

**INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO COMO FORMA DE POLÍTICA
CRIMINAL POR PARTE DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA Y
LA HERMENÉUTICA**

SERGIO ANDRÉS TIJO PINEDA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
SECCIONAL BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
FLORIDABLANCA**

2015

**INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO COMO FORMA DE POLÍTICA
CRIMINAL POR PARTE DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA Y
LA HERMENÉUTICA**

SERGIO ANDRÉS TIJO PINEDA

Proyecto de grado para optar al título de Abogado

DIRECTOR

JUAN PABLO STERLING CASAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

SECCIONAL BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

FLORIDABLANCA

2015

AGRADECIMIENTOS

Dedico este proyecto a mis amigos Julián Andrés Ortiz y María Yorlhey Araque, ya que fueron un gran apoyo emocional mientras trabajaba en este proyecto de grado.

A mis padres quienes me apoyaron todo el tiempo

A mis maestros de la UPB, quienes nunca desistieron al enseñarme; ya que gracias a esa formación integral que recibí puedo constatar que he adquirido y continuare enfocado, en esa formación ético-humanista característica primordial de todo bolivariano.

A todos los que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Gracias al Dr. Pedro Osma, quien siempre estuvo presionando por la ejecución del proyecto. A Juan Pablo Sterling, mi director de trabajo de grado el más adecuado por haber acompañado y dirigido este proyecto.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, pues por ese apoyo incondicional que obtuve fue que pude ejecutar hasta el final lo pretendido.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. INDETERMINACIÓN LINGÜÍSTICA DEL DERECHO: DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL DESDE LAS CORRIENTES REALISTAS Y SUS CONSECUENCIAS	14
1.1 EL REALISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA	16
1.2 EL REALISMO COMO PARADIGMA CONTESTATARIO	18
1.3 LAS CRÍTICAS AL MODELO	25
1.4 UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA: <i>BRIAN LEITER</i>	26
1.5 UNA DEFENSA DEL REALISMO JURÍDICO	28
1.6 ¿ES EL DERECHO UN SUBORDINADO DE LA POLÍTICA?	29
1.7 EL PAPEL DE LA HERMENÉUTICA	31
1.8 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	34
1.9 LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL	39
1.10 CONCLUSIONES PARCIALES	42
2. POLÍTICA CRIMINAL Y TIPOS PENALES EL BLANCO: UNA RELACIÓN PELIGROSA	43
2.1 LA NOCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL	43
2.2 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL, UNA PRIMERA APROXIMACIÓN: LA VAGUEDAD DEL LENGUAJE Y LA TIPICIDAD	49
2.3 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL, UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN: TIPOS PENALES ABIERTOS (TPA).	56
2.4 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL: LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL	63

3. EVIDENCIAS Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES	75
3.1 SENTENCIA C- 030/12	75
3.2 SENTENCIA C- 559/99	78
3.3 SENTENCIA C- 605/06	81
3.4 SENTENCIA C- 851/09	84
3.5 SENTENCIA C- 393/06	87
3.6 SENTENCIA C- 121/12	90
4. CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	98

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TÍTULO: Indeterminación del lenguaje jurídico como forma de política criminal por parte del Estado: un análisis desde la filosofía y la hermenéutica.

AUTOR: Sergio Andrés Tijo Pineda

FACULTAD: Facultad de Derecho, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

DIRECTOR: Mg. Juan Pablo Sterling Casas

RESUMEN:

El presente trabajo se elabora desde la filosofía del derecho y la hermenéutica aplicada a un escenario propio del derecho penal, tiene como objetivo analizar desde el paradigma del realismo jurídico el problema de la vaguedad o indeterminación del derecho como elemento usado por el Estado para determinar y aplicar una política criminal específica en la lucha contra el crimen. Lo anterior a través de un abandono del concepto clásico de tipicidad y la utilización de tipos penales en blanco, que al poseer una vaguedad lingüística pueden ser utilizados como instrumentos de criminalización. Ejemplos como la justicia premial o el *numerus apertus*, son analizados como ejemplos del fenómeno descrito. De esta manera se pretende demostrar que el derecho penal ya no es una figura rigurosa y objetiva, sino que puede convertirse en un elemento maleable para los fines de una determinada política criminal.

PALABRAS CLAVE: *Realismo Jurídico, Política Criminal, Tipos penales en Blanco o Abiertos, Discrecionalidad Judicial, Arbitrariedad Judicial, Política Criminal.*

V.B. Director del trabajo

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: Indeterminacy language as legal form of criminal policy by the State an analysis from philosophy and hermeneutics.

AUTHOR: Sergio Andrés Tijo Pineda

SCHOOL: Law School

DIRECTOR: Juan Pablo Sterling Casas, Mg.

ABSTRACT:

This work is approached from the legal philosophy and hermeneutics applied to a usual stage of criminal law, it aims to analyze from the paradigm of legal realism the problem of vagueness or indeterminacy of law as element used by the State to identify and implement a specific criminal policy in the fighting against crime. This is possible through an abandonment of the classical concept of typicality and use of blank penal laws, who have a vague language and can be used as instruments of criminalization. Examples such as the reward justice system or *numerus apertus*, are also analyzed as examples of this phenomenon. This approach is intended to demonstrate that the criminal law is no longer a rigorous and objective figure, but can become a malleable element for the purposes of a particular criminal policy

KEY WORDS: *Legal Realism, Blank penal laws, judicial discretion, judicial arbitrariness, Criminal Policy, Criminal law.*

V.B. Work Director

INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO COMO FORMA DE POLÍTICA CRIMINAL POR PARTE DEL ESTADO: UN ANÁLISIS DESDE LA FILOSOFÍA Y LA HERMENÉUTICA

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta es un estudio con unas características puntuales. Por ellos, para una mejor comprensión del método de elaboración, las pretensiones y alcances es menester precisar lo que no es junto con lo que no pretende ser para posteriormente ilustrar la tesis central y los capítulos desarrollados para demostrarla; lo anterior con el objetivo de evitar inducir en errores a los lectores.

En primer lugar el trabajo es un ejercicio de filosofía del derecho aplicada a una problemática puntual, no un ejercicio de derecho penal y criminología. Si bien es cierto la importancia del área penal y criminológica es notoria para la tesis planteada, no es el objetivo principal hablar sobre problemas propios de dicha área. El derecho penal y la criminología han servido como un ejemplo para ilustrar un problema de filosofía del derecho: la indeterminación del lenguaje jurídico y su eventual instrumentalización al servicio de una ideología dominante y su incidencia en la política criminal. Por esta razón, se insiste, no pretende ser un discurso desde lo penal, sino un discurso que toma conceptos propios del área para analizarlos a la luz de un paradigma jurídico determinado.

En segundo lugar el presente el trabajo no constituye la elaboración de una línea jurisprudencial. Los fallos analizados han sido seleccionados porque tratan los temas ilustrados en la parte teórica (capítulos 1 y 2). No se pretende resolver un

problema jurídico como se haría en la elaboración de una línea jurisprudencial propiamente dicha, además la metodología no corresponde a la de dichas estructuras. En este orden de ideas se mantiene el objetivo descrito en el párrafo anterior: es un ejercicio de filosofía del derecho aplicada a un caso concreto.

En tercer lugar se trata de un ejercicio/producto de reflexión y no de investigación propiamente dicho. Los resultados no son producto de una investigación sino de una reflexión en torno a un problema de filosofía del derecho aplicada a un caso concreto en materia penal y criminológica por lo que no puede hacerse una generalización de los mismos. Lo que se pretende es argumentar a través de ejemplos. Los resultados que se presenten deben ser analizados en virtud de lo anterior, es decir, una reflexión sobre unas situaciones determinadas que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia constituyen prescripción alguna.

Como consecuencia de lo anterior se tiene que el trabajo es esencialmente descriptivo-analítico. Partiendo de la caracterización de un paradigma jurídico determinado (realismo) se procederá a analizarlo a la luz de un problema del derecho penal y la criminología (la tipicidad a la luz de la indeterminación del lenguaje jurídico) usando fallos jurisprudenciales relevantes para así determinar si la política criminal puede ser moldeada a partir de dicha indeterminación. Así las cosas el resultado no pretende ofrecer prescripciones sobre lo que debería ser la política criminal o valoraciones sobre el contenido de determinada política.

El trabajo que se presenta busca establecer si la indeterminación del lenguaje jurídico como característica inherente del derecho (tal y como lo sostiene el paradigma de realismo jurídico) es un instrumento usado por el Estado para ejecutar una determinada política criminal a partir del concepto de “*tipos penales abiertos*” –éstos últimos ejemplo de dicha indeterminación- ya que al ser indeterminados lingüísticamente se podrían configurar a partir de una ideología

precisa, de ahí que el trabajo esté íntimamente ligado a la hermenéutica y sus concepciones.

El presente trabajo cuenta con cuatro capítulos: en el primero se presentará y analizará una posición hermenéutica: la relación entre el derecho y el lenguaje con especial atención al fenómeno de la discrecionalidad y un eventual resultado problemático: la arbitrariedad judicial a la luz del paradigma jurídico del realismo (en sus vertientes escandinava y norteamericana). El segundo capítulo se enfoca en el concepto de política criminal y la función del derecho penal a partir del cuestionamiento del concepto tradicional de tipicidad a la luz del fenómeno de la discrecionalidad y una eventual arbitrariedad para así poder establecer si los denominados “tipos penales abiertos” son, además de jurídicamente indeterminados o discrecionales, instrumentos para realizar política criminal en virtud de dicha ambigüedad ya que permitirían configurar las acciones estatales contra el crimen a partir de una determinada ideología. El tercer capítulo presenta una serie de análisis jurisprudenciales (que no constituyen una línea) que permitirán ilustrar pronunciamientos relevantes para determinar si en Colombia se presentan casos en los cuales la indeterminación del lenguaje jurídico es una forma de política criminal, dichos casos han sido seleccionados por su relevancia y no por la corporación que los expide. Finalmente se presentará un capítulo con las conclusiones sobre el fenómeno descrito.

La relación entre el derecho y el lenguaje, si bien es indiscutible, sólo ha tomado relevancia recientemente. El auge de lo que se denomina *teoría de la argumentación jurídica* y el replanteamiento del papel de la hermenéutica en el derecho han generado un escenario dentro del cual las posiciones tradicionales sobre el concepto, la función y la operación del derecho han sido cuestionadas dando paso a teorías novedosas que permiten explicar fenómenos que otrora simplemente no eran tenidos en cuenta. Uno de estos fenómenos, como se indicó, es el de la estrecha y compleja relación que existe entre el derecho y el lenguaje.

Pero más allá de enunciar esta relación se debe dimensionar las implicaciones que esta supone.

En primer lugar si partimos de la idea de que el lenguaje es por esencia (siguiendo las teorías de *Wittgenstein*) una práctica social, tenemos entonces que asumir también que el derecho depende de dichas prácticas, pues el lenguaje jurídico - aquel por medio del cual se comunica el derecho con la comunidad- sería en últimas también un dependiente de las prácticas sociales. De esta manera se estaría hablando de una especie de dinamismo en lenguaje del derecho que se caracteriza por un desarrollo no-lineal. En otras palabras, el derecho es una estructura dialéctica material que no se desenvuelve en una estructura lineal e irreversible, sino que, por el contrario, es cíclica al depender de los momentos históricos e ideológicos propios del poder y de una determinada época. Esta especie de materialismo dialéctico jurídico es una posición propia de las corrientes realistas y críticas del derecho, que como se sabe, se centran en la ideología y la política como elementos determinantes del contenido y aplicación de las normas a la luz de un paradigma jurídico hegemónico.

En segundo lugar, otra implicación de la relación entre derecho y lenguaje es la necesidad de abordar el fenómeno de la discrecionalidad judicial. El lenguaje presenta fenómenos de ambigüedad o vaguedad, y eso no es nada nuevo, que ocurren cuando a un mismo término se le pueden asignar dos o más significados (nótese que esto constituye una prueba de lo señalado en el párrafo anterior pues las diversas prácticas sociales que moldean el lenguaje contribuyen a los fenómenos de vaguedad). De esta manera el derecho se presenta como un fenómeno donde la discrecionalidad es inevitable, pues siguiendo una idea previamente expuesta, si el lenguaje es práctica social, el lenguaje jurídico está determinado por dicha práctica, pero además si en el lenguaje existe ambigüedad, en el lenguaje jurídico también existirá.

En tercer lugar, tenemos que como consecuencia de la inevitabilidad de la discrecionalidad es necesario advertir un resultado peligroso: la arbitrariedad judicial. El fenómeno de la discrecionalidad, como se dijo anteriormente, es inevitable pero no por ello perjudicial, de hecho autores como el argentino *Juan Bautista Etcheverry* y el colombiano *Juan Pablo Sterling Casas* indican que aparte de la inevitabilidad de la discrecionalidad también hay una deseabilidad, esto es, que este fenómeno no sólo es inevitable sino también deseable pues al existir permite mayor debate sobre los supuestos que deben existir para aplicar un determinado enunciado normativo; la premisa es que entre mayor discrecionalidad tenga un juez mayor será el rigor con el que deba justificar sus decisiones, *contrario sensu*, entre mayor sea la carga definitoria y la limitación lingüística por parte del legislador mayor será el riesgo de inseguridad jurídica y de una exégesis que lleve a soluciones absurdas. De esta manera el problema de la arbitrariedad judicial cobra especial relevancia en este trabajo pues es una situación que debe ser evitada. Será una decisión arbitraria, en principio, aquella que no reúna las características lógicas de un discurso racional pero que además atente contra principios y valores constitucionales. De esta manera la importancia del análisis del lenguaje jurídico por parte de una hermenéutica rigurosa es indispensable.

Como se pudo apreciar la primera parte del trabajo consistirá en una análisis de la relación entre el derecho y en lenguaje centrándose en el problema de la arbitrariedad judicial como posible resultado de una inevitable discrecionalidad judicial.

En el segundo capítulo se pretende abordar las concepciones que se tienen sobre política criminal. Esto con un objetivo claro: a partir del cuestionamiento de la noción tradicional de tipicidad (adecuación exacta de la conducta a la descripción contenida en la norma) develar que la discrecionalidad es un obstáculo, que si bien es resuelto con la figura de los “*tipos penales abiertos*”, no evita que estos sean instrumentalizados para adaptar o introducir una determinada política

criminal. De esta manera la discrecionalidad propia de la indeterminación del lenguaje jurídico estaría siendo una herramienta para aplicar una política criminal determinada, en otras palabras: la indeterminación como forma de política criminal. La importancia de este segundo capítulo radica en que la idea de seguridad jurídica a partir de tipos y análisis penales lógicos formales y textuales se desdibuja ante la indeterminación, generando de esta manera un resultado peligroso: la arbitrariedad.

En el tercer capítulo se presentan una serie de análisis jurisprudenciales en los cuales se pretende ilustrar el fenómeno descrito en el capítulo dos. Dichos análisis han sido desarrollados con plantillas seleccionadas para hacer de ellos elementos claros, coherentes y con el rigor hermenéutico necesario para los fines descritos. Es importante resaltar que para la selección se tuvo en cuenta la relevancia de los fallos para el tema tratado y no la corporación que los emitió pues se parte de la base que los argumentos de autoridad, en tanto la procedencia de la sentencia, no son criterios para descartar posiciones sobre la tipicidad y la indeterminación del derecho.

Finalmente se presentarán las conclusiones una vez analizados los presupuestos teóricos expuestos con los fallos analizados.

1. INDETERMINACIÓN LINGÜÍSTICA DEL DERECHO: DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL DESDE LAS CORRIENTES REALISTAS Y SUS CONSECUENCIAS

Conceptos como hermenéutica, interpretación y teoría de la argumentación jurídica son una parte del derecho que ha experimentado un gran auge durante las últimas décadas, y esto no es una sorpresa. Lejos quedan los tiempos en los que el ideal de jurista (en sus diversas facetas, pero en especial los jueces) se asemejaba a un autómatas que dictaba mecánicamente sus decisiones: *“ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur”*¹ como la figura usada por Montesquieu.

Tenemos un panorama claro: la denominada *“constitucionalización”* del derecho ofrece un escenario fecundo para el análisis, a la luz de diversos paradigmas jurídicos distintos a los tradicionales: positivismo-iusnaturalismo, de fenómenos que antes estaban limitados en su abordaje por esos mismos modelos tradicionales. La existencia de un Estado Constitucional supone una mayor rigurosidad hermenéutica y argumentativa por parte de los jueces, que se ven ahora enfrentados a situaciones complejas y para las cuales las respuestas convencionales son insuficientes, para este caso hablamos de situaciones derivadas del lenguaje como práctica social. El surgimiento de constituciones garantistas producto de la época de posguerra supuso el resurgimiento de conceptos jurídicos indeterminados pero a su vez ligados con una ideología política que les dará contenido. Por lo anterior el papel de la hermenéutica y la

¹ *“Son sólo la boca que habla las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza o la fuerza”*. Montesquieu, C.L. (2008), *De l'esprit des loix*, compilación de Pierre Rétat et Catherine Volpilhac-Auger, Vols 3-4. *De l'esprit des loix: manuscrits, textos recolectados, comentados y analizados por Catherine Volpilhac-Auger, coordinación editorial de Caroline Verdier, Voltaire Foundation.*

argumentación jurídica es primordial para evaluar y limitar posibles escenarios de arbitrariedad. Como sostiene el español Manuel Atienza: *“La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación.”*²

Este fenómeno ha sido ampliamente estudiado por una corriente llamada Neoconstitucionalismo. Pero la pretensión de este trabajo no es ahondar en dicho planteamiento. La relación que existe entre hermenéutica y argumentación jurídica con el Estado Constitucional si bien es cierto ocupa basta literatura de carácter “neo constitucionalista”, servirá como marco para ilustrar la necesidad de poner atención a la hora de desarrollar conceptos elementales como indeterminación jurídica, discrecionalidad y arbitrariedad judicial. En pocas palabras, la relación entre derecho, Estado y lenguaje no es un baluarte propio de los neo constitucionalistas.

La inestabilidad política, y en consecuencia jurídica, propia de países como Colombia es un elemento que debe guiar la reflexión sobre el quehacer de los jueces y la comunidad jurídico-política en general. Esto se presenta como un desafío a modelos tradicionales que ya no pueden dar cuenta del derecho como un fenómeno normativo o de Justicia simplemente. Mejía Quintana al respecto sostiene que:

“A diferencia de países del primer mundo con una situación política y social caracterizada por una relativa estabilidad, los países de América Latina precisan desbordar la perspectiva meramente jurídica de validez formal, para considerar igualmente la perspectiva

² ATIENZA, Manuel. “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional”. En: Revista Anales de jurisprudencia, estudios jurídicos, México DF: Universidad Autónoma Nacional de México. 2004 p. 353

de eficacia social y legitimidad política que el sistema jurídico comporta en un contexto particularmente inestable.”³

De lo anterior se tiene que sistemas jurídicos como el colombiano están marcados por problemas que desbordan el marco simplemente de lo jurídico, llevando a la comunidad jurídica a buscar soluciones en campos como la política, la filosofía, la economía y áreas afines. Esta consideración no es banal, pues supone abandonar la idea de autopoiesis con la que tradicionalmente se ha concebido al derecho, particularmente en los términos del positivismo formalista que determinó la enseñanza y aplicación del derecho durante mucho tiempo en nuestro país.

