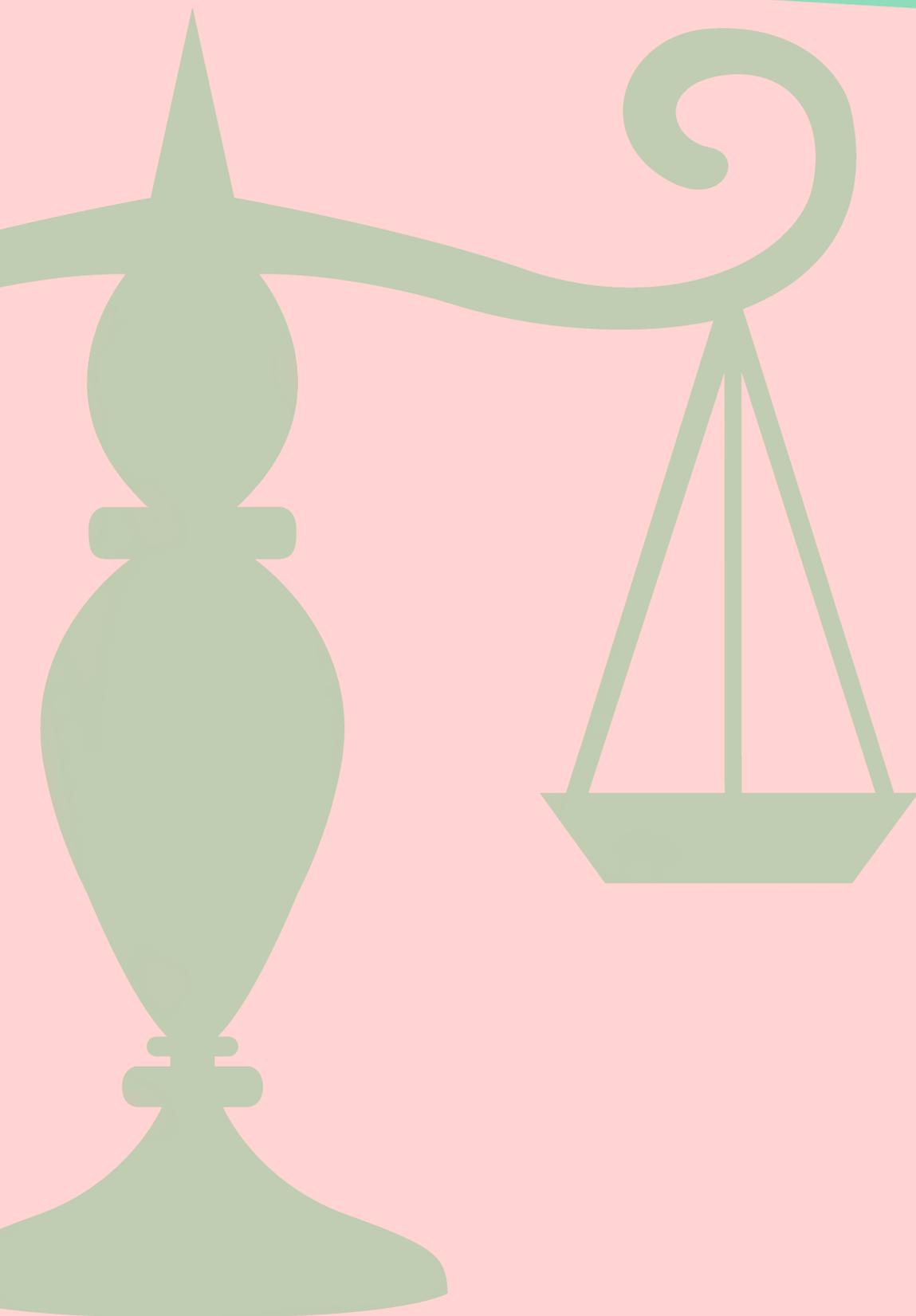


**CUARTA
PARTE**

**FILOSOFÍA DEL DERECHO Y
APLICACIÓN EN EL SISTEMA
JURÍDICO**



FILOSOFÍA DEL DERECHO:

INTERPRETACIÓN Y

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En Colombia la interpretación constitucional en general y la interpretación de la Constitución en particular, viven un proceso muy *sui generis* propio del sistema jurídico colombiano, que se denomina *dualidad interpretativa*⁸¹, generado por un formalismo⁸² interpretativo (Moreso, 2003).

Por dualidad interpretativa hay que comprender el proceso de interpretación de la Constitución y, por ende, de las normas constitucionales y disposiciones iusfundamentales, que siguen unos parámetros normativos de una interpretación específica de la ley, o en sentido estructural normativo propia de las reglas⁸³ o de las normas que pueden comprender su estructura normativa del orden legal u ordinario, como se le llaman comúnmente en el lenguaje del derecho en la cultura jurídica colombiana. “Desde sus inicios, el sistema jurídico colombiano acogió la visión europea continental sobre la supremacía de la ley frente a la Constitución, a la que se consideró la fuente primordial de

validez del derecho en Colombia” (Carrillo, 2012, p. 83).

Dicho fenómeno se estructura principalmente porque en Colombia, a partir de la consagración de la Constitución de 1991, el sistema jurídico busca desde el punto de vista material darle un alcance mayor a los derechos del *escenario estrictamente político* de las normas constitucionales, propendiendo hacia una “nueva conceptualización” por las normas que comprenden derechos fundamentales en sentido estricto.

Planteando en el escenario de la interpretación de los derechos fundamentales, la generación de <<nuevos problemas interpretativos>> como superación de la tensión entre política y Constitución como un acto político en sí mismo:

La problematización se refiere, más bien, a una palpable tensión política de dos aristas: la primera alude a la tensión entre el tribunal o corte constitucional y los demás órganos del poder público, principalmente frente –aunque no exclusivamente- al Parlamento. La segunda es la tensión entre la propia Constitución y –ya aterrizándolo al caso

81 El concepto de *dualidad interpretativa* infiere un tipo de razonamiento hermenéutico, dirigido a determinar el significado de una norma de orden constitucional o inclusive una norma de derecho fundamental, utilizando criterios propios del modelo de interpretación legal u ordinaria.

82 Este tipo de interpretación en el contexto jurídico colombiano, ha sido desarrollado por Aquiles Arrieta (2003).

83 En Colombia la interpretación constitucional, por parte del Tribunal Constitucional, ha tenido un fuerte debate desde la dogmática jurídica colombiana, y en la influencia de la interpretación de los textos normativos desde y hacia la hermenéutica de corte legalista. Esta novedad interpretativa específicamente, está denominada como la interpretación especial a las normas de derechos fundamentales, apelativo generado en la tradición formalista de la cultura jurídica colombiana, que es un ejercicio por parte de la Corte Constitucional como *gobierno de los jueces*. Fenómeno jurídico que, en sí, no es propio ni exclusivo del sistema y ordenamiento colombiano. Este tópico ha sido abordado rigurosamente en Colombia por el profesor López Daza: “Dentro del concepto tradicional de Estado de derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios enunciados por los códigos y las leyes; la Constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior” (López Daza, 2011, p. 170).

colombiano– la Corte Constitucional (Mora Restrepo, 2014, p. 532).

