas han recibido, define las implicaciones que una y otra conllevan en sede de la demostración de la antijuridicidad. Veamos:

Con todo, puede afirmarse que existen dos clases de delitos de peligro, cuya diferencia obedece a la proximidad y gravedad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado y que unos autores llaman de “peligro abstracto” y “de peligro concreto”, denominaciones que otros califican de impropias, porque, como dice alguno de los últimos, “el peligro es siempre una abstracción”, motivo por el cual prefieren calificarlos de “peligro directo” y “peligro indirecto”, para indicar que el riesgo en los primeros amenaza en forma inmediata el bien y en los segundos, sólo de modo indirecto.

Más importancia tiene la que los dividen en delitos “de peligro presunto” y “de peligro demostrable”, porque en los primeros la ley presume de modo absoluto la posibilidad de un daño para el bien jurídicamente tutelado y no sólo no requieren, sino que, por el contrario, excluyen cualquier indagación sobre si se da o no la probabilidad del perjuicio o lesión de este.

En tanto que los otros requieran que se demuestre la posibilidad de daño, es decir, comprobación de que hay un peligro.

Estos últimos se conocen porque el texto de la ley contiene, en forma expresa o tácita, las exigencias de esa demostración.

Implica esta distinción la consecuencia de que en los delitos de peligro presunto una determinada situación subsumible en la respectiva descripción legal, debe ser sancionada aun cuando no haya determinado el peligro que constituye la razón de la norma.

Luego, el auto del 25 de marzo de 1998 que reprodujo parcialmente el fallo del 22 de septiembre de 1982, se concluyó que ninguna polémica debía generar la consideración de una irremediable antijuridicidad presunta. Así se manifestó en esa oportunidad:

Y, pese a reconocerse que en la doctrina son múltiples las discrepancias en torno a la clasificación de los delitos por razón del bien jurídico tutelado respecto de su efectiva o potencial vulneración, polémica ninguna amerita el hecho de que si la descripción de la conducta per se no exige una efectiva o concreta amenaza, basta con que ella sea abstracta o presunta por ministerio de la ley, para que en esos casos pueda recaer un juicio de desvalor.

(ii) La segunda tesis se ha materializado, principalmente, en las providencias del 15 de septiembre de 2004, Rad. 21064, y del 12 de octubre de 2006, Rad. 25465.

La primera decisión resulta de gran trascendencia porque abordó el estudio del fondo de una demanda de casación que se había admitido con el propósito expreso de desarrollar jurisprudencia en torno a la aplicación del principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto y al alcance de la efectiva creación de riesgos que exigía el artículo 11 de la Ley 599 de 2000¹⁰. Bajo ese entendido se concluyó que la presunción de peligro en los delitos que adoptaran tal configuración legal no podía ser *iuris et de iure* porque ello supondría un desconocimiento del carácter social y democrático de nuestro Estado de derecho que se funda, esencialmente, en la dignidad humana, así como una vulneración de garantías constitucionales fundamentales como son la presunción de inocencia, la defensa y la contradicción. Por ende, *“frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.”*

Las premisas de tal conclusión fueron las siguientes:

1. Es legítima la consagración legislativa de delitos de peligro abstracto como lo dejó entrever la Corte Constitucional en la sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996; sin embargo, en ese mismo precedente se advirtió que: *“Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en sí (sic) misma”*; por ende, en la determinación de una relación de causalidad entre la conducta típica y la amenaza o daño al bien jurídico, concurren el legislador cuando realiza una selección anticipada de prohibiciones y el juez que analiza y valora el caso concreto¹¹.

2. Entonces, si bien el legislador es el competente para seleccionar las conductas que estima indeseables con tan solo generar riesgos a los intereses jurídicos tutelados, es decir, establece anticipadamente una presunción de peligro; es al juez al que le atañe verificar que un específico comportamiento representó la efectiva creación de ese peligro. Así, se advierte que no se pueden confundir la órbita de la abstracta libertad de configuración del legislador con la de la concreta valoración judicial de la relevancia social de una conducta.

3. El derogado artículo 4 del Decreto-Ley 0100 de 1980 que definía la antijuridicidad, no preveía ningún requerimiento en relación al grado de afectación a los intereses que se protegían. En ese orden, *“... con abstracción de los valores que respecto de la dignidad humana y el respeto a los derechos fundamentales se desprenden de la Constitución, podía aducirse que en relación con los delitos de peligro abstracto o indirecto, como también los conoce la doctrina, nada diferente importaba a constatar la conducta supuestamente generadora de riesgo”*.

4. Por el contrario, la previsión del artículo 11 de la Ley 599 de 2000, al exigir la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, *“armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés”*.

5. Ese antecedente consignado en las providencias del 22 de septiembre de 1982 y del 25 de marzo de 1998, Rad. 13141, expresamente se consideró inaplicable en el marco jurídico de la Constitución de 1991 y del Código Penal de 2000, porque *“respondía a una sistemática interpretativa diferente basada en puros criterios intrasistemáticos, sin referencia al orden constitucional imperante, el de la Carta de 1886 y que, por consiguiente, no repelía el juzgamiento de delitos sin daño o sin creación o incremento efectivo de peligro”*.

En la sentencia del 12 de octubre de 2006, Rad. 25465, la Sala reiteró que la presunción en los delitos de peligro abstracto admitía prueba en contrario y para tal efecto citó un argumento adicional de mucha solidez. En efecto, se adujo que en la exposición de motivos del entonces proyecto de ley se explicó que la incorporación del término *“efectivamente”* en la definición de la antijuridicidad obedecía a la necesidad de *“abandonar la llamada presunción iuris et de iure de peligro consagrada en algunos tipos penales”*. En fin, se manifestó que:

(...), contrario a lo expuesto por la doctrina tradicional que entendía que en los delitos de peligro presunto se suponía de derecho la antijuridicidad de la conducta, lo cierto es que ahora, respecto de tales comportamientos no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su antijuridicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada

por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito.

Por último, es de resaltar que con posterioridad, la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 2012 mediante la cual analizó la exequibilidad del artículo 376 del Código Penal modificado por la Ley 1453 de 2011, acogió la tesis según la cual la dosis personal para el consumo es una presunción legal (*iuris tantum*) y como tal admitiría prueba en contrario la antijuridicidad de una conducta de porte que exceda el límite cuantitativo prefijado por el legislador. Así lo manifestó la jurisprudencia constitucional:

Es preciso aclarar que la dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una **presunción legal**, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución. (...).

Conclusión provisional.

La interpretación histórica, sistemática, exegética, pero sobre todo la de carácter constitucional que realizó la Corte en las providencias que se acaban de citar, permite afirmar que la legitimidad de la facultad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, especialmente hoy por el nivel exagerado de riesgo en las sociedades modernas, no conlleva que la presunción de antijuridicidad en que se fundan sea *iuris et de iure*; por el contrario, necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (*iuris tantum*).

4. Marco constitucional del porte de estupefacientes para el consumo personal

4.1 Antes del Acto Legislativo No 02 de 2009.

La Convención de Viena impuso a los Estados partes (sic) la obligación incondicional de tipificar las conductas que directa o indirectamente configuraran el fenómeno de tráfico ilícito de estupefacientes, tales como son: la producción, la fabricación, la oferta, la venta, la distribución, el envío, el transporte, la importación o la exportación. En cuanto al consumo personal de estupefacientes, su tipificación sólo se consideró imperativa cuando ello se correspondiera con los principios constitucionales y con los conceptos jurídicos fundamentales del Estado. Así lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 1994 mediante la cual se estudió la exequibilidad de la Ley 67 de 1993 por medio de la cual se aprobó dicho tratado internacional.

Posteriormente, en la sentencia C-221 de 1994 se estableció que la penalización del consumo de la dosis para uso personal contemplada en

el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 (*llevar consigo, conservar para su propio uso o consumir*), vulneraba la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual esa disposición normativa se declaró inexecutable. Sin embargo, consideró ajustada a la Carta Política la determinación legislativa de la dosis para consumo personal, toda vez que fija los límites de una actividad lícita frente a la ilícita del narcotráfico que, en función de lucro, estimula tendencias socialmente indeseables. La conclusión de inexecutable partió de las siguientes premisas básicas:

1) El consumo personal de sustancias estupefacientes es una *“conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro”*.

2) La prohibición y sanción punitiva del consumo de la dosis personal vulnera la dignidad humana al desconocer la condición de sujeto ético del consumidor, pues lo releva de la decisión de asuntos en ámbitos que solo a él atañen. Asimismo, desconoce el libre desarrollo de la personalidad al regular, prohibiendo y sancionando, una conducta que no interfiere en los derechos de los demás.

3) Un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y del libre desarrollo de la personalidad, no puede renunciar a la obligación de educar para prevenir conductas que considere indeseables, reemplazándola por la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona y, eventualmente, para la comunidad.

4) A semejanza de lo que ocurre con el alcohol y el tabaco, el Estado puede regular mediante normas policivas las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de drogas resulte inadecuado o socialmente nocivo, sin que en todo caso se desconozca el núcleo esencial de los derechos a la libertad y a la igualdad.

Por último, tanto en la sentencia C-221 de 1994 como en la C-420 y en la C-689, ambas de 2002, en torno a la legitimidad de la punición de las conductas relacionadas con el narcotráfico, se advirtió que *“debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro pues los efectos del fallo únicamente se extendían a aquella actividad y no a esta”*. Obsérvese que la delimitación estricta entre los comportamientos permitidos de aquellos reprimidos en el complejo mundo de las drogas, conlleva la caracterización exclusiva y excluyente de dos clases de sujetos: de una parte, el consumidor de estupefacientes que respetaba los límites de la dosis legal admisible y, de la otra, el traficante de dicha sustancia.

En ese contexto, una persona que llevara consigo o conservara alucinógenos en cantidad superior al monto permitido para su consumo, sin ser distribuidor o expendedor, carecía de una ubicación categorial explícita tanto en la Constitución como en la jurisprudencia que la desarrollaba. Tal vacío se cubrió, entonces, a partir de la naturaleza que para ese momento se adscribía a la antijuridicidad del delito, por lo que se presumía *iuris et de iure* que ese consumidor era narcotraficante, aun cuando ello no fuese cierto y, peor, aun cuando existiera prueba en el proceso que acreditara la realidad contraria.

4.2 A partir del Acto legislativo No 02 de 2009.

El Acto Legislativo No 02 de 2009 modificó el contenido del artículo 49 de la Constitución Política que, en adelante, quedaría así:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos (Subrayas fuera del texto original).

Obsérvese que los dos últimos párrafos contemplan el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas como un problema de salud

pública, siendo esta una novedad constitucional. En ese orden, el análisis de la reforma permite atisbar unos criterios rectores en relación a la situación problemática que por vez primera se regula expresamente en el texto superior, los cuales, entre otras cosas, encuentran pleno respaldo en los parámetros interpretativos expuestos en la sentencia C-574 de 2011, los cuales fueron reiterados en la C-882 del mismo año y en la C-491 de 2012. Tales criterios son:

1. El porte y el consumo de drogas continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se restringen en el grado de prohibición. Ante tal medida, la Corte Constitucional advirtió que prohibir no implicaba penalizar y que la enmienda sólo persiguió lo primero¹². En relación a la teleología final de la norma en la sentencia precitada se manifestó que:

5.3.6. La finalidad del precepto, como quedó expuesto en un primer momento, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal y que dichas medidas fueran dadas por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud. En las discusiones de la reforma este tipo de medidas fueron suprimidas dando lugar a que solo se pudieran establecer medidas preventivas y rehabilitadoras de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico, y siempre y cuando se haya dado el consentimiento informado del adicto.

2. El ámbito de la prohibición constitucional no cubre el porte y el consumo de drogas cuando el mismo obedece a una prescripción médica. Ello implica que ningún efecto jurídico adverso puede producir la conducta exceptuada.

3. Se determinó que la consecuencia jurídica de incurrir en el comportamiento restringido son medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico que, en todo caso, deben ser consentidas por el consumidor. Al respecto concluyó el Tribunal Constitucional:

5.5.1. Una vez analizado el apartado demandado desde el punto de vista sistemático, teleológico y literal, se puede concluir que la prohibición que se establece, que en un primer momento parece de carácter absoluto, se limitaría o restringiría, ya que las medidas administrativas de carácter pedagógico, terapéutico y profiláctico solo se podrían dar con el consentimiento informado del adicto.

4. Se declara al consumidor y en grado sumo al adicto como sujeto de especial atención y protección estatal, lo cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que *“la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales*

del afectado...”, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008. En esta última, inclusive, ya se había anticipado la idea según la cual:

*(...) es dable afirmar que quien sufre de fármacodependencia **es un sujeto de especial protección estatal**, pues a la luz de la Carta Política y de la jurisprudencia constitucional, se trata de una persona que padece una enfermedad que afecta su autonomía y autodeterminación, pone en riesgo su integridad personal y perturba su convivencia familiar, laboral y social. Así las cosas la atención en salud que se requiera para tratar efectivamente un problema de drogadicción crónica, debe ser atendida por el Sistema integral de seguridad social en salud, bien a través de las empresas promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado o mediante instituciones públicas o privadas que tengan convenio con el Estado. (Negritas por fuera del texto original).*

5. Se obliga al Estado a adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.

Conclusión provisional.

En síntesis, a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.

5. Tendencia internacional: despenalización del consumo de estupefacientes y de las conductas previas

En relación a la existencia de una tendencia contemporánea que se impone a nivel internacional y que propugna por la despenalización del porte o la tenencia para el consumo, no por mero capricho o por moda sino por los comprobados beneficios de una medida de tal naturaleza; se cita a continuación la completa y actual referencia que al respecto incluyó la Sala en la reciente sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409:

No escapa a la Corte que en la actualidad existe una tendencia mundial hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes, a tal punto que el pasado 13 de marzo de 2014, un Grupo de Trabajo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹³, presentó en Viena un informe contentivo de un conjunto de recomendaciones encaminadas a desincentivar el empleo de medidas penales para los consumidores de drogas.

Las recomendaciones de la ONU concuerdan con los informes elaborados por la “American Public Health Association”, la Federación Internacional de

la Cruz Roja, la Organización Mundial de la Salud, al igual que un grupo importante de Organizaciones no Gubernamentales.

En palabras del mencionado Informe, la despenalización de la posesión de la dosis personal, comporta mayores beneficios en términos de seguridad ciudadana y de salud pública, tales como:

- Reducción significativa del número de personas arrestadas y encarceladas.
- Aumento de la eficacia de los tratamientos contra las drogas.
- Reducción de los gastos en justicia y redireccionamiento de los recursos públicos hacia programas de salud para los drogadictos.
- Reducción de los recursos destinados a la policía y prevención de la comisión de delitos relacionados con el consumo de drogas.
- Minimización de los estigmas creados contra las personas que usan drogas.
- Mejoramiento de los programas dirigidos contra la prevención del VIH-SIDA.
- Evitarle a los consumidores los traumas que implican la privación de la libertad.

Más recientemente, en el mes de julio del presente año, en un informe publicado por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁴, la Entidad manifestó su apoyo a la despenalización del consumo personal de psicoactivos. El reporte de 159 páginas se centró principalmente en la prevención y atención del VIH en el mundo e incluyó una breve sección sobre “recomendaciones de buenas prácticas relativas a la despenalización”. La OMS ofreció las siguientes sugerencias:

- Los países deben trabajar hacia el desarrollo de políticas y leyes que despenalicen la inyección de drogas y otros usos y, por lo tanto, reducir el encarcelamiento.
- Los países deben trabajar hacia las políticas y leyes de desarrollo que despenalicen el uso de agujas y jeringas estériles, y la legalización de la terapia de sustitución de opiáceos (analgésicos potentes como la morfina) para las personas que son dependientes.
- Los países deberían prohibir el tratamiento obligatorio para las personas que utilizan y/o se inyectan drogas.

El pasado 13 de julio del año que transcurre, se conocieron los resultados del Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia para el año 2013¹⁵, realizado por el gobierno nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho –Observatorio de Drogas en Colombia-, y el Ministerio de Salud y Protección Social, con el apoyo de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –UNODC-, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas –CICAD- de la Organización de Estados Americanos –OEA- y la Embajada de los Estados Unidos, en el que se determinó que el 3.3% de los colombianos consume marihuana con

cierta frecuencia, el 11.5% la ha probado alguna vez en su vida y 439.630 compatriotas son dependientes de esta sustancia.

Ante estas reveladoras cifras, el Ministro de Salud señaló que el aumento en el consumo de cocaína, heroína y marihuana constituye un problema de salud pública que debe ser atendido por el gobierno.

Estas declaraciones resultan concordantes con las expresadas por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas –CICAD–, para la Organización de Estados Americanos –OEA¹⁶, quien el pasado 4 de noviembre destacó que el problema de la droga «debía ser tratado desde el punto de vista de la salud pública» porque “la drogodependencia es realmente una enfermedad”, razón por la cual «doce países americanos han optado por despenalizar el consumo personal de drogas y pese a eso no ha aumentado su consumo», y que «esta forma de abordar el problema contribuye a evitar la sobrepoblación de las cárceles con personas que consumen pequeñas cantidades».

6. Conclusiones generales

Con base en el anterior análisis se puede concluir:

1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).

2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.

3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.

4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento

definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, esta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

6. Caso bajo examen

Recuérdese que en el asunto que se analiza, la demanda de casación fue interpuesta por un delegado de la Fiscalía General de la Nación que impugnó la sentencia absolutoria proferida a favor de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE por el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente en la modalidad de *“portar o llevar consigo”*. La razón fundamental del recurso extraordinario es la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 4 de la Ley 599 de 2000 (Antijuridicidad), la cual habría tenido lugar cuando los falladores estimaron que el porte de 52 gramos de marihuana destinados al consumo, si bien era una conducta típica no ponía en peligro concreto los bienes jurídicos tutelados (salud pública, seguridad pública y orden económico).

Pues bien, la sola naturaleza de la única censura que formula el demandante (infracción directa) permite suponer que admite las conclusiones probatorias que en relación a los hechos investigados expuso la sentencia. Ello no admite duda alguna porque la sustentación del recurso se limitó a desarrollar una cuestión de puro derecho según la cual el fallador habría desconocido línea jurisprudencial de esta Corporación en cuanto a que sólo los excesos insignificantes podían desvirtuar la antijuridicidad del delito de porte de estupefacientes. A más de eso, de manera expresa en el libelo se reconoció uno de los fundamentos probatorios más esenciales de la decisión impugnada:

(...), para el caso de JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, la defensa cumplió con la carga de demostrar su condición de adicto a la marihuana que fue una de las sustancias con la que fue sorprendido (también se le incautó 0.8 gramos de cocaína y sus derivados), a través de su propia manifestación y de testimonios rendidos por algunos familiares.

Así las cosas, a continuación se exponen esos mínimos fácticos fundamentales para la resolución del caso y sobre los cuales no existe discusión alguna.

Sentencia de primera instancia:

De todo lo cual se debe concluir que las citadas pruebas, analizadas individual y en conjunto permiten demostrar fehacientemente la adicción del procesado. (...). Restan por verificar lo atinente a la finalidad de consumo de la droga incautada (...). Y al efecto, encontramos que los policías, testigos presenciales de los hechos, manifestaron que el lugar donde fue capturado John Henry es reconocido por ser utilizado por fumadores de marihuana, y que al capturado no lo vieron vendiendo o distribuyendo esa droga a título alguno y sí fumándola. Y adicionado a ello, se tiene que la droga incautada estaba en su estado original, es decir, no había sido dosificada en cigarrillos o porcionada en forma alguna; el procesado es una persona con arraigo familiar, social y laboral, no tiene antecedentes judiciales (...).

Luego, en segunda instancia:

(...), debe advertirse que no puede considerarse que obre ningún elemento de juicio que ubique al procesado en un contexto de tráfico, comercialización o suministro de los estupefacientes; que la situación establecida es compatible con que sea un consumidor, como quiera que en los testimonios de los agentes de la Policía Nacional que realizaron la captura, Lisandro Ibáñez Hernández y Víctor Alfonso Cadavid Sierra, fueron contestes en indicar que observaron al procesado consumiendo marihuana en un lugar boscoso donde habitualmente se consume este tipo de sustancias y que lo vieron cuando arrojó una bolsa plástica donde se encontraba el estupefaciente; además, el ex agente Ibáñez Hernández advirtió que en el lugar donde fue capturado el acusado se consume marihuana pero no se expende. Adicionalmente, de modo objetivo se encuentra que la sustancia estaba en un solo volumen de modo que sería dispendioso dedicarla a la microventa pues las dosis no estarían debidamente separadas. Estas circunstancias son indicativas de que la cantidad de alucinógeno se tenía como dosis de aprovisionamiento para el consumo del acusado, quien en su testimonio manifestó que trabaja como maestro de construcción, vive con su madre, dos hermanos y dos sobrinas, es adicto a la marihuana desde que era niño y su adicción es constante por lo que ha ido a varias instituciones buscando ayuda; pero no ha sido posible superar su padecimiento. Esta situación fue ratificada por sus hermanas Luz Ángela y Luz Mery Montoya Bustamante, y su señora madre Teresa de Jesús Bustamante de Montoya.

A partir de los pasajes transcritos se pueden relieves como supuestos fácticos probados los siguientes:

1. Que JOHN HENRY MONTOYA BUSTAMANTE realizó la conducta típica de portar o llevar consigo estupefacientes (marihuana) en cantidad de 52 gramos, la cual es superior al tope establecido en la Ley 30 de 1986 como dosis personal que es de 20 gramos.

2. Que la droga que llevaba consigo el procesado era para su propio consumo, lo cual se infirió a partir de otros hechos probados como fueron: la condición personal de consumidor habitual (adicto), el lugar en donde fue capturado es reconocido por esa actividad (no como punto de expendio

o venta), la práctica efectiva de consumo en la que fue sorprendido por la autoridad policiva, la cantidad de droga no fue significativa atendiendo su condición de farmacodependiente (no superó en 2 veces la dosis permitida) y la presentación de la droga en una porción individualizada (no fraccionada o dividida).

