

BARRETO ARDILA, Blanca Nélide y BARRETO ARDILA, Hernando. Principios de Derecho Penal. Límites a las funciones legislativa y Judicial. Santafé de Bogotá, 1995. Editora Pro Justicia 163 pp.

Aunque siempre se busca reseñar libros de los grandes autores Colombianos, he querido para esta edición, referirme a un libro de dos jóvenes escritores de temas jurídicos, Blanca Nélide Barreto Ardila y Hernando Barreto Ardila, que sin duda como alumnos destacados de su Universidad, buscan tratar de alcanzar a los maestros de esa casa. La primera es Abogada de la Universidad Externado de Colombia, de donde es también Especialista en ciencias Penales y Criminológicas y Magister en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derechos Humanos egresada de la ESAP. Ha sido Defensora Jurídica en el Ministerio de Justicia, Abogada asesora de la Vice-Procuraduría General de la Nación y actualmente Fiscal 84 Delegada ante los Jueces Penales de Santafé de Bogotá.

El Coautor, Hernando Barreto Ardila, es igualmente, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derechos Humanos egresado de la ESAP, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y, cuenta con dos Especializaciones en la Universidad Complutense de Madrid, una en Inquisición e Intolerancia y otra en Derechos Humanos, última en que obtuvo la máxima calificación al defender su tesina sobre Los Sistemas de Derecho. Además, es autor de varios artículos científicos y del libro «*Derechos Humanos, Aproximación a sus Fuentes*», publicado por la ESAP. Se ha desempeñado como Abogado en la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y del Banco de la República, Juez 66 Penal Municipal de Bogotá, Fiscal 205 Delegado ante los Jueces del Circuito de Santafé de Bogotá y Profesor en Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia y de los PostGrados en Derechos Humanos de la ESAP y en Derecho Penal de la Universidad Católica de Manizales y Director de la Revista ALDABÓN del Colegio de Jueces y Fiscales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca.

El libro está dividido en tres capítulos, precedidos por la presentación (pp. 9 - 14) que a su vez sirve como introducción, en la cual los autores nos hablan del replanteamiento formal y/o real del contenido material predicable de los valores sobre los cuales se construye el sistema que reglamenta las relaciones entre los individuos, y particularmente entre estos y el poder.

Merece atención destacar que rescatan la importancia del Estado Social de Derecho en materia Penal y el valor que se le debe dar a la persona humana y a sus derechos fundamentales, cuyo respeto le es debido por su dignidad.

Precisamente, esta obra en su introducción lo que permite es orientarnos mucho más que en materia de Derecho Penal, hacia un sistema de Derecho Constitucional - Penal, en el cual para ser aplicado tiene su fundamento en los Derechos Humanos y en los precisos límites que se deben imponer a las ramas Judicial y Legislativa dentro del orden social, pues los derechos humanos se van a erigir en «*referentes materiales condicionantes de la validez real del Derecho Penal*».

RECENSIONES

El Legislativo entonces encontrara sus límites en los fines esenciales del Estado, en el respeto y la promoción de la Persona Humana; no pueden imponer un orden social, ha de respetar la diversidad, la diferencia, el pluralismo y la disidencia, partiendo del reconocimiento de una «Normal Anormalidad» o permanente situación de conflicto de intereses, propia de las sociedades democráticas. Pero entonces, sobre ese término usado por vez primera en la Jurisprudencia Constitucional por el Profesor Ciro Angarita y la explicación consecuente, cabría hacernos una pregunta ¿y, en las sociedades no democratizadas es que no hay nunca conflicto de intereses?.

En cuanto a los límites que se imponen a los funcionarios Judiciales, se dice por los autores, que estos deben cumplir y asumir un «papel político de garantes de los fines esenciales del Estado» y del logro de la Justicia en la en la decisión, encontrándose esos funcionarios, comprometidos a censurar las leyes que le son entregadas para ser justo, pues «se reconoce que la justicia y la ley no son sinónimos», con lo cual entraríamos a una discusión entre la responsabilidad y la libertad en la aplicación de las normas, cuya relación parece innegable a la materia que nos ocupa.