Como resultado de las consideraciones previamente ilustradas tenemos que un paradigma jurídico idóneo para dar cuenta de la problemática planteada es el realismo jurídico que a continuación se caracterizará con unas tesis centrales.

1.1 EL REALISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA

El Realismo Jurídico se presenta como un paradigma contestatario de los dos modelos que tradicionalmente han tratado de explicar el concepto, objeto y método del derecho: el realismo jurídico clásico (iusnaturalismo) y el positivismo jurídico (especialmente el de corte fuerte o excluyente). Es así como este paradigma realista (también conocido como empirismo jurídico) desafía las concepciones que vinculan al derecho con una génesis valorativa (la idea de Justicia) o con una voluntarista (origen democrático), planteando una posición más cercana a las ciencias naturales exitosas, esto es, la vinculación con la psicología y todas aquellas áreas afines.

³ MEJÍA Q., Óscar. “Teoría del Derecho y Hermenéutica Jurídica” –prólogo- En: Sterling Casas, Juan, Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica, Madrid: Editorial Académica Española, 2013 p. 6

Con una clara posición crítica frente a la metafísica este paradigma se tiene por un lado la influencia de la filosofía nórdica identificable en la denominada *Escuela de Uppsala*. Ya en 1912 el filósofo sueco *Vitalis Norström* había afirmado que: "los días de la metafísica están contados. Y se puede añadir con toda seguridad que también lo están los días de los sistemas filosóficos en sentido convencional."⁴ Liderados por Axel Hägerström la filosofía de Uppsala tuvo una inmediata influencia en la filosofía y la teoría del derecho con notables expositores como: *Vilhelm Lundstedt*, *Karl Olivecrona* y *Alf Ross*.

Por otro lado tenemos la oleada proveniente de Norteamérica, un realismo jurídico americano identificable por su clara tendencia "judicial" bajo el entendido de que éste fue básicamente desarrollado por la actividad de jueces, el más destacado de ellos *Oliver Wendell Holmes Jr.*, que a su vez fue acompañado por autores como *Jerome Frank*, *Benjamin Cardozo*, *Roscoe Pound* entre otros. Aunque comparten, en lo nuclear, la misma posición de los escandinavos, el realismo proveniente de Norteamérica se caracteriza por un desarrollo más pragmático y encaminado hacia el fenómeno de la adjudicación [*adjudication*] que hacia una labor teórica definitoria y conceptual, esto significa que es posible afirmar que el realismo europeo se preocupa por un sustento más sólido desde la filosofía y la epistemología que su versión americana, centrada ésta última en la práctica judicial. Es así como en Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX el realismo jurídico representa el escepticismo frente a los modelos silogísticos de aplicación lógico-formal del derecho, incluso va más allá al sostener que el derecho no es un asunto de normas y deducciones sino que es un asunto básicamente de decisiones judiciales. El realismo ha tenido la virtud de poner en evidencia las insuficiencias del modelo exegético y de la jurisprudencia deductiva llegando a los que muchos denominan un "*activismo judicial*". Los realistas expresaban un pensamiento corte pragmático (una concepción instrumental del

⁴ HIERRO, Liborio *El Realismo Jurídico Escandinavo: una teoría empirista del derecho*, Madrid, IUSTEL, 2008 p. 36.

derecho). La realidad social de Estados Unidos en la época de surgimiento del modelo propició entre los intelectuales una postura crítica y para algunos autores que se concretó en una protesta contra el formalismo.

Cómo se planteó anteriormente, son más las coincidencias de las dos versiones que sus diferencias, y éstas últimas serían más de forma. Por tal razón se procederá a explicar en qué sentido el realismo jurídico se presenta como un paradigma contestatario para posteriormente ilustrar de una manera muy general las que pueden considerarse sus tesis “centrales”.

1.2 EL REALISMO COMO PARADIGMA CONTESTATARIO

Es el filósofo Bertrand Russell⁵ quien enumera las características del realismo contemporáneo, tres a saber: 1) La consideración unitaria de la ciencia y la filosofía (“la filosofía no tiene ninguna marca especial de verdad, ni método de llegar a ella”), 2) el análisis como método (que “sólo aspira a aclarar las ideas fundamentales de las ciencias y a sintetizar las diferentes ciencias en una visión sencilla y comprensiva de este fragmento del mundo que la ciencia ha logrado explorar”) y 3) el pluralismo como metafísica (los realistas “no aspiran, como generalmente lo ha hecho la filosofía anterior, a hacer afirmaciones sobre el universo en conjunto ni a la construcción de un sistema comprensivo”).

Se puede decir entonces que el realismo jurídico es un paradigma contestatario gracias a su posición radical de rechazo a toda cuestión metafísica, lo que constituye también gran parte de su originalidad pues hasta entonces el rotulo de “realista” había sido derivado de la doctrina aristotélica en cuanto a la idea de bien común como elemento central de la Justicia y la forma en cómo ésta podía conocerse. Así las cosas el realismo jurídico, en estricto sentido, se erige como un

⁵ RUSSELL, Bertrand Realidad y Ficción, Buenos Aires: Aguilar. 1962

claro empirismo jurídico, lo que conlleva un desafío a las formas tradicionales de explicación del fenómeno jurídico que, según esta corriente, acudían a institutos no verificables desde la ciencia (metafísicos). De esta manera la crítica recae con toda dureza a los modelos iusnaturalistas y positivistas, que resultan insuficientes para hablar de una “ciencia” del derecho por sus claros vínculos con entidades no confiables desde el punto de vista científico. Se habla así de una: *“Posibilidad del pensamiento mismo depende del mundo empírico dado en el tiempo y en el espacio, concebido como el contexto coherente al lado del cual ninguno otro es concebible.”*⁶ De esta manera el centro del realismo consistirá en presentar un mundo jurídico cognoscible empíricamente y objetivo en el cual se pueda obtener una satisfactoria respuesta al concepto, función y método del derecho diferente de los anteriormente dados, lo que supone una tarea compleja dado el arraigo y extenso trabajo de ilustración de sus rivales.

La tarea inicial del realismo jurídico supuso sendas críticas al modelo iusnaturalista y al modelo positivista, hasta ese entonces, amos y señores que se alternaban la hegemonía paradigmática en el derecho. Esto es una impronta de los movimientos realistas que pretende una posición conciliadora⁷ a partir de un cuestionamiento a modelos tradicionales:

*“En realidad el realismo no es del todo un camino intermedio entre la falsa objetividad y la falsa subjetividad; más bien al contrario, es el verdadero tertium datum resolutivo frente a los seudo dilemas que derivan de los problemas impropriamente planteados por aquellos que sin brújula yerran desorientados en el laberinto de los tiempos actuales.”*⁸

⁶ STRÖMHOLM, S. y VOGEL, H.H. Le Réalisme Scandinave dans la philosophie du droit, Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975 p. 27

⁷ STERLING, Juan “Ronald Dworkin: ¿Por qué no un realista más?” En: Revista DIXI, edición 11, abril. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Bucaramanga. 2009

⁸ LUKÁCS, Georg. Ensayos sobre realismo, Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 1944, p. 13

En primer lugar realizan una crítica al modelo iusnaturalista al sostener que no hay nada de científico si se coloca como objeto de estudio del derecho a la Justicia. La subjetividad y enorme carga moral o utilitarista de la palabra la hacen bastante débil ante un eventual examen de objetividad científica, de esta manera el derecho natural, ya sea secular o religioso, termina siendo una apología de cuestiones metafísicas y de fe, *Olivercrona* al respecto afirma que: “*Dado que la admisión del derecho natural divino es un acto de fe, queda fuera de los límites de la discusión científica.*”⁹ Contra el modelo positivista enfilan sus cuestionamientos al origen voluntarista que dota de autoridad las normas jurídicas, no existe una “voluntad soberana” que origina democráticamente las normas, así como tampoco existe un *Volkgeist* del más allá que fundamenta lo que debe ser entendido como derecho. De esta manera lo que se conoce como “voluntad del Estado” –constitutiva del derecho- es una cuestión también metafísica, una especie de concepto universal al que se le opone el nominalismo. A lo anterior agregan que tratar el derecho como un ejercicio de deber ser (*sollen*) es metafísico también, y por lo tanto no amerita estudio científico serio: “*El ‘deber ser’ no puede concebirse como una propiedad verificable, y, por lo tanto, discutir si ciertas normas o no poseen un ‘deber ser’ es inútil: no se trata de un debate científico.*”¹⁰

Ahora bien, más allá de las diferencias de forma (talante de los exponentes) entre el realismo jurídico de corte escandinavo y el norteamericano podemos identificar unas tesis comunes a los dos modelos, a continuación se ilustran.

a) El peso de la psicología.

Es sencillo y categórico: Lo único científico en el derecho son fenómenos psicológicos (conductuales). El realismo plantea que las normas no son un estándar de verdad o una manifestación axiológica. Son expresiones sin

⁹ OLIVERCRONA, Karl. *El derecho como hecho, la estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980 p. 110 y ss.

¹⁰ Ídem.

significado representativo que buscan “*ejercer influencia*”¹¹ en los receptores de las mismas. Es decir, las normas jurídicas no buscan determinar si ciertas proposiciones son verdaderas o falsas y mucho menos rotularlas como deseables o indeseables. Por ejemplo: la norma que dice “*El que mataré a otro incurrirá en prisión de 15 a 25 años*” en primer lugar no se refiere a una verdad en sentido lógico pues corresponde a lo que se conoce como uso performativo del lenguaje (proposiciones que al no ser descriptivas no pueden ser valoradas con un juicio de verdad/falsedad material); en segundo lugar tampoco debe establecerse como una verdad “moralizante” pues no puede inferirse que de dicha norma se imponga una pauta de moral: matar es malo, no hacerlo es bueno. Así las cosas las normas no reflejan verdades ni valores.

Las normas jurídicas son directivas que buscan que las personas actúen de determinada manera y a ellas se les acompaña una sanción para adecuar la conducta (al más puro estilo skineriano). Es decir, las normas se convierten en un ejercicio de estimulación para lograr ciertos comportamientos, ante dichos estímulos (sanciones o premios) con el tiempo la personalidad del sujeto asume ciertos patrones conductuales de forma inconsciente, la sanción o premio con el devenir pasa a un segundo plano cuando se ha logrado dicha adecuación conductual, algo similar a adiestrar animales de laboratorio. Las normas se vuelven así expresiones de comportamiento socialmente obligatorio.

b) La vida del derecho es la experiencia.

Es famosa la expresión de *Oliver Wendell Holmes* -que para muchos constituye un verdadero credo sobre el realismo jurídico norteamericano- según la cual:

*“La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia.
Las necesidades sentidas de cada época, las teorías morales y*

¹¹ ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires: EUDEBA (tercera edición), 2005 p. 28

políticas predominantes, las instituciones en las que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes, en incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.”¹²

El derecho así entendido no es un asunto prescriptivo a partir de normas emanadas de una voluntad popular, es experiencia. De esta manera se puede apreciar que los realistas empiezan a perfilar una diferencia clara entre lo que dice una norma y lo que dice un juez respecto de un caso determinado. Lo anterior supone que el proceso de conocimiento de lo que es el “derecho” debe estar guiado por la propia experiencia, que será en últimas la encargada de dejar conocer las verdaderas prácticas judiciales y de los abogados. Dicho de otra manera: Sólo el conocimiento y aprehensión de las diversas prácticas de jueces y abogados –que están influenciados por pautas de conducta verificables- permiten acercarse al verdadero sentido de lo que llamamos derecho. La experimentación y observación son la única fuente viable que permite de alguna manera “teorizar” sobre lo jurídico. El derecho no es una estructura ideal (de deber ser) dictada por ordenamientos morales o naturales inverificables o por una voluntad estatal fantasmagórica, por el contrario es una estructura real palpable a través de los sentidos y que se manifiesta a través de hábitos y prácticas sociales validadas por la experiencia. Tanto las normas, cómo los comportamientos judiciales son cuestiones sobre hechos, sobre experiencias previas acumuladas y estudiadas.

c) El derecho como un ejercicio de predicción.

La experiencia acumulada genera espacios de predicción. La observación constante de pautas de comportamiento ante diversos estímulos permite al

¹² WENDELL HOLMES, Oliver. The Common Law, Cambridge MA: Harvard University Press, 1981 p. 12

observador –científico- anticiparse para así poder predecir el resultado de un determinado proceso. De esta manera el derecho tiene como objeto una labor predictiva sobre qué van a decir los jueces en su decisión de acuerdo con experiencias previas:

“Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites.”¹³

Lo anterior supone la confirmación de la sentencia del Juez Holmes sobre la vida del derecho. Si se quiere pensar en el derecho con un objeto verdaderamente científico la experiencia es la herramienta que permite explicar de mejor manera cómo funciona aquel. Lo único verificable, objetivo y realizable es un modelo conceptual, epistemológico y metodológico que involucre al derecho con elementos conductuales, lo demás es una pérdida de tiempo. La práctica del derecho exige del abogado ser capaz de identificar los elementos que le permitan predecir la decisión judicial, así como el médico analiza síntomas para decretar patologías y tratamientos a seguir. Esto constituye una verdadera actitud científica opuesta a una metafísica que no tiene cabida en el estudio del derecho.

d) El concepto de “derecho vigente” e ideología normativa

¿Qué se busca predecir? La decisión judicial a través de la identificación de lo que se conoce como “*derecho vigente*” y la ideología normativa que lo sustenta:

“Derecho Vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que esas normas

¹³ ROSS, *Op. cit.*, p. 55

son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas, como socialmente obligatorias.”¹⁴

El derecho vigente puede entenderse como todas aquellos elementos irracionales que hacen parte de la decisión judicial y que están compuestos por los prejuicios y pautas de comportamiento del Juez a la hora de abordar un determinado caso (ideología normativa). Son irracionales porque el positivismo y el derecho natural jamás los tendrían en cuenta como elementos importantes en la definición y función del derecho (ahí otra muestra del carácter contestatario del realismo). Así las cosas, el derecho vigente no es aquel que se encuentra en una norma codificada de manera legal y vigente, sino aquellos factores (sociales, económicos e ideológicos) que hacen que el juez asuma determinada posición frente a un tema en concreto. No es lo mismo un juez conservador y practicante de un culto riguroso a uno con mentalidad liberal frente a un debate sobre el aborto o la eutanasia. Lo importante radica en aceptar que estas situaciones son parte del derecho y no deben ser omitidas.

La ideología normativa es aquella que permite entender porque los jueces ante normas similares (gramaticalmente) para todos sus pares en ocasiones optan por decisiones contrarias entre ellos. La razón está en que el derecho vigente para muchos está determinado por convicciones personales que marcaron su formación, algo inevitable.

El éxito del abogado está entonces, en primer lugar, en entender y descubrir estas ideologías pues cada juez tiene la suya, de esta manera su predicción estará afinada, y en segundo lugar, observar las decisiones judiciales pues ellas marcan el camino futuro, de ahí que la interpretación jurídica, más que científica, es un ejercicio de política jurídica: si queremos saber cómo se interpreta tal derecho por parte de un tribunal dado, basta con esperar sus fallos y analizar la tendencia.

¹⁴ *Ídem*

Razón tiene entonces el adagio que reza: un abogado conoce las normas, un muy buen abogado conoce los jueces.

1.3 LAS CRÍTICAS AL MODELO

Una especie de mito bastante popular (atribuido falsamente a una expresión de *Jerome Frank*) sostiene que el juez falla de acuerdo a lo que éste desayunó –la crítica del juez gastrónomo-. Esta caricaturización se convierte en una de las críticas por excelencia hechas al modelo realista y consiste en afirmar que el derecho termina siendo una mera adjudicación caprichosa por parte del juez, que tomará una decisión de acuerdo a su estado de ánimo: si el desayuno que ha tomado le sentó bien pues hará su trabajo normal, por el contrario, una indigestión, generaría una reacción distinta. Lo anterior constituye una de las críticas al modelo ya que lo culpa de desnaturalizar la verdadera esencia del derecho al someterlo al dominio de aspectos meramente psicológicos, de esta manera la indeterminación denunciada por el realismo termina siendo resuelta por actitudes personales o pasionales sin ningún rigor jurídico-normativo por parte del juez.

Otra crítica, deducible de la anterior, apunta a sostener que el realismo contribuye a un activismo judicial que atenta contra los principios de la Democracia republicana (sobre todo al de separación estricta de poderes). Los jueces no son autónomos totalmente en sus decisiones y mucho menos las someten a caprichos personales o trastornos psicológicos, lo anterior constituye un verdadero riesgo para las sociedades democráticas que verían cómo los fallos judiciales son expresiones de traumas o hábitos conductuales de sus jueces, generando así una afectación del principio de seguridad jurídica del Estado de Derecho.

En contra del realismo también juega en contra el hecho de que es considerada una teoría sumamente radical, y ya se sabe que todo extremo no es

recomendable. Es bastante cuestionable afirmar que el juez es una especie de forajido que jamás tiene en cuenta las normas jurídicas, sumado a esto la existencia de una norma fundante o una regla de reconocimiento es necesaria pues se requiere para que los jueces de alguna manera creen derecho y resuelvan situaciones sometidas a su consideración, el derecho se basa en última instancia en la aceptación sociológica. Existen varias leyes que no dependen de lo que digan los jueces: buena parte de las leyes procesales, administrativas o simples reglamentos.

Otra crítica, bastante más elaborada, parece sostener que el modelo realista –al menos en su estructura- no se diferencia mucho del modelo positivista que tanto cuestionó. Veamos: Si los realistas afirman que el derecho es todo aquello que el juez decide estamos ante una posición cercana al positivismo pues la juridicidad de una decisión dependerá de una cuestión de autoridad más que de contenido.

1.4 UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA: *BRIAN LEITER*

Brian Leiter es el referente contemporáneo más importante sobre el realismo jurídico –en especial el norteamericano-. Recientemente se puede apreciar en su obra *Naturalizing Jurisprudence*¹⁵ una reformulación del modelo realista iniciado por los precursores antes mencionados. Las ideas de Leiter pueden sintetizarse así:

1. Se debe realizar una aproximación más filosófica que histórica del modelo realista –en especial el norteamericano-. Los estudios sobre realismo que nos han llegado son básicamente trabajos de historia y no poseen la rigurosidad filosófica necesaria para entender el verdadero impacto del modelo. De esta

¹⁵ LEITER, Brian *Naturalizing Jurisprudence: Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press. 2007

manera podría, por ejemplo, evitarse la caricatura del “juez *gastrónomo*” que se presenta como una crítica “fuerte” por su difusión descuidada y pintoresca, pero sustentada en un chascarrillo históricamente inverificable.