La interpretación constitucional como “dualidad interpretativa”: teoría de la interpretación constitucional en Colombia

Las propuestas interpretativas al inicio de gestación de la Constitución de 1991 no estaban afianzando únicamente la interpretación constitucional que Colombia como ordenamiento normativo recogía desde la doctrina extranjera, específicamente la proveniente del derecho público continental europeo.

La influencia del sistema del *common law* en la interpretación del derecho colombiano recibe un fuerte legado teórico, sobre todo desde la aplicación del sistema de precedentes, como fuente del derecho con verdadera vinculatoriedad y obligatoriedad jurídica, para la construcción y conformación de la decisión judicial.

La interpretación que propuso la Carta de derechos del 91 y, por ende, uno de sus postulados que se siguen consolidando en la actualidad, es la interpretación de los derechos fundamentales, como especialización en el campo de la teoría y dogmática del derecho constitucional, a partir del desarrollo de estudios subespecialidades por construir una teoría de los derechos fundamentales para el contexto del sistema jurídico colombiano.

Este va a hacer, en términos teóricos, uno de los grandes avances en Colombia de la norma fundamental, en la idea de centrar gran parte de su contenido por la consagración en sentido formal y material, de las normas que integran la noción amplia de derechos fundamentales.

Esta dualidad interpretativa *Constitución y métodos propios de la hermenéutica clásica*⁸⁴ de los sistemas tradicionales⁸⁵, establecen una “conurrencia material normativa”, cobrando un valor preponderante la interpretación constitucional como marco de referenciación para el sistema jurídico colombiano.

Así, cuando una norma de orden legal no llena las *expectativas materiales de la decisión*, el juez, para su aplicación en los casos concretos, debe darle una preponderancia mayor a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes colombiano, expresado por orden y mandato del artículo 230 del Constitucional:

Actualmente la atribución del control constitucional a los Tribunales Constitucionales les ha otorgado un auténtico poder normativo por lo cual las sentencias de tales tribunales han sido consideradas como fuentes del derecho dado que son intérpretes auténticos de la Constitución. (...) El sistema tradicional de fuentes consideraba la jurisprudencia como fuente auxiliar y no contemplaba el valor del precedente judicial y especialmente del precedente

84 “Esto se evidencia, ciertamente, en el derecho civil y el penal, pues la aplicación de los cuatro métodos clásicos de interpretación depende del ámbito y el objeto jurídico correspondiente y de sus especiales principios de justicia. Así, el principio de «*nulla poena sine lege*» como expresión del derecho constitucional común europeo en cuanto al derecho penal, determina que no se admita ninguna analogía que perjudique al inculcado; por el contrario, el derecho privado se ha enriquecido y desarrollado por medio de la técnica de la integración analógica”. (Häberle, 2010, p. 387).

85 *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*. (López López, 2013, p. 188).

constitucional (Monroy Cabra, 2013, p.156).

En este orden conceptual los problemas relativos a la interpretación constitucional en Colombia han querido ser respondidos con la función creadora de los jueces⁸⁶ o en concreto, con la función creadora del juez constitucional, cobrando un peso específico mayor en palabras de la *fórmula del peso Alexyana*, la jurisprudencia como fuente principal en el Estado constitucional de derecho a la hora de interpretar derechos fundamentales:

La inactividad del legislador, además, se traduce en la asunción de un papel mucho más activo de la Corte, mucho más creador positivo, no en beneficio del propio Tribunal, ni con el ánimo o pretensión de colocarse por encima de los demás poderes del Estado, sino, sobre todo, para garantizar a todos los ciudadanos la supremacía de la Constitución y sus derechos constitucionales (Vargas Hernández, 2011, p. 28).

En esta línea argumentativa como una visión sistemática de las normas de derecho fundamental que integran en sentido unitario la Constitución, se orienta la interpretación constitucional. Al establecer los derechos fundamentales en sí mismos como un sistema

axiológico interno, dentro de un sistema de valores superiores como establece la idea de la Constitución para la garantía de los principios fundamentales. “La idea de la interpretación sistemática según la cual las normas de un nivel, aquí el constitucional, pueden delimitarse mutuamente, lo cual se corresponde así mismo con la idea de unidad de la Constitución” (Alexy, 2000b, p. 217).

Como crítica a la interpretación constitucional en Colombia, respondiendo a los fines de esta investigación doctoral, se considera que realmente “la función creadora de la jurisprudencia”⁸⁷ sólo mira un aspecto de la interpretación en sentido global o universal, que es el resultado de la potestad normativa, y no la funcionalidad del juez como potestad decisional normativa. Es decir, que con su decisión el juez no sólo crea derecho, sino que con la nueva decisión responde para resolver un problema jurídico más allá del caso concreto o *sub iudice*.

La potestad decisional normativa, operaría en mejor sentido en un sistema híbrido o mixto, no sólo desde el punto de vista del control de constitucionalidad dentro del modelo kelseniano, y del sistema constitucional construido sobre todo en el derecho del *common law* en la experiencia particular norteamericana.

86 La función creadora o creativa del juez constitucional, no puede ser entendida como función modificatoria de los postulados constitucionales superiores, es así como explican Salazar y Naranjo (2012): “Los jueces constitucionales llevan a cabo el cumplimiento de sus funciones con base en un sistema normativo precario cuyo alcance pueden modificar por vía de interpretación, dejando abierta la posibilidad de utilizar la Constitución como una herramienta para la consecución de beneficios y la satisfacción de intereses particulares” (p. 278).

87 “la posibilidad instruida por la jurisprudencia constitucional de intervención judicial como mecanismo de realización de la Constitución y del ambicioso proyecto social que encarna, máxime en un país como Colombia en cuyo sistema jurídico-político la protección de los derechos ha dependido tradicionalmente de su consagración legal, no constitucional” (García Jaramillo, 2008, p. 300).

Estableciéndose como un problema de la realidad social del derecho y de la disciplina jurídica. “La interpretación de la norma es un instrumento de gestión colectiva, un recurso político de realización de los intereses particulares y públicos, permaneciendo el espíritu del derecho no sólo en la norma” (Sierra Cadena, 2009, p. 69).

Estos problemas relativos a la interpretación, tanto legal como constitucional, han sido ampliamente contruidos por la doctrina universal de la interpretación jurídica, representada por uno de sus más grandes exponentes, el profesor italiano Riccardo Guastini⁸⁸.

El representante de la escuela genovesa relaciona los problemas relativos a la interpretación constitucional, perfectamente aplicables obviamente con consideraciones contextuales, al modelo de interpretación y al sistema jurídico colombiano.

Centrándose en un aspecto de toda la actividad interpretativa, que ha sido relegada en la experiencia colombiana, y que es precisamente la interpretación que realiza el abogado o el jurista del derecho, que se podría denominar <<la interpretación de los juristas>>.

Guastini, establece una distinción especial, que aporta y construye desde una teoría de la interpretación jurídica, estableciendo límites

interpretativos entre el juez y el abogado, que se apega estrictamente a la ley o el que no está en los márgenes de la legalidad normativa, sino que presupone otros criterios más allá de los normativos en estricto sentido:

Desde el punto de vista del “hombre malo” –o, más sencillamente, del abogado, o incluso, del juez no ligado a la ley sino a su propia orientación política- la interpretación se presenta no como la “averiguación”, sino como valoración, elección, y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista a un fin preestablecido. (Guastini, 1997, p. 121).