Así las cosas, la conducta típica realizada por JOHN JAIRO MONTOYA BUSTAMANTE al portar marihuana en cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal, no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho menos al orden económico y social, por cuanto la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico. Es más, en la sentencia y en la misma sustentación del recurso, se reconoció no solo la condición de consumidor del procesado, pues inclusive era esa la actividad que desarrollaba cuando fue capturado, sino la de adicto, la cual demanda no la respuesta punitiva del Estado sino, por el contrario, la protección especial de la que es merecedor según el artículo 49 de la Constitución Política a través de medidas administrativas de orden profiláctico, terapéuticas y pedagógicas.

En conclusión, la sentencia impugnada no incurrió en una violación directa de la ley sustancial en cuanto a la interpretación de la antijuridicidad para la conducta juzgada; por el contrario, se ajustó plenamente al entendimiento que en esa materia debe prevalecer, según lo ya expuesto. Por tal razón, la providencia impugnada no será objeto de casación.

7. Reflexión final

En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una

imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia, pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(...)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MAGISTRADO: EUGENIO FERNÁNDEZ CARRIER

Con el respeto que me merece el criterio mayoritario, expreso las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en la decisión adoptada en el proceso con radicación 42.617.

En relación con el porte de droga o sustancias alucinógenas para el consumo, la jurisprudencia de la Sala ha venido declarando que la conducta es atípica cuando la cantidad no supera los montos señalados en el artículo 2, literal k) de la Ley 30 de 1986; es típica pero no antijurídica si hay un exceso insignificante y en los demás casos es antijurídica y procede el juicio de culpabilidad.

No comparto la solución dogmática que se ofrece en la línea jurisprudencial citada, dadas las modificaciones que introdujo al ordenamiento jurídico el Acto Legislativo 02 de 2009, que en lo pertinente dispuso:

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que **consuman** dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Conforme al mandato constitucional citado el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica, la acción corresponde a la ilicitud descrita en el artículo 376 del C.P., modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, pues sin ese ánimo de ingesta tal proceder pasa a ser propio del tráfico, distribución o fabricación de la sustancia ilícita que se lleve consigo.

Los antecedentes jurídicos de orden internacional e interno referidos, el argumento histórico que sirvió para la modificación que se introdujo con el acto legislativo 2 de 2009, la interpretación gramatical, sistemática y finalísima de las normas que regulan el tráfico de drogas o sustancias que producen dependencia conllevan a la ineludible conclusión que la conducta de los consumidores o adictos que porten o lleven consigo sustancias con esa específica finalidad (ingrediente subjetivo tácito del tipo penal) no pueden ser judicializados por la justicia penal, su proceder es de competencia de las autoridades administrativas de la Salud y los Gobiernos Municipales, Departamentales y Nacional, dado que el artículo 49 de la Carta Política que modificó el acto legislativo en cita solamente autorizó para que en esos casos se obrara así.

El consumidor ocasional o permanente y el adicto a las drogas no son delincuentes, son enfermos. A partir del acto legislativo 02 de 2009, dado el ingrediente subjetivo tácito establecido en esta normatividad, la sustancia portada para el consumo personal no es delictiva, la jurisdicción y autoridad competente para adelantar el trámite administrativo en esos casos es el Ministerio de Salud y solamente podrán ser sometidos a medidas educativas, profilácticas o terapéuticas.

Cualquier cantidad de droga portada con un fin distinto al consumo corresponde a la descripción típica del delito de tráfico, fabricación o tenencia de sustancias de que trata la Ley 1453 de 2011 y por ley de los contrarios la sustancia portada con el único propósito del consumo personal es una conducta que no tiene reproche criminal, de ella se ocupan las autoridades de la salud.

La cantidad de sustancia la determina la condición de consumidor, si dadas las circunstancias del caso estos conceptos no son compatibles no se está frente a un consumidor en la forma como lo regula con carácter administrativo el Acto Legislativo 02 de 2009 para aquellos, por ello la cantidad de sustancia debe ser para la ingesta personal, pues solamente así no se afecta el derecho ajeno a la salud.

3. La dosis personal comprende la de aprovisionamiento, la prevista en Colombia en la Ley 30 de 1986 no excluye una cantidad mayor. La porción que no se opone al propósito de consumo depende de la situación personal

y el grado de dependencia del consumidor o adicto que se logre demostrar con diferentes medios de prueba (pericial, documental, testimonial, etc).

En la anterior consideración tiene importante incidencia los criterios actualizados de la ciencia y que conforme a la experiencia posibiliten determinar que la cantidad que se lleva consigo es para el consumo y no corresponde a una finalidad distinta. Por citar un ejemplo, el Tribunal Supremo de España en la sentencia 1778 del 1º y 21 de noviembre de 2003 asumió los criterios del Instituto Nacional de Toxicología, según el cual un consumidor habitual adquiere cantidades para el consumo personal para 5 días en las siguientes proporciones: Heroína 3 grs, Cocaína 7.5 grs., Marihuana 100 grs., Hachís 25 grs., LSD 3 mgrs., Anfetamina 900 mgrs., MDMA 1.440 mgrs.

La política criminal que sustentó la Ley 30 de 1986 no fue prohijada integralmente por el Acto Legislativo 02 de 2009. En la primera el consumo era sancionado penalmente (artículo 51 ídem) y con el segundo se despenalizó y la prohibición pasó a ser competencia de las autoridades de Salud mediante procedimientos administrativos, en la que no se pueden imponer sanciones penales sino medias que ayuden al paciente y a su familia a superar o tratar la situación.

Para comprender el cambio anunciado baste referir el criterio histórico de interpretación de la ley penal que está contenido en las consideraciones expresadas por el legislador colombiano al aprobar el ordenamiento jurídico vigente en la materia:

En el examen de la normatividad correspondiente al Acto Legislativo 02 de 2009 y se dijo:

Como se puede apreciar, la parte que hemos subrayado pone claros límites al legislador en el sentido de que las medidas que se llegaren a imponer serán de carácter pedagógico, profiláctico y terapéutico y en ningún caso penales, es decir que sería la misma Constitución la que prohibiría imponer penas de carácter estrictamente penal o como reproche a un delito consistentes en medidas restrictivas de la libertad.

El criterio expresado está avalado en la sentencia C-574 de 2011, así como por la Ley 1453 de 2011 y la sentencia C-491 de 2012 que estudió la asequibilidad (sic) de la citada Ley, y que en lo pertinente puntualizó:

“en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de “tráfico, fabricación y porte de estupefaciente” previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada.

En el estudio de la Ley 1566 de 31 de julio de 2014 se distinguió entre el consumidor, el abusador y el adicto a estupefacientes y psicotrópicos, a quienes trata como enfermos, indicándose:

“En conclusión quien consume sustancias psicoactivas de forma habitual o esporádica, no puede considerarse como un delincuente o una persona que se debe aislar de la sociedad porque en realidad se trata es de un ser humano en situación de enfermedad con un tipo de sintomatología que lo hace ser dependiente a diferentes tipos de estupefacientes y que por ende merece de toda la atención en salud por parte del Estado, consideración que se sustenta en lo anteriormente expuestos que resalta la Corte Constitucional” (Informe de ponencia para el segundo debate de proyecto de ley 279 de 2011 Cámara y 111 de 2010 Senado. Gaceta 214).

La sentencia C- 491 de 2012 cita como factor cuantitativo el artículo 2°, literal j) de la Ley 30 de 1986, alusión que constituye un obiter dicta en dicha decisión, pues el tema de la demanda de inconstitucionalidad no se ceñía a determinar la cantidad que representaba la dosis personal, por lo que la fijación de ese criterio por la Corte Constitucional conforme a sus propias enseñanzas no es de obligado acatamiento, máxime cuando ese juicio esta (sic) sustentado en un error de política criminal al acoger el de la Ley 30 de 1986 que no es el recogido por el acto Legislativo 02 de 2009.

En las legislaciones en las que el porte para el consumo es delito, los excesos de esa dosis se pueden resolver si son mínimos en el campo de la antijuridicidad material. En Colombia esa solución resulta inaplicable a partir del Acto Legislativo 02 de 2009, que despenalizó el porte para el consumo personal, por lo que toda cantidad que no sea con ese propósito, en cualquier cantidad pasa a ser tráfico o fabricación prohibida, ésta ya no es una acción de bagatela y la negación de la antijuridicidad de este último obrar depende entonces de la comprobación de alguna de las causales de justificación.

Las categorías que estructuran la conducta punible están definidas en nuestro medio en sus elementos, conceptos, contenidos y estructura, de tal forma que el juicio de tipicidad positivo, no puede generar juicios concluyentes de antijuridicidad ni estos conllevar el establecimiento de la culpabilidad. Y, ello es así porque la autonomía que genera la diferente composición de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no desnaturaliza la función armónica que cumplen en la estructuración del delito.

De lo que viene de decirse se colige que en el proceso penal no se presume la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, sus elementos se deben demostrar en el proceso.

No se puede presumir que la conducta reúne una cualquiera de los elementos del delito, porque nuestro ordenamiento jurídico proscribe la responsabilidad objetiva e impone la carga de la prueba a la Fiscalía. Una cosa es el régimen probatorio en el proceso penal, del que hacen parte las presunciones y otra muy diferente los contenidos dogmáticos de las categorías que componen conceptualmente la conducta pública. Por ello, se insiste, en cada caso se deben probar los elementos que integran cada categoría.

Respetuosamente, (...) *Fecha ut supra*

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Con mi acostumbrado respeto que el criterio de mayoría merece, procedo a consignar las razones que me llevan a aclarar el voto respecto de la decisión que no casa la sentencia absolutoria proferida a favor del procesado JHON HENRY MONTOYA BUSTAMANTE, por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, de la siguiente manera:

La aludida decisión declara que si la cantidad de estupefacientes que se porta sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia, mientras que un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo se resolverá en sede de antijuridicidad teniendo en consideración el riesgo que probadamente presente para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública.

Aclaro mi postura frente a la decisión, por cuanto estimo que no resulta constitucionalmente tolerable considerar típica la conducta de los adictos de quienes no exista prueba de que son distribuidores o expendedores, que porten sustancias alucinógenas sobrepasando ligeramente el monto previsto para la dosis personal.

En efecto, según el principio de supremacía constitucional, las normas de naturaleza penal, mediante las cuales el legislador determina aquellos comportamientos que serán objeto de sanción (principio de legalidad), no pueden ser comprendidas por los jueces acudiendo tan sólo a los clásicos métodos de interpretación de la ley. De manera que, la determinación del sentido y el alcance de las expresiones que conforman un tipo penal específico, deben ser conformes con los principios y valores constitucionales.

En este orden de ideas, partiendo de que la tipificación de los delitos configura una medida gravosa de intervención del legislador en ciertos derechos fundamentales, en especial, la libertad personal, y que esta intervención se ampara en el cumplimiento de los deberes estatales de protección (artículo 2 Superior), la interpretación y la aplicación de las normas penales, en un caso concreto, encuentra unos claros límites constitucionales, que son, entre otros, el principio de legalidad, el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, al igual que las diversas cláusulas contentivas de los derechos fundamentales. De allí que, si bien la Constitución ampara el ejercicio del *ius puniendi*, al mismo tiempo, impone claras fronteras al legislador y a los jueces al momento de ejercerlo.

Por esta razón, ninguna norma constitucional, incluida aquella que consagra el principio de legalidad penal (art. 29 Superior), puede ser interpretada de forma aislada, ya que la Carta Política configura una unidad, la comprensión de esta disposición constitucional debe armonizarse con las normas sobre protección de bienes jurídicamente amparados (artículo

2 Superior,) y sobre derechos fundamentales (*vgr.* derecho a la vida, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, etc.), las cuales suelen estar a menudo formuladas de manera amplia, indeterminada e incompleta (Cfr. Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 285).

Por ello, la comprensión de la tipicidad penal no se agota en el texto de la ley, es decir, en la búsqueda de los significados de cada una de las expresiones que conforman un determinado tipo penal. Lo anterior por cuanto, en un Estado social de derecho, el principio de legalidad penal, puede entrar en colisión, en un caso concreto, con otros principios de rango constitucional, cuya resolución podría llevar a considerar para casos concretos, una determinada conducta como atípica. Adicionalmente, el intérprete judicial debe tener en cuenta las tendencias existentes en el mundo en una determinada materia, como puede ser, por ejemplo para el caso concreto, los cambios en las políticas públicas referidas al consumo de sustancias psicoactivas y a percibirlo más en términos de un problema de salud pública que de represión penal, actualizando así la normatividad.

Lo anterior me lleva a tener en cuenta que el 21 de diciembre de 2009 se produjo una enmienda constitucional con la expedición del Acto Legislativo 02, mediante el cual se modificó la redacción del artículo 49 Superior, que dio el tratamiento de enfermo y no de delincuente al adicto, y sustituyó para él la finalidad represiva por la de protección, a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, la (sic) cuales deben contar con su consentimiento informado.

Así mismo, no puedo perder de vista que la Corte Constitucional, mediante su sentencia C-574 de 2011, haciendo uso de una interpretación teleológica, sostuvo que la reforma introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009, no pretendió penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes “*de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida*”, y que la finalidad del precepto, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, **que no fueran de carácter penal** y que se recomendaran por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud.

Sumado a lo anterior, me resulta oportuno estimar que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-491 de 2012, tomando en consideración diversos fallos proferidos por esta Corporación, en relación con el porte de la dosis personal de estupefaciente y declaró exequible el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, «*en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado*».

Igualmente considero que la atipicidad se extiende a los supuestos en que quien porta la sustancia estupefaciente no tiene la condición de enfermo, pero tampoco la de comerciante o distribuidor de la misma, pues establecer un tratamiento punitivo diferencial no resistiría un test de igualdad, tal y como lo ha dado por sentado la Corte Constitucional en su sentencia C-491 de 2012.

Llegar a otro tipo de conclusión nos arrojaría al absurdo de sostener que solo habrá ausencia de responsabilidad penal por atipicidad de la conducta, cuando la persona que la porta ya ha avanzado en grado tal de consumo que adquiere la condición de enfermo, desconociendo que la adicción es un proceso que se desarrolla paso a paso, iniciado con el consumo esporádico, convirtiéndose luego en consumidor habitual, hasta llegar a la categoría de adicto.

Vale la pena recordar que con base en esta ausencia de distinciones se pronunció la Corte Constitucional en su sentencia C-491 de 2012 al sostener que:

«Es preciso aclarar que la dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal, y por ende no está destinada a la comercialización o distribución. En consecuencia, no forma parte de este concepto la condición personal de quien la “porta o conserva” en dosis mínima; es decir que resulta irrelevante para la configuración del concepto de dosis personal, la condición de adicto, consumidor habitual, o consumidor ocasional. (Subrayas fuera de texto original)».

Sin duda, el juicio de tipicidad, en un Estado Social de Derecho, no se limita a verificar si un individuo adecuó su conducta a aquella descrita previamente en un determinado tipo penal. Será igualmente necesario verificar, en el caso concreto, si aquel principio de legalidad entra en contradicción con la Constitución y la jurisprudencia emanada de ella.

Finalmente, no se debe perder de vista que actualmente existe una fuerte tendencia global hacia la despenalización de la dosis personal de drogas (Cfr. CSJ. SP. de 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409), razón por la cual sostener la tipificación de los portes de sustancias estupefacientes de dosis personal o de cantidades levemente superiores no destinados al comercio o distribución, incluida la dosis de aprovisionamiento, iría en contravía de la corriente mundial que gira hacia su legalización y que entrega a los jueces la labor de determinar, **atendiendo las especiales circunstancias de cada caso concreto**, si con la cantidad de exceso se alcanza o no a vulnerar los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Son estos razonamientos los que me llevan a aclarar mi voto.

Con mi consideración y respeto, (...). Fecha *ut supra*.

Notas

- ¹ El 17 de abril de 2012.
- ² (i) Que el concepto y la regulación de la dosis personal prevista en el artículo 2º, literal j), de la Ley 30 de 1986 continúa vigente; (ii) Que en caso de porte de sustancias prohibidas en cantidad de baja significación es preciso analizar su relevancia penal a partir de la antijuridicidad material; (iii) Que el porte, tráfico o fabricación de estupefacientes para fines de comercialización son conductas antijurídicas aún si la cantidad sea igual o inferior a la dosis personal; (iv) Que cantidades insignificantes o no desproporcionadas destinadas al consumo no afectan el bien jurídico de la salud pública; y (v) Que a pesar de la prohibición introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009 y de la modificación dispuesta por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, es posible tener por impune el consumo en la dosis personal o en cantidades ligeramente superiores.
- ³ LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, *El delito...*, ob. cit., página 25.
- ⁴ ANDREW VON HIRSCH, *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, en “La teoría del bien jurídico”, Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 38, 39, 45 y 46.
- ⁵ En el artículo 3º de la Convención, denominado Delitos y Sanciones, su artículo 2º dispone: “A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971”.
- ⁶ “Al efecto oportuno resulta señalar que en el presente asunto no solamente no se acreditó, ni siquiera se intentó arrimar prueba alguna sobre la pregonada condición de consumidor habitual de sustancias estupefacientes, menos de adicto a las mismas por parte del señor...”.
- ⁷ Sentencia C-420 de 2002: “En cuanto a ello hay que decir que hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico. Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, (...). Pero luego ese ámbito de protección se amplió al punto que hoy ya no se trata sólo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social”.
- ⁸ “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”.
- ⁹ “Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga **efectivamente** en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.
- ¹⁰ Así se manifestó: “6. Como se recordará, con providencia del 3 de septiembre de 2003 la Corte admitió de modo discrecional la demanda excepcional de casación porque encontró, de un lado, que en cuanto a la aplicación del principio de lesividad frente a los delitos de peligro abstracto no había suficiente doctrina jurisprudencial, pues el antecedente citado en la demanda hacía referencia a un presupuesto fáctico bien diferente al que es objeto de este proceso y, de otro,

porque en el libelo se mencionó la necesidad de fijar el alcance de la efectiva puesta en peligro a que se refiere el nuevo código penal en su artículo 11”.

- ¹¹ “En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en si (sic) misma. En estos eventos la relación de causalidad entre la conducta prohibida y la actividad delictiva es enteramente contingente, y la afirmación de la existencia de dicha relación sólo puede corresponder a la elección discrecional que realiza el legislador en forma anticipada, y el juez frente al caso concreto, entre múltiples opciones; en última instancia, la potencialidad dañina que encierra la conducta se juzga realizable a partir de consideraciones que involucran no al acto mismo sino a su autor”.
- ¹² “5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”. Teniendo en cuenta lo anterior, la norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, **ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir. (...)**. (Negritas por fuera del texto original).
- ¹³ Cfr. <http://www.drugpolicy.org/news/2014/03/united-nations-criminal-sanctions-drug-use-are-not-beneficial>.
- ¹⁴ http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128048/1/9789241507431_eng.pdf?ua=1&ua=1.
- ¹⁵ http://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Julio/Estudio_de_Consumo_UNODC.pdf, búsqueda del 8 de agosto de 2014. Cfr. también resultados en Revista Semana, Edición 1683, del 3 al 10 de agosto de 2014, Bogotá, pág. 44.
- ¹⁶ Cfr. <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/aumenta-america-tendencia-de-despenalizar-consumo-perso-articulo-456512>. Búsqueda de agosto 8 de 2014.

Comentario

Primero: a manera de prenotando

Mediante sentencia del día doce de noviembre del año pasado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández (rad. 42.617), desató el recurso extraordinario de casación interpuesto por un Fiscal Seccional de Bello contra una sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del doce de agosto de 2013, que confirmó la absolución, por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, de un ciudadano a quien, agentes de la Policía Nacional, en un ‘procedimiento’ realizado en “una zona boscosa del barrio París” de esa población, le decomisaron “52 gramos de marihuana y 0,8 gramos de cocaína”, los cuales mantenía para el propio consumo.

No creemos que este pronunciamiento –que, por cierto, no tuvo difusión en los medios– sea la culminación de la línea jurisprudencial de esa Corporación sobre la dosis personal de estupefacientes para el autoconsumo. Sin embargo, de entrada, necesariamente, llama la atención que la Corte haya llegado a aceptar que la tenencia de 52 gramos de marihuana para el consumo personal –cantidad que supera, en mucho, la dosis personal para esta sustancia¹– no era antijurídica y, por lo mismo, no cabía deducirle, en este caso, responsabilidad jurídico penal al acusado.

Pero, antes de detenernos en ese pronunciamiento, creemos importante recordar unos antecedentes legislativos y unos precedentes jurisprudenciales de la propia Corte. En este último sentido, consideramos que hay tres ‘momentos hito’ en la evolución jurisprudencial sobre la dosis personal de estupefacientes para el autoconsumo: las sentencias de seis de mayo de 1980, de 18 de noviembre de 2008 y, precisamente, la que es materia de este comentario.

Segundo: el Decreto 1188 de 1974

“... es la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez”.

El día 25 de junio de 1974, bajo el gobierno de Misael Pastrana Borrero, se publicó el Decreto-Ley 1188 “por el cual se expide el Estatuto Nacional de Estupefacientes”². El art. 38 de ese Decreto reprimía, con pena de tres a doce años de presidio³, el porte, sin

permiso de autoridad competente, de “marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica”. Y el inciso segundo consagraba una sanción de “arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos”, cuando “la cantidad de drogas o sustancias que el sujeto lleva consigo corresponde a una dosis personal”.

El art. 6° de ese Decreto definió así la dosis personal: ‘Dosis personal’, es la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez, y ‘dosis terapéutica’, la que el médico normalmente prescribe al paciente.

Y, a su vez, el art. 39 de ese Decreto reguló así la determinación de la dosis personal: [l]a determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso 2° del artículo anterior deberá hacerse por peritación médico-legal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado.

Eran, pues, los médicos legistas quienes, en cada proceso judicial por porte ilegal de estupefacientes, definían la suerte del sindicado: determinaban si la cantidad que ese ciudadano llevaba consigo era la que podía ‘ingerir’, por ‘cualquier vía’, ‘de una sola vez’, o si, por exceder ese limitado consumo, cabía, entonces, aplicar la presunción *iusuris et de iure* según la cual esa droga estaba destinada al tráfico –venta o suministro o distribución–. También definían si ese ciudadano quedaba en libertad o si correría con todas las contingencias propias de un proceso, en el que iba a enfrentar una pena de presidio, que, por ser la más drástica de las establecidas en el Código Penal de 1936, estaba excluida, por ejemplo, de la condena condicional (el art. 80 de ese Código solo permitía la concesión de este subrogado cuando la pena era de arresto o no excedía los dos años de prisión) y en el cual, dada la situación de flagrancia de la aprehensión, muy pocas eran las posibilidades de una absolución.