2. Los realistas, dada la aceptación de la indeterminación del derecho, estarían más cerca de un positivismo post-hartiano. Leiter lo plantea pues considera que las normas jurídicas determinan las decisiones judiciales pero es necesario disponer previamente de un criterio de validez para identificar las normas jurídicas, es decir una regla de reconocimiento. Según Leiter la versión según la cual: “*Los jueces ejercen una discrecionalidad sin límites [...] obteniendo decisiones basadas en sus gustos y valores personales [...] que son finalmente racionalizadas ex post facto mediante reglas y razones jurídicas.*” (Leiter, 2007: 16) es poco acertada y minimiza de una forma vulgar lo que verdaderamente significó el movimiento realista.
3. Existe indeterminación en el derecho, y la existencia de ésta obliga a los jueces a recurrir, sin salirse de la regla de reconocimiento, a elementos más allá de las mismas normas. La elección de estos elementos o fuentes depende de alguna manera de criterios personales, pero jamás son absolutos por lo que se ha indicado anteriormente.
4. Por lo anterior se debe naturalizar el derecho, este naturalismo para Leiter implica aceptar que en la práctica totalidad de los problemas filosóficos deben ser resueltos mediante teorías empíricas. Esto no significa que el derecho deba ceder ante una sociología o una especie de mezcla entre la epistemología y metodología de otras ciencias sociales, por el contrario implica que nuestras normas epistémicas y metodológicas deben basarse en las disciplinas que resultan más exitosas (aquellas que consiguen realizar predicciones y por tanto explicar hechos y eventos).

1.5 UNA DEFENSA DEL REALISMO JURÍDICO

El realismo jurídico es un paradigma valioso y explica de manera satisfactoria el concepto, función y método del derecho.

En primer lugar desde el punto de vista ontológico (conceptual) el realismo acierta en acercar al derecho al estudio de fenómenos psicológicos. El derecho como ejercicio de predicción es una descripción correcta de lo que en últimas es el quehacer del abogado y los jueces. En este orden de ideas el realismo presenta una verdadera identidad del derecho al desenmascararlo de valores axiológicos relativos o teorías de génesis voluntarista también inverificables. La valía del modelo está en su rebeldía ante elementos negados por paradigmas hegemónicos precedentes que reducían la práctica judicial y la experiencia a un segundo plano, lo que generaba una imposibilidad de explicar ciertos fenómenos que no estaban “sometidos” a las teorías dominantes.

En segundo lugar, desde lo epistemológico, en el realismo el objeto del derecho y la posibilidad de conocerlo, así como su función: predictiva de la conducta, es altamente satisfactoria (con los límites abarcados por Leiter). La indeterminación del derecho es algo inevitable, además de deseable¹⁶ y la práctica evidenciada por los jueces implica que los valores y en muchas ocasiones condiciones personales determinan cómo debe resolverse dicha indeterminación. Así las cosas la respuesta del realismo es coherente pues no sólo reconoce la indeterminación en el derecho, sino que acepta que ésta se supera con prácticas judiciales en ocasiones enmarcadas en una personalidad que se acomoda a una regla de reconocimiento.

¹⁶ STERLING, Juan “Hermenéutica y Argumentación Jurídica como límites a la discrecionalidad judicial”. En: La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional, Lima: Palestra, 2013 p. 139 y ss.

Metodológicamente la identificación de la *ideología normativa* para hallar el *derecho vigente* no es nada distinto a lo que la práctica judicial y la enseñanza del derecho muestran. La realidad de la práctica judicial y la enseñanza del derecho suponen no sólo el conocimiento de normas y precedentes, sino que constantemente se ve la necesidad de acercar el derecho a ciencias exitosas, desde lo científico, como la psicología, la economía, la estadística, la medicina o la lingüística. Una adecuada comunión del derecho con dichas áreas sin duda garantiza mayor posibilidad de éxito en la formación jurídica, sino que también permite un mejor entendimiento del fenómeno jurídico. El realismo saca del aislamiento al derecho.

1.6 ¿ES EL DERECHO UN SUBORDINADO DE LA POLÍTICA?

Paralelo al desarrollo de teorías realistas (que ya en el concepto de *derecho vigente* admiten la presencia de elementos irracionales en la formación de la decisión judicial) pueden encontrarse las denominadas *Teorías Críticas del Derecho* que en uno de sus puntos sostienen que el derecho no es más que un elemento subordinado a la política, lo que lo convierte en un mero instrumento legitimador de ideologías. Como señalan los profesores españoles *Manuel Atienza* y *Juan Ruíz Manero* las características centrales de este movimiento crítico podrían ser:

*“1) El Derecho tiene un carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; **3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social;** 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica; y 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los valores que el Derecho realiza o debería*

*realizar: la Justicia o los derechos humanos.”*¹⁷ (Negrillas y subrayado con intención).

Esta subordinación (que puede ser parcial) no sólo obedece a elementos de política, sino que también puede estar condicionada por escenarios económicos, ideológicos o políticos. De esta manera se presenta un cuestionamiento similar al que realiza el realismo jurídico al poner en tela de juicio la autonomía e independencia del Derecho tal y como ha sido sostenido por las corrientes tradicionales (positivismo e iusnaturalismo). El derecho no deriva su autoridad y valor de forma autopoietica¹⁸ (en términos del sociólogo alemán *Niklas Luhmann*), es decir, no se auto-regula, sino que estaría en una directa dependencia de sistemas externos, en este caso la política.

Lo anterior plantea una respuesta afirmativa a la pregunta sobre si el derecho está subordinado a la política. Y esto se explica a través de la aceptación de que la función de aquel es la de legitimar ideologías a través de normas de origen democrático y desprovistas de valores en sí mismas y su enunciación. Esto es: a través de las categorías de lo “legal” y lo “ilegal” el derecho se apodera del campo que tradicionalmente ha correspondido a la filosofía moral y la ideología (que supondrían menos objetividad y un rango mayor de valoraciones y calificaciones: entre los “moral” y lo inmoral” hay una infinidad de gamas y perspectivas; entre lo “legal” y lo “ilegal” hay sólo una diferencia material y objetiva, esta es la norma jurídica). Esto fue avizorado por *McIntyre* cuando afirmó que: “*Los abogados, y no los filósofos, son el clero del liberalismo.*”¹⁹ En conclusión: el derecho se puede entender como una estructura lógico-lingüística vacía en la cual se depositan diversas ideologías políticas que al final son introducidas en la comunidad a través

¹⁷ ATIENZA Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, México DF: Fontamara, 1993 p. 13

¹⁸ La característica de un sistema autopoietico es que “Levanta sus propios cordones y se constituye como destino del medio circundante a través de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables.” MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile, OEA/Editorial Universitaria, 1984 p. 163

¹⁹ Macintyre, Alasdair *Justicia y Racionalidad*, Madrid, EIUNSA, 2001 p. 327

de rótulos “legal” “ilegal”, en este escenario si una conducta es “legal” (se encuentra contenida en una norma) se entenderá como “buena” o “correcta” sin una verdadera valoración moral.

En últimas lo que se pretende ilustrar en este apartado es que una teoría que busque explicar el derecho sin su conexión con la política no es una teoría idónea, es una teoría miope y sesgada, por lo tanto irreal e insuficiente para explicar el fenómeno jurídico en su totalidad. En palabras de *Bobbio*:

“Efectivamente, llegados a la cima de las dos escalas, la de los poderes y de las normas, viene al caso preguntarse si llega más alto la primera o la segunda. Metáforas aparte, llegados al vértice, surge la pregunta: ¿va antes el poder o va antes la norma? A pesar de la obstinación con que los teóricos del Derecho por un lado y los teóricos de la política por el otro insisten en sostener que va antes la norma (la teoría de la norma fundamental de Kelsen) o antes el poder (la vieja y siempre nueva teoría de la soberanía como potestas superiorem non recognoscens), la solución del problema depende exclusivamente del punto de vista en el que nos pongamos. Si se parte del poder desde abajo, se llega, pasando de un poder inferior a uno superior, al poder de los poderes, al sumo poder; si se parte de la norma desde abajo, se llega, pasando de la norma inferior a la superior, a la norma de las normas, a la norma fundamental. Pero nada mejor que esta reducción en el vértice nos permite comprender que el problema del poder y el de la norma son las dos caras de una misma moneda.”²⁰

1.7 EL PAPEL DE LA HERMENÉUTICA

Retomando los postulados del realismo jurídico, en este apartado se examinará el que representa una importancia capital para los propósitos de la tesis del trabajo: la inevitable indeterminación del derecho y su lenguaje. Las escuelas realistas son

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid: Debate, 1990 p. 302

firmes en esta característica, a saber: el lenguaje que se usa en las normas es indeterminado por lo que puede ser usado como instrumento al servicio de una determinada ideología normativa. Esta posición ya había sido anunciada por el positivismo inclusivo de *H.L.A. Hart*²¹ y su posición frente a la discrecionalidad, pero es enfatizada como tesis categórica y crítica por las corrientes realistas.

Esta indeterminación pone de presente la necesidad de replantear el papel de la hermenéutica frente a una discrecionalidad que no puede ser evitada y que ya no puede operar como una simple subsunción lógico-formal tendiente a la justificación de decisiones judiciales, esto al menos por dos razones: 1) La inevitabilidad de la ambigüedad y 2) la necesidad de debatir sobre términos que en esencia tienen un contenido de moral y política relevante (conceptos como libertad, dignidad, igualdad y afines). En palabras de *Sterling*:

*“Para destacar la existencia de la discrecionalidad partamos de que no existen “problemas jurídicos”, existen entonces problemas de lenguaje que la generan. La discrecionalidad es un problema derivado de la indeterminación del lenguaje en el Derecho. Los problemas jurídicos no son nada distinto a malos entendidos de lenguaje. [...] El Derecho es un asunto básicamente de lenguaje, de ahí que existen elementos de la filosofía analítica que son útiles para entender mejor esta situación. La función del juez es, a través del lenguaje, desenredar los problemas que en apariencia son jurídicos, pero que en realidad no es nada distinto a un error en la comunicación.”*²²

Por lo anterior la hermenéutica, en este escenario, se convierte en aquella herramienta que permite evidenciar la presencia de una determinada ideología pero a su vez también permite determinar los límites del discurso y la argumentación por parte de los jueces, pues estos en su quehacer se ven

²¹ HART, H. L. A. El concepto del Derecho, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977 p. 155 y ss.

²² Sterling, 2013, *Op. Cit.* P. 141

enfrentados a problemas, que partiendo de la discrecionalidad, terminan siendo situaciones complejas de política y moral, esto es ilustrado por *Dworkin*:

“En su labor cotidiana, los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. [...] Los asuntos filosóficos son particularmente relevantes en el Derecho constitucional y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la discriminación positiva, el suicidio asistido y la libertad de expresión.”²³

La hermenéutica es portadora de un verdadero sentido emancipador ahora, pues se revela contra las estructuras tradicionales. Lejos quedan los tiempos del modelo lógico formal de interpretación, ahora el reconocimiento de la discrecionalidad hace un llamado para el surgimiento de una hermenéutica realista y crítica. Ante el panorama ilustrado por la corrientes realistas y críticas del derecho que sea la hermenéutica la llamada a evitar arbitrariedades. En palabras de *Sterling*:

“Quizás entonces, metodológicamente hablando, el avance actual del derecho necesite un abandono de la forma tradicional de interpretar y aplicarlo. Sobre todo lo escrito en el derecho ya se ha dicho todo lo que se puede decir, ¿qué de nuevo hay respecto de interpretaciones textualistas? Poco o nada, pues la estructura de ese tipo de interpretación impide análisis profundos sobre el contenido de las normas. Es coherente entonces pensar en acudir a una forma de análisis del derecho que amplíe la capacidad cognitiva de los actores jurídicos. Buscar y analizar o “colonizar” los “vacíos” que se pueden encontrar en el campo jurídico es una forma novedosa y altamente favorable de contribuir con el desarrollo de una teoría del derecho completa. Debemos entonces emigrar del “suelo sólido y conocido” que es el derecho escrito y claro (junto con su correspondiente método de interpretación textual) para descubrir

²³ DWORKIN, Ronald “¿Deben nuestros ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” En: Revista ISONOMÍA, nº 32, abril, México DF, ITAM, 2010 p. 7

nuevas formas en este camino de perfeccionamiento del mundo jurídico. Quizás las respuestas a muchos interrogantes respecto del derecho y la justicia se encuentren en lugares que creemos desiertos y por lo tanto están inexplorados.”²⁴

Tenemos entonces, como conclusión producto de los apartados examinados hasta ahora, que el paradigma del realismo jurídico plantea, entre una de sus tesis, la evidente indeterminación lingüística del derecho que genera discrecionalidad, sumado a ello una subordinación a la ideología y a la política lo que convierte al derecho en un instrumento legitimador de ideologías, y como resultado de esto la hermenéutica surge como herramienta indispensable a la hora de analizar como la indeterminación y la discrecionalidad incorporan elementos ideológicos en la práctica judicial.

1.8 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El problema de la discrecionalidad judicial radica tanto en su naturaleza como en sus consecuencias. *Kronman* avizorando este panorama y retomando las ideas de *Oliver Wendell Holmes* nos dice que:

“La idea de que en el proceso de adjudicación existe un elemento irreducible de libre creatividad, de libertad de interpretación, que se deja de lado, por decirlo de algún modo, luego de que se toma conciencia de todas las normas que pueden llegar a aplicarse en el caso en cuestión es hoy en día una idea tan familiar, tan obvia, que ha perdido todo el poder de asombrar o incomodar que originalmente tenía. A pesar de su obviedad, sin embargo, la caracterización que hace Holmes de la adjudicación como una

²⁴ STERLING, Juan Pablo. “Hacia una reivindicación de la hermenéutica: filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica”. 2010 En: *Revista Jurídica Digital*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, p. 339 y ss. Texto completo en: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=648&Itemid=116

especie de legislación dio origen a un problema que aún se encuentra en el centro de nuestras preocupaciones: el problema de cómo justificar la legitimidad de la adjudicación cuando se la concibe desde esta nueva perspectiva de Holmes.”²⁵

Partiremos de una posición realista (para ir a tono con el paradigma seleccionado) sobre el fenómeno de la discrecionalidad para posteriormente caracterizar su naturaleza y su eventual deseabilidad, al fin y al cabo son los realistas lo que denuncian la indeterminación del lenguaje jurídico y de ahí la necesaria reflexión sobre la discrecionalidad.²⁶ Desde esta perspectiva la discrecionalidad es un fenómeno sometido a las prácticas sociales y psicológicas de los miembros de una comunidad, en este caso los jueces, de ahí la importancia de reflexionar sobre ella:

“Cuando un juez decide un caso, lo hace no como un individuo aislado sino como miembro de una comunidad profesional que carga en sí misma una tradición intelectual y moral. Profundamente inmerso en esa tradición, el juez se ve a él mismo como habilitado a decir sólo ciertas cosas e inhabilitado a decir otras. La tradición de pensamiento en la que está situado el juez, y dentro de cuyo horizonte enfrenta su tarea, lo restringe en las decisiones discrecionales que realiza. La manera de erradicar “el mal” de la discrecionalidad, se sugirió, consiste simplemente en tener en cuenta el hecho obvio de que cuando los jueces deciden casos, lo hacen sujetos a las restricciones que surgen de un conjunto de impresiones comunes que comparten con los otros miembros de la comunidad interpretativa a la que pertenecen.”²⁷

Lo anterior se suma a la posición según la cual constantemente la idea de que el derecho positivo es capaz de proveer una respuesta concreta a los diversos casos

²⁵ KRONMAN, Anthony “El problema de la discrecionalidad judicial”. En: ACADEMIA, Revista sobre la enseñanza del derecho, año 5, N° 10, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires 2007, p. 96

²⁶ GARCÍA AMADO, Juan “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?” En: Revista Oficial del Poder Judicial del Perú, Año 2, N° 2, Lima, 2008 p. 285 y ss.

²⁷ KRONMAN, 2007, *Op. Cit.* p. 98

ha ido perdiendo adeptos, esta situación es palpable al analizar la fuerza de dichas teorías en la actualidad, son pocos los que aún sostienen que el sistema jurídico tiene respuestas para todas las situaciones fácticas sometidas a su consideración, y quienes lo hacen acuden siempre a teorías bastante cuestionables.

Los teóricos del Derecho paulatinamente han tomado consciencia de que la aplicación mecánica de las fuentes del derecho conlleva a la primacía de una lógica formal sobre realidades cambiantes y dinámicas; sumado a esto se encuentra el reconocimiento de la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos lo que prueba la vaguedad que expresa el Derecho²⁸.

Podría decirse que son tres los elementos que hacen de la discrecionalidad un fenómeno inevitable, como se ha dicho reiteradamente en el trabajo: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho. Las primeras se refieren a situaciones que no están contempladas en las normas (es decir, la ausencia de solución normativa para un caso), las segundas como aquellas contradicciones generadas por dos o más respuestas a un mismo caso, y la tercera la ambigüedad o indeterminación en las palabras utilizadas en las normas.

La discrecionalidad en términos generales puede ser entendida como un escenario de libertad y autonomía en la toma de decisiones, tal y como lo señala la profesora de la Universidad de Alicante *Isabel Linfante*: “[...] resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad es un cierto margen de

²⁸ HART, H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. *En*: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1983 p. 123-144

libertad en la toma de decisiones.”²⁹ Pero dicha definición general requiere algunas precisiones sobre la naturaleza y alcance de la discrecionalidad.

Respecto de la naturaleza de la discrecionalidad judicial la profesora española *Marisa Iglesias Vila*³⁰ plantea que ésta puede ser:

En primer lugar la discrecionalidad como *elección*, y dicha elección puede ser *elección debida*, es decir como aquel margen de autonomía en el que se encuentra el juez ante la indeterminación del lenguaje jurídico, en este caso se afirma comúnmente que los jueces gozan de una especie de actividad legislativa delegada.³¹ Puede hablarse también de la discrecionalidad entendida como una *elección no arbitraria* centrada en la idea de virtudes judiciales, y en este caso el juez ante la indeterminación no sólo debe decidir, sino que debe hacerlo de manera razonable y teniendo en cuenta valores para no generar situaciones indeseables en lo social, en palabras de *Hart*, ante la indeterminación del derecho:

*“El juez debe ejercer su poder de creación de Derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus propias creencias y valores.”*³²

Pero la discrecionalidad puede verse también como una elección entre *alternativas abiertas*. En este apartado se reconoce la existencia de la discrecionalidad con la característica de múltiples repuestas correctas por lo que la labor judicial estaría encaminada a escoger cuál de todas ellas es la más correcta o acertada. Esta

²⁹ LINFANTE, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad judicial”. En: DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 25, Alicante, Universidad de Alicante, 1989 p. 12

³⁰ IGLESIAS V., Marisa El problema de la discreción judicial, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 p. 24 y ss.