Las particularidades de la interpretación constitucional en la cultura jurídica colombiana pasan por el establecimiento de los rasgos estructurales de las normas que integran la Constitución en sí misma. No sólo desde una *Teoría de las normas de derecho fundamental*, orientadas desde una perspectiva general, sino desde el contexto normativo de aplicación de estos enunciados, conocido como *Teoría de la interpretación de los derechos fundamentales*.

En gran medida el sistema de interpretación y justicia constitucional colombiano ha sido construido *pretorianamente* por vía de desarrollo

88 Guastini, distingue un tipo de investigación que sólo se construye en la decisión judicial, una interpretación decisional o de la decisión, dirigida en específico al funcionario que construye la respuesta, como causa de una actividad que pretende administrar intereses y bienes contrapuestos, la misma facultad de administrar justicia. Relación que en el derecho y sistema jurídico colombiano, se establece como derecho fundamental superior, consagrado en Artículo 229 Constitucional: “La interpretación decisoria y la interpretación creativa, en cambio, son operaciones “políticas”, que pueden ser llevadas a cabo tanto por un órgano de aplicación como por un jurista. La única diferencia importante reside en el hecho de que la interpretación realizada por un órgano de aplicación es, en sentido kelseniano, “auténtica”, es decir, es vinculante en cuanto está provista de consecuencias jurídicas (de las que, por el contrario, carece de la interpretación ofrecida por los juristas)” (Guastini, 2012, p. 32-33).

jurisprudencial, en la Corte Constitucional Colombia.

Además de su identificación, por una *especialidad en sentido constitucional*⁸⁹, superadora de la especialidad de la norma en sentido legislativo en la *decisión judicial discrecional*⁹⁰, prevaleciendo los márgenes de interpretación, de un formalismo dogmático sobre la actividad del intérprete del derecho. El formalismo dogmático proveniente de los sistemas de interpretación desarrollados normativamente en el orden jurídico colombiano expuestos en el Código Civil, siguen generando tensiones interpretativas, a pesar de configurarse en tiempos de la antigua Constitución de 1886, y no existen además, la doctrina constitucional desarrollada por la Corte Constitucional, que ha generado nuevas conceptualizaciones en pro de otorgarle mayores herramientas explicativas al intérprete. <<El punto de vista del formalismo dogmático, si es desafortunado al discurrir sobre el papel del intérprete, carece también de la aptitud descriptiva del ser real de la ley que le atribuyen sus defensores. Y, por consiguiente, también de eficacia explicativa (...)>> (Ibáñez, 1994, p. 870).

Lo que representa, sin duda, una insuficiencia de los modelos de interpretación y en la *actividad interpretativa* en sentido estricto legal, a la hora de ser utilizados o empleados para la interpretación de la Constitución, y

de las normas y disposiciones de derechos fundamentales. La insuficiencia material se presenta cuando se le quiere dar un alcance interpretativo a una norma de derecho fundamental o de raigambre constitucional, estableciendo criterios propios de la interpretación reglada o en el mismo sentido de la interpretación de la ley:

Sin embargo, en nuestro país tal abandono reduccionista del derecho, del culto a la ley sólo fue posible con la Constitución de 1991 y lo fue gracias a la nueva concepción de Estado Constitucional y Jurisdiccional (art 1, 13, 116, 228 y ss. C.P de Colombia). (Rodríguez Serpa, 2008, p. 66).

Generándose con esto una interrogante fundamental sobre si realmente los métodos de interpretación de la ley pueden responder a las necesidades propias, de la especialidad de la interpretación constitucional. El profesor Diego Younes Moreno ha manifestado esta inquietud: “Creemos que los métodos tradicionales prestan un concurso importante para desentrañar el sentido de las normas constitucionales, pero no bastan por sí solos para ese efecto, por la naturaleza peculiar de la Constitución” (Younes, 2007, p. 118).

89 El profesor colombiano, Javier Tobo realiza una distinción sobre la especialidad de las normas que integran la Carta Política: “Las normas de la Carta Política son especiales por los siguientes cinco puntos: 1°. Dan cuerpo al fundamento material y organizativo de la vida del Estado y de la sociedad; 2°. Están formuladas, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado e incompleto; 3°. Determinan los acontecimientos políticos; 4°. Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico, y 5°. Son confiadas para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica” (Tobo, 2012, p. 199).

90 “Entendemos la decisión judicial discrecional como una decisión voluntaria que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras” (Etcheverry, 2017, p. 11).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los rasgos distintivos de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Colombia, a partir de la construcción de la nueva carta política de 1991, especialmente desde su influencia alemana⁹¹, española e italiana, se orienta en determinar la doble dimensión o naturaleza de las normas y disposiciones iusfundamentales, y cuáles son sus rasgos estructurales y normativos.

Gestando una *dogmática de los derechos fundamentales* (Bechara, 2011, p.72)⁹² en Colombia, que consolida las bases para la aplicación material de las normas superiores, en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, generando los espacios propicios para su materialización. “Las normas jurídicas fundamentales, en principio, también constituyen obligaciones jurídicas objetivas del Estado” (Arango, 2005, p. 42).

Estos atributos específicos de los derechos fundamentales se identifican por la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva. La dimensión subjetiva que plantea la existencia de derechos fundamentales, como normas orientadas a la protección individual del titular de los derechos, frente a los bienes jurídicos superiormente garantizados, estableciendo

márgenes de acción y límites de amparo estrictamente en la relación del destinatario y *titular de la norma fundamental* (Gavara de Cara, 2007, p. 308) con los poderes públicos y frente a los particulares, conocida también como eficacia mediata, proveniente de la doctrina alemana de la *Drittwirkung*:

La eficacia mediata exige para la realización de la *Drittwirkung* que existan en el ordenamiento jurídico privado “cláusulas o conceptos generales del derecho capaces y necesitados de ser colmados valorativamente”. Esto supone precisamente un marco normativo en el derecho ordinario que sirva como punto de irrupción de los derechos fundamentales (Julio Estrada, 2000, pp. 210-211).

Esta dimensión subjetiva es ampliada y complementada en tiempos de Estado constitucional y democrático de derecho, por la *dimensión objetiva*, que expande su protección y garantía, no sólo a los poderes públicos tradicionales del Estado, sino a todos los poderes privados, y a la defensa de intereses particulares.

Conocido también como el efecto y eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, que amplían los márgenes de acción material de las normas especialmente tuteladas. “En sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como “directrices constitucionales y reglas de actuación

91 Robert Alexy ha sido uno de los teóricos alemanes que ha generado mayor influencia en Colombia a partir de sus construcciones sobre los derechos fundamentales, en especial en cuanto a la doble dimensión estructural de la norma y disposición de derecho fundamental. Aquí se referencia algunos de sus trabajos al respecto: Alexy (2000c) y Alexy (2007).

92 Se pueden observar otros trabajos similares en el sentido de propender a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales en Colombia: Bechara (2016, 2017a, 2017b, 2019a, 2019b), Carrillo y Bechara (2018), y Molinares y Bechara (2017).

legislativa” (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal”. (Tole, 2006, p. 259).

Tal relación en Colombia, frente al carácter estructural subjetivo y objetivo de las normas de derecho fundamental, propició un nuevo concepto al interior de la cultura jurídica, cuya conceptualización desarrolló en particular las disposiciones iusfundamentales, desde la relación misma del Estado⁹³ constitucional colombiano y el juez constitucional.