Aunque los médicos legistas por lo general eran considerados y hasta benévulos en ese peritaje –en especial, en provincia–, esa facultad se prestaba, de todos modos, para abusos e incluso casos de corrupción. Pero, además, no dejaba de ser altamente cuestionable que la suerte judicial de ciudadanos por lo general pertenecientes a los sectores más vulnerables de la población por su pobreza –como suelen aquellos sorprendidos *in flagranti* delito de porte ilegal de estupefacientes–, estuviera sometida a tan subjetiva apreciación, así proviniera de un profesional de la Medicina, cuyos dictámenes, por

una parte, pocas veces contaban con el soporte de una documentada historia clínica del sindicado, y, por otra, no podían ser ajenos a los preconceptos propios de la cosmovisión, en esa época, de quien los rendía, como, por ejemplo, el rechazo a ‘marihuanos’ o ‘marihuaneros’, estimados como peligrosos ‘fronterizos del delito’(!).

‘Marihuana hierba hasta 28 gramos... Marihuana hachís hasta 10 gramos’.

El día 9 de Abril de 1976, bajo el gobierno de Alfonso López Michelsen, previamente ‘oído el parecer del Consejo Nacional de Estupefacientes’, se expidió el Decreto 701, “por el cual se reglamentan los artículos 6º, 38, inciso 2º y 39 del Decreto-Ley 1188 de 1974”. En los Considerandos de ese Decreto, se consignó el siguiente razonamiento:

Que en desarrollo de la Ley 17 de 1973, el Gobierno expidió el Decreto-Ley 1188 de 1974 en el cual se consagran varias conductas delictivas en relación con estupefacientes; Que entre tales figuras es necesario diferenciar las que tipifican la elaboración y el comercio de sustancias que producen dependencia física o psíquica y aquellas que se limitan al simple porte de pequeñas cantidades para el consumo personal.

Que este último fenómeno procesal tiene previstas consecuencias especiales y por tanto reclama un tratamiento preciso y adecuado en el campo probatorio, lo que en la práctica suscita algunas dificultades técnicas...

Y su art. 4º dispuso lo siguiente:

Siempre que no se demuestre que se trata de una dosis terapéutica o que sea imposible determinar mediante los criterios científicos anotados, la dosis personal del sujeto se tendrá conforme a la siguiente tabla:

Marihuana hierba hasta 28 gramos.

Marihuana hachís hasta 10 gramos.

Como es apenas entendible, la adopción por vía legislativa de la cantidad que constituía dosis personal en materia de porte de marihuana, causó un verdadero revuelo mediático: en verdad, el gobierno de López Michelsen había encontrado una solución

muy acorde con el pragmatismo del ‘Comandante Jefe’, propia de su ‘flema británica’, de la que hacía tanta ostentación. Pero lo más trascendente es que significó una excarcelación masiva por aplicación del principio de favorabilidad normativa, pues, como siempre, la mayoría de los detenidos en las cárceles colombianas por tráfico ilegal de estupefacientes, eran personas pertenecientes a los estratos más humildes de nuestra población, en especial joven, como obreros, campesinos, estudiantes, desempleados y toda clase de ‘marginados’, quienes habían tenido el infortunio de que un médico forense hubiera diagnosticado que la cantidad que les había sido incautada –casi siempre poco significativa– superaba la ‘dosis personal’.

Pero, como se dice, la ‘dicha duró poco’: mediante sentencia del día 21 de Marzo de 1977, el Consejo de Estado declaró nulo el mencionado art. 4° del Decreto 701/1976. Y volvieron los señores médicos legistas a ‘reinar’ en la determinación de la dosis personal de estupefacientes.

Tercero: El primer ‘momento hito’: la sentencia de 6 de mayo de 1980

“De ahí que se entienda por ‘dosis personal’ tanto el consumo del total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma cuando no exceda el volumen total que es propio a esta noción”. “Entonces, no yerra y sí acierta el Juez que tiene por ‘dosis personal’ el decomiso de marihuana hierba, hasta 28 gramos, o diez gramos si se trata de marihuana hachís, no entendiéndose en esa posesión un propósito de venta o gratuito suministro a terceros, o sea evidenciándose un consumo particular y propio”.

El día seis de mayo de 1980, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre un recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que el día seis de septiembre del año anterior había confirmado la condena a tres años de presidio impuesta a un ciudadano por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia (Caquetá) (Revista Nuevo Foro Penal, no. 7, pp. 130-139).

Los hechos ocurrieron el día 16 de marzo de 1976 –esto es, antes de la expedición del Decreto 701– en la localidad de Puerto Rico (Caquetá); en esa ocasión fueron capturados, por agentes de policía, un estudiante y un fotógrafo, “porque el primero de ellos llevaba en su chaqueta 36 gramos de marihuana... A su captura ambos dijeron

que les gustaba la marihuana y dejaron entrever que la portaban para el consumo personal". Al momento de la calificación del mérito sumarial, el estudiante fue enjuiciado y el fotógrafo sobreseído definitivamente. Pero, al ser consultada esta decisión exoneratoria, el Tribunal la revocó y la "mudó por enjuiciamiento". El acusado fue juzgado como reo ausente y fue capturado luego de la sentencia de primera instancia (Nuevo Foro Penal, n° 7, pp. 130-131)⁴.

En su pronunciamiento, la Corporación, acogiendo los planteamientos formulados por el Procurador en su concepto, sostuvo que la definición de dosis personal del art. 6 del Decreto 1188 de 1974 no debía ser interpretada en sentido literal –"la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez"–; "[e]sto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unilateralmente, de modo integrado o total". "De ahí que se entienda por 'dosis personal' tanto el consumo del total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma cuando no exceda el *volumen total* que es propio a esta noción" (Nuevo Foro Penal, n° 7, pp. 135). Y agregó:

Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal) se insinúa como la más apropiada la locución 'dosis de aprovisionamiento para uso personal' (Proyecto de Ley N° 13 de 1978, art. 1°, Anales del Congreso de 9 de Agosto de 1978). Pero no se quiere con esta última expresión ni ampliar la cantidad del consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de droga o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de 'dosis personal' como 'la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo', y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para marihuana hachís y un gramo para cocaína, siempre y cuando que esta última tenga una concentración que no exceda del 10% y no se trate de pasta o base de coca (Nuevo Foro Penal, n° 7, p. 134).

Más adelante sostuvo que era un "común e inveterado yerro de interpretación" estimar que, sin "peritación médica", "no es posible concluir que algunas porciones puedan entenderse, por sí, como propias del concepto 'dosis personal'" y que, precisamente, el

Decreto 701 de 1976 “buscó dilucidar esta equivocada valoración” (Nuevo Foro Penal, n° 7, pp. 135-136).

A continuación, recordó que el Consejo de Estado no había considerado “antitécnica” la “a priori y generalizante” fijación de las cantidades considerables como dosis personales en ese Decreto, sino que las mismas obedecían a un “criterio científico”. De todo lo cual se seguía que “hay situaciones en las cuales, aun sin peritación médica, puede aparecer como indubitable que se está frente a un caso de ‘dosis personal’, por la mínima porción que lleva consigo el usuario de esa planta o sustancia que produce dependencia física o psíquica. Y que, en otros, principalmente por su volumen, puede surgir duda al respecto, la cual disipará el respectivo dictamen médico-legal” (Nuevo Foro Penal, n° 7, p. 136).

Luego señaló lo siguiente:

Conviene reiterar que tratándose de fracciones mínimas de esta clase de sustancias, drogas o plantas, determinables por la consulta de cualquier farmacopea, manual o tratado sobre el tema, es legalmente factible, sin necesidad de pericia médica, afirmar un caso de ‘dosis personal’, ausente como debe estar toda insinuación de comercio de esas sustancias o productos. Los conocimientos de Medicina Legal que posee el Juez, así como la experiencia y preparación especializada del funcionario penal, le permiten en no pocos eventos llegar a una determinación de esta naturaleza, sin paralizar la Administración de Justicia, o negar un tratamiento penal o médico adecuado y oportuno al procesado, o recargar innecesaria y perjudicialmente los organismos auxiliares de la justicia en el campo de la Medicina Legal, tan escasa en nuestro medio judicial. En circunstancias dudosas, bien por las características individuales del inculcado, bien por la cantidad, calidad, etc., de la droga o sustancia decomisada, será obligación acudir a la pericia médico-forense (Nuevo Foro Penal, n° 7, p. 135).

Y concluyó así:

Aquí es donde las apreciaciones del Ministerio Público juegan un papel indicador de importancia. Cuando él se remite a las regulaciones del Decreto 701 de 1976, así haya sido anulado, no se está incurriendo en un desatino, sino afirmando una realidad técnica de imperiosa acogida y observación. Si ese Decreto se expidió después de oír al Consejo Nacional de Estupeficientes, que valoró aspectos científicos y pulsó la realidad nacional, no es aventurado y sí sensato aceptar que las porciones limitativas allí señaladas pueden, doctrinariamente, tomarse como guía general. Entonces, no yerra y sí acierta el Juez que tiene por

‘dosis personal’ el decomiso de marihuana hierba, hasta 28 gramos, o diez gramos si se trata de marihuana hachís, no entendiéndose en esa posesión un propósito de venta o gratuito suministro a terceros, o sea evidenciándose un consumo particular y propio. En el caso de porciones superiores a las indicadas, no puede tomarse como situación inherente a la noción de ‘dosis personal’, a no ser que se respalde esta distinta conclusión con dictamen médico-legal que así lo demuestre y acredite (Nuevo Foro Penal, n° 7, pp. 137-138)⁵⁻⁶.

Las repercusiones.

Este pronunciamiento, que fue ampliamente divulgado por la prensa, causó gran polémica, pues hasta se llegó a afirmar que la Corte había ‘legalizado’ el porte de la ‘dosis personal’ de estupefacientes –lo que, obviamente, era falso– e implicó dos situaciones: por una parte, y como en el año 1976, generó una nueva ‘masiva excarcelación’; muchos fueron los beneficiados de este avance jurisprudencial –los mismos de siempre: obreros, campesinos, estudiantes y toda clase de ‘marginados’ –. Y, por otra, significó el fin del ‘reinado de los médicos legistas’ en la determinación de la dosis personal, por lo menos en cuanto a la marihuana.

A partir de ese momento, en la praxis judicial se aceptó que cualquier cantidad de esa sustancia que se portara para el propio consumo en cantidad que no superara los 28 gramos, constituía ‘dosis personal’.

Cuarto: La ley 30 de 1986

“Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo”.

El día 31 de Enero de 1986, bajo el gobierno de Belisario Betancur Cuartas, se promulgó la Ley 30 “por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes”. Ya estábamos en el período del ‘narcoterrorismo’: la ofensiva de los ‘extraditables’ contra el Tratado de Extradición de 1979 con los Estados Unidos de América se intensificaba.

El inciso segundo del art. 33 de esta Ley estableció una pena “de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa de cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales”, cuando “la cantidad de droga exceda la dosis para uso personal sin pasar de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de

cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona”. Y el art. 51 criminalizó, como contraventor, a quien “lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal”, castigándolo con una pena de “arresto hasta por treinta (30) días”, extensible hasta “un (1) año” en caso de reincidencia.

Además, el art. 2º, en su literal j), definió lo que, en adelante, se debía tener como ‘dosis personal’, algunas de las cantidades de droga que constituían tal noción y lo que no debía entenderse por ‘dosis personal’:

Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo. /Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos. /No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.

Esta disposición conllevó el fin del ‘reinado de los médicos legistas en la determinación de la dosis personal’ en tratándose de cualquier clase de estupefacientes. Y significó que, por varios años, en la praxis judicial, se mantuvieran, como criterios inamovibles, las cantidades señaladas en el art. 2. j) del nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes como constitutivas de ‘dosis personal’.

El principio de insignificancia.

Sin embargo, no faltaron en la misma judicatura voces que, preocupadas por la creciente criminalización de personas pertenecientes a los estratos más humildes, por la comisión de un ‘delito sin víctima’ –como es el porte ilegal de estupefacientes para el autoconsumo–, planteamos alternativas para salir de esos límites normativos en los casos en los cuales las sustancias habidas superaban ligeramente la dosis personal, acudiendo, por ejemplo, al roxiniano principio de insignificancia, aplicable a la llamada ‘criminalidad de bagatela’ (Roxin, 1997, pp. 296-297 y 411; Cornejo, 2006; Jescheck, 1993, pp. 139, 606-607 y 777-779; Velásquez Velásquez, 2014, pp. 380-381; Zaffaroni, 1987, pp. 553-554; y Zipf, 1979, pp. 106-110). Al fin y al cabo, esa creciente prisionalización de adictos y de simples usuarios ocasionales tenía que preocupar. Y, por tal motivo, me

atreví a sostener lo siguiente en una providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, que alcanzó alguna resonancia en esa época (Velásquez Velásquez, 1990)⁷⁻⁸:

En cambio, el principio de la insignificancia brinda esa solución (...). En efecto: Si se estudia atentamente esta construcción dogmática debe concluirse que, simple y llanamente, es aplicación del principio rector de la antijuridicidad material, producto de la concepción objetiva del delito y según el cual 'para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley' (art. 4° del C. Penal). Lo que no acontece en los casos que pueden ser abarcados por el aludido principio de insignificancia. Pues, en tales situaciones, es de tan poca entidad el menoscabo o riesgo sufrido por el bien jurídico que debe descartarse, por irrelevante, la dañosidad social del obrar del autor (...) Por tal motivo, en estos eventos, en los cuales, en puridad de verdad, no se produce un 'mal socio-jurídico', la imposición de una pena, que, como lo anota Juan Fernández Carrasquilla, obedece a la 'necesidad social y esta aparece frente al perjuicio real o potencial de bienes jurídicos' (1986, pág. 27), sería 'un proceder terrorista que ni siquiera merece el calificativo de Derecho' (Roxin, , 1981, p. 33.).

Podrá pensarse que la solución dada a este caso es francamente heterodoxa, pero en realidad no. Es deber de una Judicatura democrática –y todo Juez demócrata debe ser consciente de su papel de 'repartidor' de dolor y actuar guiado por esa consciencia sobre su rol como agente de control social– buscar soluciones racionales para aquellas situaciones en las que una desacertada Política Criminal del Estado, por ejemplo, por reprimir con prisión un 'delito sin víctima', desconoce abiertamente el principio de intervención mínima –el cual debe orientar a todo Derecho Penal que se diga liberal– y, por tanto, puede conducir a la comisión de flagrantes injusticias, dar lugar a la irreparable estigmatización de individuos y, fomentando la llamada desviación secundaria, propiciar el comienzo o la consolidación de carreras criminales (Revista Nuevo Foro Penal 47, 1990, p. 146).

Quinto: El segundo 'momento hito': la sentencia de 18 de noviembre de 2008

“... se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción «iuris et de iure» de peligro consagrada en algunos tipos penales”.

El día 24 de Julio de 2001 entró a regir la Ley 599 de 2000, contentiva del actual Código Penal. Como es bien sabido, el art. 11 de este nuevo estatuto introdujo una trascendente variación al art. 4° del

Código Penal de 1980, que consagró el principio de antijuridicidad material, cuando añadió la palabra ‘efectivamente’ a la puesta en peligro, sin justa causa, del bien jurídico: “*Antijuridicidad*: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (Subrayas propias).

Esta reforma fue explicada así en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 40 de 1998, que se convertiría en el actual Código Penal:

Se mantiene la norma sobre antijuridicidad, no obstante, se resalta la necesidad de abandonar la llamada presunción «iuris et de iure» de peligro consagrada en algunos tipos penales. Se clarifica que el interés jurídico protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación.

Y esta innovación ha llevado a algunos a predicar que, en nuestro país, los tipos penales que describen delitos de peligro abstracto o presunto, en los que ‘el peligro para el bien jurídico se presume’, son, como lo postula Tamayo Medina (2008, pp. 119-120), inconstitucionales, pues riñen con el principio de lesividad, el cual “goza de status constitucional” en el art. 2° de nuestra Norma Normarum (2008, pp. 119-120). Es que, agrega este autor, el art. 11 del Código Penal de 2000, en cuanto establece que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley...convirtió los denominados delitos de peligro abstracto o presunto, en delitos de peligro concreto, efectivo o demostrable”.

“Lo que sí debe valorar es, en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal”.

La mencionada modificación introducida por el legislador al art. 11 del Código Penal no podía ser ajena a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Y es así como, el día tres de septiembre de 2003, admitió una demanda de casación excepcional presentada en un proceso adelantado por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, definido en el art. 365 del ordenamiento represor, por cuanto estimó conveniente un desarrollo jurisprudencial a partir de esa variación en el texto de

la norma contentiva del principio de antijuridicidad o lesividad u ofensividad.

Y, en fallo del 15 de septiembre de 2004 (Tamayo, 2008 pp. 119-120), la Corte concluyó que, en los casos de delitos de peligro abstracto o presunto, debía valorarse, “en concreto, si una específica conducta significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal”:

Esa delimitación entre las visiones con las cuales los dos órganos, el legislativo y el judicial, vislumbran una misma problemática, debe ser entendida con arreglo al conjunto de valores que emanan de la Constitución, pues si bien el primero, al diseñar los tipos penales de peligro abstracto asume que ciertas conductas pueden significar riesgo para determinados bienes jurídicos, es decir, establece una presunción de peligro, al segundo, al juez, le atañe verificar si un acto específico reportó efectiva creación de peligro para ese bien, porque, en ‘cualquier caso, debe tratarse de un daño o de un peligro verificable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto solo el contenido de la prohibición’ (Ferrajoli, 2011). Esto significa, que si bien en el momento de creación legislativa de los delitos de peligro se deja implícita una presunción de peligro, tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *juris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario, porque el carácter democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución), así lo impone, en tanto tal especie de presunción significa desconocer la de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

Al contrario, al evaluarse judicialmente los contornos de la conducta es ineludible establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro. En otro lenguaje, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela... (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, sentencia no. 21064).

Y a partir de tal ‘sentencia arquimédica’, la C. S. J. ha desarrollado una línea jurisprudencial que se ha profundizado en fallos de fechas trece de mayo de 2009 (sentencia no. 31362) y 25 de mayo de 2010 (sentencia no. 28773) y en otras sobre porte ilegal de estupefacientes que se citarán a continuación.

“(...) si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material...”.

Mediante sentencia de 18 de noviembre de 2008, la Sala de Casación Penal (Rad. no. 29.183), despachó favorablemente el recurso de casación interpuesto por la defensa contra una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 12 de octubre de 2007, que confirmó la condena, por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la capital, de un ciudadano a quien, el día 29 de marzo de 2006, en un ‘procedimiento’ policivo realizado ‘por el sector de la carrera 70-B frente al N° 35-07’, se le incautó “una bolsa transparente contentiva de 12 bolsas pequeñas de sustancia vegetal, la cual al ser sometida a estudio arrojó positivo para la marihuana con un peso neto de veintinueve punto nueve gramos (29.9 gramos)”.

En este pronunciamiento –que se inscribe dentro de la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de quince de septiembre de 2004–, después de considerar que “la tipicidad de la conducta (*desvalor de acción*), no tiene discusión en este caso”, concluyó que no ocurría así con su antijuridicidad:

Pero, lo que no se demuestra en la actuación es que los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (*salud pública, seguridad pública, orden económico y social*), hayan sido afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado, de quien se sabe es un consumidor habitual, un adicto, que no ejecutaba actividades de distribución o venta del alucinógeno.

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que solo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible. El cargo analizado, en consecuencia, está llamado a prosperar.

Un apuntamiento sobre los ‘delitos sin víctima’.

Este pronunciamiento de la C. S. J. fue objeto de un extenso comentario por parte de Londoño Berrío (2009, pp. 129-224), a cuyas consideraciones jurídico penales me acojo y cuyos planteamientos sociológicos, criminológicos y políticos no puedo menos que compartir (en especial, su implacable crítica al Proyecto de Acto Legislativo de reforma del art. 49 de la Constitución Política, el cual pretendió criminalizar, de nuevo, el porte de la ‘dosis personal’).

No voy a predicar que, en este pronunciamiento, así se diga que “los bienes jurídicos tutelados con el tipo penal referido (*salud pública, seguridad pública, orden económico y social*)”, no fueron “afectados con la posesión de 9,9 gramos que por encima de la dosis personal tenía en su poder el acusado”, se acogió, expresamente, el principio de insignificancia. Pero lo que no puede negarse es que la Corte –sin decirlo– tuvo en consideración una situación que no puede desconocerse en estos casos: se trataba de un ‘delito sin víctima’. Recuérdese: “[l]a conducta del acusado”, que “es un consumidor habitual, un adicto”, no “trascendió” la “órbita de sus propios intereses”; “[n]o tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos”.

Según Adam Bedau, citado por la criminóloga venezolana Gicovate Postaloff (1982, pp. 50-51), los delitos sin víctima presentan ‘cuatro caracteres’:

1) *La participación consensual en los crímenes sin víctima*: La homosexualidad, el aborto y la adicción a las drogas implican el consentimiento de las partes involucradas... Usualmente una persona puede llamarse víctima cuando se le causa un perjuicio, sufrimiento, etc., pero el caso de estos delitos se refiere al hecho de que una persona consiente en comprometerse en cierta actividad bajo su propio entendimiento y conocimiento.

2) *Otro criterio usualmente utilizado para caracterizar esta clase de ofensas, es la ausencia de participantes demandantes*: Jerome Skolnick dice que,

por su definición, los crímenes sin víctima no son reportados. Morris y Hawkins comentan que en muchos crímenes faltan víctimas en el sentido de que no hay demandante pidiendo protección de las leyes criminales.

3) *La ausencia de sentimientos de daño por parte de la 'víctima'*: Esto se refiere a que los crímenes sin víctimas son aquellas ofensas que no llevan consigo un sentimiento de daño hacia la persona, hasta el punto de que no impelen a llevar dicha ofensa a la atención de las autoridades.