³¹ HART 1977, *Op. Cit.* p. 169

³² HART, H.L.A. “Postscript”, En: The Concept of Law (segunda edición), Oxford: Oxford Clarendon Press, 1994 p. 273

idea es cuestionada pues no se hace claridad respecto de qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar que una respuesta es mejor que otra desde el ámbito de lo moral (lo correcto).

En segundo lugar tenemos que la discrecionalidad puede ser entendida como un *poder delegado dirigido*. En este orden de ideas la discrecionalidad es una especie de potestad delegada y estaríamos en un escenario donde el legislativo faculta a los jueces para que en su actividad doten de contenido términos ambiguos ante la imposibilidad fáctica de hacerlo por parte de aquel.

Las anteriores reflexiones, aparte de ilustrar que el fenómeno de la discrecionalidad es inevitable, suponen al menos dos consideraciones que merecen ser expuestas: la primera es que deben buscarse herramientas hermenéuticas y argumentativas para afrontar el fenómeno; y la segunda que la discrecionalidad no es un problema en sí mismo y que parece ser mejor un escenario dentro del cual se puede ejercer de una manera más audaz y dinámica la práctica judicial al permitir exponer al juez de manera razonable y rigurosa sus argumentos frente a situaciones problemáticas, la discrecionalidad judicial es aquí algo deseable.

Si se reconoce que la aplicación mecánica del derecho genera problemas de realización de valores sociales no es descabellado reconocer el auge de teorías que resaltan la deseabilidad de la discrecionalidad para así dotar al poder judicial del poder de completar las insuficiencias legales, generar reflexión sobre su aplicación estricta y en varios casos absurda y salvaguardar los valores democráticos y morales de los ciudadanos. Si hablamos de discrecionalidad judicial, esta es resultante no sólo de la transmisión al lenguaje jurídico de un problema del lenguaje ordinario: la ambigüedad, sino también del hecho de que

los constituyentes y legisladores en alguna medida la han considerado *deseable*³³ al permitir que los jueces en sus providencias tengan ciertos criterios de discrecionalidad³⁴ pues intentar excluir toda incertidumbre, a cualquier precio, no es un acierto.

1.9 LA ARBITRARIEDAD JUDICIAL

La arbitrariedad es un eventual resultado indeseable producto de un mal ejercicio hermenéutico y argumentativo en escenarios de discrecionalidad, que sea esta nuestra partida. Por esta razón una adecuada y rigurosa actitud interpretativa y argumentativa es la solución preventiva para posibles casos de arbitrariedad.

El concepto de arbitrariedad puede ser entendido en la famosa fórmula de *Radburch* de “*injusticia extrema*”³⁵ (posteriormente utilizado por el conocido jurista alemán *Robert Alexy*) según la cual cualquier injusticia extrema no es derecho, esto significa que en términos de justificación a través de decisiones judiciales una injusticia jamás puede ser permitida a través de un discurso normativo. Desde luego debe existir un anclaje para la fórmula de *Radburch* y en este caso hablamos de los derechos humanos y su núcleo irreductible, dichos derechos humanos son eternos y universales lo que los convierte en una especie de límite de la razón práctica³⁶.

³³ HART, H.L.A. 1977, *Op. Cit.*, p. 160-162.

³⁴ Un ejemplo de esto es la Ley 1437 de 2011 (Código de procedimiento y contencioso administrativo) que dice en su artículo 44: “Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea **discrecional**, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” (negritas y subrayado con intención)

³⁵ RADBURCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962 p. 7-52

³⁶ ALEXY, Robert “Derecho y Moral”. En: La institucionalización de la Justicia, Granada: Comares, 2005 p. 73 y ss.

Alexy es un exponente de la idea según la cual la razón práctica es un límite a la discrecionalidad judicial, explicando, que todos los ordenamientos jurídicos en su historia y estructura muestran y buscan constantemente una pretensión de ser correctos o justos. Por una lado, y acudiendo a la ética del discurso de *Habermas* y *Appel*, plantea la necesidad de un discurso jurídico racional sustentando en la idea de ética, igualdad y dignidad de los participantes, por ello si alguien afirma algo y se niega a sostener lo que afirma (sin justificar esta negativa) es posible entonces replicarle: “no deberías afirmarlo”³⁷. Pero a su vez también se plantea la necesidad de una coherencia entre lo que se dice y lo que se hace (en el caso del juez: lo que se falla), de ahí que sería incorrecto, a través del discurso, justificar actos contrarios a la razón práctica (no importa cuán erróneo sea su juicio de conciencia), en este caso se retoma la conocida teoría del profesor australiano *John Finnis* que plantea unos bienes humanos básicos e irreductibles como evidencias pre-morales sujetas a la experiencia³⁸.

El profesor argentino *Juan Bautista Etcheverry* ofrece un ejemplo que puede ilustrar el anterior punto:

“Supóngase que accidentalmente y sin otorgar testamento muere un matrimonio joven, ambos hijos únicos y huérfanos de padre, quedando su hijo recién nacido huérfano de ambos progenitores. Imagínese que basándose en el “interés del menor” el juez debe dar la tutela a una de sus abuelas —salvo excepciones que no vendrían al caso—. Puede suceder que el juez, una vez contemplada la situación de cada una de las posibles tutoras y advirtiendo que resultan igualmente competentes —edad, estado de salud, domicilio, compromiso con el cuidado del menor, nivel socioeconómico, etc. — para ejercer la tutela del menor, no tenga más remedio que otorgársela a una de ellas sin más motivos para dicha elección que sus intuiciones. Este sería un caso en el que por más que el

³⁷ ALEXY Robert *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989 p. 133 ss. y 208 ss.

³⁸ FINNIS, John *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001p. 154-155.

operador jurídico encargado de aplicarlo se preocupe por conocer el rico significado de las expresiones con que se comunica el Derecho y por valorarlo teniendo en cuenta su finalidad, ello no le permitiría llegar a una única respuesta correcta y, por lo tanto, habrá de decidir discrecionalmente entre alternativas —en este caso sólo dos— igualmente correctas. Todo esto, claro está, no implica que el juez no deba fundamentar su decisión. En este caso la decisión se basará en lo idónea que es la abuela que eligió para ejercer como tutora, lo que no implica afirmar que dicha decisión se haya inclinado por la única posibilidad correcta.”³⁹

La Corte Constitucional en una conocida sentencia de unificación, y respecto del concepto de arbitrariedad, ha recogido varios elementos de la noción explicada líneas arriba en estos términos:

“La jurisprudencia ha reemplazado el concepto de vía de hecho por la doctrina de las “causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción”, por cuanto la Corte ha depurado el primer término que se refería al capricho y la arbitrariedad judicial, entendiendo ahora que “(...) no sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.” En definitiva, dicho avance jurisprudencial trajo como consecuencia el reemplazo del uso conceptual de la expresión vía de hecho por la doctrina de los requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.”⁴⁰

³⁹ ETCHEVERRY, Juan Bautista “Discrecionalidad judicial: estructura, naturaleza y límites”. *En*: Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, N° 14 Madrid, Tirant- lo Blanch, 2014 p. 148-171

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-915* de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

1.10 CONCLUSIONES PARCIALES

Como conclusiones parciales de este primer capítulo, y a modo de corolario, podemos establecer las siguientes:

- a) La indeterminación del lenguaje y por ende del lenguaje jurídico es un fenómeno que resulta ineludible. El Realismo Jurídico como paradigma lo enuncia en sus tesis centrales sosteniendo que el derecho presenta naturalmente indeterminación.
- b) Como consecuencia de la anterior tesis nos encontramos ante la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial, entendida a modo general, como la libertad en la toma de decisiones por parte de los jueces debido: lagunas, antinomias o normas de textura abierta.
- c) Ante la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial es necesario resaltar la importancia que toman la hermenéutica y la argumentación jurídica, toda vez que son estos escenarios donde se evalúa la efectividad y rigurosidad de las decisiones judiciales en el marco de la discrecionalidad.
- d) De igual manera, siendo inevitable la discrecionalidad es necesario repensar si puede tornarse deseable en la medida que ayuda a resolver los asuntos que el legislador no puede teniendo en cuenta el dinamismo social e incluso la delegación que las mismas normas hacen sobre la práctica judicial.
- e) La arbitrariedad judicial, definida en los términos de “*injusticia extrema*” de *Radburn* es el problema a evitar. Dicha arbitrariedad se genera cuando no se respetan los ideales democráticos y morales (públicos) que fundamentan un ordenamiento jurídico y que estarían representados en la actualidad por la noción de derechos humanos.

2. POLÍTICA CRIMINAL Y TIPOS PENALES EL BLANCO: UNA RELACIÓN PELIGROSA

En este segundo capítulo se pretende abordar, a partir de un escenario concreto: la criminología y derecho penal, las implicaciones de la discrecionalidad judicial y la eventual arbitrariedad bajo la premisa de que los tipos penales *abiertos* o *en blanco*, -como expresiones de la indeterminación del derecho-, pueden convertirse en instrumentos de política criminal en un Estado generando consecuencias poco deseables al atentar contra los ideales de legalidad, justificación razonable y dignidad humana entre otros.

2.1 LA NOCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

La concepción moderna del derecho penal requiere una construcción sistemática, esto significa que en la elaboración de los contenidos y principios que lo orientan es indispensable contar con todos aquellos elementos que aseguren una inclusión de los diferentes aspectos sociales (ideología, política, economía, etc.). En este sentido el derecho⁴¹ y también el derecho penal deben cumplir una función *finalista* que apunta hacia las consecuencias; de ahí que es importante partir de esta visión para compararla con el paradigma escogido en este trabajo: realismo jurídico. En palabras del profesor de la Universidad de Valencia *Emiliano Borja Jiménez*, sobre la estructura del Derecho penal descrita tenemos que:

⁴¹ En este apartado es importante la teoría de *Rudolph Von Ihering*: “Obrar y obrar con un fin son términos equivalentes. Un acto sin fin alguno no puede existir, lo mismo que no puede existir un efecto sin causa. El fin es el creador de todo derecho, no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es a un motivo práctico.” VON IHERING, Rudolph El fin del derecho, Buenos Aires: Heliastra, 1978 p. 12-13

“La creación de cada una de sus instituciones, principios y conceptos, no contempla exclusivamente la ley penal de la que deriva, sino también su aptitud funcional para resolver problemas de la existencia humana. A esta forma de concebir la metodología en la ciencia jurídico-punitiva se le ha denominado Derecho Penal orientado a las consecuencias, y coincide con las conocidas tesis del funcionalismo, que atiende a los fines de la pena como criterio rector de interpretación y sistematización de los preceptos y categorías de la ciencia penal.”⁴²

Esta visión defendida por el reconocido profesor alemán *Claus Roxin* se enfrenta a la dogmática penal que poseía un carácter hermético y poco dinámico. Hoy en día se plantea una visión de las políticas penales y punitivas acorde un Estado garantista de los derechos fundamentales y respetuoso de los derechos humanos, siendo éstos los límites a sus actuaciones, lo que supone que una eventual política criminal debe centrarse en el sometimiento de los poderes públicos a principios y valores a la hora de enfrentar al individuo al poder estatal:

“De esta forma, esos poderes públicos intentaban a través de una determinada política criminal auspiciar al máximo la seguridad ciudadana, y el Derecho penal pretendería limitar esa actividad del Estado para respetar los derechos de los individuos sospechosos, acusados o condenados en relación con la perpetración de un delito.”⁴³

Lo anterior lleva a concluir, en primera instancia, que la política criminal no es igual a la dogmática penal, de ahí que suele tratarse a la primera como un área aislada de la segunda. Aunque *Roxin* no hace menciones exactas a qué entiende él por política criminal, sí es claro que su obra es fundamental para el propósito de este trabajo en tanto enlaza la necesidad de una interpretación y adecuación del derecho penal a factores sociales deseables.

⁴² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Sobre política criminal, una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”. **En:** Anuario de Derecho Penal, Madrid: Gobierno de España, 2003 p. 113

⁴³ *Ídem*, p. 114

“Y, sin embargo, si uno analiza los trabajos fundamentales de la obra de Roxin (no me he atrevido con un análisis exhaustivo de toda ella), en muy raras ocasiones va a encontrar la respuesta a la siguiente cuestión: ¿Qué quiere decir exactamente Claus Roxin cuando hace referencia a la Política Criminal?”⁴⁴

Hecha esta primera explicación sobre el sentido de lo que se entiende -para el objeto de este trabajo- por política criminal, pasemos a buscar una definición más precisa que se adecue a tal propósito.

En primer lugar es necesario, para encontrar una adecuada noción de política criminal (de acuerdo con el marco identificado anteriormente), realizar una contextualización previa acerca del escenario ideológico y jurídico que supone la política criminal en Colombia, particularmente desde la Constitución Política de 1991. Así las cosas tenemos como característica palpable que la elaboración de una política criminal parece estar más ligada al ámbito académico que práctico. Esto es: la elaboración de la política criminal está mediada principalmente por discursos teóricos sobre las funciones de la pena y las instituciones punitivas dejando en segundo plano su verdadero impacto social y las evidencias de su aplicación, al respecto. Es una especie de política criminal teórica sin mayor coherencia empírica, *Prieto Sanchís* (sobre el caso puntual de España) dice:

“Con lo expresado se rompe la tradicional concepción aún vigente en nuestro país, mediante la cual las cuestiones de orden político criminal solo son abordadas como un objetivo académico y no práctico. Al efecto Prieto Sanchís ha observado, que: una renovada fe iusnaturalista estaría en la base de nuestro nuevo modelo de Constitución y de justicia constitucional, no ya como semilla ideológica o programa de política jurídica, sino como una realidad

⁴⁴ *Ídem*, p. 118

operativa y actuante en el seno del propio derecho positivo, y de necesaria consideración para la plena comprensión del mismo.”⁴⁵

Una visión realista de la noción de política criminal parece estar surgiendo. Pues tal y como el realismo jurídico reacciona ante una dogmática fuerte y tradicional, una nueva concepción de política criminal, alejada de meras elaboraciones teóricas, parece abrirse campo, he aquí un primer punto de coincidencia: la necesidad de romper con la elaboración teórica para analizar en la práctica las consecuencias de determinadas políticas.

Hay que indicar también que la política criminal es un desarrollo de una política general, y que por lo tanto debe estar embebida de aquellos principios que sustentan al Estado. Por lo anterior puede afirmarse que mediante una política criminal se debe buscar, al menos, potenciar la realización de ciertas conductas y de inhibir la producción de otras, a la luz de unos principios y fines del Estado, adaptar la conducta a la Constitución y sus fines, que en nuestro caso se expresan en el artículo 2º de la Carta Política de esta manera:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid: Trotta, 2003 p. 21

En este sentido la noción de política criminal debe ser integral ya que se convierte en la justificación (formal y material) que el poder estatal adopta en cuanto al programa jurídico penal elaborado por el Estado, además condiciona la materialización de aquel por medio de la regulación e institucionalización de aspectos procedimentales (reforma al procedimiento penal), sustantivos (reforma al Código Penal), y aspectos humanitarios relacionados con la dignidad humana. Lo anterior a través de la formulación de *políticas públicas*. Por esto, una débil política criminal, que no atienda a los factores que fomentan la realización de las conductas delictivas, y que por el contrario sólo se centre en una dogmática formalista que se limita a satisfacer presupuestos teóricos y lingüísticos, no puede ser considerada como útil. De esta política criminal dogmática es que se debe alejar el Estado Social de Derecho.

Debe asumirse entonces que la política criminal es en un sentido amplio una *política pública*, esto es, una actividad, enfocada en definir y diseñar cómo deberá ser intervención del Estado frente a problemáticas sociales concretas (en este caso el delito), orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, para procurar una convivencia pacífica. En palabras de *Raúl Velásquez Gavilanes*:

“Política pública es un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener.”⁴⁶

Para continuar con el proceso definitorio de política criminal, es necesario indicar también que -para los fines del trabajo y los fines de lograr una adecuación de la

⁴⁶ VELÁSQUEZ GAVILANES, Raúl “Hacia una nueva definición del concepto de política pública”. En: Revista DESAFÍOS, N° 20, Semestre I, Bogotá: Universidad del Rosario. 2009, p. 156

política criminal a las demás estrategias del Estado- es indispensable establecer que a ésta no se la puede considerar como un elemento separado del derecho penal y la política en general, sino por el contrario está ligada al nivel de incidencia y de correspondencia que con las demás políticas públicas (económicas, tecnológicas, educativas, ambientales, etc.) tenga, especialmente con las del orden social. Hablar de una política criminal como área autónoma es un error protuberante además de que, metodológicamente hablando, genera visiones erradas y posiciones cuestionables frente a la esencia del derecho penal.

Ya para ir clausurando el concepto de política criminal vale la pena indicar que en materia legislativa Colombiana hay una aproximación al concepto y función de la política criminal; donde podemos apreciarlo en la Ley 65 de 1993, el decreto 1069 de 2015 ; adicionalmente también vale la pena destacar en este caso el decreto 2055 del 2014, donde se maneja su concepto y función, el cual nos dice: “ La política criminal es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesarias adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.”

Para finalizar con la elaboración de la definición de política criminal, que se ha ido decantando de una forma deductiva partiendo de elementos generales, analicemos una noción más precisa y estructurada que presenta la Corte Constitucional:

“La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación

concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.”⁴⁷

Tenemos entonces como elementos de la noción de política criminal:

- a) Es una política pública encaminada hacia unos fines bajo la guía de determinados principios y valores.
- b) Es un conjunto de acciones y abstenciones por parte del Estado ante un problema social, en este caso, el delito y su castigo.
- c) Tienen un impacto social palpable y están en comunicación con otras políticas públicas (económica, ambiental, educativa, etc.).
- d) Se manifiestan a través de la legislación.
- e) Recae sobre las conductas humanas.
- f) Una vez desarrollada en una norma, la política criminal se independiza de la decisión política pero conserva la finalidad del redactor.

2.2 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL, UNA PRIMERA APROXIMACIÓN: LA VAGUEDAD DEL LENGUAJE Y LA TIPICIDAD

Centrémonos en la parte final del extracto jurisprudencial enunciado párrafos arriba que sostiene: *“la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”⁴⁸*. La pregunta parece ser obvia: ¿No termina siendo la política criminal un ejercicio de hermenéutica teleológica?

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-936 de 2010*, MP: Luís Ernesto Vargas Silva

⁴⁸ Ídem

La respuesta a esta cuestión es afirmativa, más si se tiene en cuenta la necesidad, ilustrada anteriormente, de abandonar una política criminal dogmática que se sirve de la literalidad o exégesis. He aquí un punto interesante y central del trabajo, que ha surgido del camino que hasta ahora se ha recorrido: Si es la política criminal un elemento en últimas dependiente de la teleología, es también un elemento deseable y delegado por el legislador a la función judicial, tal y como lo es la discrecionalidad. Parece ser que el legislador ha dejado una ventana para que sea el juez el que determine los contenidos normativos en materia penal.