El postulado de la relación del Estado constitucional y el juez constitucional es vital no sólo para entender la teoría constitucional contemporánea, sino además comprende un desarrollo en sí mismo de la noción amplia o extendida de los derechos fundamentales. “Se debe tener presente que todo juez que desarrolla una actividad jurisdiccional no desempeña un acto individual aislado de su Constitución y sus principios, y su resolución debe ir apegada a los mismos” (Santacruz & Luna, 2016, p. 181).

La dimensión subjetiva-objetiva construye además, en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que la doctrina global y especializada ha referenciado como *fuerza expansiva de los derechos fundamentales* con particular atención a la actividad judicial de los derechos. Lo que plantea esencialmente una dimensión judicial de los derechos

fundamentales para la satisfacción de los mismos: “Para satisfacer el derecho fundamental siempre habrá de enmarcarse dentro de los límites que impone la naturaleza de la actividad judicial” (Chinchilla, 2009, p. 71).

La actividad judicial de los derechos en Colombia plantea irrestrictamente un <<escenario de distinción hermenéutico>>, al establecer la separación conceptual entre los criterios interpretativos propios de las normas no constitucionales, tal como lo relaciona Manuel Cepededa: “Las normas de la carta de derechos no se prestan a la interpretación silogística ni a las reglas de hermenéutica tradicionales. Por eso el juez inevitablemente tiene que asumir un nuevo papel, para resolver un caso a luz de los derechos constitucionales” (1997, p. 13).

En este orden de argumentos, el *escenario de distinción hermenéutico* en Colombia ha establecido los límites y alcances interpretativos entre los modelos de interpretación constitucional y los modelos de interpretación de la ley. Pero la propuesta colombiana va más allá. Está se da en determinar si al igual que el modelo europeo⁹⁴ de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos fundamentales, existe métodos, técnicas y procedimientos propios para comprobar el contenido normativo de este tipo de enunciados

93 Frente a la relación de la identidad de la Constitución con el sistema de Estado constitucional, existen dicotomías conceptuales en la afirmación de no depender de los principios y valores, sino específicamente del modelo de Estado. Sobre este postulado Guastini se ha referido particularmente al modelo de justicia constitucional colombiana: “La identidad de la constitución parece resucitar aquí no en sus principios y valores (inaplazables), sino en la forma de Estado” (Guastini, 2017, p. 84).

94 “La tendencia general en la Europa occidental se mueve en la dirección de un sistema en que el control de constitucionalidad se suele efectuar en el contexto de casos concretos (a través de cuestiones de inconstitucionalidad, recursos de amparo o recursos del tipo portugués). El control abstracto promovido a través de recursos de inconstitucionalidad es menos frecuente en la práctica” (Ferrerres, 2011, p. 35).

jurídicos. Si dicho fenómeno es recepcionado por la justicia constitucional colombiana, en cuanto a la interpretación iusfundamental, como forma propia dentro del Estado constitucional colombiano:

Los principios que orientan la interpretación constitucional, tales como unidad de la constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora, fuerza normativa de la Constitución, generaron para el desarrollo de una hermenéutica constitucional específica (...) la diferenciación entre la hermenéutica ordinaria y la hermenéutica constitucional ha ocupado un importante lugar tratándose de la justificación de nuevos métodos de interpretación, argumentación y aplicación referidos a la aproximación a la Carta Constitucional. (Quiroga, 2016, pp. 44-45).

Estos principios formales de *orientación interpretativa*, constituyen un verdadero sistema mixto de control de constitucionalidad, ya que se integran elementos del control concentrado de constitucionalidad con el control difuso⁹⁵, al existir un máximo tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, como es el caso de la Corte Constitucional, que también realiza la llamada interpretación auténtica de la Constitución, como interprete autorizado de la Carta Fundamental. “Su aplicación directa pasa por el tamiz de la interpretación que de ella hace su intérprete autorizado (la Corte Constitucional). Esta interpretación cualifica

adicionalmente la norma constitucional interpretada, estableciendo el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia”. (Campo, 2002, p. 90).

En este orden argumentativo, la llamada interpretación auténtica que realiza la Corte Constitucional, busca controlar una pluralidad ilimitada de intérpretes de la norma fundamental, y así establecer en el control mismo de constitucionalidad, un control interpretativo sobre la carta de derechos, evitando la generación de problemas en cuanto a la aplicación misma del texto constitucional.

Desde los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional ha quedado en claro que la acción pública de inconstitucionalidad tiene una naturaleza y una esencia políticas que la convierten en una herramienta estratégica para la participación ciudadana y la protección de derechos, que no se limita a un control de la función del legislador a modo de contrapeso constitucional. Se trata, además, de una instancia que ha sido el resultado de luchas y conflictos por la posibilidad para reconocer y reivindicar los derechos ciudadanos en Colombia. (Gómez Pinto, 2011, p. 183).

Estos problemas de interpretación son cubiertos argumentativamente con la generación de nuevos postulados normativos. “El problema de existir más de un intérprete de la Constitución lleva a lo siguiente: qué

95 “El control difuso de constitucionalidad de las leyes es el modelo norteamericano. Se caracteriza porque el control judicial de la ley no se asigna a ningún órgano de la jurisdicción ordinaria, sino a la totalidad de los jueces. Las sentencias sólo tienen efectos interpartes, es decir, entre las partes en el proceso” (Monroy Cabra, 2006, p.66).

hacer con las interpretaciones contradictorias, que eventualmente pueden darse, o dicho de otra manera, qué hacer cuando exista colisión entre dos tipos de interpretación” (García Belaunde, 1994, p. 34).

Comprendiendo además un control difuso de constitucionalidad, ya que todos los jueces ordinarios, pueden dejar de aplicar una norma que vaya en contravía de la norma constitucional superior. “En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, todos los jueces deben preferir las disposiciones constitucionales, lo que en la práctica supone la obligación de reconocer, para el caso concreto, una *excepción de inconstitucionalidad*” (Lancheros, 2012, p. 165).

El control difuso también se configura a partir del juez constitucional de tutela, en la que todos los jueces de las jurisdicciones en Colombia se intuyen como jueces constitucionales para conocer asuntos de tutela o amparo.

La dificultad, en particular, del juez de tutela se da frente a la aplicación del precedente tanto horizontal⁹⁶ como vertical entre las demás jurisdicciones. Sobre todo en materia de derechos fundamentales, que puedan ser recurridos por vía judicial ordinaria.

Estableciéndose una complejidad mayor, y es que la Corte Constitucional resulta discrecional en la recepción y selección de tutelas que estudiará en la llamada revisión eventual⁹⁷. Lo cual no dispone de un mecanismo que garantice que serán revisadas todas las tutelas que llegan a la Corte por vía de acción de amparo, generando dicotomías conceptuales y materiales, si realmente existe un *control judicial efectivo* con el mecanismo por medio del cual la Corte Constitucional revisa las decisiones de tutela:

Las sentencias de tutela pronunciadas en las diferentes instancias se envían a la Corte Constitucional para su revisión, la que es discrecional por parte de este último órgano. Sobre las sentencias unilateralmente seleccionadas por la Corte, se debe producir el fallo de revisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que se realizó su selección (Cifuentes Muñoz, 2002, p. 298).