4) *La voluntariedad en hacerse dar bienes o servicios socialmente desaprobados pero ampliamente requeridos*: O sea su naturaleza negociable o canjeable. Es este el caso del juego, el aborto, la prostitución y la adicción a la droga, en los cuales el hecho de ser ilegales tiene muy poco efecto en la reducción de sus vastas clientelas... (Gicovate Postaloff, 1982, pp. 50-51; Garrido Genoves & Gómez Pinana, 1998, pp. 112-113; Hassemer, 1984, pp. 77, 79 y 277).

Ramírez González (1983, pp. 23-24), en uno de los estudios pioneros de Victimología publicados en el país, sostiene que, en estos casos, puede hablarse, incluso, de “víctimas auto-víctimas”: “[e]s decir, que se victimizan a sí mismas”. Y, para aclarar tal concepto, agrega:

Si bien la mayoría de los delitos envuelven dos participantes, el criminal y su víctima, existen casos en los cuales el criminal y la víctima se confunden en uno, no dejando de existir una víctima. Dentro de esta modalidad están, a título de ejemplo: el drogadicto, el alcohólico, el jugador. En este caso la responsabilidad no es compartida sino soportada por el mismo infractor-víctima (Ramírez, 1983, pp. 23-24).

Y en los casos de porte o conservación de estupefacientes para el propio consumo, el agente, con el empleo de la droga controlada, únicamente causase daño a sí mismo, solamente expone su salud individual, casi siempre con absoluta “ausencia de sentimientos de (ese) daño”. Y si, por esa especial circunstancia de que “el criminal y la víctima se confunden en uno”, ningún tercero sale perjudicado, difícilmente puede pregonarse la lesión o siquiera la puesta en peligro de un bien jurídico colectivo, como lo es, precisamente, la salud pública: la salud de los otros, de los demás, del conglomerado.

De ahí que realmente sea una barbaridad político criminal la criminalización de ‘un delito sin víctima’, como el porte o

conservación de fármacos prohibidos para el consumo personal del actor: no hay una lesión o siquiera una puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos. Y el Estado, por razón del principio de intervención mínima (Muñoz Conde, 2001, pp. 107-135; Silva Sánchez, 2010, pp. 393-397), “el cual pregona que el Derecho Penal, como última ratio del control social, solamente debe entrar a actuar cuando se registran ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales” (Velásquez Velásquez, 1990, p. 143), no puede reprimir conductas que no representen daño o riesgo para bienes jurídicos de terceros:

Por más que se tipifique una conducta dentro de una norma penal, sino hay en ella proyección lesiva hacia un bien jurídico, no puede ella valorarse como antijurídica. Es este el centro de definición de la antijuridicidad, y a la vez una toma de posición con relación a la misión del Derecho Penal. Se trata además de incorporar en la estructura del delito un criterio de racionalidad política-criminal que evite la sanción de conductas inocuas o de simple desobediencia a la voluntad del Estado... (Tocora López, 1990, p. 68).

Pero es más: como se expresara en una cita insertada en la providencia de quince de febrero de 1989 atrás aludida, a quien porta o conserva psicotrópicos para el auto-consumo, “el Estado no le puede contravenir el libre derecho de auto-regulación, dentro del cual se encuentra la discrecionalidad para auto-intoxicarse (como tampoco reprime las autolesiones, la tentativa de suicidio)” (Ramírez Bastidas, 1985, p. 121; Velásquez Velásquez, 1990, p. 143); tal es, ni más ni menos, una necesaria consecuencia del principio de autonomía personal. Y, precisamente, por tal motivo, la Corte Constitucional, en su famosa sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, declaró inexecutable el art. 51 de la Ley 30 de 1986, norma que, como se recordará, criminalizaba a quien “lleve consigo o conserve para su propio uso o consuma cocaína, marihuana, o cualquiera otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis personal”:

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias

que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: “Usted es libre para elegir, pero solo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado”.

Y no se diga que todo lo que el legislador hace lo hace en función del interés común, porque, al revés, el interés común resulta de observar rigurosamente las pautas básicas que se han establecido para la prosecución de una sociedad justa. En otros términos: que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras esta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.

Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales (...)

Y así también lo reconoció la Corte Suprema (2009) en esa sentencia cuando afirmó que no resultaba válido el ejercicio del Derecho Penal “so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que solo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida”⁹.

A partir de ese momento, la Corte sentó la tesis según la cual, en algunos casos de porte de estupefacientes para el propio consumo en los cuales la cantidad de droga sobrepasara mínimamente los topes fijados por el Legislador como dosis personal, podía exonerarse de responsabilidad al autor por ausencia de antijuridicidad material:

Pero no se evidencia que el bien jurídico tutelado de la salud pública de que trata el Título XIII de la Ley 599 de 2000, se hubiese afectado por el resultado objetivo de *llevar consigo* 1.3 gramos de cocaína, cantidad que de manera por demás escasa sobrepasó la dosis personal, y máxime tratándose de un individuo del cual es dable inferir era un consumidor habitual, como encuentra soporte material y antecedente en la condena que por idéntico comportamiento recibió hace poco tiempo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia.

De otra parte, no se demostró que la conducta de J. Q. tuviera la finalidad de afectar los derechos de otros considerados de manera

individual o colectiva, ni existe prueba en contrario con la cual deducir que el aquí procesado tenía el propósito de comerciar con la sustancia que le fue hallada. En esa medida la objetividad así valorada como *llevar consigo* se reporta carente de antijuridicidad material, es decir, ausente de lesividad, sin que resulte válido ni legítimo la imposición de ninguna pena y menos la de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y \$1.227.590 de multa, que le fuera atribuida por los jueces de instancia, pues para el caso, tan solo resulta afectada la salud del aquí procesado (auto-lesión), circunstancia que no le incumbe al derecho penal pues se trata de un comportamiento que corresponde al exclusivo ámbito de su libertad, efecto con el que se hace realidad el principio de intervención mínima o de *última ratio*... (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, sentencia no. 31531, 8 de julio de 2009).

Sexto: El tercer ‘momento hito’: la sentencia de doce de noviembre de 2014

“No escapa a la Corte que en la actualidad existe una tendencia mundial hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes...”.

En sentencia de tres de septiembre de 2014 (no. 33.409), la Sala de Casación Penal, realizó un recuento de las “principales líneas jurisprudenciales que, a lo largo de los años, ha elaborado –esa Corporación– en materia de porte de sustancias estupefacientes en cantidades definidas como dosis para uso personal”, en las cuales diferenció dos fases: “(i) interpretación de textos legales, sin tomar en consideración argumentos de carácter constitucional; y (ii) la tesis de la ausencia de antijuridicidad material de la conducta”.

De acuerdo con la C. S. J., esta última línea jurisprudencial se inició con posterioridad a la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional.

En ese pronunciamiento, la Corte reiteró ese planteamiento:

No obstante que la Corte deba declarar la improsperidad (sic) de la primera censura propuesta en este particular evento, cabe reconocer que, tal como lo menciona el recurrente, el criterio aplicado por esta Corporación a aquellos supuestos en los cuales el adicto que no tiene la condición de comerciante o expendedor, ha sido sorprendido portando sustancias estupefacientes en cantidades ligeramente superiores a aquellas legalmente permitidas por el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986 como dosis para uso personal, ha consistido en que esas mínimas cantidades en que se excede el porte

permitido no alcanzan a lesionar los bienes jurídicamente tutelados por el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, generando en consecuencia su exclusión de responsabilidad criminal, cuestión que obviamente, no es el caso presente.

Más adelante sostuvo lo siguiente:

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el solo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal.

Y, casi al final, agregó lo siguiente:

No escapa a la Corte que en la actualidad existe una tendencia mundial hacia la despenalización del porte y consumo de dosis personal de sustancias estupefacientes, a tal punto que el pasado 13 de marzo de 2014, un Grupo de Trabajo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹⁰, presentó en Viena un informe contentivo de un conjunto de recomendaciones encaminadas a desincentivar el empleo de medidas penales para los consumidores de drogas.

Esta consideración llevó a alguna agencia de prensa a hablar de un “espaldarazo al uso medicinal de la marihuana”, por parte de la Corte Suprema de Justicia (Elpaís.com.co, 2014).

La sentencia materia del comentario. Las ‘conclusiones provisionales’

“... en esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse”.

En su sentencia del 12 de noviembre de 2014, la Sala de Casación Penal, volvió a hacer un recuento acerca de la “Jurisprudencia penal sobre el porte de estupefacientes para el consumo personal”.

Al terminar, en un aparte que denominó ‘conclusión provisional’, sostuvo, entre otras cosas, lo siguiente:

La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho– el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública (...). En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.

Pero, a renglón seguido, señaló que “en esta ocasión se considera que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales”:

- 1) Porque, como se vio, en muchas de las decisiones de esta Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo.
- 2) Porque prohija una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es *iuris tantum* para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es *iuris et de iure* para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido.
- 3) Porque a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito. Y,
- 4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.

“... necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (*iuris tantum*)”: a continuación, la Corte enfrentó el tema de los “Delitos de peligro abstracto: la presunción del riesgo es *iuris tantum*”.

En este apartado, recordó el cambio que había implicado la ya comentada variación en la redacción del ahora art. 11 del C. Penal y, al terminar, en un apartado que denominó ‘conclusión provisional’, sostuvo lo siguiente:

La interpretación histórica, sistemática, exegética, pero sobre todo la de carácter constitucional que realizó la Corte en las providencias que se acaban de citar, permite afirmar que la legitimidad de la facultad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, especialmente hoy por el nivel exagerado de riesgo en las sociedades modernas, no conlleva que la presunción de antijuridicidad en que se fundan sea *iuris et de iure*; por el contrario, necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (*iuris tantum*).

“... el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada”.

Enseguida, la Corte se ocupó del “Marco constitucional del porte de estupefacientes para el consumo personal”. Este estudio lo dividió en dos acápites: antes y después del Acto Legislativo No 02 de 2009; al terminar, y en otro apartado que denominó ‘conclusión provisional’, sostuvo lo siguiente:

En síntesis, a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.

Una reiteración.

Y luego, la Corte, en un acápite que tituló “Tendencia internacional: despenalización del consumo de estupefacientes y de las conductas previas”, reiteró lo que sobre el particular había expuesto en la sentencia de tres de septiembre anterior.

En relación a la existencia de una tendencia contemporánea que se impone a nivel internacional y que propugna por la despenalización del porte o la tenencia para el consumo, no por mero capricho o por moda sino por los comprobados beneficios de una medida de tal naturaleza; se cita a continuación la completa y actual referencia que al respecto incluyó la Sala en la reciente sentencia de casación del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409....

Cuatro conclusiones generales.

Al final de esos cuatro apartados, la Corte sentó las siguientes conclusiones generales:

1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social)
2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.
3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.
4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la segu-

ridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto, como se vio al principio, esta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

La solución del caso concreto.

La Corte afirmó que debían darse por probados los siguientes supuestos fácticos: el procesado “realizó la conducta típica de portar o llevar consigo estupefacientes (marihuana) en cantidad de 52 gramos, la cual es superior al tope establecido en la Ley 30 de 1986 como dosis personal que es de 20 gramos”.

[pero] “la droga que llevaba consigo el procesado era para su propio consumo, lo cual se infirió a partir de otros hechos probados como fueron: La condición personal de consumidor habitual (adicto), el lugar en donde fue capturado es reconocido por esa actividad (no como punto de expendio o venta), la práctica efectiva de consumo en la que fue sorprendido por la autoridad policiva, la cantidad de droga no fue significativa atendiendo su condición de farmacodependiente (no superó en 2 veces la dosis permitida) y la presentación de la droga en una porción individualizada (no fraccionada o dividida)”.

A continuación, expuso lo siguiente:

Así las cosas, la conducta típica realizada por JOHN JAIRO MONTOYA BUSTAMANTE al portar marihuana en cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal, no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho menos al orden económico y social, por cuanto la conducta indudablemente perseguía satisfacer su

propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico. Es más, en la sentencia y en la misma sustentación del recurso, se reconoció no solo la condición de consumidor del procesado, pues inclusive era esa la actividad que desarrollaba cuando fue capturado, sino la de adicto, la cual demanda no la respuesta punitiva del Estado sino, por el contrario, la protección especial de la que es merecedor según el artículo 49 de la Constitución Política a través de medidas administrativas de orden profiláctico, terapéuticas y pedagógicas.

En tales condiciones,

...la sentencia impugnada no incurrió en una violación directa de la ley sustancial en cuanto a la interpretación de la antijuridicidad para la conducta juzgada; por el contrario, se ajustó plenamente al entendimiento que en esa materia debe prevalecer, según lo ya expuesto”.

La “reflexión final”.

Una vez examinado el caso en concreto, la Corte consignó la siguiente reflexión final:

En adelante, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y los órganos de policía judicial deberán dirigir su persecución hacia los verdaderos traficantes de narcóticos que son quienes lesionan o ponen en peligro efectivamente los bienes jurídicos tutelados. En cambio, a los consumidores habrán de brindarles la protección reforzada a que también están obligados por ser todas ellas autoridades estatales.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consumidor que incurra en conductas de tráfico ilícito de estupefacientes, no pueda ser judicializado, porque en ese proceder sí trasciende su fuero interno afectando los bienes jurídicos de la salud pública, la seguridad pública y el orden socioeconómico.

Además, si bien la Fiscalía a la hora de demostrar, como le corresponde por ostentar la carga de la prueba en el proceso penal, cada uno de los presupuestos de la conducta punible, se beneficia de la presunción legal de antijuridicidad propia de los delitos de peligro abstracto como es el Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente; lo cierto es que el tratamiento diferenciador impuesto a nivel constitucional, así como la racionalización del poder punitivo y de la actividad judicial, imponen un mayor rigor en el acopio de elementos de conocimiento previo a la formulación de una imputación, que permitan o ratificar o desvirtuar la presunción de lesividad de conductas como el porte o la tenencia,

pues lo contrario implica el irrazonable y desproporcionado inicio de causas cuya prosperidad dependería casi que exclusivamente de la capacidad probatoria de la contraparte.

En todo caso, con base en la valoración razonada de las pruebas o medios de conocimiento legalmente aportados por las partes, será al juez a quien corresponderá decidir si en evento de porte de estupefaciente se acreditó, o la antijurídica finalidad de tráfico o la legítima de consumo, con el propósito de que adopte la decisión que corresponda.

El salvamento de voto.

Esta sentencia tiene un salvamento parcial de voto que puede sintetizarse en estos párrafos:

Conforme al mandato constitucional citado –Acto legislativo N° 002/2009– el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo es una conducta penalmente atípica, mientras que si se desvirtúa ese ingrediente subjetivo o finalidad específica, la acción corresponde a la ilicitud descrita en el artículo 376 del C.P., modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, pues sin ese ánimo de ingesta tal proceder pasa a ser propio del tráfico, distribución o fabricación de la sustancia ilícita que se lleve consigo (...).

(...) El consumidor ocasional o permanente y el adicto a las drogas no son delincuentes, son enfermos. A partir del acto legislativo 02 de 2009, dado el ingrediente subjetivo tácito establecido en esta normatividad, la sustancia portada para el consumo personal no es delictiva. La jurisdicción y autoridad competente para adelantar el trámite administrativo en esos casos es el Ministerio de Salud y solamente podrán ser sometidos a medidas educativas, profilácticas o terapéuticas.

Cualquier cantidad de droga portada con un fin distinto al consumo corresponde a la descripción típica del delito de tráfico, fabricación o tenencia de sustancias de que trata la Ley 1453 de 2011 y por ley de los contrarios la sustancia portada con el único propósito del consumo personal es una conducta que no tiene reproche criminal, de ella se ocupan las autoridades de la salud (...).

La aclaración de voto.

Esta sentencia tiene un salvamento parcial de voto en el que se lee lo siguiente:

La aludida decisión declara que si la cantidad de estupefacientes que se porta sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia, mientras que un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo se resolverá en sede de antijuridicidad teniendo en consideración el riesgo que probadamente presente para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública.

Aclaro mi postura frente a la decisión, por cuanto estimo que no resulta constitucionalmente tolerable considerar típica la conducta de los adictos de quienes no exista prueba de que son distribuidores o expendedores, que porten sustancias alucinógenas sobrepasando ligeramente el monto previsto para la dosis personal.

En efecto, según el principio de supremacía constitucional, las normas de naturaleza penal, mediante las cuales el legislador determina aquellos comportamientos que serán objeto de sanción (principio de legalidad), no pueden ser comprendidas por los jueces acudiendo tan solo a los clásicos métodos de interpretación de la ley. De manera que, la determinación del sentido y el alcance de las expresiones que conforman un tipo penal específico, deben ser conformes con los principios y valores constitucionales....

Más adelante, después de unas breves consideraciones sobre la interpretación constitucional, señaló:

(...) la comprensión de la tipicidad penal no se agota en el texto de la ley, es decir, en la búsqueda de los significados de cada una de las expresiones que conforman un determinado tipo penal. Lo anterior por cuanto, en un Estado social de derecho, el principio de legalidad penal, puede entrar en colisión, en un caso concreto, con otros principios de rango constitucional, cuya resolución podría llevar a considerar para casos concretos, una determinada conducta como atípica. Adicionalmente, el intérprete judicial debe tener en cuenta las tendencias existentes en el mundo en una determinada materia, como puede ser, por ejemplo para el caso concreto, los cambios en las políticas públicas referidas al consumo de sustancias psicoactivas y a percibirlo más en términos de un problema de salud pública que de represión penal, actualizando así la normatividad. Lo anterior me lleva a tener en cuenta que el 21 de diciembre de 2009 se produjo una enmienda constitucional con la expedición del Acto Legislativo 02, mediante el cual se modificó la redacción del artículo 49 Superior, que dio el tratamiento de enfermo y no de delincuente al adicto, y sustituyó para él la finalidad represiva por la de protección, a través de medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, los cuales deben contar con su consentimiento informado.

Así mismo, no se puede perder de vista que la Corte Constitucional, mediante su sentencia C-574 de 2011, haciendo uso de una interpretación teleológica, sostuvo que la reforma introducida por el Acto Legislativo 02 de 2009, no pretendió penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes *“de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida”*, y que la finalidad del precepto, buscaba acompañar a la prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal y que se recomendaran por un Tribunal mixto o de tratamiento conformado por entes judiciales y de salud.

Sumado a lo anterior, resulta oportuno estimar que la Corte Constitucional profirió la sentencia C-491 de 2012, tomando en consideración diversos fallos proferidos por esta Corporación, en relación con el porte de la dosis personal de estupefaciente y declaró exequible el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, *«en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado»*....

Tras lo cual indicó lo siguiente:

Igualmente considero que la atipicidad se extiende a los supuestos en que quien porta la sustancia estupefaciente no tiene la condición de enfermo, pero tampoco la de comerciante o distribuidor de la misma, pues establecer un tratamiento punitivo diferencial no resistiría un test de igualdad, tal y como lo ha dado por sentado la Corte Constitucional en su sentencia C-491 de 2012.

Llegar a otro tipo de conclusión nos arrojaría al absurdo de sostener que solo habrá ausencia de responsabilidad penal por atipicidad de la conducta, cuando la persona que la porta ya ha avanzado en grado tal de consumo que adquiere la condición de enfermo, desconociendo que la adicción es un proceso que se desarrolla paso a paso, iniciado con el consumo esporádico, convirtiéndose luego en consumidor habitual, hasta llegar a la categoría de adicto....

Luego de recordar que la Corte Constitucional, en su sentencia C-491 de 2012, precisó que la *“dosis personal es un concepto objetivo que hace referencia a la cantidad de sustancia estupefaciente que, de conformidad con una presunción legal, es la que resulta compatible con el consumo personal”*, que *“por ende no está destinada a la comercialización o distribución”*, que, *“en consecuencia, no forma parte de este concepto la condición personal de quien la ‘porta o*

conserva' en dosis mínima", y que, en síntesis, "resulta irrelevante para la configuración del concepto de dosis personal, la condición de adicto, consumidor habitual, o consumidor ocasional", anotó:

Sin duda, el juicio de tipicidad, en un Estado Social de Derecho, no se limita a verificar si un individuo adecuó su conducta a aquella descrita previamente en un determinado tipo penal. Será igualmente necesario verificar, en el caso concreto, si aquel principio de legalidad entra en contradicción con la Constitución y la jurisprudencia emanada de ella.

Y remató así su aclaración de voto:

Finalmente, no se debe perder de vista que actualmente existe una fuerte tendencia global hacia la despenalización de la dosis personal de drogas (sentencia 33.409, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia), razón por la cual sostener la tipificación de los portes de sustancias estupefacientes de dosis personal o de cantidades levemente superiores no destinados al comercio o distribución, incluida la dosis de aprovisionamiento, iría en contravía de la corriente mundial que gira hacia su legalización y que entrega a los jueces la labor de determinar, atendiendo las especiales circunstancias de cada caso concreto, si con la cantidad de exceso se alcanza o no a vulnerar los bienes jurídicos penalmente protegidos.

Séptimo: apuntamientos adicionales

Una ya lejana anticipación.

En este recuento los tres 'momentos hito' en la evolución de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la dosis personal de estupefacientes, hay un detalle que llama la atención: ya en la sentencia de seis de mayo de 1980, la Corte aceptó la posibilidad de que, en ocasiones, cantidades superiores a las señaladas en el art. 4° del Decreto 701 de 1976, pudieran ser consideradas como constitutivas de dosis personal, en casos en los cuales "así lo demuestre y acredite" el "dictamen médico-legal" previsto en el art. 39 del Decreto 1188 de 1974.

Muchos años después, en el 2008, la Corte volvió admitir esa situación, pero, como se ha visto, por otra vía: la de la ausencia de antijuridicidad material.

La plena asunción de la presunción *iuris tantum* en la línea jurisprudencial sobre los delitos de peligro abstracto.

Un aspecto realmente trascendente en la sentencia de casación comentada, es la radicalización de la línea jurisprudencial sobre la antijuridicidad en los delitos de peligro abstracto –por lo menos en cuanto al porte ilegal de estupefacientes–: como se recordará, a partir de la sentencia de 15 de septiembre de 2004, y, como consecuencia de la nueva redacción del art. 11 del Código Penal, la Corte sostuvo que, en estos casos, la “presunción de peligro” “no puede ser de aquellas conocidas como *iuris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario”, sino que

...frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.