Lo anterior puede fundamentarse en las siguientes razones:

- a) El reconocimiento de que existen situaciones que no pueden ser cubiertas por un análisis que recurra solo a la literalidad de la norma ya que análisis de este tipo atentarían contra los presupuestos axiológicos del Estado no en pocos casos. La idea de la escuela de la libre investigación científica, con *Gény* como su máximo representante, plantea que La ley escrita no nos proporciona “*todas las soluciones que requiere la práctica, y puesto que la lógica del derecho (...) es impotente para darnos la clave de los problemas de la vida social*”⁴⁹, al parecer esta idea es un imperativo aquí.
- b) La necesidad de acompasar una realidad social que -gracias a los avances del conocimiento y la tecnología- parece ir más rápido que las normas jurídicas, por lo que el juez tiene que convertirse en el regulador de una dinámica social inevitable.

“La ley incorpora una gran variedad de reglas, muchas de ellas ambiguas. Ellas se refieren a actores y organizaciones que van en distintos rangos, desde la Suprema Corte de Justicia hasta simples inspectores locales de construcciones. Cada uno opera con

⁴⁹ GENY, François. Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique, Paris: L.G.D.J, 1964 p. 207

diferentes propósitos con una vasta variedad de material y de recursos simbólicos. La ley también incluye una serie de procesos institucionalizados que van desde prácticas de juzgados hasta modelos racionales de estructuración de las prácticas forenses y recursos de argumentación retórica abstracta. Entonces no es extraño que muchas veces la ley aparezca ante nosotros de manera contradictoria.”⁵⁰

- c) La ineficacia de modelos tradicionales sustentados en una exégesis rigurosa y un modelo de argumentación silogístico en aras de garantizar el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal. El fracaso de dichos modelos se dio en la medida en que, buscando la seguridad jurídica y el respeto por la libertad individual, se generó un modelo de tipicidad estricto y sometido a la literalidad de los verbos rectores; famosa es la posición de *Cesare Beccaria* según la cual debía restringirse al máximo la interpretación que no fuera textual, y más aún en el derecho penal por su especial carácter. La posición de *Beccaria* es de total escepticismo y pesimismo frente a la interpretación que no provenga del legislador y que en materia penal no privilegie el texto normativo expedido por aquel, el temor a la interpretación judicial es latente:

“Vemos así que la suerte de un ciudadano cambia con frecuencia al pasar por distintos tribunales, y ser las vidas de los miserables víctima de falsos raciocinios o del actual fermento de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones que le mueve la mente. Vemos pues los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones.”⁵¹

⁵⁰ STAVROS, NIKOS, citado En: EWICK, Patricia & SILBEY, Susan. The Common Place of Law: stories from everyday life. Chicago IL, The University of Chicago Press, 1998 p. 75-88.

⁵¹ BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas, Madrid: Universidad Carlos III 2015 p. 23

De esta manera, y en aras de un derecho penal objetivo, científico e infalible, cualquier interpretación no literal estaba proscrita. Desde luego tal modelo históricamente ha quedado comprometido y pocos son sus defensores en la actualidad.

En este último literal es necesario profundizar sobre el tema de la tipicidad y como dicho concepto permite entender el cambio de paradigma que se propone.

En primer lugar usemos la conocida la posición del profesor alemán *Karl Larenz* en torno a la ineficacia del modelo de subsunción legal o silogismo judicial. Larenz plantea la necesidad de abandonar las deducciones lógico-formales propias de los silogismos para justificar decisiones judiciales (esto útil solamente ante los denominados “*casos fáciles*”), esto debido a que no todo razonamiento lógico de forma silogística supone un discurso aceptable en lo jurídico, no todo lo lógico es correcto o justo podría ser la premisa para este caso. La eliminación de factores sociales es inevitable y esto no puede ser resuelto de forma satisfactoria con simples elucubraciones lógico-formales sometidas a estrictas reglas de validez formal (si así fuera todo el “derecho” Nazi debía ser rotulado como derecho pues formalmente su estructura y aplicación obedecía a una lógica silogística). *Manuel Atienza*, sobre *Larenz*, dice:

“Karl Larenz critica a la jurisprudencia de intereses por la utilización de un concepto tan ambiguo como “El interés”. Este puede entenderse como factor creador de las leyes o como juicio de valor contenido en las normas jurídicas. Y también por utilizar un modelo de interpretación y aplicación del derecho que puede producir una merma de seguridad jurídica. Pero lo que más importa aquí es darse cuenta del carácter fuertemente pragmático de esta dirección jurisprudencial: su objetivo no es tanto el de alcanzar el conocimiento del derecho como contribuir a una realización adecuada del mismo.”⁵² (Negritas y subrayado con intención)

⁵² ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho, Barcelona: Barcanova S.A., 1989 p. 210

Con lo anterior tenemos que la tipicidad ha dejado de ser un elemento que brinda seguridad jurídica y un carácter de precisión e infalibilidad en el derecho penal si seguimos aferrados a un modelo de deducción silogística que se centra más en la estructura que en el contenido normativo, esto es, pretender que la eficacia de una norma dependa directamente de su estructura lógica antes que del significado o intención de sus términos es un error al menos por dos razones: la primera porque en los razonamientos existen juicios o proposiciones, y a su vez éstos están compuestos de términos, que como ya se ha visto son en muchas ocasiones ambiguos; y en segundo lugar porque la vaguedad o indeterminación de dichos términos generalmente suele llenarse con una ideología normativa en los términos descritos por el realismo jurídico lo que los convierte a los tipos penales en meros receptores de una determinada ideología.

Sumado a lo anterior, tenemos que los razonamientos deductivos de carácter silogístico son tautológicos, pues la conclusión (por lo general una proposición verdadera), nada agrega a la verdad de las premisas que la sustentan, “*siendo las premisas y la conclusión componentes de conexión simples*”⁵³. Llevada esta crítica al terreno judicial, el procedimiento de subsunción del caso concreto en la norma general es una consecuencia necesaria y evidente que sólo se estructura a partir de una validez formal pero que no se centra en el contenido de términos que en ocasiones son indeterminados o corresponden a desarrollo de principios constitucionales, lo que hace inviable una justificación por medio del silogismo. Es necesario entonces concebir la aplicación del derecho como una práctica social compleja (tesis contemplada por el realismo jurídico); replanteando el papel de la hermenéutica y la argumentación jurídica en tanto dejar de ver a la jurisdicción en términos legalistas o formalistas; entender la validez del derecho en términos

⁵³ MEISEL LANNER, Roberto. “El silogismo jurídico y la jurisprudencia constitucional”. En: Revista Justicia, N° 11, Cúcuta: Universidad Simón Bolívar, 2006 p. 88.

sustantivos, y desde luego subrayar la necesidad de justificar racionalmente las decisiones.⁵⁴

Para finalizar, aún debe hacerse una distinción importante en aras de analizar de una manera más profunda el problema actual de la tipicidad frente a la indeterminación del lenguaje jurídico: el derecho utiliza un *lenguaje no natural*. Veamos.

Si asumimos que el derecho es un elemento que posee lo que *Paul Grice*⁵⁵ denominó un *significado en sentido no natural* (o de manera abreviada, siguiendo el texto del profesor Diego Eduardo López Medina, “*significado nn*”⁵⁶). Este significado nn puede obedecer a una representación, por ejemplo, sería extraño sostener que “La luz verde permite el paso”, las comillas permiten identificar que estamos frente a un *significado nn*, pues en un estado natural de cosas una luz verde sería simplemente eso, una luz verde quizás producida por un efecto óptico. Sólo en el campo de las normas y el derecho ese enunciado tendría un significado diferente, no natural: cuando se maneja un automóvil la luz verde en el semáforo me autoriza a pasar, el mismo López Medina nos aclara:

“En significados naturales o casos fácticos, el emisor está comprometido con el hecho de que lo que está diciendo corresponde verdaderamente con un cierto estado de cosas; mientras tanto, en casos no-fácticos, el hablante no asume ese compromiso. En segundo lugar, los significados no naturales pueden ser fácilmente puestos en comillas, mientras que aquello resultaría extraño con los casos fácticos. (...) Esta distinción entre significado natural y no-

⁵⁴ ATIENZA, Manuel “El Derecho como argumentación”. En: *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005 p. 71-73.

⁵⁵ GRICE, Paul. “Logic and Conversation”. En: *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Ed. by Peter Cole and Jerry L. Morgan, New York, Academic Press, 1975 p. 41-58

⁵⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego *La letra y el espíritu de la Ley*, Bogotá: Temis-Uniandes, 2008 p. 46

natural se asemeja a otra que es usada comúnmente para distinguir entre signos “naturales” y “convencionales.”⁵⁷

Visto esto, tenemos un importante elemento de análisis: la tipicidad no debería obedecer siempre a una definición exacta como la que se encontraría en un diccionario, pues al tener un *significado nn* estaría condicionado por lo que socialmente signifique para una comunidad dicha expresión o término. La intención es fundamental aquí entonces y muestra que la tan deseada exactitud en la tipicidad es ilusoria. En palabras de *Sterling*:

“La intención aparece aquí entonces como un elemento fundamental para atribuir significado a expresiones del “lenguaje jurídico”. Para evadir la rigidez de ese “aguijón semántico” ilustrado por Dworkin (y este es un bello ejemplo de lenguaje nn), el derecho y la interpretación, solapadamente en algunos casos y bajo las órdenes de funcionarios y operadores jurídicos, acude a la intención como excepción a aquello que es claro pero no se debe reconocer: la inevitabilidad de la interpretación más allá del texto. Si bien es cierto la intención no es una palabra prohibida en el análisis de normas, ésta sólo es enunciada pero poco o nada se reflexiona acerca de ella: ¿son consecuencias son políticas? ¿Es una evasión estratégica a textos incómodos?”⁵⁸

Y *Joseph Raz* parece seguir la misma idea:

“La relevancia de la intención legislativa para la interpretación jurídica se ha convertido en una cuestión de debate político. Tal vez esté bien que así sea. No hay duda que el papel que los tribunales asignan a la intención legislativa en la interpretación jurídica tiene consecuencias políticas significativas. Se puede argumentar que esas consecuencias afectan al papel que se otorga a la intención en la interpretación. Es decir, las cuestiones acerca de si la intención

⁵⁷ *Ídem*

⁵⁸ STERLING, Juan P. “Reflexión sobre derecho y lenguaje”. En: Revista DIXI N° 12, Bucaramanga, Universidad Cooperativa de Colombia, 2010 p. 165-177

debe o no jugar algún papel en la interpretación jurídica y, si debe jugar alguno, cuál deba ser éste, son cuestiones que deben ser parcialmente determinadas a la luz de las consecuencias políticas de tales decisiones."⁵⁹

La tipicidad entonces, entendida como aquel despliegue del principio de legalidad según el cual no puede existir un delito sin que previamente éste se encuentre descrito en una norma legalmente expedida, y que además comporta una dimensión lingüística marcada por la claridad, comprensibilidad y precisión de la descripción de determinada conducta humana, queda en entredicho ante lo expuesto, debido a que estamos frente a una "*Descripción abstracta, clara, precisa y comprensible de la conducta humana realizada por el cuerpo legislativo del Estado, como primer elemento del hecho punible*"⁶⁰ que ya no resulta clara, precisa y comprensible ante la aparición de la intención como mecanismo disipador de la inevitable discrecionalidad. Procederemos ahora analizar los denominados tipos penales *abiertos* o *en blanco* como expresiones de la problemática descrita anteriormente

2.3 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL, UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN: TIPOS PENALES ABIERTOS (TPA).

Es conocido por los estudiosos del derecho penal que es en Alemania donde se han desarrollado los cuatro grandes sistemas de análisis de la teoría del delito que se emplean en todos aquellos países que, como Colombia, tienen un sistema jurídico de tradición romano-canónica-germánica. Estos son: 1) sistema clásico; 2) sistema neoclásico; 3) sistema finalista, y 4) sistema funcionalista. El punto de

⁵⁹ RAZ, Joseph. "La intención en la interpretación". En: Revista DOXA, N° 20, Alicante, Universidad de Alicante, 1997 P. 199

⁶⁰ NAVAS CORONA, Alejandro. *Tipicidad y derecho penal*, Bucaramanga: SIC, 2003 p. 20

coincidencia entre los cuatro sistemas penales radica en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable.

En este caso se tiene un presupuesto esencial y es sobre lo que recae la acción punitiva estatal: la conducta (la obra de un ser humano que modifica la realidad y a la cual se le puede imputar –atribuir- una responsabilidad), y además tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Cualquier abogado competente sabe también que sólo cuando se ha constatado la existencia del presupuesto y las tres características mencionadas podemos sostener la existencia de un delito para así atribuir responsabilidad.

Centrándonos en la tipicidad, vemos, *grosso modo*, se en ella realiza un juicio de adecuación del hecho al tipo, este juicio es de carácter lingüístico ya que supone el análisis de los términos, proposiciones y razonamientos del enunciado normativo para adecuarlos posteriormente a la ocurrencia de una conducta que ha lesionado un bien jurídico. En este sentido, el tipo se puede concebir como la descripción normativa de la conducta prohibida prevista en uno a varios artículos de las leyes penales. Analicemos, antes de proseguir hacia los Tipos Penales Abiertos (en adelante TPA), la evolución del concepto de tipo penal a partir de las cuatro escuelas mencionadas.

En el sistema clásico (causalista) *Ernst Beling*⁶¹ estableció una especie de categoría intermedia entre la conducta y la antijuridicidad: *tatbestand* (supuesto de hecho), y que generalmente la doctrina suele denominar “tipo penal”, el cual conforma la categoría denominada tipicidad. Su característica esencial era la de ser a-valorativo y neutro “*objetivo y libre de valor (no valorativo)*”⁶², de ahí que los elementos que conformaron la tipicidad fueron puramente objetivos o descriptivos (comprobables por los sentidos y por evidencias científicas).

⁶¹ BELING, E. El rector de los tipos de delito, Madrid: Reus. 1936

⁶² ROXIN, Claus. Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid: Civitas, 1997 p. 279.

En el sistema neo-clásico (causalista-valorativo), se requiere verificar tanto los elementos objetivos del tipo (modelo causalista) como los elementos normativos y subjetivos específicos cuando el tipo así los requiere. La novedad que trae este modelo consiste en que bajo su teoría se requiere no sólo en análisis objetivo y estricto del tipo (como la verificación de la muerte de una persona) sino que también se requiere analizar ciertos elementos que están más allá de la conducta y están relacionados con la historia colectiva y la cultura y que hacen parte de la norma (como por ejemplo en análisis que requiere determinar si vender pornografía en determinado lugar atenta contra el concepto de “moral pública”). De esta manera, a los elementos objetivos del tipo se sumaron los elementos normativos (los cuales pueden ser jurídicos o culturales).⁶³

Por su parte, el modelo finalista la tipicidad implicaba una coexistencia de un tipo objetivo y otro subjetivo. En palabras del profesor alemán *Hans Welzel*:

*“El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho [...] El fundamento real de todo delito es la objetivación de la conducta en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito.”*⁶⁴

Su mayor aporte fue la inclusión del tipo subjetivo compuesto por el dolo o la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo. El modelo finalista de acción siguió los lineamientos del tipo objetivo (conformado por elementos objetivos y normativos culturales y jurídicos) establecidos en el sistema neoclásico, y sumó la inclusión del tipo subjetivo dentro del cual incluyó al dolo, la culpa y los elementos subjetivos específicos requeridos por el tipo.

⁶³ *Ídem*, p. 281

⁶⁴ WELZEL, Hans Derecho penal alemán (parte general), 4ª Ed, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997 p. 75

Podemos decir entonces respecto de los tipos penales y su evolución, que éstos deben tener elementos suficientes para determinar cuál es la conducta que se encuentra prohibida u ordenada, para así dar cumplimiento al principio de legalidad. Pero debe reconocerse que en el proceso de construcción normativa es imposible imprimir absolutamente todos los elementos para interpretar su mandato, pues como se vio líneas arriba, la evolución de la tipicidad supone la existencia no sólo de elementos del tipo objetivo sino también elementos valorativos denominados normativos. Esto es importante, pues aunque aquí hablamos de cierta discrecionalidad, no estamos ante TPA, debido a que hay indicaciones contenidas en normas o principios que orientan su interpretación.

Respecto de la efectiva existencia de TPA *Hans Jescheck*⁶⁵ señala que son ellos los portadores de elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuridicidad de la conducta, es decir su análisis sería sólo lingüístico y formal; por su parte *Roxin*⁶⁶ establece que los TPA contradicen la teoría del valor y la esencia de la prohibición del tipo, pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable (son ambiguos). Podemos plantear entonces que como un requisito de la existencia de TPA se tiene que su contenido sea llenado por otras normas de diversas características e insertas en fuentes legislativas diferentes al mismo código penal por ejemplo (siguiendo lo dicho hasta ahora las normas que presentan elementos normativos no corresponden a normas en blanco pues no atentan contra la legalidad).

La Corte Constitucional ha señalado un concepto de TPA que es el siguiente:

“Esta Corporación ha definido un tipo penal en blanco como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos

⁶⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal, Parte general, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1981 p. 336.

⁶⁶ ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal, De palma, Buenos Aires. 1979 p. 135.

penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues “... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el “tipo penal”, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia”. En todo caso, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Según se señaló en la sentencia C-605 de 2006, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales: En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, la norma a la cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal. En tercer término la norma de complemento debe ser de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales. Una segunda cuestión son los doctrinalmente denominados tipos penales abiertos. La Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto

y ha sostenido: "La dogmática tradicional ha considerado que el tipo penal debe contener en sí mismo todos los elementos que lo determinan y que lo hacen diferente a otros tipos penales que pueden llegar a ser parecidos. Así lo fundamentan en los artículos 28 y 6º de la Constitución, reiterados por el artículo 3º del Código Penal que establece: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca". "Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria. "No obstante este principio general, el propio Código Penal ha consagrado tipos penales abiertos en los que no existe total precisión de las circunstancias en que la conducta debe realizarse."⁶⁷

De la anterior definición podemos extraer las siguientes consideraciones sobre la existencia y características de los TPA:

- a) Son expresiones de indeterminación en el derecho que están desarrollados por fuera de la normatividad del sistema penal.
- b) Los TPA están reconocidos por la Constitución Política y son una muestra de la incapacidad práctica por parte del legislador de abordar temas específicos y de evolución rápida.
- c) La remisión normativa en los TPA debe permitir al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente, es decir requiere una práctica interpretativa puntual (teleología/analogía).

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-121 de 2012*, MP: Luís Ernesto Vargas Silva

Los tipos penales abiertos requieren además una especie de necesidad de completitud, entendida como aquellas acciones que debe realizar el juez para completar aquello que no está expresamente indicado en la norma. Un ejemplo de lo anterior es el caso *Mohamed vs. Argentina*⁶⁸ del 23 de noviembre de 2012, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó que: "*La Corte hace notar que tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad*".