96 Alrededor de la acción de tutela también se han generado distintos conflictos. Dentro de la rama judicial estas disputas se han concentrado fundamentalmente en la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de conocer sobre las acciones de tutela y en la existencia de la tutela contra providencias judiciales. (...) El conflicto existente entre las altas cortes en torno a la tutela contra sentencias, conocido como el “choque de trenes”. Este litigio surgió desde el primer momento de actuación de la Corte Constitucional y reaparece cada cierto tiempo en los debates públicos del país, en ocasiones con mucha rudeza (Botero & Jaramillo, 2006, p. 43).

97 La Corte en el ejercicio de su competencia de revisión, finalmente se limita a revocar o a confirmar los fallos que han sido objeto de revisión por parte de ella. Se trata propiamente de un control posterior, que se ejerce sobre providencias judiciales, es decir, los fallos de tutela proferidos por los distintos despachos judiciales del país, y por vía activa, en el sentido que es necesario el despliegue de una gran actividad ciudadana e institucional para que un fallo de tutela sea finalmente revisado por la Corte Constitucional (Quinche, 2014, p. 327).

FILOSOFÍA DEL DERECHO: JUSTICIA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha generado un gran universo interpretativo, a partir de la construcción pretoriana de las normas y disposiciones de derechos fundamentales, sobre todo en una verdadera función creadora de nuevas normas, que pertenecen e integran la noción de ordenamiento y sistema jurídico colombiano.

Entendiéndose la sentencia en términos de Estado constitucional como una *decisión interpretativa*⁹⁸. Esta decisión interpretativa determina las providencias judiciales que provienen del máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia, como *insumos normativos decisivos*, generando una fuerza material vinculante a todo el orden y sistema jurídico.

Si bien, el sistema colombiano de justicia constitucional se identifica con el *modelo Kelseniano* de Tribunal Constitucional, en cuanto a su fase inicial, como legislador preferentemente negativo, el concepto moderno de la interpretación que realizan los Tribunales Constitucionales. No en la exclusividad de una teoría constitucional clásica, en el sentido de proveer con sus decisiones verdaderos límites al uso

del poder político⁹⁹, se conectan a una visión contemporánea como Tribunales Constitucionales, que generan una interpretación de la Constitución, como creadores de derechos, configurándose la noción de legislador positivo, especialmente a partir de la doctrina constitucional:

Ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las subreglas creadas extrayendo de las normas implícitas de la Constitución o integrando normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el propio Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos (Rivera Santiváez, 2006, p. 590).

En este orden conceptual, la configuración del Tribunal Constitucional como legislador positivo, pone de presente un debate que si bien puede pensarse que tiene un gran contexto de actualidad desde el inicio, surgimiento y gestación de los Tribunales y Cortes Constitucionales, en los distintos Estados y ordenamientos, éste se pensó así desde el principio.

Y es precisamente si el Tribunal Constitucional como legislador positivo,

98 El instrumento de la decisión interpretativa de desestimación tiende a realizar una forma de colaboración entre Corte constitucional y jueces en su actividad interpretativa del derecho (incluso si no faltan momentos de fricción precisamente con respecto a tal tipo de resoluciones) y por esto no se emplea cuando existe una orientación jurisprudencial consolidada (el así llamado derecho vivo) en la interpretación de una ley, en cuyo caso la Corte actúa normalmente a través de las decisiones de simple desestimación o de estimación (Romboli, 1996, p. 63).

99 La sentencia de un Tribunal Constitucional más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho (Nogueira, 2004, p. 114).

y generador de nuevos derechos más allá de misma Carta, y de la intención del constituyente, desborda sus límites competenciales, y entra en la esfera de los márgenes del legislador. La relación interpretativa de la Constitución frente a sus normas que la integran debe estar dada por el precepto fáctico de su aplicación concreta. “Debe preservarse una relación lógica y coherente entre la selección de la norma y su aplicabilidad al caso analizado, interconexión entre el ordenamiento jurídico y la parte fáctica” (Rodríguez & Díaz, 2011, p. 175).

Frente al rol de la Corte Constitucional como legislador positivo, se encuentran determinados los límites sobre los cuales la misma Corte debe respetar para no “insubordinarse a la Constitución”. Estos límites son:

- (i). La competencia material del legislador.
- (ii). La intención del constituyen en la gestación de la Carta de Derechos.
- (iii). El respeto por el principio democrático.
- (iv). Observar la garantía política de la división de poderes.

(iv). El deber de no otorgarle otros entendidos normativos a las normas por fuera de la misma Constitución. “Los jueces constitucionales pueden ayudar al legislador a llevar a cabo sus funciones; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que no pueden ser deducidas de la Constitución misma” (Brewer-Carías, 2014, p. 160).

Sobre este tópico en particular algunos teóricos que han tenido la valiosa oportunidad de fungir como Magistrados del Tribunal

Constitucional *in situ*, y han justificado la necesidad de una forma de creación pretoriana o jurisprudencial de los derechos, sobre todo si trata de derechos fundamentales, a partir de la experiencia misma, y desde los contextos de las culturas jurídicas donde se aplican modelos de jurisdicción constitucional más abiertos a generar auténticas creaciones de derechos. “Los magistrados de la Corte Constitucional al redactar sus fallos emplean unas operaciones intelectivas que conducen al producto hermenéutico constitucional, esto es, todos aquellos métodos de interpretación de los que se vale la Corte cuando crea la doctrina constitucional” (Cerra, 2001, pp. 176-177).

En el orden interno colombiano, uno de los primeros profesores de derecho constitucional, en los cuales fungió esa doble dignidad de Magistrado de la Corte Constitucional y la de académico, fue Alejandro Martínez Caballero, quien referenció esta tensión en el modelo colombiano de interpretación de los derechos fundamentales, como una forma de modulación a partir del alcance normativo que le direcciona la sentencia:

La modulación de los efectos de la sentencia no es de manera alguna una arbitraria invención de la Corte Constitucional colombiana, sino que es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional y de la dinámica misma del control judicial de la

constitucionalidad de las leyes (Martínez Caballero, 2000, pp. 16-17).

El establecimiento de una *modulación interpretativa*¹⁰⁰, instaaura una ruptura a la declaratoria de inconstitucionalidad absoluta, por medio de la cual una sentencia de inconstitucionalidad puede dirigir sus efectos sobre una norma jurídica, en torno al ordenamiento donde tiene una pretensión de ser aplicada, generando una *adjudicación constitucional* en sentido especial. (Lizarazo, 2011, p. 171).

Así, de conformidad con el entendido y alcance interpretativo de los fallos constitucionales los cuales generan una emancipación social¹⁰¹ otorgada por la Corte a ese enunciado en específico. Por lo que el juicio constitucional pretende evitar la falta de eficacia de su disposición, debido a que su falta de eficacia, en términos de teoría de la norma, origina la declaratoria de la pérdida relativa o parcial de validez que establece esa disposición. “Un tribunal constitucional puede ir incluso más allá y determinar un período de transición para evitar serios inconvenientes a la estabilidad económica y política de la sociedad, lo que no resulta ilógico, siempre

y cuando, en aplicación del principio de razonabilidad”. (Rueda, 2004, p. 332).