Sin embargo, para la propia Corte, esta posición aún estaba sujeta a la tradicional concepción de la antijuridicidad en los delitos de peligro abstracto, como el porte de estupefacientes para el consumo personal, en cuanto se venía sosteniendo que, en estos casos, “un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir –de derecho– el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública”. O, en otras palabras:

...se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna.

En cambio, ahora, para la Corte, “la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal”. “Tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*” y “la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que aparezca interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal”.

Esta postura conlleva, entonces, una plena asunción de dicha presunción en tal clase de hechos punibles.

O sea que tenía razón Tamayo Medina cuando señaló que el actual art. 11 del Código Penal “convirtió los denominados delitos de peligro abstracto o presunto, en delitos de peligro concreto, efectivo o demostrable” (2008, pp. 119-120).

Lo que no deja de ser un importante avance, porque, como bien lo resaltó Londoño Berrío (2009), esa tal presunción, *iuris et de jure*, de “riesgo para la salud pública” cuando se portan cantidades que sobrepasan la dosis personal, pues el “excedente” “corre el riesgo de terminar en el ‘mercado’”, “no deja de ser una conjetura” (p. 149).

El soporte constitucional: el Acto Legislativo 002 de 2009.

Lo más paradójico de este nuevo pronunciamiento de la Corte es lo siguiente: la interpretación que –siguiendo la jurisprudencia constitucional– hace del Acto Legislativo N° 002 de 2009 que reformó el art. 49 de la Constitución Política, promovido por el siempre mal recordado gobierno del ‘Señor de las Sombras’, con el torpe propósito de criminalizar, a toda costa, el porte de la dosis personal de estupefacientes:

[d]entro de una política integral contra la droga como la que con coherencia ha venido implementado el gobierno colombiano, donde se sanciona, se extradita, se extingue el dominio, se invierten millonarios recursos en campañas de fumigación y erradicación manual de cultivos ilícitos, etc., no es coherente ni sostenible que una conducta como el consumo o porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso personal, no sea sancionable (Fabio Valencia Cossio y Diego Palacio Betancourt, Proyecto de Acto Legislativo ‘Por medio del cual se reforma el artículo 49 de la Constitución’). Colombia no puede tener esa contradicción ética de ser muy severo con producción, con tráfico, con bienes ilícitos, y al mismo tiempo ser totalmente laxo, permisivo con el consumo’ (Álvaro Uribe Vélez, citado por Londoño, 2009, p. 202).

De acuerdo con ese pronunciamiento, en adelante no podrá olvidarse que “el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada”. Y aunque “el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas” quedó prohibido constitucionalmente, la “respuesta estatal” “ante las conductas que violen la prohibición”, pese a tal interdicción, “será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica”: nunca las reacciones instrumentales del derecho penal.

Y cuando se estudian las “Conclusiones generales”, la solución dada al caso concreto, la “Reflexión final”, el salvamento de voto y la aclaración al mismo, podrá establecerse, sin mucha dificultad, que esa concepción del simple consumidor y del “enfermo dependiente o adicto” como “sujeto de una protección estatal reforzada”, constituye, en verdad, el soporte constitucional de los razonamientos de la Corte, de quien expresó el disenso parcial y de quien aclaró su voto.

De la superación del principio de insignificancia.

Como lo apunté enantes, no me atrevo a aseverar que la Corte, en la sentencia de 18 de noviembre de 2008, acogió, expresamente, el principio de la insignificancia. Pero, en el fallo comentado, sí reconoció que la solución que venía dándole a los casos en los cuales la cantidad de droga prohibida decomisada superaba, ligeramente, la dosis personal, se fundaba en tal principio: “... si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia”.

Ahora bien, en la sentencia comentada, la Corte –para decirlo de alguna manera– superó la solución propia del principio de insignificancia y fue más allá: proclamó que, en los casos de porte de estupefacientes para el propio consumo, “es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social)”, “no solo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal”, sino también, y es lo más relevante, cuando se trate de una “cantidad superior a la prefijada por el legislador como dosis personal”, así sea en mucho, siempre y cuando se establezca que “la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”.

La evolución de noción de ‘dosis personal de estupefacientes’: de la restricción y la ‘peritación médico-legal’ a la determinación normativa y de la cantidad ‘prefijada por el Legislador’ a la indeterminación.

Como se ha visto, el Decreto 1188 de 1974 restringió la ‘dosis personal’ a aquella “cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez”. Y su determinación la dejó a la “peritación medio-legal, teniendo en cuenta la

calidad y cantidad de la sustancia y la historia y la situación clínica del sindicado”.

El art. 1° del Proyecto de Ley N° 13 de 1978 planteó el cambio de esa restringida noción por la más amplia de “dosis de aprovisionamiento para uso personal”, concibiéndola como la “cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo”. Y así la definió la Ley 30 de 1986, aún vigente, la que, además, determinó la cantidad de sustancia que, en los casos de marihuana, marihuana hachís, cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína y metacualona.

Durante varios años, la Corte afirmó que también podían ser consideradas como dosis personal cantidades de estupefacientes que excedieran, leve o mínima o ligeramente, la cantidad establecida en la ley, en la medida en que se comprobara que el actor llevaba consigo la droga para el propio consumo.

En el fallo comentado, la Corte aceptó que una cantidad que excedía en treinta y dos (32) gramos la dosis personal para marihuana “prefijada” en el art. 2, j) del Estatuto Nacional de Estupefacientes, no “era significativa”. Y que, dado que se le mantenía para el consumo personal, “no tuvo la potencialidad de generar riesgo de lesión ni a la salud ni a la seguridad públicas ni mucho menos al orden económico y social, por cuanto la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”.

Pero aquí, a esta altura, podría pensarse que quedó un vacío: ¿cuál será la cantidad de droga que puede portar un farmacodependiente e incluso alguien que no lo sea –obvio, sin ‘finalidades de tráfico’–, para que se le siga considerando como ‘poco significativa’? No creo que haya ningún vacío: la Corte no podía fijar límites a las cantidades que, en los casos de adictos o de ciudadanos que solo son usuarios ocasionales de sustancias psicotrópicas, pueden estimarse como constitutivas de ‘dosis personal’: no estaba legislando. Pero, además, no podía alejarse del “soporte constitucional” de su pronunciamiento: “Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada...”.

Lo anterior significa, ni más ni menos, que, en estos momentos, estamos ante una indeterminación en cuanto a las cantidades

que constituyen la dosis personal de drogas o sustancias –como marihuana o cocaína– en casos de ‘adictos’ o ‘farmacodependientes’ o de usuarios ocasionales de fármacos prohibidos, cuando se tienen para el auto-consumo (!).

Lo relevante es que, en estos asuntos, se acredite que “la conducta indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”. Y, siendo así, según la Corte, no habrá más alternativa que una exención de responsabilidad jurídico-penal por ausencia de antijuridicidad material.

No es la culminación de la línea jurisprudencial sobre la dosis personal de estupefacientes.

“... es una conducta penalmente atípica”.

Como se recordará, la sentencia comentada tuvo un salvamento parcial de voto, no porque quien lo suscribió estuviera en desacuerdo con algún aspecto sustancial de la posición mayoritaria, sino porque asumió un punto de vista más radical.

Es que, de acuerdo con el disidente, por razón del “mandato constitucional citado –Acto legislativo N° 002 de 2009– el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo es una conducta penalmente atípica”: “dado el ingrediente subjetivo tácito establecido en esta normatividad, la sustancia portada para el consumo personal no es delictiva”; “la sustancia portada con el único propósito del consumo personal es una conducta que no tiene reproche criminal”.

“Medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal”.

Esa radical estimación como atípica de la conducta de quien porta estupefacientes para el propio consumo, fue expuesta, con mayor contundencia –y por ello me atreví a transcribirla casi *in integrum*–, en la aclaración del voto, donde se recordó que el Acto Legislativo N° 002 de 2009

no pretendió penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes ‘de medidas de protección que conserven su dignidad y su vida’, y que la finalidad del precepto, buscaba acompañar a la

prohibición con medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal.

Siendo así las cosas, como lo apunta el autor de la aclaración:

(...) no resulta constitucionalmente tolerable considerar típica la conducta de los adictos de quienes no exista prueba de que son distribuidores o expendedores, que porten sustancias alucinógenas sobrepasando ligeramente el monto previsto para la dosis personal". Y, además, esa atipicidad, ineludiblemente, debe "extenderse" "a los supuestos en que quien porta la sustancia estupefaciente no tiene la condición de enfermo, pero tampoco la de comerciante o distribuidor de la misma, pues establecer un tratamiento punitivo diferencial no resistiría un test de igualdad, tal y como lo ha dado por sentado la Corte Constitucional en su sentencia C-491 de 2012.

Conclusión diversa, de conformidad con la aclaración de voto,

...arrojaría al absurdo de sostener que solo habrá ausencia de responsabilidad penal por atipicidad de la conducta, cuando la persona que la porta ya ha avanzado en grado tal de consumo que adquiere la condición de enfermo, desconociendo que la adicción es un proceso que se desarrolla paso a paso, iniciado con el consumo esporádico, convirtiéndose luego en consumidor habitual, hasta llegar a la categoría de adicto.

Principio de fragmentariedad y atipicidad.

Si bien el Acto Legislativo N° 002 prohibió "el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas", su "tratamiento administrativo de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico", situó ese comportamiento, al mismo tiempo, en predios del injusto extrapenal: téngase en cuenta que, como lo resaltó la aclaración de voto, por expresa voluntad del legislador, la respuesta frente a tal conducta se redujo a la adopción de "medidas temporales restrictivas de la libertad, que no fueran de carácter penal".

Aquí no debe olvidarse el principio de fragmentariedad del derecho penal, íntimamente vinculado al principio de intervención mínima: aunque en cada rama del ordenamiento se presentan comportamientos *contra legem*, no cualquier acto ilícito se sitúa dentro del campo del derecho penal, cuyas violaciones son sancionadas con penas criminales: "[l]as conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones" (Cobo Del Rosal

& Vives Antón, 199, p. 70)¹¹. Simplemente, el legislador selecciona, entre todos los injustos, aquellos que representan los más extremos atentados contra bienes jurídicos fundamentales para la convivencia humana y los convierte en injustos penales: protege tales bienes jurídicos mediante la conminación de penas criminales a conductas que impliquen su lesión o puesta, efectivamente, en peligro.

O sea que, en virtud del principio de fragmentariedad –algunos hablan del carácter ‘fragmentario’–, el derecho penal solo sanciona los injustos más graves y que, por tal motivo, resultan intolerables para la coexistencia social. Y de ahí que se diga que el derecho penal únicamente se ocupa de un fragmento del injusto total: de “toda esa gama de conductas que el sistema jurídico manda o prohíbe”, “solo eleva al rango de conductas mandadas o prohibidas una parte de las que los demás sectores del orden jurídico consideran antijurídicas” (Velásquez, 2009, p. 185; Velásquez, 2014, p. 108)¹². Y las ilicitudes no seleccionadas para su sanción mediante una pena criminal, se tornan, desde la perspectiva jurídico penal, en atípicas: más aún, en absolutamente atípicas¹³.

Tal ha acontecido en materia del porte de la dosis de estupefácientes de uso personal: aunque el legislador declaró su prohibición, la mandó, de una, al campo del injusto extrapenal. Por fortuna, nuestro legislador aquí, al tomar esta determinación, obró, sin saberlo, como lo señalaba Welzel:

[e]l Derecho Penal se extiende más allá de sí mismo y se inserta en el marco cultural de una época. Pero este efecto lo logra solo a través de una sabia circunscripción de sus medios. Un penar a diestra y siniestra mellaría sus armas (1993, p. 6).

Por tal potísimo motivo, cuando, como lo enfatiza la propia Corte, se establece que la conducta del sujeto-agente –adicto o farmacodependiente o usuario ocasional– “indudablemente perseguía satisfacer su propia necesidad de consumo y no finalidades de tráfico”, debe reputarse que tal acción es –como se planteó tanto en el salvamento parcial de voto como en la aclaración–, simple y llanamente, atípica: no incursiona –ni de lejos– dentro del campo del derecho penal. Como, por cierto, se dijo en la sentencia de 3 de septiembre de 2014:

(...) el solo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefácientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del

consumidor o del adicto (Sala de Casación Penal, Corte Suprema, sentencia 33.409).

De ahí que pensemos que si la Corte, en su evolución jurisprudencial sobre el tema, es consecuente con el soporte constitucional del comentado pronunciamiento –que “el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente”, lo mismo que el usuario episódico, “fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada” y su tratamiento es extrapenal– tendrá que concluir, a la postre, como lo admitió anteriormente y lo preconizaron el salvamento y la aclaración de voto, que “el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con el propósito de consumo es una conducta penalmente atípica”.

Por eso, entonces, estimamos que el fallo materia de este comentario no es la culminación de la línea jurisprudencial sobre la dosis personal de estupefacientes.

Solo cabría esperar que, en este tema, no se produzca una repentina involución, como la que se dio con las líneas jurisprudenciales relativas al principio de inmutabilidad judicial –en materia jurídico-procesal–¹⁴ y a la *lex tertia* –en la aplicación del principio constitucional de favorabilidad normativa–¹⁵.

Séptimo: final: ¿el comienzo del adiós a una ‘pena alucinante’ para un ‘delito sin víctima’?

En su sentencia del día 12 de noviembre del año pasado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó lo que ya había señalado en su fallo de tres de septiembre anterior: existe una

...tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general.

Y esa tendencia “obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a la efectiva antijuridicidad de tales comportamientos”.

Alrededor del fallo comentado, cabrían muchas más disquisiciones jurídico penales y criminológicas. Pero he tratado de destacar los aspectos centrales de ese pronunciamiento y extraer, a partir de

las mismos, algunas premisas que inviten a esa “reflexión permanente” a la que llama la Corte, la que no debe ser tarea solo de la judicatura, sino, principalmente, de la academia.

Hoy en día, la pena mínima para quien sea sorprendido en el porte de ‘cantidad de droga’ que ‘exceda’ la dosis personal en drogas como marihuana, hachís, cocaína o sustancia estupefaciente a base de cocaína, derivados de la amapola, droga sintética, nitrato de amilo, ketamina y GHB, es de sesenta y cuatro (64) meses de prisión. Y esa sanción—así, por ejemplo, se allane a cargos en los inicios del proceso¹⁶—no solo le hace esquivar al procesado la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹⁷, sino también—como lo aducen muchos¹⁸—el otorgamiento de la prisión domiciliaria. Lo que significa que, sea como sea, habrá “reclusión intramural” para ese ciudadano. Y, como siempre, la población carcelaria que ‘recluta’ el sistema penal en materia de porte ilegal de estupefacientes, es la misma: en especial, jóvenes pertenecientes a los sectores más vulnerables de la población por su pobreza, obreros, campesinos, estudiantes y toda clase de ‘marginados’.

Un grupo de analistas de la corporación Dejusticia publicó, no hace mucho tiempo, un estudio intitulado *Penas alucinantes* (La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia) (Uprimny *et al*, 2013)¹⁹, en el cual, por ejemplo, demuestran que, con “relación a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, “un análisis de la evolución legislativa permite identificar un aumento considerable tanto en la pena mínima como en la pena máxima determinadas por el Legislador”: “la pena mínima ha aumentado en cerca de un 2.000%, y la pena máxima en un 600%” (Uprimny *et al*, 2013).

Es posible que para muchos la cifra de sesenta y cuatro (64) meses de prisión no les diga mayor cosa—pues ni siquiera tienen noticia de esa ‘alucinante’ evolución legislativa—y no se detengan a meditar en lo que ese tiempo representa en la vida de cualquier persona. Pero acudamos a un caso hipotético: si el consumo de licor estuviera criminalizado y sucediera que alguien pudiera ser encarcelado por ese tiempo—sesenta y cuatro (64) meses—, porque, por ejemplo, portaba dos (2) botellas de aguardiente o de ron o de brandy o de whisky—bebidas todas productoras de dependencia—, cuando era una (1) lo permitido por la ley, ahí sí concluirían, sin necesidad de grandes esfuerzos conceptuales, que tal castigo para un joven—que podría ser nuestro hijo o nuestro nieto o nuestro hermano menor—,

es, en verdad, una pena alucinante. El caso hipotético también podría plantearse con el consumo de tabaco, cuyo componente nicotina es, como todo el mundo lo sabe, altamente adictivo.

Entonces, en el actual contexto, donde se abre paso la opción de la despenalización del porte y de la tenencia para el consumo, la sentencia comentada no puede ser menos que bienvenida, pues representa un paso más en un proceso histórico que puede terminar con la erradicación de otra de las tantas ‘penas alucinantes’ ingenizadas por los dueños del poder de definición en nuestra sociedad.

Por consiguiente, sí, ese pronunciamiento puede ser, entre nosotros, el comienzo del adiós a una “pena alucinante” para un “delito sin víctima”. Y ojalá se entienda a partir de ahora que, como lo resaltó la propia Corte en su sentencia (rad. 29.183) de 18 de noviembre de 2008, jamás puede ser válido el ejercicio del derecho penal “so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que solo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida”.

Es que tal clase de empleo del poder punitivo solo puede demostrar aquello que, en tiempos de auge de la Criminología Crítica y de las tendencias abolicionistas²⁰, se denunciaba con tanto énfasis: ¡la irracionalidad del derecho penal –ese mecanismo transmisor de “dolor deliberado”²¹– como instrumento de control social! (Yacobucci, 2000, p. 277).

Manizales, Febrero de 2015.

Notas

- ¹ Fijada por el literal j) del art. 2º de la Ley 30 en la “cantidad que no exceda de veinte (20) gramos de marihuana”.
- ² Sobre los antecedentes legislativos del tratamiento del tráfico y porte de estupefacientes, Cfr. Velásquez (1989, pp. 2-18).
- ³ El art. 41 del C. P de 1936 (Ley 95) consagraba, originalmente, cinco penas principales: presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa. La pena de presidio desapareció de nuestra Legislación a partir de la entrada en vigencia del C. Penal de 1980 (Decreto 100).
- ⁴ Hacían parte de la Sala de Casación Penal magistrados como Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía

y Darío Velásquez Gaviria, sacrificados en los hechos del Palacio de Justicia del 5 y 6 de Noviembre de 2005; el ponente fue el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez.

- ⁵ La sentencia de la C. S. J. no comportó la absolución del procesado, sino la nulidad del proceso.
- ⁶ Hubo un salvamento parcial de voto de los magistrados Fabio Calderón Botero y Alfonso Reyes Echandía, quienes creyeron “inconveniente e innecesario que la Corte se ocupe, como Tribunal de instancia, de casación o de revisión, de un Proyecto de Ley para acogerlo o rechazarlo total o parcialmente”. Y, además, no compartieron “el acogimiento por la mayoría de la Sala al nuevo concepto de ‘dosis de aprovisionamiento personal’ con que el Proyecto (art. 1º) pretende reemplazar el de ‘dosis personal’” (Revista Nuevo Foro Penal, 7, pp. 130-139).
- ⁷ Auto del 15 de febrero de 1991 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, publicado parcialmente en la revista Nuevo Foro Penal, N° 47, Editorial Temis, Bogotá, 1990, pp. 141-147, con el título de “El porte de insignificante cantidad de droga como delito inocuo”, con comentario de Fernando Velásquez Velásquez. También, Gómez Pavajeau (1991, pp. 97-98) y Pérez Pinzón (2000, p. 197).
- ⁸ La tesis expuesta en esa providencia, fue resumida así por Fernando Velásquez Velásquez: “[e]l porte de 1.1 grs. de bazuca no lesiona realmente el bien jurídico Salud Pública, caso en el cual se está en presencia de un injusto de bagatela que, por su insignificancia, no cumple con la condición de antijuridicidad material que debe cumplir todo hecho punible, según el mandato del art. 4º del C. Penal” (1990, p. 141).
- ⁹ Así se reiteró en la sentencia de casación de fecha 8 de julio de 2009: “Lo que se pone de presente es un comportamiento ‘auto-destructivo’ o de ‘auto-lesión’ el cual incumbe los ámbitos exclusivos de la libertad de esa persona, es decir, a un fenómeno singular carente de antijuridicidad material (ausencia de lesividad) y que, por ende, no es punible” (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia no. 31.531, de ocho de julio de 2009.).
- ¹⁰ “Cfr. <http://www.drugpolicy.org/news/2014/03/united-nations-criminal-sanctions-drug-use-are-not-beneficial>”.
- ¹¹ Aquí debe recordarse a Hans Welzel (1993): “Cuando las disposiciones penales constriñen casi todas las actividades vitales, cuando hasta los actos de defensa de la existencia pueden ser punibles, entonces el Derecho Penal padece exceso de punición”, (pp. 6-7).
- ¹² Sobre el principio de fragmentariedad, Cfr., entre otros, Gómez de la Torre *et al* (2010, p. 73), Fernández Carrasquilla (2011, p. 257), Jescheck

(1993, pp. 45-46); Muñoz Conde & García Arán (2012, pp. 79-80); Welzel (1993, pp. 6-7) y Zugaldia *et al.*, (2010, pp. 94-95).

- 13 Aunque toda atipicidad objetiva es ‘absoluta’, pues no existe una ‘atipicidad relativa’, utilizo el término ‘absolutamente’, para enfatizar la irrelevancia jurídico penal de una conducta atípica.
- 14 Sobre el desmonte de los alcances de esta línea jurisprudencial, que implicó, por ejemplo, el abandono de la concepción del Juez natural en el Sistema Penal Acusatorio como “el Juez del juicio del oral”, y el no disimulado restablecimiento del ‘principio de permanencia de la prueba’ (Cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema, sentencias (diciembre 12 de 2012), 31362; 38.512, (julio de 3 2013), 38.632).
- 15 Sobre el desmonte de línea jurisprudencial de la aplicación de la *lex tertia* –que, según la misma Corte, significaba “una especie de conjugación normativa que reivindica a plenitud el principio de favorabilidad”– (Cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema, sentencia (marzo 12 de 2014) N° 42.623).
- 16 Recuérdese que hoy en día, por razón del parágrafo del art. 301 del C. de P. Penal, la rebaja en casos de flagrancia es sólo de “un cuarto (1/4) del beneficio de que trata el art. 351 de la Ley 906 de 2004”.
- 17 El Art. 63 del C. Penal, modificado por el art. 29 de la Ley 1.709 de 2014, permite su otorgamiento cuando “la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años”.
- 18 Con apoyo en el inciso segundo del art. 68-A del C. Penal, modificado por el art. 32 de la Ley 1.709 de 2014.
- 19 Cfr. sobre el mismo tema, pero a nivel continental, Pérez Correa (Pérez Correa *et al.*, 2012).
- 20 Cuyos principales postulados se mantienen vigentes, así hoy en día estén predominando otras tendencias.
- 21 Según Nils Cristie (1984, p. 7), “la imposición de un castigo dentro del marco de la ley significa causar dolor, dolor deliberado...”.