Los TPA no atentan contra el principio de legalidad según la doctrina mayoritaria, pero esto no desdibuja el escenario planteado a lo largo del trabajo, ya que no cabe duda de que éstos representan conceptos que están sometidos a prácticas interpretativas subjetivas, que si bien es cierto han tratado de limitarse por la misma ley penal continúan representando problemas para la seguridad jurídica. El simple reconocimiento de que su existencia es parte del sistema jurídico y de que la normatividad penal o extra-penal colabora en su integración y dotación de significado no oculta el hecho de que son el reflejo de lo que la Corte denominó una "*incapacidad práctica*" de la ley penal para prever una realidad cambiante y asuntos altamente específicos, que es un asunto de lenguaje y que para su solución se requiere una práctica interpretativa por fuera del formalismo tradicional. Puede considerarse esto como un triunfo de las posiciones realistas: su existencia es una prueba más de los intentos por controlar la inevitable discrecionalidad.

⁶⁸ En dicha sentencia se ha precisado: "El artículo 84 del Código Penal argentino, además de referirse a la imprudencia y negligencia, agrega que podría tratarse de impericia o de la inobservancia de reglamentos o deberes a cargo, conductas que esta Corte entiende están comprendidas también en los conceptos generales de imprudencia y negligencia. El Tribunal considera que, al contrario de lo sostenido por los representantes para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito el juzgador **no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal como lo sería el reglamento de tránsito automotor**. Cabe destacar que el perito Julio B. J. Maier manifestó en la audiencia pública que aun tratándose de actividades regladas **es posible definir la imprudencia o negligencia utilizando fuentes distintas de los reglamentos, pero el fallo debe exponer claramente en qué funda la imprudencia o negligencia y cuál es el hecho del cual surge esa imprudencia o negligencia**." (negritas y subrayado con intención)

Ante este panorama vale la pena preguntarnos si la existencia de TPA puede ser utilizada como un ejercicio de política criminal por parte del Estado, incluso ir más allá: no sólo los TPA sirven para este propósito, cualquier tipo penal, a partir de la inevitable discrecionalidad, puede ser instrumentalizado para implantar una determinada política criminal. En el siguiente apartado se analizará la respuesta a este interrogante.

2.4 HERMENÉUTICA JURÍDICA Y POLÍTICA CRIMINAL: LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Primero es necesario partir de la premisa según la cual tanto los tipos penales regulares como los TPA pueden ser potencialmente vagos, esto es, pueden ser interpretados pese a su aparente claridad debido a que siempre van presentar una indeterminación, ahora bien, en ocasiones dicha vaguedad existe pero es de carácter periférico pues si bien la indeterminación del lenguaje está presente, ésta no es lo suficientemente fuerte para afectar y ocultar el núcleo de la disposición normativa (en este caso se trata de la conducta que la norma sanciona o algún otro elemento determinante para su entendimiento); por ejemplo: se tiene una norma que expresa: “*Se prohíben los animales en el bus*” ante dicha situación resulta absurdo preguntarse si la norma analizada se aplica a la conducta de un invidente que sube al bus con su perro guía, es claro que el perro encajaría dentro de la categoría de “animal” por lo que debería prohibirse el acceso de la persona al bus, pero en este caso hablamos de vaguedad debido a que se presenta una excepción, muy a pesar de que la norma es aparentemente “clara”; la expresión “animal” es vaga en tanto no establece que tipos de animales deben prohibirse, pero si ésta se analiza de forma literal y sin excepciones se obtendrían resultados absurdos como el observado. Por esta razón hablamos de una *vaguedad periférica*, porque la intención de la norma: garantizar la seguridad de los pasajeros así como un ambiente limpio no se ve alterada con la presencia de un perro guía (o un cachorro por ejemplo), es decir, el núcleo de la norma, su fin o esencia nunca se desvanece pese a que la palabra “animal” resulte vaga. Caso

similar ocurriría si por ejemplo se tiene una norma que dice: “*Se prohíbe la circulación de vehículos en el parque so pena de multa*” y un agente autorizado, multa a una madre que pasea a su bebé en un coche, la respuesta-sanción que a todas luces es absurda (pues para el agente un coche entra en la categoría de vehículo) absurda es producto de la vaguedad periférica.

Esta posición es cuestionada por el profesor *Diego López Medina* al considerar que el textualismo es un claro abuso hermenéutico, y, que como producto de la inevitable vaguedad o discrecionalidad, ninguna vaguedad periférica debe ser siquiera tenida en cuenta por los jueces pues ésta es resultado muchas veces de tomarse en serio esta vaguedad:

*“El textualismo. Como método, no sólo hace honor al texto de la ley, sino que con frecuencia inusitada sirve para cometer abusos hermenéuticos que la comunidad de hablantes no comprende. El textualismo, paradójicamente, busca el lenguaje natural y obvio de las palabras, pero, al mismo tiempo, crea una hermenéutica jurídica de excepción que los hablantes corrientes no comparten.”*⁶⁹

Las consecuencias absurdas del textualismo como práctica hermenéutica son un primer elemento de lo que una descuidada forma de razonamiento judicial puede generar. Ahora miremos esta situación a la luz del derecho penal y la tipicidad.

Existe un concepto denominado *excepcionalidad gramatical*⁷⁰, de acuerdo con éste los textos legales caracterizan por estar contruidos y redactados por una serie de oraciones largas y complejas para los estándares del hablante corriente, en pocas palabras, el derecho se encarga de tomar expresiones del lenguaje común y extenderlas hasta el punto de hacerlas incomprensibles para los ciudadanos comunes. Ahora bien, esta característica toma “*ribetes aún más*

⁶⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego. 2008, *Op. Cit.*, p. 129

⁷⁰ *Ídem*, p. 75

*dramáticos si se considera la redacción típica*⁷¹ ya que por alguna razón en las normas penales la descripción de una conducta debe encajar en una sola oración sin importar la cantidad asombrosa de verbos que se utilicen. La complejidad gramatical es notoria entonces pues mientras en la dogmática penal esta situación es perfectamente viable y justificable, no lo es así dentro de una correcta semántica. Miremos estos dos ejemplos de nuestro código penal:

“Artículo 376. 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.”

“Artículo 323. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷¹ *Ídem*, p. 76

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada. El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional. El aumento de pena previsto en el inciso anterior, también se aplicará cuando se introdujeran mercancías de contrabando al territorio nacional.”

Nótese la complejidad gramatical de la redacción. Y al menos se pueden detectar los siguientes aspectos gramaticales⁷²:

- a) Pese a que lo ideal es relacionar una sola conducta en una sola oración, se utilizan numerosos verbos rectores los cuales se relacionan con una sola sanción, lo que podría terminar equiparando, por ejemplo, a un simple poseedor con un expendedor o un traficante. ¿Es entonces el poseedor un narcotraficante? Según esta gramática compleja sí.
- b) La aglomeración de verbos y la mezcla de elementos normativos hacen necesaria una o más cláusulas subordinadas o aclaratorias (por ejemplo acotaciones sobre qué se entiende por sustancia estupefaciente o psicotrópica), de nuevo: ¡todo ello dentro de una sola oración!
- c) La exagerada cantidad de verbos generan que el sujeto de la oración esté alejado del verbo inicial, pues entre éste y el último puede desdibujarse la coherencia entre verbo y conducta.

⁷² *Ídem*, p. 78

d) La utilización de palabras sinónimas o cuasi sinónimas es algo observable y problemático también (¿qué diferencia “transportar” de “llevar”?). Lo anterior es un ejemplo de expresiones redundantes, y pese a que en materia penal cuando el legislador usa un término, éste debe tener un significado propio, una vez más reiteramos que la dogmática penal y la técnica legislativa están por un camino muy distinto del de la semántica.

Por lo anterior este lenguaje jurídico penal se convierte en excepcional, es decir alejado del lenguaje habitual del hablante común.

La anterior reflexión constituye no sólo un defecto lingüístico que afecta la pretensión de exactitud de la tipicidad, sino que también hace un llamado a la reiterada necesidad de retomar a la hermenéutica y a la argumentación como elementos legitimadores de la decisión judicial. Esto debido a que puede convertirse fácilmente en un instrumento para fijar pautas de política criminal. Las razones de esta posición como se pueden apreciar radican en la vaguedad del lenguaje y en la excepcionalidad gramatical propia de muchos tipos penales, lo que lleva a considerar si estos elementos pueden o no ser utilizados para orientar ciertas acciones del Estado hacia fines ideológicos como por ejemplo persecución política o fines económicos (regulación sancionatoria de actividades determinadas para beneficiar una determinada política económica a través de tipificaciones penales). Veamos algunos ejemplos:

El primero se refiere a uno de los personajes más temidos e importantes de este siglo fue el norteamericano *Al Capone*. Desde los cinco años emigró con su familia a Nueva York, donde la miseria de los suburbios fue su escuela en los asuntos del hampa. La historia cuenta que las autoridades norteamericanas lograron infiltrarse entre sus hombres. Durante varios años y con un eficiente trabajo, reunió pruebas de contrabando, homicidios, ingresos ilegales y defraudación fiscal. Pese a su

inmenso poder, los intentos de Capone para asesinar al jefe del fisco y sobornar al jurado resultaron infructuosos. No tuvo más remedio que confesar el delito de fraude fiscal, sin duda un tipo penal mucho menos grave y aleccionador que el homicidio o el contrabando por ejemplo. La necesidad imperiosa del Estado de someter a este personaje llevó a que se recurriera a un tipo penal, que si bien es cierto se adecuaba a las conductas de Capone, poco tenía que ver con su verdadera naturaleza criminal. Al Capone, uno de los criminales y homicidas más sanguinarios y violentos de la historia norteamericana, fue sometido por fraude fiscal.

Otro ejemplo es el de la lucha contra el narcotráfico es otro ejemplo consistente: Es sabido por la comunidad que la lucha contra el tráfico de estupefacientes se ha convertido en una política no sólo ejercida desde lo jurídico, sino también desde lo económico y lo ambiental, pero sumado a la excepcionalidad gramatical que se denunció hace un momento, tenemos que en aras de lograr mayores y mejores resultados, esa misma excepcionalidad y la indeterminación de los tipos penales propios de esta actividad llevan a asumir que dependiendo de las necesidades del Estado la aplicación a casos concretos será más o menos estricta y rigurosa. Si el fenómeno se desborda se puede, por ejemplo, aplicar literalmente uno de los verbos rectores y así se da un mensaje a la sociedad, de que, por ejemplo, todo aquello que porte una sustancia no permitida (que puede ser también cualquiera) será castigado, sin importar si es traficante o mero poseedor, pues no hay distinciones entre uno y otro. De esta manera el Estado muestra resultados en política anti-drogas a partir de un ejercicio de hermenéutica de tipos penales en blanco. Esta figura opera a través de la denominada *remisión*, la cual es un claro ejemplo de cómo la configuración del tipo depende de órganos de políticas públicas, de esta manera será por instrucciones del ejecutivo u otra autoridad (dependientes de estudios, intereses superiores, o valoraciones incluso personales –como sugiere una posición realista-) Al respecto la Corte Constitucional indica:

“El legislador utilizó la técnica de remisión como mecanismo de complementación del tipo penal en blanco, y lo hizo respecto de una norma de naturaleza reglamentaria, expedida por una autoridad administrativa. Tal como se adelantó, sin embargo, este procedimiento es plenamente constitucional. Ahora bien, la remisión normativa que opera por virtud del artículo 382 del C.P. cumple con el requisito de claridad y concreción exigido como garantía de preservación del principio de legalidad. Ciertamente, cuando el legislador prescribe que las sustancias cuyo porte y transporte se penaliza son aquellas que el Consejo Nacional de Estupefacientes indica en concepto previo, debe entenderse que son las resoluciones de dicha entidad, que definen tales sustancias en orden a complementar el artículo 382, las que han de tenerse en cuenta para establecer la configuración de la conducta penalmente reprochable. La remisión que por orden de la disposición tiene lugar no admite equívocos, es precisa y concreta. Del mismo modo, al asignar en su inciso segundo a la Dirección Nacional de Estupefacientes la función de determinar las cantidades en que las sustancias definidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes pueden ser legalmente portadas y transportadas, el legislador hace referencia expresa y clara a las resoluciones de dicha entidad administrativa que se expiden con la finalidad de complementar el artículo 382 del Código Penal. En tales condiciones, la Corte no juzga que la disposición conduzca a equívocos respecto de cuál es la normativa que sirve de complemento al tipo penal en blanco. Finalmente, es el propio artículo 382 del C.P. el que reconoce que la conducta punible no se configura sino después del concepto que sobre este particular debe emitir el Consejo Nacional de Estupefacientes. Para la Corte, la exigencia de la preexistencia y publicidad del concepto del Consejo Nacional de Estupefacientes como requisito de integración del tipo penal y, obviamente, de configuración de la conducta punible se extiende, como es obvio, a las resoluciones de la Dirección Nacional de Estupefacientes que determinan las cantidades de insumos que legalmente pueden ser portadas y transportadas, así la norma no lo indique de manera expresa. De todo lo dicho se tiene que la disposición acusada, por el cargo señalado en la demanda –

violación del principio de legalidad penal- no incurre en violación a las prescripciones constitucionales.”⁷³

Un tercer ejemplo puede surgir de esta inquietud: ¿Qué pasa cuando en aras de buscar efectividad de la ley penal –condenas- se entra a negociar con el delincuente para así ofrecer resultados a la comunidad? Tenemos entonces que otro ejemplo de la instrumentalización del derecho penal a través de los TPB es la denominada *Justicia premial* que básicamente consiste en:

“[...] una idea consistente en hacer uso de premios y castigos con diversos fines, entre los cuales se encuentran los de estimular la confesión, delación y terminación anticipada del proceso. Esta forma de justicia considera que es posible que a través de tales prácticas, se llegue a un negocio que permita “ahorrarse el juicio” y elaborar un acuerdo que defina la responsabilidad penal.”⁷⁴

La *Justicia premial* recae sobre el concepto de verdad. Pues en el proceso penal se busca una determinada verdad, pero resulta que la verdad también es una propiedad del lenguaje, por lo que se ve sometida a sus vicisitudes, como por ejemplo la vaguedad. De esta manera cabe preguntarse qué clase de verdad es la que le interesa a la Justicia, y si del tipo de verdad y su adecuación a la realidad depende la pena, y por lo tanto el sometimiento a l Estado de criminales que ven como una determinada verdad les sirve para reducir sus condenas. La *Justicia premial* busca redefinir y clarificar desde el derecho las funciones y nociones de la palabra verdad. Ahora el panorama supone el enfrentamiento de la verdad material (aquella base del proceso penal) con la verdad consensual, al respecto, *Manco López dice*:

“Con dichas claridades, se reorientó el estudio hacia la identificación de las concepciones de verdad con las cuales se encontraba

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-605 de 2006*, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷⁴ MANCO LÓPEZ, Yeison. “La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano”. *En*: Revista Estudios de Derecho, Vol. LXIX. N° 153, junio, Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia, 2012 p. 191

relacionada la justicia premial en el Derecho Penal Colombiano, advirtiendo básicamente, que tal justicia se relacionaba con una concepción de verdad como correspondencia que pervive en nuestras instituciones de Derecho Penal, y con una concepción negociada, aparentemente consensualista, que alcanza a ser hegemónica con la imposición del sistema acusatorio de tipo estadounidense; ambas inmersas en el debate entre garantismo y eficientismo penal.”⁷⁵

La justicia premial adopta varias formas en el proceso penal colombiano, inicia con simples rebajas de pena por la delación o confesión (en la época de vigencia del régimen procesal del Decreto 050 de 1987) y pasa por las figuras de sentencia anticipada, allanamientos (bajo el régimen procesal del Decreto 2700 de 1991), hasta llegar a los preacuerdos y al actual principio de oportunidad (bajo el régimen procesal de la ley 906 de 2004). Pero el objetivo no es hacer una enunciación taxativa de la regulación de la Justicia premial, sino analizar su esencia como instrumento (desde la lingüística) controlador de política criminal.

Puede entenderse que el concepto de *Justicia premial* es un reconocimiento del fracaso de la política criminal por parte del Estado, que, ante la incapacidad de demostrar las conductas delictivas, termina negociando para así obtener la efectividad anhelada, sin embargo, también puede entenderse que es una visión muy pragmática que permite una mayor efectividad en la lucha contra el crimen a establecer la delación como algo rentable. Más allá de ello, se encuentra que estamos a la utilización de una figura lingüística (le verdad) como forma de manipulación de la política criminal al suplantar la verdad material o por correspondencia a la verdad consensual. Piénsese por ejemplo en el actual marco de los diálogos de paz y la justicia transicional -donde además de Justicia y reparación, se exige verdad como condición para ello-, y analicemos esto: si se confiesan delitos que no ocurrieron (verdad material) para así obtener beneficios o modificar el contenido de la justicia y la reparación y así favorecer un acuerdo ¿es

⁷⁵ *Ídem*, p. 190

esto aceptable? ¿No es el acuerdo y el pacto sobre la verdad una forma de política criminal que busca ocultar el fracaso de la lucha contra el delito por parte del Estado? ¿Cuál es el peso del ente acusador frente a lo que se debe considerar verdad? ¿O cuál es el criterio para determinar que una verdad material sirve o no para reparar y hacer justicia? ¿La percepción sobre la Justicia no depende de cómo el Estado la administre?

*“El papel de la fiscalía y sus poderes en la configuración de una negociación son muy importantes. Se le otorga una amplia **discrecionalidad** para la imputación de cargos – discrecionalidad incompatible con la estricta legalidad del sistema continental -, y, además, cuenta con el instrumento de la negociación para definir anticipadamente la culpabilidad y la pena, factores que en el sistema continental son por esencia elementos a definir en el juicio.”⁷⁶*
(Negrilla y subrayado con intención)

El jurista italiano *Luigi Ferrajoli* se ha ocupado de este fenómeno, y entre otras apreciaciones, explica el riesgo que se corre con él:

“Un derecho penal construido sobre la verificación de hechos, es un derecho penal que tiende tanto a la estabilidad como a la limitación del poder, y por consiguiente, a la minimalización de éste. Por otro lado, un derecho penal que se encuentre incondicionado e ilimitado es un derecho penal en el que reina la incertidumbre, y como consecuencia, se da un derecho penal máximo que termina decidiendo con la voluntad de quien juzga.”⁷⁷

Tenemos entonces que la idea y el concepto de verdad en la *justicia premial*, y las teorías consensualistas sobre ésta, se oponen abiertamente a la verdad como correspondencia semántica que es propia del garantismo penal. La *justicia premial* entonces parecería encontrar mejor soporte en las ideas consensualistas de

⁷⁶ *Ídem*, p. 194

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo, Madrid: Trotta, 1995 p. 116

autores neo pragmatistas como *Richard Rorty* o en las ideas consensualistas de *Jürgen Habermas*. Pero:

*“La concepción de verdad en la justicia premial se encuentra lejos de las ideas consensualistas de la verdad, debido a que estas, exigen diálogos en igualdad de condiciones que lleven a consensos no forzados (Rorty) o a acuerdos que vengan de la razón (Habermas). La justicia premial tiene una racionalidad diferente a la del consensualismo que se le atribuye”.*⁷⁸

Como conclusión de este tercer ejemplo, tenemos que la justicia premial y su reflexión sobre el concepto de verdad termina generando una posición utilitarista de la política criminal donde más allá de una verdad material, nos encontramos ante una verdad consensualista o pragmática que puede ser un instrumento orientador de resultados óptimos y tranquilizadores de la lucha contra el crimen por parte del estado.