Como elementos teóricos de interpretación de los derechos fundamentales, construidos de forma original por la Corte Constitucional, se estable el denominado como *Juicio o Test de Igualdad*.

El test de igualdad desarrollado por la jurisprudencia de la Corte busca establecer el alcance material de la dimensión subjetiva del principio de igualdad consagrado en la Constitución de Colombia, en su art. 13. Y la dimensión objetiva del derecho a la igualdad, cuando concurren violaciones en el marco de la toma de decisiones¹⁰².

La originalidad de este juicio se predica, en cuanto la Corte Constitucional, y configura una *conexidad interpretativa-argumentativa*, cuando vincula el origen europeo del test de igualdad, cuando se le relaciona más con la aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad especialmente en las construcciones jurisprudenciales provenientes del Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁰³, en cuanto al modelo de interpretación de los derechos fundamentales, y el juicio de

100 “La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una teoría de control constitucional que se concreta en las llamadas “sentencias moduladoras” o “modulación de los efectos de las sentencias”. Teoría que responde al mencionado déficit de la teoría original kelseniana, permitiendo dar solución a los problemas generados por la declaración pura de in/constitucionalidad, e impulsando el ejercicio de una verdadera justicia constitucional” (Portilla Constain, 2002, p. 28).

101 “Este fenómeno consiste en la infusión del lenguaje constitucional articulado por los fallos de la Corte Constitucional a los ámbitos donde se desenvuelve la vida cotidiana de los colombianos. Esta infusión tiende a despertar y activar las energías emancipatorias durmientes en lo cotidiano y a sentar las bases de procesos de organización y movilización colectivas tendentes a la contestación de los discursos y estructuras sociales que causan subordinación social” (Restrepo, 2002, p.7).

102 El termino decisiones utilizado aquí, debe ser entendido en forma amplia, tanto las decisiones tomadas en vía administrativa por poderes públicos, como decisiones judiciales en vía de las jurisdicciones que integran la rama judicial en Colombia. Inclusive en una tercera distinción, sobre decisiones tomadas por particulares que puedan afectar derechos fundamentales de terceros.

103 “En el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró “constitucionalizar” muchos aspectos del derecho civil. El instrumento más poderoso que se forjó el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como *valores constitucionales*, los que el legislador, el poder ejecutivo y el juez tienen que proteger y alimentar, incluso en relaciones entre particulares” (Herdegen, 2006, p. 846).

igualdad¹⁰⁴ que emana de los desarrollos establecidos por la Suprema Corte¹⁰⁵ de los Estados Unidos de América:

La Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas (Bernal Pulido, 2002, p. 57).

FILOSOFÍA DEL DERECHO: DERECHO PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

La teoría de la imputación objetiva nace en el seno de la dogmática penal alemana, especialmente para superar la teoría del casualismo penal, que tenía como criterio para determinar la responsabilidad penal estrictamente objetivos desde la comisión del

acto de desvalor. Es decir, sólo se tenía en cuenta la realización de la misma conducta punible. “La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos” (Puig, 2003, pp. 19).

La imputación objetiva supera la llamada responsabilidad objetiva, sólo se atiende la ocasión del daño de la lesión del bien jurídico tutelado, sin tener en cuenta consideraciones especiales a los elementos subjetivos del tipo, estableciendo apenas un nexo de causalidad estrictamente material entre el actor o agente que desarrolla la posible conducta criminal, y el sujeto pasivo de la conducta, configurándose en una posible víctima del injusto penal. “La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, sólo lo que esté en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también sólo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor” (Sancinetti, 1996, p. 18).

En este orden de ideas, la responsabilidad basada en criterios estrictamente objetivos no tiene elementos como los de la previsibilidad o no de la conducta, la realización bajo medios en los que obre un actuar o no, bajo los elementos específicamente volitivos del tipo,

104 “No es un secreto que la labor de revisión constitucional de la Corte se ha expandido a un proceso de revisión complejo por la fragmentación del Estado colombiano, y por la alta corrupción que históricamente ha caracterizado al poder legislativo en el país. Por esta razón el juicio integrado de constitucionalidad constituye de manera evidente una metodología que blindará a la Corte de posibles ataques basados en rasgos de arbitrariedad en la toma de sus decisiones que efectivamente han reorientado el desarrollo constitucional del país” (Insignares & Molinares, 2012, p. 96).

105 “El derecho anglosajón también dispone de un método para el análisis constitucional de los textos legales. Así, desde 1920 en Estados Unidos el Tribunal Supremo había venido aplicando dos conceptos coincidentes en parte con el principio de proporcionalidad: el *balancing test* y el principio de la alternativa menos restrictiva. Estos métodos han sido, en alguna medida, incorporados por la Corte Constitucional en sus sentencias, aunque han adquirido cierto tinte diferenciador” (Valbuena, 2006, p.93).

tal como lo indica el profesor Nodier Agudelo (2007):

A la responsabilidad objetiva también se le conoce como “responsabilidad por el hecho”. Un sistema penal consagra un tipo de responsabilidad objetiva cuando, para someter al individuo a una sanción, se satisface con la comprobación de un nexo de causalidad física entre el autor y el hecho que considera dañoso, independientemente de que en ese hecho ocurran fenómenos subjetivos. El sujeto es responsable con la sola comisión material del hecho, aunque respecto de este no haya habido ni siquiera simple ligereza por parte del sujeto. En tal sistema de responsabilidad no se indaga por los elementos subjetivos de la acción, ni si el sujeto previo el resultado, o si este era previsible (p. 9).

Entendida así, la teoría de la imputación objetiva como una conceptualización más

acertada de la responsabilidad penal por el desvalor de la acción. Que está orientada al funcionalismo jurídico penal en la superación de aspectos estrictamente normativistas o desde la presentación de un normativismo¹⁰⁶ puro del derecho penal¹⁰⁷, a lo que se le ha denominado dogmática jurídico-penal normativista¹⁰⁸. Esta dogmática penal normativista, se inserta en *La teoría jurídica alemana posmoderna*, un concepto mucho más amplio que engloba los distintos tipos de saberes jurídicos disciplinares y aplicados.

Los primeros fundamentos de la teoría de la imputación objetiva remontan a la *Teoría Hegeliana*, según la cual un modelo de imputación se debía basar sólo en las conductas que modificaban el mundo exterior desde el mismo actuar individual de la persona. Es decir, de las exteriorizaciones que causaban alguna diferencia con el mundo de las ideas humanas, desde la misma conciencia o *pensamiento criminal de representación*, a una

106 “El carácter normativo del derecho, propende a dar respuesta a todos los problemas jurídicos desde la teoría de las normas, siendo una concepción del fenómeno jurídico nomocéntrica. Para un análisis detallado de los alcances del normativismo, observar a Atienza (2001) (...) No cabe duda que donde hay derecho hay también normas jurídicas. Son tipos de normas tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio) como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general) que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se presentan hoy el fenómeno del derecho. Por algo el normativismo y la idea de que el derecho consiste esencialmente en normas es la concepción, de una u otra forma, del derecho dominante entre juristas”. (p. 59).

107 “Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que, si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada” (Urbino, 2005, p. 3).