Referencias

Auto (1989, febrero 15). César Augusto López Londoño. Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales **No hay ninguna fuente en el documento actual.**

Berdugo Gómez de la Torre, I. *et al.* (2010). *Curso de Derecho Penal (Parte General)*, segunda edición, Barcelona: Ediciones Experiencia, Barcelona.

- Cobo Del Rosal, M., & Vives Antón. (1993). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant.
- Cornejo, A. (2006). *Teoría de la insignificancia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México: Fondo de la Cultura Económica
- Elpaís.com.co. Espalдарazo al uso medicinal de la marihuana. (7 de Octubre de 2014). COLPRENSA. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/corte-da-espaldarazo-proyecto-uso-medicinal-marihuana>
- Fernández Carrasquilla, J. (1986). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá: Temis.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Garrido Genoves, V., & Gómez Pinana, A. (1998). *Diccionario de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gicovate Postaloff, M. (1982). *Los procesos de descriminalización*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Gómez Pavajeau, C. A. (1991). *El principio de antijuridicidad material*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada: Comares.
- Londoño Berrío, H. L. (2009). Los avatares de la “dosis personal”: de derecho constitucional a “crimencito”. (F. P. Arboleda, Ed.) *Cuadernos de Derecho Penal*, 2.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho penal*. Montevideo: B de F.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Correa, C. et al. (2012). *Justicia desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en America Latina*. México: Editorial Fontamara.
- Pérez Pinzón, Á. O. (2000). *Un siglo de jurisprudencia penal*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Proyecto de reforma del Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario.
Bogotá: Publicabeca.

Ramírez Bastidas, Y. (1985). *Los estupefacientes*. Empresa de publicaciones del Huila.

Ramírez González, R. (1983). *La victimología*. Bogotá: Temis.

Roxin, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.

Sentencia C-221 (1994, mayo 5). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia C- 574 (2011, enero 12). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.

Sentencia C-882 (2011, noviembre 23). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

Sentencia C-491 (2012, junio 28). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.

Sentencia (1976, marzo 21). C.P. Alfonso Arango Henao. Sección Primera. Consejo de Estado.

Sentencia (1980, mayo 6). Casación. M.P. Gustavo Gómez Velázquez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Revista Nuevo Foro Penal, 7, 130-139.

Sentencia 29.183 (2008, noviembre de 18). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 31362 (2009, mayo 13). Casación. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 31531 (2009, julio 8) Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 28.773 (2010, mayo 25). Casación. M.P. María del Rosario González Muñoz. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 38.512 (2012, diciembre 12). Casación. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 38.632 (2013, julio de 3). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia 42.623 (2014, marzo 12). Casación. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33409 (2014, septiembre 3). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Silva Sánchez, J. M. (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Montevideo- Buenos Aires: B de F.
- Tamayo Medina, C. H. (2008). *Delitos de peligro abstracto y antijuridicidad material*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Tocora López, F. (1990). *Política Criminal en América Latina*. Bogotá: Ediciones librería el profesional.
- Uprimny Yepes, R., Guzmán, D. E. & Parra Norato, J. A. (2013). *Penas alucinantes (La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia)*, Bogotá: Dejusticia.
- Velásquez Velásquez, F. (1989). *Las drogas (Aspectos histórico, sustantivo y procesal)*. Medellín: Librería Colegas.
- Velásquez Velásquez, F. (1990). El porte de insignificante cantidad de droga como delito inocuo. *Nuevo Foro Penal*, (47) 141-147.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Medellín: Comlibros.
- Velásquez Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Welzel, H. (1993). *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Yacobucci, G. (2000). *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo.
- Zaffaroni, E. (1987). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zipf, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: Edersa.
- Zugaldía, J. M., & et al. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

IV

Reseñas y recensiones



Satzger, H. (2013), 6ª. ed. *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos. 387 p.

La obra del Prof. Dr. Helmut Satzger aborda uno de los temas de mayor actualidad en la ciencia jurídico-penal alemana: la internacionalización y, especialmente, la europeización del derecho penal. Junto al manual de Ambos sobre derecho penal internacional (DPI) y de Hecker sobre derecho penal europeo, la obra de Satzger se incluye como uno de los textos más importantes en lengua alemana sobre el derecho penal europeo e internacional. De estas tres obras, todas referentes para la ciencia jurídico-penal alemana, la de Satzger es la más sintética.

El texto comienza clarificando los conceptos más importantes en el ámbito del derecho penal internacional (§ 2), específicamente, aborda las nociones de DPI, supranacionalidad, reglas de competencia para la aplicación del DPI y cooperación judicial. Posteriormente, en su primera parte (§§ 3-6), se extiende sobre las regulaciones del DPI y discute múltiples problemas de dicha normatividad. Estas discusiones son relevantes, ya que en la determinación de competencia de un Estado para la persecución de un hecho punible, siempre debe ser aclarado cuál es el derecho penal material (nacional) aplicable. En esa medida, la obra de Satzger hace una detallada presentación de los principios que orientan la competencia estatal de persecución, en concreto, los principios de territorialidad, personalidad, culpabilidad, así como los principios de jurisdicción universal o de división de competencias y la obligación de persecución penal.

La segunda parte trata del derecho penal europeo, la cual se divide en cinco capítulos (§§ 7-11) relativos a los fundamentos del derecho penal europeo, el derecho penal europeo supranacional, el derecho penal material nacional bajo la influencia del derecho

européo, la persecución penal en Europa y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Como complemento del material descriptivo y analítico, la segunda parte ofrece una didáctica inclusión de gráficos, casos y múltiples preguntas de repetición y profundización. Por la integralidad y didáctica en el tratamiento de los diferentes temas, es posible que los lectores identifiquen la necesaria accesoriadad del derecho penal nacional con el derecho europeo.

La tercera parte del libro (§§ 12-17) aborda el tema del derecho penal internacional. Luego de una introducción en los fundamentos del DPI y sus respectivas fuentes jurídicas, se describe el desarrollo histórico de esta rama del derecho. A ello se sigue una presentación de la Corte Penal Internacional (CPI) y del Estatuto de Roma en sus partes general y especial. Mientras los estatutos de los tribunales militares de Núremberg y Tokio, así como los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, no tuvieron ninguna regulación acerca de la parte general del DPI, el Estatuto de Roma supera este vacío entre los artículos 22-33. A esto se suma un último capítulo sobre la implementación del DPI en el derecho alemán, en el cual se presenta el código alemán de derecho penal internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*). Concretamente hace un recuento de los motivos que tuvo el legislador alemán para la promulgación de este código, el contenido del mismo y los principales problemas de su articulado.

En la 6° edición del libro, Satzger ha revisado y actualizado los aportes relativos al derecho penal de la Unión Europea, haciendo un especial énfasis en las actuales actividades legislativas con base en el Tratado de Lisboa y las discusiones acerca de la interpretación de los fundamentos sobre la competencia para el logro de un derecho penal supranacional, la armonización del derecho penal nacional, así como los nuevos desarrollos del proceso penal europeo. Respecto a la CEDH, el libro hace un seguimiento detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con un especial énfasis en el tratamiento de un tema intensamente discutido en Alemania, como lo es la problemática de las medidas de aseguramiento (*Sicherungsverwahrung*). Asimismo, en la parte sobre el DPI, se recogieron los avances de la CPI, concretamente, la primera sentencia de dicha Corte promulgada el pasado 14 de marzo de 2012 contra Thomas Lubanga, jefe militar de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo.

En síntesis, puede decirse que se trata de una profunda y completa obra acerca del DPI y el derecho penal europeo. A su vez, de un didáctico texto sobre cada uno de los temas de estas respectivas áreas del derecho. En ese sentido, Satzger logra sintetizar y hacer ampliamente comprensibles múltiples y complejas problemáticas relativas al DPI y al derecho penal europeo¹.

John E. Zuluaga Taborda

Notas

- ¹ Esta es una opinión común en las diferentes recensiones de la obra del Prof. Helmut Satzger. Véase, Henning Rosenau en *ZiS* 2006, p. 459 y Nikolaos Gazeas en *ZiS* 2006, p. 462.

Ambos, K. (2014) 4 ed. *Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck. 697 p.

El manual de Derecho Penal Internacional (DPI) del RiLG Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos alcanzó su 4ª edición luego de ocho años de su primera publicación en el año 2006 en la serie *Juristische Kurz-Lehrbücher* de la prestigiosa editorial C.H. Beck¹. Con esto queda demostrada la importancia de la obra, que en un corto lapso se ha establecido como la obra estándar en lengua alemana sobre el DPI². Así como en las anteriores versiones, la edición aquí reseñada abarca el DPI en sentido amplio, es decir, no solo el DPI en sentido estricto, sino, también, las reglas de competencia y el derecho penal europeo, incluida la legislación europea sobre cooperación judicial y las garantías judiciales de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). La 4ª edición ha sido actualizada y revisada profunda y extensamente en cada una de sus partes, reflejando de manera íntegra el estado actual del DPI. En esta nueva edición han sido ampliadas las partes relativas al DPI y al derecho penal europeo. Además, se recoge un análisis sobre el primer juicio de la Corte Penal Internacional (CPI) y diferentes referencias sobre el proceso penal orientado por el código alemán de DPI, las crecientes diferenciación y ampliación del sistema de derechos humanos en Europa y la progresiva institucionalización del derecho penal europeo, especialmente en el ámbito de la cooperación judicial y la planeada Fiscalía europea.

La 4ª edición recoge en su estructura tres grandes partes, con lo cual se conserva la concepción original de su primera edición. En las tres se abordan trece capítulos, los cuales dan cuenta de manera detallada de la literatura más actualizada sobre sus respectivos temas³. La primera (§§ 1-4), luego de una introducción en los conceptos esenciales del DPI, se ocupa de la aplicación extraterritorial del derecho penal material alemán, es decir, el derecho de aplicación de la pena en el espacio (*Strafanwendungsrecht*). Se abarcan con detalle las normas alemanas en su contexto jurídico-penal internacional y se discute críticamente de qué manera el legislador alemán sobrepasa los límites jurídicos internacionales para la aplicación de las regulaciones del derecho de aplicación de la pena en el espacio. En esta parte se ofrece un amplio panorama de los fundamentos de las reglas de competencia, que permiten una comprensión crítica del DPI y de su relación con el derecho penal y constitucional alemán.

La segunda parte (§§ 5-8) describe los desarrollos más actuales del DPI (*Völkerstrafrecht*). Entre otros temas, presenta un detallado recuento del proceso de implementación del Estatuto de Roma e informa sobre la evolución de los diferentes tribunales *ad-hoc*. Adicionalmente, ofrece una minuciosa explicación de cada uno de los tipos penales del Estatuto de Roma, del proceso penal ante los tribunales penales internacionales y de la cooperación entre tribunales nacionales y la CPI. En la tercera parte (§§ 9-13) expone el derecho penal europeo (*europäisches Strafrecht*) en sus aspectos más esenciales. En el mismo, trata tanto de la protección de derechos fundamentales en la comunidad europea, como sobre los mecanismos de cooperación judicial y las instituciones más importantes para la implementación del derecho penal europeo. Adicional a las detalladas discusiones, el libro pone a disposición de los lectores pequeños y didácticos casos con los que se traza un vínculo entre los aspectos teóricos y prácticos del DPI⁴. De igual manera, el texto incorpora 28 gráficos que sintetizan complejas estructuras jurídicas y judiciales.

En síntesis, se puede decir que el manual de DPI, también en su 4ª ed., es muy convincente. Con base en la actualidad de las exposiciones, la profundidad de las discusiones y la integralidad de las referencias doctrinales y jurisprudenciales, puede afirmarse que es el libro más importante en lengua alemana sobre el DPI. Para los lectores es especialmente valioso el detallado registro de fuentes, en las cuales se puede encontrar tanto un amplio número de decisiones de los más altos tribunales europeos, como una extensa y actual literatura sobre todos los temas relativos al DPI. En cada una de las discusiones el autor presenta sus propias posiciones, las cuales desarrolla a partir de una exhaustiva revisión de fundamentos jurídicos y de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Se trata, pues, de un libro de obligatorio seguimiento y discusión no solo por parte de académicos sino, también, en la praxis del derecho penal.

John E. Zuluaga Taborda

Notas

¹ Ambos, Kai, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, München, C.H. Beck, 4º ed., 2014, p. 7 (Vorwort).

- ² Asimismo Kreicker, quien en su recensión a la 3ª edición del manual distingue la obra como *“das deutschsprachige Standardwerk zum internationalen Strafrecht”* (ZiS 2012, p. 296).
- ³ Un seguimiento a la evolución de la literatura recogida en las diferentes ediciones del manual puede hacerse en la página web de la cátedra del Profesor Kai Ambos. Cfr. <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/2014-10-03-18-30-41/lehrbuch-zum-internationalen-strafrecht>
- ⁴ Como complemento al tratamiento casuístico de los principales temas del DPI, puede verse una compilación más extensa de casos en Ambos, Kai, *Fälle zum internationalen Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, München, Beck, 2010.

Fajardo, L. A. (2014). *Reclutamiento de niñas y niños como crimen internacional de las FARC en Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A. 252 p.

Como producto de la investigación académica, interdisciplinar y de tipo descriptivo, realizada por el Grupo de Investigación en Derechos Humanos y DIH “De las casas”, de la Universidad Sergio Arboleda, fue publicado el texto reseñado, en el que el autor, Luis Andrés Fajardo Arturo, a lo largo de cuatro capítulos, nos introduce al tema, actual y preocupante, del reclutamiento de niñas y niños, así como en el de su participación en el conflicto armado. La investigación tiene como objetivo determinar si las prácticas de reclutamiento forzado de las FARC frente a los niños y niñas coinciden o no con los elementos del delito de reclutamiento ilícito, entendido como crimen de guerra a la luz del Estatuto de Roma (ER).

En el primer capítulo, el autor se refiere de manera general a las organizaciones armadas ilegales para, con posterioridad, concentrar su atención en el reclutamiento ejecutado por el grupo ilegal FARC. Analiza, así, el proceso que este grupo adelanta para involucrarse con la población civil y las condiciones de vulnerabilidad, impunidad, abandono y victimización que se generan para los menores. En este apartado, también reflexiona sobre las causas de la utilización de los menores en el conflicto, indica que ellas son institucionales, familiares, económicas y que sus factores determinantes son: el conflicto armado, la inimputabilidad de los menores y sus condiciones físicas y psicológicas.

El reclutamiento, como lo señala el expositor, puede lograrse a través de la coacción física o el engaño e, incluso, algunos hablan del ingreso voluntario; sin embargo, la investigación concluyó que el término ‘voluntario’ se traduce en forzado tratándose de menores de edad y, por lo tanto, el reclutamiento, a ojos del autor, siempre será forzado. Igualmente, se indican los objetivos del entrenamiento de los niños y de las niñas y el tipo de actividades realizadas por ellos para cumplir con aquellos, los cuales van desde realizar labores de cocina hasta ejecutar acciones de combate. De esta forma, el primer capítulo resume cómo los niños y las niñas cumplen con tres condiciones: víctima-victimario-víctima; lo cual, advierte, tiene efectos sociales, físicos, psicológicos y culturales.

A su turno, en el segundo capítulo, se usan ampliamente reportes de organizaciones internacionales, entidades estatales y

entrevistas realizadas a los habitantes de las regiones afectadas, amén de mapas y gráficos, a partir de los cuales se evidencia el control territorial ejercido por grupos como las FARC, mediante el cual pueden reclutar y mantener a los menores en las filas; también se refiere a lo ocurrido con la zona de distensión creada en 1998. Con lo anterior, queda claro cómo las FARC en sus políticas de reclutamiento, además de no cumplir con la edad mínima de 15 años, someten a los menores a actos sexuales graves, control de natalidad y muerte.

El autor analiza las actividades que realizan los menores según el bloque al que pertenezcan, las cuales van desde entrenamiento para la actividad del narcotráfico, explosivos e inteligencia, hasta el adiestramiento ideológico y el manejo de las finanzas. También se hace un análisis de la ‘Guía para el trabajo de los clubes infantiles bolivarianos’, la cual refleja la política dirigida al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes. Igualmente, hace referencia a los formatos de hoja de vida que se utilizan al momento de ingresar a las FARC, lo que incluye, según la investigación, tanto datos regulares como otros que se dirigen específicamente a relaciones con las FARC antes y después de su vida como civil.

El capítulo tres, por su parte, se ocupa de precisar lo que debe entenderse por reclutamiento forzado, a lo que se suman las referencias al interés superior del niño, lo cual es prueba de la importancia del asunto en cuestión. Para tratar el tema, el autor muestra las diferentes fuentes tenidas en cuenta en las investigaciones sobre la materia –jurisprudencia nacional, regional e internacional; conceptos y consultas regionales– que facilitaron el trabajo de campo. Ello, por supuesto, refleja la relevancia del tema de investigación escogido y su trascendencia para el momento que actualmente vive Colombia.

En orden a desarrollar y recopilar la información, el autor hace uso de diversas tablas, previo relato de los hechos del caso. Luego, analiza dichos hechos de cara a los elementos objetivos del tipo; sin embargo, en algunos ejemplos, el análisis de las descripciones típicas respectivas no es el más acertado (p. 175). Si los conceptos de crimen de lesa humanidad y de crimen de guerra antecederan los análisis de los casos, el lector tendría una mejor comprensión del texto y el objetivo que se pretende alcanzar con la investigación se lograría de mejor manera.

En el cuarto capítulo, se aborda la problemática desde el ámbito internacional, con especial referencia a lo sucedido en Sierra Leona y en la República Democrática del Congo; además, se alude a la actividad de la Corte Penal Internacional (CPI) en relación con el reclutamiento de menores. Al mismo tiempo, se presenta un comparativo entre el caso de Charles Taylor, quien fuera Presidente de Liberia, y los miembros de las FARC para advertir que, en cuanto a la responsabilidad penal de los miembros del grupo ilegal, la tesis más cercana a la luz del ER es la de la autoría mediata (p. 236). Desde luego, es necesario precisar en este punto que el análisis de responsabilidad ante la CPI se debe realizar de manera individual, pues si bien en algunos casos son grupos u organizaciones los que ejecutan los crímenes, el artículo 25 no precisa el requisito de la macrocriminalidad ni la imputación a título colectivo (p. 214).

En este capítulo, el autor se ocupa, además, del tipo penal de ‘Reclutamiento ilícito’ contemplado en el Código Penal colombiano y de sus diferencias con el previsto en el ER; advierte cuáles son los factores que los jueces deben tener en cuenta a la hora de determinar el grado de responsabilidad de los menores, por su calidad doble de víctimas y victimarios (p. 201). También confecciona un organigrama de las FARC en atención a su jerarquía y organización, acompañando los perfiles de quienes considera son los máximos responsables de los crímenes perpetrados, con información personal, académica y militar de los mismos.

En conclusión, este es un texto que brinda una mirada general –quizás demasiado– a la situación que viven los menores reclutados ilícitamente dentro de las filas de los grupos al margen de la ley. Adecuadamente, en el desarrollo de la investigación, el autor se ocupa tanto de lo que está escrito en tratados internacionales como de lo que viven algunos de los niños y las niñas en Colombia, a través de sus propios relatos. Esto le permite al lector una mejor comprensión de la realidad del reclutamiento forzado de menores en nuestro país.

Al abordar el tema desde una perspectiva internacional, acompañándola de un amplio trabajo de campo, el libro reseñado contribuye al debate sobre el actual proceso de paz; en especial, tratándose de un tema que no solo interesa a los académicos sino también a la sociedad Colombiana en general. Es claro, entonces, desde la perspectiva abordada en el texto, que el reclutamiento

ilícito debe ser uno de los principales asuntos a tratar en un contexto de postconflicto, adoptando políticas públicas encaminadas a la resocialización, recuperación y liberación de los niños y niñas involucrados en el conflicto.

María Alejandra Troncoso Torres

V

Entrevista



Profesor Nodier Agudelo Betancur

Ingrid Bibiana Muñetones Rozo

1. CDP: Profesor, por favor cuéntenos acerca de su formación y trayectoria académicas.

Prof. Agudelo: Aunque generalmente la respuesta que se da a esta pregunta comienza con la Universidad, en mi caso, me gusta iniciar con la formación que tuve en el Bachillerato. En efecto, mi familia vivía en una región muy violenta, desde los años 1957; vivíamos en Mistrató, hoy Risaralda, en ese tiempo Departamento de Caldas: se trataba de la violencia a causa de las diferencias políticas entre conservadores y liberales. Para alejarnos de esa violencia, fui llevado con cuatro de mis hermanos (en mi casa fuimos 13 hijos), a Armenia, hoy Quindío, por un tío sacerdote, el padre Francisco Betancur, quien era una persona muy importante en la mencionada ciudad; a todos nos internaron en partes distintas y a mí me correspondió en el Seminario Menor Pío X; en donde estuve seis años, desde 1961 a 1966, claro, con interrupciones en las vacaciones de fin de año. En ese tiempo, la disciplina era un poco a la antigua; cuando leí a Víctor Hugo, vi muchas veces en su obra retratada la situación de este tipo de instituciones en mi tiempo. Había que levantarse a las cuatro de la mañana, teníamos 20 minutos para arreglarnos, bajar a la capilla, meditación, misa; luego, una hora de estudio, desayuno, clases; al medio día almuerzo, en silencio, escuchando la lectura que alguien hacía, a quien se le corregía la entonación, la respiración, y su postura, etc.; luego recreo, deportes obligatorios; venía la tarde, clases, estudio, comida, recreo, dormitorio; mientras nos preparábamos para dormir, había música clásica u ópera por un rato. Y así.