Para finalizar revisemos la figura de *numerus apertus* (locución latina que puede traducirse como lista abierta) como forma de incriminación clásica que puede ser vista como un ejemplo final del escenario que se pretende describir.

Aunque es una figura propia del derecho disciplinario (para establecer situaciones de culpa o dolo), análogamente puede aplicarse al campo penal, pues es sabido que el primero deriva sus principios del segundo, *“Podemos definir, a grandes rasgos, el concepto numerus apertus, como la forma para determinar si la conducta en que incurre el servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o de culpa.”*⁷⁹ Esta estructura de lista abierta se convierte en un elemento que permite la incursión de diversas conductas (a título de dolo o culpa) por lo que

⁷⁸ MANCO LÓPEZ. 2012, *Op. Cit.*, p. 212

⁷⁹ QUINTERO RESTREPO, León. “Tipicidad en materia disciplinaria: tipos abiertos y numerus apertus”. *En*: Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Justicia, N° 7, año 2, Mayo-Agosto, Medellín, Universidad de Antioquia, 2011 p. 13. Texto en la dirección: <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/download/11058/10141>.

puede también ser utilizada como forma de control para lograr una determinada política criminal, y esta figura es reconocida por nuestra legislación:

*"[...] también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "numerus apertus" en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa, como si lo hace la ley penal, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc."*⁸⁰

Como se ha podido observar, y para finalizar, nos encontramos ante un panorama en el cual la vaguedad y discrecionalidad como elementos inevitables del lenguaje jurídico pueden convertirse en elementos que, a partir de un cambio en el concepto de tipicidad y verdad, sirven para orientar una determinada política criminal (que depende en últimas de situaciones históricas, políticas o económicas determinadas y no precisamente a una noción general de bien común o de Justicia).

⁸⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-115 de 2002*, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

3. EVIDENCIAS Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

A continuación se presentarán los análisis jurisprudenciales de las sentencias más relevantes en torno al tema de investigación. Se debe aclarar que esto no pretende constituir una línea jurisprudencial (que no es el objeto principal del proyecto), sino que busca ilustrar cómo en la práctica judicial se ha enfrentado y resuelto el problema de la vaguedad del lenguaje y los TPB.

3.1 SENTENCIA C- 030/12

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

- Corte constitucional, (Sentencia C-030/12), Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, primero (1) de febrero de dos mil doce (2012).

2. Hechos Relevantes:

- Las normas acusadas, Art. 34 numerales 2 y 6 (parciales) y artículo 48 numeral 45 de la Ley 734 de 2002. Vulneran los principios fundamentales a; a la dignidad humana, principio de legalidad y debido proceso.
- Lo que tiene que ver al numeral 6, en las expresiones de diligencia, eficacia e imparcialidad, son términos que no se pueden cuantificar, y no es posible identificar el acto u omisión. Originando un abuso indebido, por parte del funcionario, respecto a la imparcialidad, vulnerando la dignidad humana.

- Las normas demandadas, no están plenamente tipificadas, puesto que son normas abiertas, deben ser normas claras lo que desata conductas en blanco, lo cual no se ajusta a los principios del derecho sancionatorio propios de un estado social y democrático.
- De esta manera se constituyen tipos sancionatorios en blanco, los cuales no pueden figurar en la ley, puesto que afectan el derecho al debido proceso del investigado.
- La tipificación de la conducta, de los funcionarios públicos, quedará en cabeza de los Operadores Disciplinarios, convirtiéndose en legisladores”.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Dignidad humana.
- Principio de legalidad.
- Debido proceso.

4. Problema Jurídico:

¿Con base a las disposiciones demandadas se consideraría, legítimo que dentro del orden constitucional se sancione en materia disciplinaria, con base en tipos sancionatorios en blanco?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **NO.**

6. Explicación de la Tesis.

La corte constitucional parte diciendo, que las normas demandadas no desconocen el principio a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad,

principio de legalidad y debido proceso. Por cuanto la finalidad de la autoridad disciplinaria, es asegurar los principios que rigen el ejercicio de la función pública.

Por esta razón, la corte ha expresado que el derecho disciplinario como parte del derecho punitivo del Estado, se caracteriza, por su cercanía al derecho penal, en cuanto debe someterse a los mismos principios, como lo son la legalidad, tipicidad, lo que quiere decir que estos principios tienen una aplicación más flexible y menos rigurosa en el ámbito disciplinario, dada la naturaleza propia del mismo, esto sin perder la plena diligencia, eficiencia e imparcialidad que debe tener el funcionario, todo con el fin de abstenerse de cometer todo acto contrario a la ley, o cometer cualquier omisión frente al servicio que se presta. Estos tipos en blanco, son constitucionalmente viables siempre y cuando garanticen las exigencias mínimas al debido proceso. Esto con el fin que la función pública sea mucho más eficiente y se de una interpretación metodológica que complemente los tipos en blanco, por eso es de vital importancia que el funcionario sea imparcial, tal como lo expresa la norma dentro de los deberes fundamentales.

7. Método:

Método Exegético.

8. Salvamento de Voto:

Este salvamento se centra en que la sentencia afirma, mas no aclara el por qué se desarrolla en la constitución en materia disciplinaria tales principios. Ya que estos criterios requerían un mayor desarrollo para señalar los límites del legislador y de esta manera tener de manera clara y evitar la imprecisión al establecer los deberes de los servidores públicos. Ya para concluir afirma que lo expuesto deja en evidencia un claro empleo de un lenguaje indeterminado desatando

interpretaciones arbitrarias, acarreado un tipo de conductas en blanco que van en contra de un estado social y democrático.

3.2 SENTENCIA C- 559/99

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

- Corte constitucional, (Sentencia C-559/99), Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

2. Hechos Jurídicos Relevantes:

- El ciudadano Julián Arturo Polo, solicita la inexecutable de los artículos 68, incisos 1° y 5° de la Ley 488 de 1998, ya que remiten al artículo 15 de la misma ley, violando los artículos 29 y 83 de la constitución. Esto fundamentado en el hecho que las sociedades de intermediación aduanera y almacenes generales de depósito, se acentúa una responsabilidad objetiva en el campo penal.
- Lo anterior acarreado el desconocimiento del principio de buenas fe en la actuación de los particulares ante el estado, declarando responsable del delito, sin formula de juicio. Pues estas normas acusadas establecen una responsabilidad penal determinada, sin importar quien cometió el delito. Como es el caso de los representantes legales de tales sociedades, sin tener en cuenta que este puede ser engañado o manipulado. Permitiendo que los verdaderos responsables del delito actúen con compleja impunidad.

- Según el demandante, considera injustificable atribuir la responsabilidad penal al representante legal, siendo que estas empresas desarrollan su actividad ante la Dian, por intermedio de representantes distintos.
- El legislador partió de un supuesto erróneo, al considerar que las Sociedades de Intermediación Aduanera y Almacenes Generales de Depósito tienen el control absoluto de la importación y exportación cuando actúan como declarantes, cosa que no es cierta. Pues estas sociedades pueden equivocarse, o ser engañadas, lo cual no significa que hayan actuado dolosamente para consumir el delito de contrabando.
- Para tener en cuenta en lo que compete a la función de las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito, las mercancías que entran y salen del país en medios de transporte, no son propiedad de dichas entidades, ni mucho menos está bajo su control.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Contrabando.
- Principio de legalidad.
- Debido proceso.
- Buena fe.

4. Problema Jurídico:

¿Se consideran inconstitucionales y violatorios del principio de legalidad los incisos impugnados, al conducir a un tipo penal en blanco ambiguo que no determina la claridad del comportamiento penalizado?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **SI.**

6. Explicación de la Tesis:

La corte constitucional parte diciendo, que es de vital importancia crear mecanismos legales, que permita la lucha contra el contrabando. Eso no significa desconocer los principios y garantías establecidos en la carta, en especial a lo que hace referencia al debido proceso y buena fe.

A lo que se refiere a los incisos demandados, la corte establece que se constituye claramente la existencia de un tipo penal en blanco. Ya que la norma acusada hace un expreso reenvío a otra descripción penal, denominada para el delito de contrabando. En este caso la corte ha expresado, con relación al tipo penal en blanco, que se está generando inseguridad jurídica, ya que la descripción que demuestra los incisos demandados, reenviando a otra norma genera una descripción que no es clara. El vacío jurídico existente, genera problemas constitucionales, por violación del principio de legalidad, ya que las normas demandadas, son confusas pues no resulta posible determinar el comportamiento penalizado. Este principio es de vital importancia, pues es la expresión del estado social de derecho colombiano, puesto que protege la libertad individual, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder estatal y sobre todo cumple una función garantista y democrática.

A lo que quiere llegar la corte, es que en este caso donde hay inseguridad y confusión, sobre los incisos demandados, las descripciones penales de las normas, tienen que ser taxativas, y así que las personas puedan conocer con exactitud cuáles son los comportamientos prohibidos y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad consagradas como derechos fundamentales.

7. Método:

Método Sistemático.

8. Salvamento de Voto:

Este salvamento parte diciendo que los argumentos expuestos en la sentencia, resultan equivocados ya que interpretan aisladamente el texto de la norma, ignorando de esta manera llegar a una interpretación integral, ya que se desconoce el principio de legalidad penal que impone el legislador. Esto con el fin de que la norma buscaba involucrar a las sociedades de intermediación aduanera y a sus representantes legales, a la lucha contra el contrabando, ejerciendo apoyo y control a esta actividad, porque de lo contrario también se pueden prestar a llegar a ser facilitadores de actividades ilegales de comercio.

Concluyendo lo expuesto en el salvamento se considera que la norma no desconoce el principio de legalidad de los delitos y las penas, pues éstas cumplen de manera integral los requisitos del tipo penal con el fin de mejorar los instrumentos de defensa colectiva.

3.3 SENTENCIA C- 605/06

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

- Corte constitucional, (Sentencia C-605/06), Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, primero (1) de agosto de dos mil seis (2006).

2. Hechos Jurídicos Relevantes:

- La norma acusada, Art. 382 (parcial) de la Ley 599 de 2000. Vulneran el principio de legalidad, consagrado en el artículo 29 de la constitución. Ya que esta norma deja en manos de las autoridades administrativas (Concejo Nacional de Estupefacientes y Dirección Nacional de Estupefacientes), la definición de uno de los elementos del tipo penal.
- El autor expresa, que la norma acusada con lleva a un tipo penal en blanco, lo que hace que la norma sea inconstitucional a definirse por parte de una autoridad administrativa, el cual no tiene como función definir los elementos del tipo penal de la norma.
- Esta norma contiene vacíos descriptivos, que no se complementa con normas de rango legal, sino administrativo, con lo cual se vulnera la ley en la creación de delitos.
- De esta manera el autor afirma, que el congreso es el único órgano competente para definir la política criminal. Y no a la autoridad administrativa, para certificar un hecho ajeno a su voluntad.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Principio de legalidad.
- Derecho a la Libertad Personal.
- Debido proceso.

4. Problema Jurídico:

¿Al aplicar el artículo 382, un tipo penal en blanco, se estaría vulnerando el principio de legalidad al permitir que se definan las conductas punibles por una autoridad administrativa, y no por el legislador?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **NO.**

6. Explicación de la Tesis:

La corte constitucional parte diciendo, que la norma demandada no contiene una explicación suficiente, ni concreta de que se está quebrantando el derecho a la libertad personal y que se está atentando con el principio de tal garantía. Al permitir que el tipo penal sea definido por el Concejo Nacional de Estupefacientes y señale que las cantidades máximas de sustancias, no vulneran ningún principio relacionado con el debido proceso. Por el contrario se está ofreciendo una descripción precisa de los sujetos y elementos estructurales del mismo. Hay que dejar en claro, que estamos ante un tipo penal en blanco, ya que su descripción típica no se encuentra plenamente contenida en la norma, y en lo que tiene que ver con las sustancias, que están catalogadas dentro del objeto material de la conducta no están contenidas en su totalidad, sino en normativas distintas esto con el fin de permitir el porte y comercialización legal de dichos productos, ya que las entidades involucradas participan activa y legítimamente en el diseño de la política criminal.

7. Método:

Método Sistemático.

8. Salvamento de Voto:

Este salvamento expone que los apartes demandados son inconstitucionales, puesto que violan el principio de legalidad en razón de que los tipos penales van a ser especificados por una autoridad administrativa. Esto conlleva como

consecuencia la vulneración del principio del estado de derecho, ya que solo es competencia del legislador limitar las libertades fundamentales de las personas y que dicha restricción está prohibida a la rama ejecutiva del poder público.

3.4 SENTENCIA C- 851/09

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

Corte constitucional, (Sentencia C-851/09), Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, veinticinco (25) de noviembre de dos mil nueve (2009).

2. Hechos Jurídicos Relevantes:

- El ciudadano solicita la inexecutable, del inciso 2° del artículo 257 del código penal, según el demandante la norma acusada consagra un tipo penal en blanco, ya que las conductas punibles acusadas hacen referencia a una serie de actuaciones relacionadas con temas técnicos, económicos y comerciales que no se encuentran definidos por la ley.
- Los reglamentos de la norma acusada, son llevados a cabo por la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.
- Con respecto a la expresión “la correspondiente autorización”, la cual esta descrita en el inciso segundo, del artículo 257 el demandante, expresa que dicho enunciado no es claro en la legislación, debido a que las diferentes licencias. Lo que conlleva a la inexactitud y vaguedad de la norma impugnada.
- Dado a lo anterior el demandante considera, que se vulnera el principio de legalidad que conlleva a la misma vez, que se vulnera el artículo 29 de la constitución.

- Finalizando advierte que el régimen de servicios públicos de conceptos claros, lo que dificulta la remisión del tipo penal en blanco puesto que las normas no son precisas. Esto conlleva a que los jueces penales produzcan condenas, cuando aún no se tiene claridad sobre su uso.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Principio de Legalidad.
- Debido proceso.

4. Problema Jurídico:

¿Siendo Colombia un estado social de derecho, en la cual tiene como fin garantizar la efectividad de los derechos y deberes en la constitución entre ellos el debido proceso y el principio de legalidad, se estaría vulnerando el inciso segundo del artículo 257, al constituirse como tipo penal en blanco, apoyándose en los reglamentos de una entidad administrativa?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **NO.**

6. Explicación de la Tesis:

La corte constitucional inicia su análisis declarando la asequibilidad del inciso segundo del artículo 257, pues se parte en primera instancia que nos encontramos ante un tipo penal en blanco, que contiene normas claras y precisas. Por parte de la demanda interpuesta por el demandante, sostiene que el autor no cumple con los requisitos de claridad, certeza respecto a las disposiciones señaladas.

Según el autor dice que el tipo penal, contiene una expresión la cual dice “no están claramente definidos”, los cuales incurren en imprecisión. Ante esta situación la corte reitera, que el tipo penal en blanco, el cual remite la norma acusada, se encuentra desarrollado totalmente. Por conceptos claros, especializados y técnicos los cuales permiten al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y su respectiva sanción.

Esto hace que se garantice el principio de legalidad y el debido proceso, pues se debe ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. Con fundamento de la sentencia C-599 de 1999, la Corte Constitucional apoya la legitimidad de la integración del tipo en blanco, a través del reenvió a otra disposición expedida por una autoridad administrativa.

Adicional a ello la corte contempla unos requisitos fundamentales los cuales hacen que el tipo penal en blanco, cumpla plenamente sus requisitos y estos son: Primero, debe haber precisión, segundo la norma al cual se remite debe existir al momento de conformación del tipo penal, y tercero el término de la norma debe ser de conocimiento al público acatando y respetando los principios y valores constitucionales.

La norma demandada cumple plenamente los requisitos y lo dispuesto en la jurisprudencia C-599/99, avalando el debido proceso. Pues dichos reglamentos a los cuales se remiten, se ajustan y aclaran los adelantos tecnológicos existentes en la materia, lo cual le da una capacidad regulatoria al derecho penal.

7. Método:

- Método Sistemático.

3.5 SENTENCIA C- 393/06

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

- Corte constitucional, (Sentencia C-393/06), Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis (2006).

2. Hechos Jurídicos Relevantes:

- Los ciudadanos solicitan la inexecutable, del numeral 2° del artículo 52 del decreto 196 de 1971, ya que los actos fraudulentos a lo que se refiere la norma, contraviene los artículos 1°, 2°, 5°, 6°, 12, 13, 26, 29, y 256-3 de la Constitución Política. Inicialmente a lo que se refiere a la presunta violación del derecho al debido proceso.
- El término de “actos fraudulentos”, deja al presunto infractor a la merced del intérprete, desconociendo el principio de tipicidad, ya que no se puede establecer el alcance de la norma.
- Reconoce que la jurisprudencia ha admitido la modalidad de los tipos en blanco, y que su legitimidad depende de que estos remitan al mismo estatuto u otro. Sin embargo la norma citada, no tiene remisión al estatuto.
- En conclusión, la norma demandada es violatoria del artículo 256, ya que el concejo superior de la judicatura está facultado para investigar y sancionar la conducta de los abogados en ejercicio de sus funciones, pero no para investigar y sancionar aquel delito, como es el caso de los actos fraudulentos.
- De esta manera se estaría vulnerando los principios de proporcionalidad y lesividad que deben prevalecer en el ejercicio del poder punitivo del estado.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Principio de proporcionalidad.
- Principio de tipicidad.
- Debido proceso.
- Actos fraudulentos.

4. Problema Jurídico:

¿Infringe la expresión “actos fraudulentos” del artículo 2° del artículo 52 del decreto 196 de 1971, el debido proceso al permitir al merced del interprete que aplique el alcance de la norma, toda vez que la norma no remite al mismo estatuto vulnerando de esta manera la ilegitimidad de los tipos en blanco?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **NO.**

6. Explicación de la Tesis:

La corte constitucional inicia analizando la libertad de escoger la profesión y oficio, el cual ve al trabajo como un elemento de orden social y elemento del estado social de derecho. Esto no quiere decir que la constitución incentive un desempeño de las profesiones, nexos con los deberes y obligaciones, sino que garantiza la vigencia de sus intereses. Esa garantía, es asignarle a las autoridades públicas la función de expedir y aplicar normas que controlen la función, es así que el decreto 196 de 1971, cumple una función social, y tiene como objeto colaborar con las autoridades para establecer un orden jurídico.