108 Para una aproximación más profunda, acerca del concepto de la dogmática jurídico-penal normativista ver a Lesch (1995) “normativista, como yo la entiendo, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta; y en verdad, una esencia fundida en la tradición de Rousseau y Hegel. Rousseau describe al individuo del estado natural presocial, como un animal salvaje y aislado, que no posee identidad sin lenguaje ni relaciones sociales. «Todo conocimiento que exige reflexión; todo acto que se llega sólo a través de ordenar ideas que sólo se perfeccionan sucesivamente, parece quedar totalmente fuera del alcance del hombre salvaje, falto de comunicación con sus semejantes, a saber, falto del instrumento que sirve para tal comunicación y falto de las necesidades que la hacen necesaria»” (p. 912).

verdadera *materialización de la conducta del desvalor* punitivo en la configuración misma de la acción.

Dejan a un lado factores o externalidades secundarias o tercerías en la posible comisión por parte del agente en la actividad prohibida por el Estado, perseguida y castigada desde *el ejercicio del ius puniendi*.

Frente a la concreción de la teoría de la imputación objetiva, en sentido estrictamente jurídico, ésta genera la postulación del principio de autorresponsabilidad, para inferir un tipo de responsabilidad en la relación no de causalidad, sino de los riesgos en la infracción penal frente a un actuar determinado. Se considera la imputación a cada persona de su propia obra, que en términos de derecho penal positivo, el principio de autorresponsabilidad representa inconvenientes de determinación jurídica en consideración del principio de legalidad:

El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine legen* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamaré primer postulado del positivismo jurídico: se trata más exactamente de una regla semántica que identifica el derecho vigente como derecho objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo

las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen que es delito (y no también que es pecado) (Ferrajoli, 2009, p. 374).

Configurándose así, en el Estado de derecho legislativo¹⁰⁹ en el ámbito de las leyes penales, que no sólo guarda una especie limitada de proporcionalidad del derecho penal, y del deber de reprochar las conductas que generan un desvalor en la sociedad.

En la medida del principio de legalidad de las leyes penales, el principio de autorresponsabilidad, como componente de la imputación objetiva, no cumpliría los límites competenciales frente al ejercicio del legislador penal. Pues, al ser considerado tal principio de autorresponsabilidad como un principio general del derecho, no necesitaría concreción específica en el derecho positivo del ordenamiento jurídico, este es el sistema penal imperante para ser aplicado.

La crítica insoslayable está cuando no se cumple los mínimos de legalidad frente a principios rectores del derecho penal, como es derecho de la no existencia del tipo penal especificado antes de la ocurrencia del delito. El Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, no podría penalizar ni sancionar la conducta del desvalor, por no ser un delito totalmente configurado ni tipificado.

Esta teorización generó la construcción de una herramienta normativa la cual fue propuesta por Gustav Radbruch, uno de los más grandes teóricos del derecho penal

109 La concepción del Estado de derecho legislativo operó un consenso entre las luchas y disputas de clases. Lo que se desarrolló en el cumplimiento de los poderes públicos representativos del Estado, la no utilización de la fuerza extrema para la realización de sus postulados y, sin duda, dejar la aplicación de penas inhumanas y degradantes basadas sólo en la tortura física y psicológica.

moderno, que construyo toda una *Teoría de la acción* para llevarla al derecho penal desde el concepto de valorativo de la antijuridicidad¹¹⁰ y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho.

Reforzados a través de la materialización de los derechos fundamentales, y en límite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de última ratio, como debe ser entendido el derecho penal en su versión posmoderna, y como superación del conflicto entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo¹¹¹ siendo importante, y sin desconocer la propuesta de Friedrich Hegel para la *distinción constitutiva* de la imputación objetiva:

El principio fundamental sobre el cual se edifica la teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que sólo puede llamarse imputación, en estricto sentido a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío, de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen y son su alma

ya que sin ella nada representan. Existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación del mundo exterior que ha causado la modificación de mi comportamiento, por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, pueden serme imputadas (Reyes Alvarado, 1996, p. 49).

La configuración de la teoría de la imputación objetiva dentro de la teoría general del delito, se muestra como aquellos límites materiales a la acción en sentido de tipicidad penal y, también a la vez, como un estatuto orientador dentro del mismo sistema de justicia penal para la vinculación exclusiva de los comportamientos imputables desde las cuestiones relativas a la atribución de un resultado penalmente reprochable.

Desde esta construcción dogmática, propuesta de manera más reciente que la de Hegel, se edifica la posición de Gunter Jakobs, filósofo y teórico del derecho penal alemán.

La propuesta de Jakobs se erige fundamentalmente desde unos principios básicos, del deber objetivo de cuidado, como lo son el riesgo permitido, la desviación del resultado o la acción a propio riesgo. Tomando como punto de partida de la teorización de Jakobs, la propuesta

110 Es importante frente al punto del riesgo permitido a los desarrollos del profesor Paredes Castañón (1996) al respecto se indica: “En lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto como evidente. Por el contrario, dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática. Dentro de la estructura del delito en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado” (p. 915).

111 El posible enjuiciamiento si desconocía el principio de legalidad al no existir un procedimiento prohibido desde el punto de vista criminal que los obligara a actuar en distinta forma: “Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. (...) los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones” (Nino, 1980, pp. 18-27).

correspondiente a la violación del deber objetivo de cuidado, se puede pensar que las normas penales en general han sido construidas no sólo como medios para el control social, presentando estatutos de mayor o menos reprochabilidad teniendo en cuenta los roles desempeñados en esa sociedad por el agente del desvalor de la conducta penal.

Frente a ese agente del desvalor y en los casos donde la conducta cobra un sentido amplio, como la posición de garante que despliega quien realiza la conducta objeto de sanción, se puede afirmar que desde la teoría de la imputación objetiva, presenta un problema de la realización fáctica del riesgo jurídicamente permitido.

Por lo tanto, la coherencia y la amplitud del sistema jurídico penal despliegue dispositivos normativos para realizar no sólo un control social del derecho a través de sus normas, sino estructura abiertamente verificable en las fórmulas de realización o no, de las conductas desaprobadas, instituyéndose una verdadera fuente de validez social de las normas jurídicas. De acuerdo al punto de vista de Jakobs sobre las cuestiones relevantes a los comportamientos imputables:

Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito de tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al

ciudadano, a la persona. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite contrastar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo. Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto en opinión de Jakobs, se determina si concurre una expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión (Meliá, 2001, pp. 85-86).

Los delitos imprudentes¹¹² dentro de la dogmática penal moderna, hasta antes de los nuevos desarrollos del *punitivismo penal* en el esquema funcionalista de la teoría general del delito, relegaban los llamados delitos imprudentes a una categoría inferior de delitos hasta aproximarlos a un especie de cuasidelitos, cuando los *delitos dolosos* estaban en la cúspide del sistema jurídico penal, en su sentido estricto y general en temas de causalidad abordados desde el esquema de imputación objetiva. Tal tal como lo explica el profesor alemán Eric Hilgendorf:

No obstante, el instrumental jurídico tradicionalmente usado en la resolución de los problemas de causalidad es todo bastante impreciso como para dejar al sentimiento jurídico el espacio necesario para que, a fin de cuentas, las decisiones de la jurisprudencia en los

112 “En la aplicación del derecho en relación con los hechos imprudentes se fusionan la subsunción y la búsqueda de la ley penal apta para la subsunción. Si esta fusión se diluye teniendo en cuenta la ventaja de que, por un lado, sólo la realización (no realización) de una acción final puede ser típica y, por el otro, que el tipo de la ley penal debe describir una conducta estructurada de esa forma. Entonces algunos fenómenos que a primera vista parecen elementos del tipo, se representan desde otro aspecto; *son-cum grano salis*- elementos de formación del tipo” (Schöne, 1996, p. 19).

casos paradigmáticos de responsabilidad penal por el producto parezcan siempre aceptables. Es significativo que la jurisprudencia alemana no haya adoptado el más problemático de estos instrumentos de imputación, la teoría de la «imputación objetiva (2002, p. 93).