Bueno, quiero decir que de lo anterior me quedó la disciplina: el lema era que si uno tiene capacidades, pero no tiene temple de voluntad, de nada sirve la inteligencia: aptitud y actitud. Ahora bien, como no tenía quién me visitara, me pasaba el tiempo en la biblioteca, y me fui orientado hacia los libros clásicos: las obras corrientes, la Odisea, la Ilíada, y los más modernos de Cervantes, Shakespeare, Dostoievski, etc.

Terminé en 1966 y me fui a estudiar a Medellín, ingresé en 1967 a la Universidad de Antioquia; allí tuve profesores que me marcaron; así, Lucrecio Jaramillo Vélez, un sabio en derecho romano: me orientó hacia la lectura la Ciudad Antigua de Fustel de Coulange, a La rama dorada de Frazer, para solo dar unos ejemplos; menciono estas obras porque son, en su género, obras cumbres; también fueron mis profesores Benigno Mantilla Pineda, jusfilósofo; Carlos Gaviria Díaz, quien dictaba Introducción al estudio del derecho, Gustavo Gómez Velásquez, Fernando Meza Morales, Edgar Tobón Uribe, Jairo Duque Pérez, entre otros.

Otra persona que influyó mucho en mí fue el Profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, a pesar de no haber sido mi profesor de manera directa, pues él dictaba Procedimiento Penal y luego fue nombrado Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; su libro Lecciones de Derecho Penal General, editado por la Universidad de Antioquia en 1962, fue mi primera lectura de esta materia, junto con el libro de Carlos Lozano y Lozano, Elementos de Derecho Penal; del Profesor Mesa, destaco el trato deferente que me daba, acorde con mi admiración hacia él. Agregó más, hasta su porte y su forma de vestir me llamaban la atención.

Me gradué, trabajé dos años, hice unos ahorros, vendí los muebles de la oficina, le entregué la plata a mi mamá, le dije que sacara cada mes X cantidad de dinero; y me fui con 600 dólares; llegué a París, allí me dieron albergue en la *Cité Internationale* y, bueno, me dediqué a estudiar en la Universidad de París, concretamente en Panteón, allí al frente del monumento *Aux grands Hommes la Patrie reconosant*, quedaba, y queda, el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de París.

2. CDP: Háblenos de su formación en Europa, concretamente en Francia y en Alemania.

Prof. Agudelo: Quiero decirle primero: yo quería estudiar Criminalística: balística, medicina legal, fotografía, laboratorio, etc. En

esta perspectiva, fue muy importante haber tenido como profesor a Marcel Leclerc, un teórico de la policía que distinguía entre Policía técnica y Policía científica: él sostenía que debían estar separadas; la primera estudiaría cómo hacer un seguimiento, cómo adelantar una búsqueda en un allanamiento, cómo recoger una prueba, cómo embalarla, etc. La Policía científica sería la que trabajaría en el laboratorio; Leclerc, hablaba plásticamente del ‘policía de gabardina’ y el ‘policía de blusa’, el policía de la calle y el del laboratorio. Él sostenía que debían estar separadas las funciones, pues si se confundían, era posible que en el laboratorio, el policía ‘le hiciera decir a los datos’ lo que él quisiera que dijeran como policía técnico.

Fue así como me familiaricé con autores como Jean Gayet, Soderman, Lemond Sneyder, Ceccaldi, y sobre todo, con el gran Edmond Locard: como se sabe, este y Gayet, eran de la tradición de la policía de Lyon.

En ese momento de mi carrera, me enviaron un mensaje de la Universidad de Antioquia, que debía orientarme hacia el derecho penal y la criminología, pues ahí tenía la Facultad más necesidades; entonces estudié a Leauté y Jean Pinatel en Criminología, Soyery Stefani Lavoisier en derecho penal, y desde luego, los clásicos comentaristas del Código Penal de Napoleón de 1810: Chaveau-Hélie, René Garraud, etc.

De los profesores del Instituto, recuerdo con especial fervor a la profesora Pierrete Poncela, profunda en Filosofía del Derecho Penal; y también a Yves Pelicier, profesor de Psiquiatría: él me orientó hacia los clásicos de la psiquiatría forense francesa: Lacassagne, Thoinot, Tardieu, Dupré, Logre, entre otros. Pelicier fue mi director de tesis, sobre las reacciones primitivas, punto de partida para mis trabajos sobre el tema de inimputabilidad. Lo recuerdo con especial cariño: hace unos días, revisando los originales y borradores de la tesis de grado, encontré varias páginas escritas de su puño y letra, transcribiendo pasajes de autores inabordables para mí, con los cuales Pelicier me complementaba lo que yo había escrito y él corregía; creo que ahí daba una nota de Maestro, que es más que Profesor: su dedicación y entrega me enseñaron mucho; fue para mí un modelo.

En París yo vivía de hacer labores tales como repartir propaganda, barrer las escalas de un edificio, repartir el correo en una unidad residencial; una vez, durante 15 días tuve un trabajo muy interesante,

me lo dejó un árabe conocido, de Marruecos: cada sociedad tiene sus problemas; entre los múltiples que tiene París es el tema de las mascotas, el excremento de ellas, yo no sé cuántas toneladas al día: la gente vive muy sola, los ancianos llegan a una edad en la que no pueden sacar sus gatos y perros; entonces ese es un trabajito muy bueno, fácil y bien pago para estudiantes: una hora en la mañana, otra en la tarde. Yo me entraba a los Jardines de Luxemburgo, y le digo la verdad, yo amarraba ese maldito perro de rico a la pata de una silla y leía, leía... Entonces vivía como un pachá... Claro, hoy que tengo más sentido ecológico lo pasearía todo el tiempo y hasta lo acariciaría...

Bueno, en unas vacaciones de verano, cogí una mochila y fui a dar a Colonia: vi esa belleza de catedral y evoqué la poesía de nuestro poeta Juan Lozano: "Tiene tanto a la vez de piedra y nube,/ su pesadumbre formidable sube/ en la luz con tan ágil movimiento,/ que se piensa delante a su fachada/ en alguna cantera evaporada,/ o en alguna parálisis del viento". En fin, me pareció la ciudad muy grande y, entonces, preguntando por una más chica, fui a dar a Bonn, la capital; allí fui a conocer al Profesor Hans Welzel; me dijo él que estaba anciano y un poco maltrecho (había sufrido un derrame) pero que estaba su discípulo Armin Kaufmann quien me acogió con benevolencia; de ellos dos tengo el mejor recuerdo; y vivo muy agradecido con la Fundación Konrad Adenauer, institución que me dio la beca de estudios.

El tiempo que estuve en Alemania, fue decisivo en mi formación; fue muy importante para mí el contacto con profesores y tratadistas como Juan Bustos Ramírez, Enrique Bacigalupo, Julio Maier, Gladys Romero, Moisés Moreno Hernández: estaban allá o haciendo su doctorado o por problemas políticos en sus países de origen Chile y Argentina; fui muy bien acogido y de ellos aprendí el método de investigación. Producto de mi estadía en Bonn es mi trabajo Cursos de Derecho Penal, Esquemas del Delito.

3. CDP: Descríbanos, de forma breve, lo más relevante de su trayectoria durante cuarenta años como abogado penalista en ejercicio.

Prof. Agudelo: Cuando llegué a Medellín en diciembre del año 1966, no sé por qué circunstancia fui a dar al Palacio de Justicia, el conocido como Palacio Nacional; allí me enteré que había algo que se llama 'Audiencias ante el Jurado': se trataba del juzgamiento

de los casos de homicidio. Escuché prestigiosos abogados, grandes oradores, entre los que destaco a Hernando Londoño Jiménez, Federico Estrada Vélez, Juan Antonio Murillo Villada, Elí Mejía Gómez, Augusto Gaviria Pérez y J. Guillermo Escobar Mejía, entre otros; sobre todo, evoco a Castor Iván Correa Castaño: este abogado le daba a sus defensas un enfoque psicológico, hablaba de sensaciones, de sensopercepciones, de ilusiones, etc., cuando criticaba testimonios; hablaba de sentimientos, de pasiones y emociones. Por cierto, a él, le escuché decir que Kant afirmaba que la emoción se puede comparar al torrente que rompe un dique, y que la pasión es el arroyo que lentamente socava el lecho, pero que finalmente termina también por explotar; citaba también a Ribot; entonces de él recibí la primera influencia para darle importancia a la psicología en el derecho penal; luego tuve en mis manos la Antropología Filosófica de Kant y la Psicología de los sentimientos de Ribot, obras cumbres sobre el comportamiento humano.

Algo más: la judicatura de Antioquia se ha caracterizado, en términos generales, por su honestidad y por su buena formación intelectual; de modo que alegar ante jueces y magistrados bien preparados, fue muy formativo para mí; le doy un ejemplo: hubo un tiempo en el que fueron jueces superiores de manera concomitante, Juan Fernández Carrasquilla, Guillermo Duque Ruíz, Jaime Taborda Pereáñez, Humberto Rendón Arango, Eucario Palacio Palacio; luego vino otra generación también muy formada, como Jorge Aníbal Gómez Gallego, Leonel Calderón Cadavid, Carlos Mejía Escobar, Edgar Escobar López, Sigifredo Espinoza Pérez, etc.

Hablo de ellos, de los jueces y magistrados ante quienes abogaba, porque somos seres sociales: lo que somos lo debemos a muchas personas con quienes nos hemos encontrado en el camino...

En verdad, he combinado la actividad académica con el ejercicio profesional; esto me ha permitido vivir decorosamente y darles a mis hijos estudio en el país, y también posibilitó que viajaran al exterior a hacer sus especializaciones y maestrías, en mejor situación que la mía.

Debo decir que, al menos durante el tiempo que me desempeñé como profesor en la Universidad de Antioquia, más o menos la mitad de los procesos que llevé fueron defensas de oficio: los jueces superiores pensaban que yo no tenía mucho para hacer y me nombraban defensor para las audiencias ante el jurado.

De otra parte, el ejercicio profesional me ha servido para confrontar la teoría con la práctica; siempre se ha dicho que la práctica sin la teoría es ciega, y la teoría sin la práctica es inoficiosa: *l'art pour l'art*, en este contexto, no tiene mucho sentido. Mi libro Casos de Derecho Penal, refleja en alguna medida mi práctica.

4. CDP: ¿Quiere contarle a nuestros lectores cuál ha sido su mayor éxito profesional en este ámbito y cuál su mayor frustración?

Prof. Agudelo: Aquí quisiera hacer una precisión; para mí el éxito profesional en los procesos penales como abogado defensor, no lo he hecho depender de factores como el dinero que hubiera podido obtener, o del prestigio que hubiera podido crear o acrecentar; más bien lo he referido a casos que me hubieran hecho estudiar en orden a solucionarlos, o que me hubieran hecho reflexionar en profundidad sobre mi ser, sobre mi actividad, sobre el sentido de ella.

Como abogado defensor, en cuarenta años de experiencia, déjeme decirle que he llegado a la conclusión de tener confianza en el sistema, en términos generales; no es que no se presenten injusticias, no es que el sistema sea perfecto. Lo que quiero decir es que, en términos generales, la inocencia está protegida contra el error judicial.

De lo anterior se desprende que concibo la actividad del defensor dentro del proceso penal como un obrero más en la búsqueda de la verdad y la justicia; así tenga tesis encontradas con el Fiscal, con el Juez, o con quien representa a la víctima; Carnelutti decía que no había que temerle a la discusión, pues del choque de las razones brotaba la verdad, como del choque de los pedernales brotan chispas de luz.

En el anterior orden de idas, recuerdo el que he llamado el 'caso de la culebra': un campesino mató a otro porque creía que tenía pactos con las culebras; con un coautor, le pegó unos 50 machetazos a la víctima. Yo alegaba una defensa putativa, error de prohibición, fundando el error en una concepción cultural.

¿Qué interés me despertó? En dos sentidos: el problema de la agresión: todos los doctrinantes dicen que en la defensa putativa hay un movimiento de la víctima que el procesado interpreta como agresión; se suele poner el ejemplo de dos sujetos discutiendo, uno de ellos se levanta, se lleva la mano al bolsillo, lo que el otro interpreta como agresión; empero, simplemente iba a sacar el

pañuelo. En el caso no hubo ese movimiento equívoco: llegué a la conclusión que en ciertas circunstancias, como la del caso, importa es la realidad psíquica.

Estudiando el tema, me encontré con el importante libro de Charbonneau-Lassay, titulado *El bestiario de Cristo: cómo se ha representado a Jesús: como paloma, como rayo, como pelícano, como cordero*; por cierto, la carátula del tomo 1, es bella: es un cordero de cuya cabeza salen rayos de luz, y por una herida en el pecho chorrea sangre que es recogida en un cáliz; recordemos: *agnus Dei qui tollis peccata mundi* (cordero de Dios que quitas los pecados del mundo...); en fin, se representa a Jesús como culebra; sí, la culebra es muy importante en la simbología judeo-cristina; hay dos culebras, la mala que representa el demonio, enrollada en un árbol, es la culebra que tienta a Eva. Empero, ella tiene otra connotación: transitaba el 'Pueblo Escogido' por el desierto y las culebras los asolaban; le dijo Yahvéh a Moisés, que pusiera una culebra en la punta de un asta, y que todo el que mirara esa culebra se curaría o no sería picado (Números 21, 4 a 9). Vino Jesús, y dijo a sus discípulos que algún día Él sería levantado del suelo: vaticinó su crucifixión. Por esto, una culebra enrollada en una cruz, significa Jesús.

Pues bien, entre nosotros, el concepto que se tiene de la culebra es el primero, un ser malo, que se identifica con el demonio. Entonces debemos razonar conforme al 'razonamiento mágico', o conciencia primitiva del campesino: el sujeto tiene pactos con las culebras, la culebra *es* el demonio, el sujeto tiene pacto con el demonio.

En las anteriores circunstancias, como el demonio es tan veloz, no hay que darle oportunidad siquiera de que intente sacar el arma, hay una agresión latente y permanente. Ahora quedaba el problema de la sevicia: 50 machetazos. Pero también se solucionaba: el demonio estaba en el otro, en todo su cuerpo: por esto había que 'picarlo'.

La tesis no fue aceptada; apelé; la segunda instancia confirmó la sentencia y uno de los argumentos fue que al sujeto le fueron encontrados unos 'contras' en el bolsillo; y también tenía una estampita del Divino Niño; entonces razonó así: el Divino Niño, es la máxima representación del catolicismo, por esto debe rechazarse que el occiso tuviera pactos con las culebras o el demonio.

Entonces me di cuenta de que la segunda instancia desconocía lo que era el Sincretismo: esa síntesis de magia y delito, delito y

religión, este aspecto, por cierto patentes en dos obras de literatura, *La Virgen de los sicarios* de Fernando Vallejo y *Rosario Tijeras*, de Jorge Franco.

Otro asunto de importancia, por las reflexiones que me suscitó, fue el de un homicidio en un caso de tránsito: la imputación era la de homicidio culposo; discutimos todo el proceso el tema de la relación causal determinante del hecho, ya que el comportamiento de un tercero confluyó en el hecho; también se discutía el grado de embriaguez.

El caso duró cinco años y fuimos a audiencia; la Fiscal expresó en su intervención que no se explicaba mi obstinación, pues, en caso de condena, de todas maneras tendría el procesado el beneficio del subrogado penal de la condena condicional. En verdad, fue una argumentación que me ha conmovido: no porque una persona tenga el beneficio de la condena condicional, no por esto puede decirse que no exista el perjuicio para el derecho a la libertad; la libertad como valor es mucho más que no estar entre barrotes: el solo hecho estar sometido a un largo proceso, con o sin fundamento, el estar sometido a la función punitiva del Estado, ya es una disminución del goce pleno de la libertad; la condena de ejecución condicional implica el beneficio de la libertad, pero implica restricciones.

Con razón, Carrara distinguía entre inocencia absoluta e inocencia relativa: un sujeto que solo cometió tentativa, es inocente relativo con respecto al homicidio consumado; el que no ha cometido de ninguna manera el homicidio, es inocente absoluto respecto de tal imputación.

En medio de la argumentación, no resistí la tentación de evocar a Borges en el bello cuento de *Los dos reyes y los dos laberintos*: en Babilonia, un rey mandó construir un laberinto tan complejo que los hombres prudentes no se aventuraban a entrar y los que entraban se perdían de manera inexorable; llegó a visitarlo otro rey árabe y aquél lo introdujo en el laberinto para afrentarlo; y sufrió hambre y padeció lo indecible, hasta que con dificultades, al caer la tarde, logró salir. Le dijo entonces al rey de Babilonia que él tenía en Arabia otro laberinto que algún día se lo daría a conocer.

Más tarde, regresó y arruinó los reinos de Babilonia, cogió preso al rey, lo montó en un camello, lo llevó muy adentro del desierto diciéndole sobre su laberinto: “Ahora el poderoso ha tenido a bien

que te muestre el mío, donde no hay escaleras que subir, ni puertas que forzar, ni fatigosas galerías que recorrer, ni muros que te vedan el paso”.

Luego le desató las ligaduras y lo dejó en la mitad del desierto, “libre”...

A mi manera de ver, es muy bello el simbolismo que maneja Borges sobre la libertad: esta es más que no estar entre rejas. En verdad, el hombre se particulariza del resto de seres de la zoología por la libertad, está implicada el concepto de persona; y, a su vez, el concepto de persona obliga a reconocerle dignidad, respeto. Soy Kantiano y Beccariano en este punto; me gusta releer el pasaje de Kant, cuando expresó que “jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad innata lo garantiza contra tal ultraje”; y el de Beccaria cuando señaló que “no hay libertad allí donde las leyes permitan que en determinadas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*”.

5. CDP: Acerca de su vinculación con el mundo académico colombiano, explíqueme a nuestros lectores en qué Universidades y qué clases ha impartido e imparte.

Prof. Agudelo: Yo me inicié como profesor en la Universidad de Antioquia, institución en la que hice toda la carrera, desde monitor hasta Profesor Titular; en verdad, soy el resultado de un experimento: el hoy tratadista Hernán Valencia, y mi persona fuimos designados monitores en el Departamento de Derecho Privado y Derecho Penal, respectivamente; por mi parte, tuve la guía del Profesor Fernando Meza Morales: desde que estaba en tercer año, cada semestre iba impartiendo yo clases sobre ciertos temas de la materia, al punto que cuando me gradué en 1972, ya había dictado, de tema en tema, todo el curso de Derecho Penal General; me gradué y me nombraron Profesor Asistente. Debo resaltar la generosidad del profesor Meza Morales.

En el año 1990, fui a vivir en Bogotá, por dos años; durante ese tiempo, concursé para una plaza de profesor en la Universidad Nacional, donde laboré por unos 4 años; de manera concomitante me vinculé también con la Universidad Libre y, muy transitoriamente, con la Universidad Santo Tomás.

Desde el mismo año 1990, me vinculé a la Universidad Externado de Colombia, la cual se ha convertido en la otra ‘mi Universidad’, tal es la estimación con la cual me distinguió quien la regentara por tantos años, el doctor Fernando Hinestroza Forero; también destaco aquí la deferencia del Jefe del Departamento de Derecho Penal, profesor Jaime Bernal Cuéllar, y los profesores del Departamento de Derecho Penal. No quiero terminar sin destacar la generosidad del actual Rector, doctor Juan Carlos Henao: a pesar de haber alcanzado yo el estatus de jubilado, ha querido que continúe en mis cátedras, y lo seguiré haciendo hasta donde las circunstancias me lo permitan: me siento un ser social, con el deber de poner mis conocimientos al servicio de la comunidad.

Algo más: de las universidades mencionadas, destaco el concepto de ‘Cátedra Libre’: nunca se me dio o se me ha dado ‘cartilla’ para orientar el curso en tal o cual sentido; para una persona como yo, partidario del libre examen y el pluralismo, ello es un tesoro.

6. CDP: ¿Cuál es el teórico del Derecho penal que más ha influido en su formación como académico y como cultor de las disciplinas jurídico-penales?

Prof. Agudelo: Yo distinguiría entre autores foráneos y autores nacionales; entre los autores de Colombia, debo destacar al llorado Maestro Alfonso Reyes Echandía: y lo menciono en dos sentidos; en primer lugar, lo admiro por haber construido una teoría dogmática del delito con base en el Código Penal de 1936, de gran influencia positivista; esto sin dejar de reconocer lauros al Profesor Bernardo Gaitán Mahecha, quien fue el que abrió la trocha. El doctor Reyes Echandía con gran paciencia y dedicación fue puliendo año tras año, su manual, Derecho Penal General, hasta llegar a la Novena Edición en 1984; su muerte tronchó una vida llena de ilusiones...

Pero hay más: el Profesor Reyes nos dio ejemplo de lo que puede hacer una voluntad tenaz: su disciplina, su orden, su capacidad de trabajo, su autoridad. Él fue uno de mis modelos; y voy a expresarlo: yo no me acuerdo quién me decía que uno como profesor de universidades de provincia, lo tenía como un faro y llegar a ser Profesor de Derecho Penal en la Universidad Externado era un reto propulsor.

Entre los autores foráneos, yo diría que el autor que más ha influido en mi formación fue Carrara: su solidez filosófica, su manera

de argumentar, el temple y coraje al momento de defender sus ideas, su coherencia lógica, su liberalismo y garantismo a ultranza, su amplia formación histórica, la gran construcción sistemática del delito, esa estructura catedralicia de su obra me llama mucho la atención.

Además, de Carrara aprendí que el derecho penal no es solo un tema de ciencia, sino también de conciencia; su concepto de lo que debe ser la función de la ciencia del derecho penal, la crítica y control de la función punitiva, me marcó.

No puedo dejar de mencionar también a Hans Welzel; al principio, su construcción dogmática del delito a partir de la concepción final de la acción; luego, la admiración ha permanecido más que por el aspecto sistemático de su obra, por su formulación filosófica del derecho: el derecho no puede confundirse con la fuerza; esta idea me parece todo un programa.