Este derecho disciplinario, a lo que se desarrolla con base al debido proceso, de manera que se aseguren las garantías que lo rigen como lo son: el principio de legalidad, presunción de inocencia, defensa, contradicción e imparcialidad. Hay que tener total claridad que los tipos disciplinarios pueden tener un menor grado de determinación que los tipos penales, o tener cierto nivel de imprecisión pero eso no quiere decir que exista una violación al principio de tipicidad. Pues en esta materia el legislador no está obligado a estipular en forma detallada, cada uno de los elementos del tipo, y esto no quiere decir que se esté infringiendo con la legalidad concebida por una norma, que se estipule como en blanco, en esta norma se tiene claridad que tiene conceptos indeterminados, pero este vacío se llena con las remisiones normativas y criterios técnicos, y debe entenderse que los “actos fraudulentos”, se fundamenta en el concepto del fraude, descrito en el diccionario de la real academia que lo describe como toda conducta engañosa, contraria a la verdad y rectitud. En conclusión lo que buscó el legislador fue castigar el engaño en cualquiera de sus modalidades, es decir, reprimir los comportamientos del abogado en ejercicio que resulten contrarios a la verdad.

7. Método:

Método Exegético.

8. Salvamento de Voto:

Este salvamento se refiere a que el numeral acusado no cumple con los requisitos de precisión y claridad que se exigen de una prohibición legal y por tal viola el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones consagradas en el artículo 29 de la constitución política.

3.6 SENTENCIA C- 121/12

ANALISIS CONCEPTUAL:

1. Identificación de la Providencia: Tribunal donde emana

- Corte constitucional, (Sentencia C-121/12), Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012)

2. Hechos Jurídicos Relevantes:

- El ciudadano Julián Arturo Polo, solicita la inexecuibilidad del artículo 7° de la ley 1453 de 2011, con fundamento en que las conductas descritas, con fundamento en inducir, utilizar a un menor de 18 años para cometer delitos, los cuales se encuentran sancionados a través de la figura autoría mediata.
- La norma señala en el párrafo anterior, según el autor se está vulnerando el principio de doble incriminación, establecido en el artículo 29 de la constitución. Ya que el autor concluye que no solo el quien ejecuta directamente el hecho punible, sino también quien comete el ilícito utilizando a otro (autor mediato).
- En conclusión, a lo que hace referencia al artículo 7° de la ley 1453 de 2011, se estaría penalizando la misma conducta dos veces. Y adicional a ella que la persona sea sancionada con penas distintas, por haber realizado una misma acción.
- Lo anterior con fundamento, a uno de los verbos rectores del artículo 7° del demandado, “constreñir”, el cual hace parte dicho verbo en otro delito del artículo 184, del código penal (constreñimiento ilegal).
- Adicionalmente el autor, demanda el artículo 10 de la ley 1453, pues este vulnera el artículo 29 de la constitución política. Ya que la expresión “u objetos peligrosos “genera duda, pues se traslada al operador judicial, para que

determine la calidad de objeto peligroso quebranta el principio el principio del debido proceso.

- Continuando con la acción de demanda, adicional se nombra el artículo 19, al considerar que por incrementar la pena de prisión del delito de fabricación, tráfico y porte armas de fuego. Con base al artículo 2 de la carta, no es razonable ni proporcional, conceder una mayor relevancia que a otros delitos que salvaguardan la vida, y la integridad de las personas. Lo que quiere decir que se afecta el orden justo.
- Concluyendo a lo que hace referencia a los hechos, se demanda como ultima norma de la ley 1453, el artículo 65. Afirmando el autor que se vulnera el artículo 29 de las constitución. Ya que catalogar a una persona que se encuentre acusada o sujeta a medida de aseguramiento, implica considerarla culpable de los cargos que se le imputan.

3. Aspecto Jurídico Considerado:

- Principio de presunción de inocencia
- Principio de legalidad.
- Debido proceso.
- Constreñimiento ilegal.

4. Problema Jurídico:

¿Siendo Colombia un estado social de derecho, en la cual tiene como fin garantizar la efectividad de los derechos y deberes en la constitución entre ellos el debido proceso y el principio *non bis in ídem*, se estaría vulnerando el artículo 7 y 10 de la ley 1453, al constituirse como tipos penales en blanco?

¿Infringe la expresión “*el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeta a alguna medida de aseguramiento*” del artículo 19 de la Ley 1453 el principio de presunción

de inocencia, elemento integrante del debido proceso, al introducir estos criterios en la valoración que debe hacer el juez sobre el grado de peligrosidad de un imputado con miras a imponer una medida de aseguramiento?

5. Tesis:

- Corte Constitucional: **NO.**

6. Explicación de la Tesis:

La corte constitucional parte diciendo, que las normas demandadas no desconocen el, principio *non bis in ídem*, principio de legalidad y debido proceso. Pues los tipos penales definidos por el legislador, esta sometidos al derecho constitucional, y de acuerdo a los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y en general al bloque de constitucionalidad.

De acuerdo al principio *non bis in ídem*, el cual explica que es un derecho fundamental de aplicación inmediata, que hace parte del debido proceso, mediante la prohibición de dos o más juicios y sanciones por un mismo hecho. Y que la norma demandada, de acuerdo con el principio cumple en pleno las garantías, como: Nadie puede considerarse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación mediante proceso legal, fuera de toda duda razonable, La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación. Y para finalizar, en lo que compete al artículo 7 de la ley 1453 de 2011, se concluye que este artículo garantiza, la autonomía y la dignidad de los menores de edad.

A lo que se refiere al artículo 10 de la ley 1453, no vulnera el artículo 29 de la constitución, si bien es cierto que es una norma en la cual cabe denominarla en blanco, en cuanto a objetos peligrosos, por ser una norma incompleta al tener que

acudir a otros artículos del código penal y otras normas de la organización de naciones unidas, hay que tener en claro que este tipo de normas han sido aceptadas por la jurisprudencia. La norma demandada, protege claramente los derechos de las personas, el cual constituye un marco jurídico para la prevención al daño.

Para finalizar a lo que se refiere a la demanda del artículo 19 de la ley 1453, la corte parte diciendo, que la medida de aseguramiento tiene un carácter preventivo y no siempre comporta la privación de la libertad, de esta manera no se vulnera el principio de presunción de inocencia, pues la norma tiene un carácter preventivo que le permite al juez tener un criterio principal o subsidiario.

7. Método:

Método Sistemático.

8. Salvamento de Voto:

El salvamento de voto resuelve su posición, exponiendo razones las cuales se fundamentan en la inexecutable de la norma. Expone que se desconoció el orden justo, establecido en el preámbulo y en el artículo 2 de la carta política, como también el derecho fundamental al debido proceso y el principio de legalidad. Los argumentos expuestos no fueron suficientemente claros para declarar la exequibilidad, para lo cual la única conclusión fue que la corte debió declararse inhibida para tomar una decisión de fondo.

4. CONCLUSIONES

- 1) Para poder analizar el problema de la indeterminación (vaguedad) de lenguaje como elemento de política criminal por parte del Estado se debe destacar que aquella representa un fenómeno ineludible. En este orden de ideas el Realismo Jurídico como paradigma, en sus tesis centrales, sostiene que el derecho presenta naturalmente indeterminación. Como consecuencia de lo anterior nos encontramos ante la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial, entendida a modo general, como la libertad en la toma de decisiones por parte de los jueces debido: lagunas, antinomias o normas de textura abierta.
- 2) Ante la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial es necesario resaltar la importancia que toman la hermenéutica y la argumentación jurídica, toda vez que son estos escenarios donde se evalúa la efectividad y rigurosidad de las decisiones judiciales en el marco de la discrecionalidad. De igual manera, siendo inevitable la discrecionalidad es necesario repensar si puede tornarse deseable en la medida que ayuda a resolver los asuntos que el legislador no puede teniendo en cuenta el dinamismo social e incluso la delegación que las mismas normas hacen sobre la práctica judicial. La arbitrariedad judicial, definida en los términos de “*injusticia extrema*” de *Radburch* es el problema a evitar. Dicha arbitrariedad se genera cuando no se respetan los ideales democráticos y morales (públicos) que fundamentan un ordenamiento jurídico y que estarían representados en la actualidad por la noción de derechos humanos.
- 3) La concepción moderna del derecho penal requiere una construcción sistemática, esto significa que en la elaboración de los contenidos y principios que lo orientan es indispensable contar con todos aquellos elementos que

aseguren una inclusión de los diferentes aspectos sociales (ideología, política, economía, etc.). De ahí que la noción de política criminal no debe estar aislada de fenómenos sociales indispensables para su análisis.

- 4) La noción de política criminal debe ser integral ya que se convierte en la justificación (formal y material) que el poder estatal adopta en cuanto al programa jurídico penal elaborado por el Estado, además condiciona la materialización de aquel por medio de la regulación e institucionalización de aspectos procedimentales (reforma al procedimiento penal), sustantivos (reforma al Código Penal), y aspectos humanitarios relacionados con la dignidad humana. Lo anterior a través de la formulación de *políticas públicas*. Por esto, una débil política criminal, que no atienda a los factores que fomentan la realización de las conductas delictivas, y que por el contrario sólo se centre en una dogmática formalista que se limita a satisfacer presupuestos teóricos y lingüísticos, no puede ser considerada como útil. De esta política criminal dogmática es que se debe alejar el Estado Social de Derecho. Debe asumirse entonces que la política criminal es en un sentido amplio una *política pública*, esto es, una actividad, enfocada en definir y diseñar cómo deberá ser intervención del Estado frente a problemáticas sociales concretas (en este caso el delito), orientada por las directrices de la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común, para procurar una convivencia pacífica.

- 5) La política criminal es entonces una política pública encaminada hacia unos fines bajo la guía de determinados principios y valores. Es un conjunto de acciones y abstenciones por parte del Estado ante un problema social, en este caso, el delito y su castigo que tienen un impacto social palpable, a su vez están en comunicación con otras políticas públicas (económica, ambiental, educativa, de salud, etc.). Estas acciones se manifiestan a través de la legislación que recae sobre las conductas humanas. Una vez desarrollada en

una norma, la política criminal se independiza de la decisión política pero conserva la finalidad del redactor.

- 6) La política criminal es un elemento en últimas dependiente de la teleología, por lo que es también un elemento deseable y delegado por el legislador a la función judicial, tal y como lo es la discrecionalidad. Parece ser que el legislador ha dejado una ventana para que sea el juez el que determine los contenidos normativos en materia penal. De esta manera, y en aras de un derecho penal objetivo, científico e infalible, cualquier interpretación no literal estaba proscrita. Desde luego tal modelo históricamente ha quedado comprometido y pocos son sus defensores en la actualidad
- 7) La tipicidad ha dejado de ser un elemento que brinda seguridad jurídica y un carácter de precisión e infalibilidad en el derecho penal si seguimos aferrados a un modelo de deducción silogística que se centra más en la estructura que en el contenido normativo, esto es, pretender que la eficacia de una norma dependa directamente de su estructura lógica antes que del significado o intención de sus términos es un error al menos por dos razones: la primera porque en los razonamientos existen juicios o proposiciones, y a su vez éstos están compuestos de términos, que como ya se ha visto son en muchas ocasiones ambiguos; y en segundo lugar porque la vaguedad o indeterminación de dichos términos generalmente suele llenarse con una ideología normativa en los términos descritos por el realismo jurídico lo que los convierte a los tipos penales en meros receptores de una determinada ideología.
- 8) Los Tipos Penales Abiertos (TPA) son ejemplos de indeterminación en el derecho que están desarrollados por fuera de la normatividad del sistema penal. Los TPA están reconocidos por la Constitución Política y son una muestra de la incapacidad práctica por parte del legislador de abordar temas

específicos y de evolución rápida. La remisión normativa en los TPA debe permitir al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente, es decir requiere una práctica interpretativa puntual (teleología/analogía). Para finalizar los TPA requieren además una especie de necesidad de completitud, entendida como aquellas acciones que debe realizar el juez para completar aquello que no está expresamente indicado en la norma.

- 9) El lenguaje jurídico penal (que incluye los TPA) se convierte en excepcional, es decir, alejado del lenguaje habitual del hablante común. Esto supone un defecto lingüístico que afecta la pretensión de exactitud de la tipicidad, sino que también hace un llamado a la reiterada necesidad de retomar a la hermenéutica y a la argumentación como elementos legitimadores de la decisión judicial. Esto debido a que puede convertirse fácilmente en un instrumento para fijar pautas de política criminal. Las razones de esta posición como se pueden apreciar radican en la vaguedad del lenguaje y en la excepcionalidad gramatical propia de muchos tipos penales, lo que lleva a considerar si estos elementos pueden o no ser utilizados para orientar ciertas acciones del Estado hacia fines ideológicos como por ejemplo persecución política o fines económicos (regulación sancionatoria de actividades determinadas para beneficiar una determinada política económica a través de tipificaciones penales).
- 10) Nos encontramos entonces ante un panorama en el cual la vaguedad y discrecionalidad como elementos inevitables del lenguaje jurídico pueden convertirse en elementos que, a partir de un cambio en el concepto de tipicidad y verdad, sirven para orientar una determinada política criminal (que depende en últimas de situaciones históricas, políticas o económicas determinadas y no precisamente a una noción general de bien común o de Justicia).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1989.

ALEXY, Robert. "Derecho y Moral". En: *La institucionalización de la Justicia*, Granada: Comares. 2005

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova S.A. 1989

ATIENZA, Manuel. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, México DF: Fontamara. 1993

ATIENZA, Manuel, "Argumentación Jurídica y Estado Constitucional". En: *Revista Anales de jurisprudencia, estudios jurídicos*, México DF: Universidad Autónoma Nacional de México. 2004

ATIENZA, Manuel. "El Derecho como argumentación". En: *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México DF: Universidad Nacional Autónoma de México. 2005

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Universidad Carlos III, 2015

BELING, E., *El rector de los tipos de delito*, Madrid: Reus. 1936

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid: Debate. 1990

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Sobre política criminal, una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin". En: Anuario de Derecho Penal, Madrid: Gobierno de España, 2003

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-115 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-121 de 2012, MP: Luís Ernesto Vargas Silva

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-605 de 2006, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-936 de 2010, MP: Luís Ernesto Vargas Silva

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-915 de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

DWORKIN, Ronald, "¿Deben nuestros ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?" En: Revista ISONOMÍA, n° 32, abril, México DF: ITAM. 2010

ETCHEVERRY, Juan Bautista, "Discrecionalidad judicial: estructura, naturaleza y límites". En: Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico, N° 14 Madrid: Tirant- lo Blanch, 2014

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón: teoría del garantismo, Madrid: Trotta, 1995

FINNIS, John, Ley Natural y Derechos Naturales, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001

GARCÍA AMADO, Juan, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?” En: Revista Oficial del Poder Judicial del Perú, Año 2, N° 2, Lima, 2008

GENY, François, *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif* Essai Critique, Paris: L.G.D.J, 1964

GRICE, Paul, “Logic and Conversation”. En: *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Ed. by Peter Cole and Jerry L. Morgan, New York: Academic Press, 1975

HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1977

HART, H. L. A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. En: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press. 1983

HART, H. L. A. “Postscript”, En: *The Concept of Law* (segunda edición), Oxford, Oxford Clarendon Press. 1994

HIERRO, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo: una teoría empirista del derecho*, Madrid: IUSTEL, 2008

IGLESIAS V., MARISA, *El problema de la discreción judicial*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal, Parte general, Vol. II*, Bosch, Barcelona, 1981

KRONMAN, Anthony, “El problema de la discrecionalidad judicial”. En: *ACADEMIA*, Revista sobre la enseñanza del derecho, año 5, N° 10, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2007

LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence: Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007

LINFANTE, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad judicial”. En: DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 25, Alicante: Universidad de Alicante, 1989

LÓPEZ MEDINA, Diego, *La letra y el espíritu de la Ley*, Bogotá: Temis-Uniandes, 2008

LUKÁCS, Georg, *Ensayos sobre realismo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 1944

MACINTYRE, Alasdair, *Justicia y Racionalidad*, Madrid: EIUNSA, 2001

MANCO LÓPEZ, Yeison, “La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXIX. Nº 153, junio, Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia, 2012

MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile: OEA/Editorial Universitaria, 1984

MEISEL LANNER, Roberto, “El silogismo jurídico y la jurisprudencia constitucional”. En: *Revista Justicia*, Nº 11, Cúcuta: Universidad Simón Bolívar, 2006

MEJÍA Q., Óscar, “Teoría del Derecho y Hermenéutica Jurídica” –prólogo- En: STERLING CASAS, Juan, *Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica*, Madrid: Editorial Académica Española, 2013

MONTESQUIEU, C.L., *De l'esprit des loix*, compilación de Pierre Rétat et Catherine Volpilhac-Auger, Vols 3-4. *De l'esprit des loix: manuscrits, textos*

recolectados, comentados y analizados por Catherine Volpilhac-Auger, coordinación editorial de Caroline Verdier, Voltaire Foundation, 2008

NAVAS CORONA, Alejandro, Tipicidad y derecho penal, Bucaramanga: SIC, 2003

OLIVERCRONA, Karl, *El derecho como hecho, la estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980

PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003

QUINTERO RESTREPO, León, “Tipicidad en materia disciplinaria: tipos abiertos y numerus apertus”. En: *Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Justicia*, N° 7, año 2, Mayo-Agosto, Medellín: Universidad de Antioquia, 2011

RADBURCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962

RAZ, Joseph, “La intención en la interpretación”. En: ***Revista DOXA***, N° 20, Alicante: Universidad de Alicante, 1997

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires: EUDEBA (tercera edición), 2005

ROXIN, Claus *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires: De Palma 1979

ROXIN, Claus *Derecho penal parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas 1997

RUSSELL, Bertrand, *Realidad y Ficción*, Buenos Aires: Aguilar, 1962

STAVROS, Nikos, citado En: EWICK, Patricia & SILBEY, Susan, *The Common Place of Law: stories from everyday life*. Chicago IL: The University of Chicago Press, 1998

STERLING, Juan “Ronald Dworkin: ¿Por qué no un realista más?” En: Revista DIXI, edición 11, abril. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Bucaramanga. 2009

STERLING, Juan “Hermenéutica y Argumentación Jurídica como límites a la discrecionalidad judicial”. En: *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*, Lima: Palestra 2013

STERLING, Juan “Reflexión sobre derecho y lenguaje”. En: Revista DIXI N° 12, Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia 2010

STERLING, Juan “Hacia una reivindicación de la hermenéutica: filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica”. En: *Revista Jurídica Digital*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2010. El Texto completo puede ser consultado en la página: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=648&Itemid=116

STRÖMHOLM, S. y VOGEL, H.H., *Le Réalisme Scandinave dans la philosophie du droit*, Paris : Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 1975

VELÁSQUEZ GAVILANES, Raúl, “Hacia una nueva definición del concepto de política pública”. En: Revista DESAFÍOS, N° 20, Semestre I, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009

VON IHERING, Rudolph, *El fin del derecho*, Buenos Aires: Heliastrea, 1978

WELZEL, Hans, Derecho penal alemán (parte general), 4ª Ed, Santiago de Chile:
Editorial Jurídica de Chile, 1997

WENDELL HOLMES, Oliver, The Common Law, Cambridge MA, Harvard
University Press, 1981