El fundamento histórico del desarrollo de una teoría de los delitos imprudentes se da a cabo con la implementación de nuevos procesos industriales, y de explotación económica principalmente en la gestión del mercado y en la comercialización de bienes y servicios, frente a las empresas de manufacturas, explotación de hidrocarburos. Pero, puntualmente el vector principal desde el punto de vista histórico que desarrolla los delitos imprudentes, es EL que se denomina Fordismo o la producción masiva a gran escala de automóviles como medios de transporte personal, y en manos de los ciudadanos que tuvieran los medios para acceder a ellos.

En este orden de ideas, la propuesta fundamental en torno a los problemas de culpabilidad giran en la cuestión valorativa de las fuentes principales del peligro, es decir, cuáles son los rasgos y elementos comunes para observar respecto de la vista punitiva los peligros que se gestan en el interior de la comisión de una conducta punible sujeto de reproche jurídico penal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha indicado:

La conducta de operar vehículos es integral y comprende los momentos precedentes, de tal manera que los movimientos automáticos que realiza el conductor (acelerar, cambiar las velocidades, disminuir la aceleración o frenar) están dentro de la acción global

de conducir, que, si conjuntamente pueden valorarse como voluntarios, de allí mismo puede inferirse si fueron correctos o imprudentes. La denominada regla de la recíproca confianza rige para el desenvolvimiento de actividades peligrosas que son permitidas por ser imprescindibles en la moderna sociedad industrial, tales como el tráfico automotor, porque sin ellas, se detiene el progreso, pero por elemental lógica, sólo tiene derecho a esperar confiadamente el cumplimiento de los demás, aquel partícipe que actúa dentro de los reglamentos y no el que los viola, según los resultados de la sugerida apreciación integral del comportamiento peligroso (Expediente 12224, 1998).

Ocurriendo así un aumento considerablemente cuantitativo en la comisión de delitos imprudentes con ocasión al peligro del desvalor de la acción, y que la doctrina ha preparado para establecer con criterios de paridad las respuestas técnicas a nuevos modelos de criminalidad.

Sobre este influjo la dogmática penal y el desarrollo doctrinal de la teoría del delito, centraban sus estudios en la comisión de los delitos dolosos, y de sus especiales componentes subjetivos o elementos del tipo, como el volitivo y los cognoscitivos, sobre el conocimiento y la voluntad del quehacer del agente que despliega la conducta punible.

Las principales discusiones giraron en torno al dolo y la culpa, como elementos integrantes de la culpabilidad penal, entendiéndolo como una cuestión eminentemente valorativa, haciendo la distinción desde la dogmática, vista en continuidad hacia la dogmática

penal moderna, que la cuestión de la relación dolo-culpa, era mucho más que una cuestión relevante de la culpabilidad.

Toda *la teoría del delito imprudente* se construye a través del injusto penal, con relación al nexo causal del resultado de la acción impudente y la culpabilidad como elementos concomitantes. Pero era necesaria la configuración de un tercer elemento mucho más importante, *el deber objetivo de cuidado*, como esencial del delito del tipo de injusto del delito imprudente, como lo destaca el profesor Francisco Muñoz Conde:

Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. Si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente y, por tanto, quien debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal, sino que es preciso, además saber, quien actuaba diligentemente y quién no. Y si, por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde venía B conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la teoría del delito, como la antijuridicidad y la

culpabilidad en orden a la exigencia de una responsabilidad penal (2005, p. 54).

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y DELITOS IMPRUDENTES

El problema de la embriaguez como factor decisivo para determinar la posible comisión de una conducta penalmente reprochable, abre el debate en torno a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión precisamente al estado de embriaguez del autor o agente que estructura ese desvalor o disvalor de la acción. “En la imputación objetiva, lo importante es seleccionar dentro de las acciones ónticas, aquellas que sean de interés para el derecho penal; las susceptibles de ser enjuiciadas como obra de un determinado sujeto” (Ojeda & Guerrero, 2002, p. 8).

Con base en tales argumentos, la embriaguez desde el punto de vista de la teoría del delito frente a la acción, entendida ésta desde la tipicidad, la antijuridicidad desde la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley penal. Hasta configurar el elemento subjetivo en la culpabilidad para establecer las posibles causas del nexo psicológico entre el accionar, es decir, la puesta en marcha de la acción criminal y el actuar como querer desde el plano valorativo del sujeto activo que despliega la conducta. “En la imputación objetiva se cuestiona, por el contrario, si la acción ha originado un peligro, desaprobado por el derecho, que progresivamente se ha manifestado en el resultado típico” (López, 1986, p. 34).

El tópico de la embriaguez, en tal orden argumentativo, despliega la tensión y el debate si existe responsabilidad penal o

no en los delitos imprudentes, como el homicidio culposo del agente que actúa en estado de embriaguez. Al plano estricto de la conciencia de la ilicitud de la conducta y de la imputabilidad de la norma y sanción punitiva.

Por supuesto, se entiende el estado de imputabilidad, como aquel en donde el agente activo del disvalor de la acción penal conoce, entiende, distingue, relaciona, y actúa en contra de la norma prohibitiva correspondiente a la del juicio de reproche criminal. Como una capacidad de comprensión del hecho o de la conducta, es decir, bajo una plena inteligencia y entendimiento de la causación de una conducta socialmente desaprobada por el ordenamiento y el sistema jurídico penal, generando así una “imputación objetiva”. “La imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis ha generado un “riesgo jurídicamente desaprobado” y este riesgo se ha “realizado en el resultado” (Meliá, 2005, p. 91).

El debate se podría solucionar de la siguiente manera, si quien causase un efecto contrario a la norma que protege un bien jurídico tutelado, como en el tipo de homicidio de carácter culposo, conociendo su estado de capacidad originada con plena conciencia al iniciar la ingesta de bebidas embriagantes o alcohólicas. Debe hacerse la representación de los riesgos intensamente elevados al realizar el despliegue de su conducta en una actividad altamente peligrosa, pero permitida como lo es la de conducir un automóvil. Para lo cual basta apoyarse en la solidez del argumento del profesor Agudelo (2007):

El principio general enseña que el sujeto para ser responsable debe gozar de su capacidad de comprender o de determinarse al momento del hecho; sin embargo, a veces el sujeto no tiene esa capacidad de comprender y de determinarse cuando ejecuta el hecho, pero no por una causa ajena a su voluntad: sino precisamente por su propia voluntad se ha colocado en la incapacidad de comprender o de determinarse. A mi manera de ver, lo expresado por la frase latina es que cuando el sujeto era imputable, esto es, libre pone o crea la causa; como dice Kohlrausch, en estos casos hay una acción no libre in acto, pero libre in causa (pp. 135-136).