Pero claro, si me dijeran que es para mandarme a vivir solo en una isla, al que me llevaría sería a Carrara, y la caja la cuñaría con un librito con las pinturas de los impresionistas, como Renoir, Manet, Monet, Degas...y con CDs, de música de Mozart, Chopin y, por supuesto, Beethoven; también lo que quepa en la mochila con arias y coros de Verdi...

7. CDP: ¿Cuál es el profesor que más influyó en su formación profesional y académica y por qué?

Prof. Agudelo: No puedo dar un nombre único, porque en la formación profesional y académica, hay vertientes; de esta manera, digo que el Profesor Carlos Gaviria Díaz fue muy importante pues me introdujo en la teoría general del derecho y me instó a pensar con coherencia lógica: recuerdo sus clases como un torrente de razonamiento, transmitido en un discurso lógico y ordenado, con una facundia y una agilidad de palabra como no las había visto.

También menciono al Profesor Gustavo Gómez Velásquez, su manera de enseñar su Procedimiento Penal: veíamos la teoría general de cada institución; al terminar la clase decía, “bueno, miren el Código...”.

Mi Profesor de Derecho Penal Especial, Edgar Tobón Uribe, quien se desempeñaba como agente del Ministerio Público, influyó

en mí en cuanto corajudo en sus intervenciones en las audiencias ante el jurado; me estimuló mucho, al punto que yo me inicié como Profesor de Parte Especial del Código Penal.

Por último, pero no por menos importante, menciono al Profesor Fernando Meza Morales: él fue quien me orientó hacia la lectura de los 'Clásicos' en sentido estricto, pues nos enseñó que el liberal era Carrara y no Ferri, a quien citaban y se referían cotidianamente nuestros autores liberales, Gaitán, Lozano y Lozano, etc. La 'semilla' de la obra que ahora escribo, *Grandes Corrientes del Derecho Penal*, la plantó él.

Otra persona importante en mi vida académica ha sido Juan Fernández Carrasquilla: más antes que ahora, por razón de no vivir en la misma ciudad; el compartir libros y artículos, el comentario oportuno, la seguridad de su lealtad en la apreciación de nuestros puntos de vista, sus obras de gran textura y decidida orientación liberal, siempre han estado como marco de referencia en mis trabajos.

Pero bueno, aquí quiero decir algo: usted me pregunta por los profesores que influyeron en mí y ya le respondí. Sin embargo, me parece que casi tanto como los profesores en mi formación han influido también algunos de mis discípulos: somos seres sociales, es imposible no estar permeado también por las ideas de aquellos con quienes estamos en permanente contacto.

Aquí debo mencionar un fenómeno que se conoce en psicología como de 'inducción recíproca': para lo bueno y para lo no tan bueno: yo me enojo, tú te enojas; como te veo enojado, yo me enojo más; y esto asciende o desciende en una gran espiral. En materia académica, yo me impulso e impulso a otros; como estos están impulsados, yo trato de impulsarme más o al menos igual....

Desde el anterior punto de vista, debo mencionar a mi discípulo Fernando Velásquez Velásquez: es cierto que lo motivé, pero al verlo motivado o impulsado, yo tenía que también impulsarme o motivarme más; ha sido una muestra clara del fenómeno de 'inducción recíproca'; claro, en esto influyó el hecho de que cuando fui su profesor, era yo muy joven y estaba también en vía de formación. Además, su disciplina para el trabajo ha sido siempre paradigmática; a veces preocupante.

8. CDP: Al hablar de su extensa obra académica, queremos preguntarle por un trabajo en particular: su Edición Doscientos Cincuenta Años, destinada a conmemorar la aparición de la obra De los delitos y las penas. Por favor, cuénteles a los lectores qué lo llevó a publicar, en 2014, ese libro.

Prof. Agudelo: En las palabras liminares de esa publicación cito un pensamiento de Italo Calvino que dice, “un libro clásico es un libro que nunca termina por decir lo que tiene que decir”. Me parece que la idea se concreta bien en el libro Beccaria; en verdad, algo se ha adelantado en el sentido del humanitarismo y en la defensa de la libertad; sin embargo los temas fundamentales siguen siendo angustiantes; pensemos si no, en la crisis carcelaria que vive nuestro país; ahora en los meses de noviembre y diciembre del año 2014, se llegó a mostrar presos aparrados con esposas a unos árboles al frente de una estación de policía!; la falta de defensa, la imposibilidad de presentar pruebas de descargo y de refutar las de cargo durante mucho trecho de la investigación en el actual Sistema Acusatorio, etc.

Bien sabemos que Beccaria funda un nuevo sistema penal, el derecho penal y procesal penal de un nuevo Evangelio, el liberalismo penal que tanto quiere decir ‘derecho penal mínimo y garantista’. Claro, tal posición no tendría ningún sentido en una concepción ‘maquiavélica’ del derecho en general y del derecho penal en particular, cuando se piensa que ‘todo vale’ en el comportamiento del Estado, con tal de llegar al fin de sancionar. No, no es esta la posición que el autor defiende; al contrario, predica un derecho penal con límites, un derecho penal protector de la libertad misma que zahiere. La libertad como derecho esencial, hay que reconocerla, y garantizarla; o como dice Ferrando Mantovani, el derecho penal debe ser un “instrumento de libertad”. Un autor de ahora, y que perdurará también como un ‘Clásico’, Luigi Ferrajoli, ha hecho notar que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política.

Bien, el derecho penal es un arma que puede dañar la vida, la propiedad, la libertad; todos los derechos fundamentales están comprometidos; de ahí la importancia de la obra de Beccaria, y por esto hice el esfuerzo de financiar con mis escasos recursos esta

publicación con motivo de los 250 años de aparecer el pequeño libro, como una de las obras cumbres del Iluminismo....

9. CDP: ¿Qué opina usted del estado actual de la Dogmática penal en el continente Latinoamericano y, en particular, en Colombia?

Prof. Agudelo: Creo que el derecho penal de Colombia y de Latinoamérica están abocados a varias situaciones problemáticas:

1) El peligro para un derecho penal liberal que implica concepciones eticizantes del derecho, abandonando el concepto del delito como lesión de bienes jurídicos, y haciendo radicar su esencia en la desobediencia a la norma, tal es la teoría de Jakobs; su concepción normativa de persona, con prescindencia de su existencia pre Estatal o jurídica; su 'derecho penal de enemigo' que arrasa con toda la doctrina liberal y llega a justificar la tortura! ¡Manes de Beccaria!

2) Un procedimiento penal denominado 'Acusatorio', ofrecido como la panacea de los desmanes contra la libertad del sistema inquisitorial; un sistema Acusatorio que permite que se nos investigue a espaldas nuestras, en el cual se cita al ciudadano para que se presente de inmediato, o a lo sumo al otro día, ante un Juez de Garantías para hacernos una imputación; acto seguido se le dice a la persona que si acepta cargos, se le concede detención domiciliaria, o de lo contrario, tiene detención intramural. Pero hay más: la aceptación de testigos 'arrepentidos', la negociación con los delatores, la falta de garantías; vergüenza nos hace dar Carrara cuando luchaba contra "el empleo inútil e insensato de la detención preventiva, contra la mala fe y contra el fanatismo de los investigadores; contra las viles artes policíacas, disfrazadas de formalidades procesales y saludadas como prodigios de crítica judicial; contra los testigos anónimos u ocultos entre bambalinas, o contra los testimonios pagados o recogidos sin suficientes precauciones; contra las confesiones arrancadas mediante engaño o felonía, o mediante torturas malignamente prolongadas en los calabozos; contra los obstáculos puestos a la defensa, o contra una defensa mutilada, atormentada, perseguida, o tardíamente concedida; contra las infamias de los confidentes y de los delatores premiados; contra la infidelidad de las actas; contra la falta de control de la investigación y la falta de sanciones suficientes que protejan la observancia sacramental del procedimiento; en una

palabra, contra toda esa selva de vejámenes y de sistemas tiránicos, que sin hacer más cierto el castigo de los delincuentes, exponen a los hombres de bien a perennes molestias y a tremendos peligros” (Carrara, F. Opúsculos de derecho criminal, 1977, t. 4, pp. 17 y 18). ¡Carrara nos señala con su dedo acusador!

3) Otro de los peligros que amenaza nuestro derecho penal práctico es la importancia excesiva que se le da a lo que se denomina ‘opinión pública’: los procesos se han vuelto mediáticos; parece que los autos y sentencias se copiaran de los editoriales, o artículos de periódicos y revistas. Bien entiendo que un Estado de Derecho no se concibe sin prensa libre, sin libertad de opinión; sin embargo, expreso aquí lo que dije hace poco: una cosa es la opinión pública y la libre opinión como una de las características del Estado de Derecho, y otra es que los fiscales, jueces y magistrados fallen con base en los editoriales de los periódicos y revistas de opinión; se ha implantado la moda de que los funcionarios peroren frente a los medios de comunicación; siempre será mejor hacer lo que hacía un magistrado romano: era parapléjico y atendía en su lecho a las partes, acusación y defensa; una vez que escuchaba, decía: “ahora este tribunal se retira a deliberar” y se tapaba la cabeza con su cobija. Más vale el magistrado que falla frente a la soledad de su conciencia; pero claro, primero hay que tener conciencia....

10. CDP: Usted ha sido un crítico permanente del eficientísimo penal y ha reivindicado, como ninguno, la vigencia de un derecho penal mínimo; quiere, de forma breve, contarles a nuestros lectores, por qué rechaza usted esa práctica de cara al modelo penal colombiano actual.

Prof. Agudelo: Hay dos conceptos bien importantes: los de realidad y percepción; vivimos en un tiempo en que las realidades no importan, importan solo las percepciones. Todas las instituciones del Estado se han volcado a dar importancia a la percepción que de ellas se tenga, independientemente de lo que es. Entonces, para poner un ejemplo, cuando sucede un hecho grave en el contexto social se suscita la alarma y el terror, aupados por los medios de comunicación; y las instituciones se orientan entonces a sancionar a ‘alguien’, para aplacar la ‘opinión pública’, con ‘exhaustivas investigaciones’ y para que ‘caiga el peso de la ley’ sobre los culpables. Se trata entonces de mostrar resultados a toda costa.

Lo anterior hace que nosotros no tengamos una Política Criminal estructural, sino coyuntural; no tenemos una Política Criminal del Estado mismo, que tiene vocación de permanencia, sino de gobiernos que son transitorios.

11. CDP: Como Profesor universitario se ha granjeado siempre el afecto y la admiración de sus miles de estudiantes, producto de la forma humilde y sencilla como transmite sus conocimientos y se acerca a ellos. ¿Qué consejos les daría a los jóvenes profesores que se dedican a la enseñanza del Derecho penal?

Prof. Agudelo: Voy a decirle: me repugnaron en el bachillerato algunos de los profesores de las materias que parecían más difíciles: las matemáticas, la física, química, geometría, trigonometría y una en la que se estudiaba algo así que se llamaba ‘logaritmos’... Uno de ellos me resultaba particularmente odioso, porque el primer día de clase entraba al salón ‘sacando pecho’ y lo primero que preguntaba era: “¿cuántos son ustedes?”, “¿veinticinco?”; “Bueno, el año entrante nos volveremos a ver veinte, conmigo no pasan sino cinco”. Y claro, yo bien malo, a mí se me arrugaba el alma. No sé por qué, intuía que ese no debía ser el método.

Por entonces nunca pensaba en ser Profesor, ni tomar lecciones de metodología de la enseñanza; empero, comparaba esa burda metodología con la de mi Profesor de Filosofía y Literatura, el padre Julio César Dávila, cuyas clases eran un deleite: “viajen, viajen, imagínense en Atenas, están en la Academia con Platón, están en la Stoa, en la puerta, discutiendo con los Estoicos; están en Ravena, con Romeo y Julieta; lean Los Novios de Manzoni, ahora están en Florencia durante la peste”; y en efecto, recuerdo que una vez leyendo los estragos de la bubónica, imaginándome el cuadro aquel de los Monati, que se encargaban de emparedar a los vivos y de enterrar a los ya vencidos, violaban a las mujeres que morían en medio de ayes lastimeros, prevalidos del hecho de que habían sido apestados, pero una vez salvados quedaban inmunes al mal; ante el cuadro de la niña macilenta y muriente que es dejada como blanca flor sobre una mesa, lloré y lloré sobre el libro abierto y me quedé dormido....

Pues bien, como profesor he adoptado el lema de San Pablo: me gastaré y desgastaré en el servicio de ustedes; ¿por qué esto? Por mi concepción de lo que debe ser un docente: más que instruir, los profesores debemos educar, más que profesores debemos tratar de ser maestros, más que alumnos debemos tener discípulos. Y esto no se

logra si más allá de las teorías no se predicen valores; era muy joven cuando leí una frase de Carl Young que la hice parte de mi vocación como enseñante: “Uno recuerda con aprecio a los maestros brillantes, pero con gratitud a los que tocaron nuestros sentimientos”. Y también decía André Gide que verdadero maestro es el que enseña a sus estudiantes a prescindir de él. Las teorías están en los libros; lo otro, lo que verdaderamente importa, está en los valores que se mencionan, no solo con la palabra, sino también con el ejemplo de vida.

Piedra axial de todo lo anterior es el relajamiento o desestrés, en mis clases; más aún, la libertad, de objetar, de indagar, de preguntar.

Claro, debo decir que cada día que pasa me da más miedo dictar clase o escribir, por la trascendencia que puede tener uno en lo que escribe o dice; en verdad, como decía Adams: “un profesor trabaja para la eternidad: nadie puede predecir dónde acabará su influencia”.

A los profesores jóvenes docentes les digo que en un momento de la vida hay que escoger; y que optar por la academia, es también optar por una vida decorosa, pero modesta; les daría como pauta de acción el pensamiento de Bertrand Russell: “Tres pasiones simples pero abrumadoramente fuertes han gobernado mi vida: el ansia de amar, la búsqueda del conocimiento y una insoportable piedad por el sufrimiento de la humanidad”.

12. CDP: ¿Atendido el avance de la sociedad de la información y el uso extendido de las nuevas tecnologías, cuáles cree usted que son las herramientas que en ese contexto se deben utilizar para una mejor enseñanza del Derecho Penal?

Prof. Agudelo: Yo creo que hay que saber hacer uso de las nuevas tecnologías, me refiero sobre todo a la Internet: pero una cosa es la información y otra cosa es la formación. A mi manera de ver, no podemos hacer trueque de los tratados de derecho penal, por *Wikipedia*, pero tampoco rechazar esta. Ahora bien, hay tal cúmulo de información, que se impone renunciar al ‘enciclopedismo’, y hacer una labor de selección.

Creo que la demasiada información que existe, está en relación inversamente proporcional con la superficialidad. Frente a esto, pienso que a los estudiantes de ahora hay que darles una muy buena formación en las materias básicas, Teoría General de Derecho, Derecho Constitucional, Teoría del Negocio Jurídico, Teoría del

Delito; pero sobre todo, en nuestra disciplina no puede faltar una materia o curso sobre Las grandes Corrientes del Derecho Penal, o sea, sobre los distintos discursos sobre la función punitiva. El resto, es leer el Código, para ver en qué medida tal o cual teoría se ha acogido en la legislación.

Finalmente, me parece importante, como ayuda metodológica en la enseñanza, la proyección de película o videos para ser discutidos con los estudiantes.

13. CDP: Muchas críticas han surgido en el mundo académico y en la sociedad en general, en relación con la introducción en 2004 de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria. A partir de su gran experiencia como abogado penalista en ejercicio y teórico de estas materias, díganos qué cambios le haría al modelo procesal penal actual.

Prof. Agudelo: Volvemos al tema de la distinción entre percepción y realidad. El Sistema Penal Acusatorio se introdujo en Colombia con la propaganda de que era un proceso garantista; claro, la estructura primigenia de tal sistema es garantista, la separación de investigación-acusación y juzgamiento. Pero tal como se le ha diseñado en nuestro país, en algunos aspectos, es inquisitorial: que se pueda investigar a espaldas de la persona durante meses y años y solo a última hora se le notifique una imputación, sin dejarla aducir pruebas o controvertir, me parece insólito. En este sentido, la Ley 600 era más progresista: según interpretación de la Corte Constitucional, desde el momento en que se presentaba ‘conflictualidad’ entre el ciudadano y el Estado, se tenía derecho a ejercer la defensa.

Algo habrá qué hacer, para superar el atascamiento del actual sistema procesal en Colombia, por muchos llamado “Sistema aplazatorio”, y con razón.

14. CDP: Hablando de una sus obras más queridas, la Revista *Nuevo Foro Penal* de la cual es Director honorario con el Profesor Fernando Velásquez V., publicación que ha marcado un hito muy importante para el Derecho penal colombiano. ¿Ha pensado alguna vez retomar el control de la Revista y volver a dirigirla?

Prof. Agudelo: El tema de las revistas especializadas en nuestro medio es un tema complejo; digamos para empezar: en nuestro medio, una revista muy buena, no es tan buena; me explico: si la publicación es muy académica, queda reducida a ámbitos muy cerrados. Por esto

lo ideal es balancear el contenido, entre doctrina, jurisprudencia, 'revista de revistas' o publicaciones, comentarios, noticia de eventos académicos, etc.; claro, sin dejar que ella se convierta en una 'baraúnda', como decía Kant en su Respuesta a Eberhard, al contestar a las objeciones que este hizo a la Crítica de la Razón Pura.

En cuanto a la revista Nuevo Foro Penal, creo que ha cumplido un papel muy importante a partir de su aparición en 1978; la revista fue y es fruto de un esfuerzo conjunto; desde luego, Fernando Velásquez Velásquez ha sido alma y nervio de la publicación. En mi modo de ver las cosas, es más importante que la revista perviva sin mí, a que viva dependiendo de mí; creo que uno debe dejar que los demás continúen el sendero... Ya lo he dicho alguna vez: caminar lento, sin hacer ruido en la hojarasca, pero pisar tan fuerte que otros puedan seguir la huella.

15. CDP: Qué opina Usted del estado actual de la administración de Justicia en Colombia. ¿Qué haría para mejorarla?

Prof. Agudelo: No tengo muy claro qué hacer; pero estoy convencido que la manera de sobremontar sus dificultades no es discutiendo y decidiendo, por ejemplo, que el período de los altos magistrados en vez de ser de ocho años sea de doce, o que en lugar de a los 65 años, el retiro deba ser a los 66!

Me parece malsana la influencia política en la elección de magistrados; es chocante el festín que se hace de cada nombramiento; creo que en el actual estado de cosas, se debe regresar al sistema de cooptación; la cooptación es el menos malo entre los malos sistemas de elección. Mire usted, si las cosas fueran tan sanas y claras en el sistema actual de nombramientos ¿por qué el proceso de elección de un magistrado de la Corte o del Consejo de Estado ha durado hasta dos años?!

Aquí ocurren tantas cosas que le digo con sinceridad: me parece que fue Eduardo Galeano quien dijo que ninguna gran riqueza puede alegar plena inocencia; parodiándolo, podríamos decir: ninguna magistratura puede alegar total inocencia; al menos en términos generales....

Otro tema, los magistrados de las llamadas "Altas Cortes" son *solutus* en el sentido Hobbesiano de la palabra: no responden por nada, ni ante nadie; no, ellos deben ser responsables conforme a la ley, frente a la sociedad; y que si son honestos y competentes reciban la estimación de la Nación, de la sociedad: para servirlos fueron

nombrados; y que si son pícaros, sean juzgados como tales. Colombia parece que es un paraíso: nunca hay un proceso disciplinario o penal contra un magistrado: 'El que tenga ojos para ver, que vea...'

16. CDP: Profesor Agudelo Betancur, díganos el título de cinco obras de Derecho penal que en su opinión no debería dejar de leer ningún estudioso de estas disciplinas.

Prof. Agudelo: De los delitos y de las penas (Beccaria), Programa de derecho penal (Carrara), Principios de derecho penal (Ferri), El nuevo sistema del derecho penal (Welzel); y el Derecho Penal (Roxin).

17. CDP: ¿A qué actividad investigativa dedica su tiempo actual? ¿Cuándo cree que sus miles de lectores y admiradores se podrán beneficiar de esas exploraciones académicas?

Prof. Agudelo: Hace años trabajo en una obra en cinco volúmenes: Grandes corrientes del Derecho Penal:

I, "Los inicios del garantismo penal"; II, "Los avatares del garantismo, El derecho penal en la Revolución Francesa"; III, "Escuela Clásica"; IV, "Escuela Positivista"; y V, "Dogmática y perspectivas Dogmáticas".

No sé hasta cuándo me dure la 'cuerda', o hasta dónde resista mi cordura: en verdad trabajo con muchas premuras: económicas, de salud y hasta existenciales. A veces me agobia el sentimiento de culpabilidad: me he vuelto, no antisocial (por fortuna), pero sí asocial; desafortunadamente, ni trato con los amigos; llega un momento en que los que nos rodean también pueden resentir las consecuencias porque uno baja la guardia en la atención que merecen... En fin, musito mi oración: No te pido, Señor, una carga ligera, sino una espalda poderosa....

18. CDP: ¿Cuál es su más grande satisfacción como académico? ¿Por qué?

Prof. Agudelo: Todavía no he tenido la gran satisfacción de ver la obra concluida; es que tengo proyectos como para veinte o treinta años...

Profesor, queremos agradecerle tanto su amable atención como el gran aporte que nos ha hecho al permitirle a nuestros lectores conocer más acerca de la vida y la obra de un académico tan importante como usted.

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 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. 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 reciben 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.

*Las siguientes pautas se vienen aplicando desde el número 10; y, desde el número 11 y 12 en virtud del proceso de indexación, se cambió del formato de citación Icontec a las normas APA en especial la 6ta Edición, 2009.

Recepción de artículos

La recepción del artículo se efectúa de forma digital, por medio de los correos electrónicos: cuadernos.der.penal@usa.edu.co.

Información del estado del artículo.

Se informará al autor sobre el estado del trabajo en un plazo máximo de doce meses. Se podrá solicitar el retiro de un artículo mediante solicitud electrónica dirigida 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 times 12 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 *pares 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), 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 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 este 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 el concepto de cada *par* evaluador externo. El Comité editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir 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 Velásquez
Editor

Renato Vargas Lozano
Coordinador editorial

Bibiana Muñetones Roza
Asistente editorial