Quiere decir esto, citando al profesor Alvaro D'ors Pérez-Peix, que «tan solo el nihilismo de la llamada «postmodernidad» podría postular acaso una libertad sin responsabilidad, por negar la constancia de la identidad personal, suponiendo que la persona se «realiza» en un continuo «elegir» puntual, sin regla ni fin; podría parecer congruente este «realizarse» sin sentido con una despersonalización inhumana que convierte a una cosa (res), «cosificándole» a modo de máquina; pero no es así, pues las cosas son precisamente las que carecen de toda libertad, y se rigen, por un tropismo natural técnico, sea por la manipulación mas o menos arbitraria que de ellas pueden hacer los hombres. En cambio, si no renunciamos a distinguir los hombres de las cosas, resulta ineludible el tener que dar aquellos razón de su propia conducta, y en esto consiste la responsabilidad».

La cita anterior, no viene a ser mas que una explicación para el planteamiento que los hermanos Barreto Ardila hacen en su libro, que no es mas que por su misma existencia social impone a los hombres, en este caso al legislador y al juez, la necesidad de «dar razón» y responsabilizarse de sus actuaciones dentro de unos parámetros que son fijados a partir de una revaluación del fundamento político del principio de autoridad y supremacía de la ley por el principio de «imperio de la persona humana» lo cual a mi me parece importantísimo, toda vez que el respeto del individuo no es mas que «una gran estrategia en favor de la vida», en palabras de Juan Pablo II, de lo que resulta el triunfo victorioso de la humanidad, que es «el vértice superior en la pirámide del poder, pues es ella quien entrega poder al poder para que pueda, no someterla, sino dignificarla a partir de lo merecido en atención a su condición», según los autores.

Finalizan la introducción los Doctores Barreto Ardila, diciendo que su libro surge como «una propuesta a la generalizada preocupación acerca de la administración de Justicia en Colombia y Latinoamérica, pero debiendo precisar, que ellas están dirigidas principalmente a quienes comienzan a interesarse por el Derecho Penal y sus fundamentos, esto es, a los estudiantes de nuestras Universidades», lo cual es cierto, porque es un libro que merece toda la atención, pues en una mínima extensión, concentra grandes

RECENSIONES

planteamientos para reflexionar en torno a la vigencia de un orden social que busque cada día ser más justo.

Los comentarios y especulaciones teóricas del libro, son abordados por los autores como «*simples divagaciones*», pues no se abordan únicamente en torno a conceptos recogidos en amplia jurisprudencia y bibliografía, sino que se basan en algunas de las sentencias que han sido expedidas por los Doctores Barreto Ardila en su calidad de Fiscales, pero advirtiendo que las opiniones en el desarrollo de los temas que se discuten, no pueden considerarse como planteamientos y políticas con carácter institucional de la Fiscalía General de la Nación.

Los autores titulan el capítulo I «*Límites Generales*» (pp 15 - 131), dividiendo en «*precisiones iniciales*» y «*de los principios*». Antes de analizarlo, considero que es un capítulo demasiado extenso que pudo dividirse más para dejarlo mucho más equilibrado con los que le preceden. Sin embargo, me ha llamado la atención como dos penalistas relacionan la humanización del Derecho Penal con el cabal desenvolvimiento de las relaciones sociales entre los hombres, a fin de garantizar a todos el ejercicio cierto y directo de sus derechos fundamentales.

Para ello, citan el concepto de racionalidad del hombre, derivado de la definición de persona, dada por Ilva Myriam Hoyos Castañeda en su obra «*El Concepto de Persona y los Derechos Humanos*», cuando dice «*con el nombre de Persona se designa a los seres subsiguientes que tienen la intrínseca posesión de un acto propio y, en igual forma, la naturaleza más alta de todas las naturalezas posibles, esto es, la racional, porque confiere la calidad de hacerse presente con mayor intensidad*», sobre lo cual, los autores concluyen con su personal apreciación para definir a la persona como «*el se racional con conciencia de sus necesidades, y por ello, ser exigente de satisfacciones; exigencia que es formulada tanto a los demás miembros de la comunidad, como a quien ejerce el poder, a fin de que se provean las condiciones requeridas para la satisfacción de las necesidades sin obstáculos por parte de los demás, ni con ocasión del ejercicio del poder*».

Pero no solo traen a cuenta esta definición, sino tantas otras como la de «*Dignidad de la Persona*» y «*Derecho Penal*», que en suma, no son más que unos conceptos que van a dotar de un contenido de legitimidad a los valores, fines y exigencias derivadas del modelo del Estado Social y Democrático, que propugna nuestro Estatuto Superior, a través del cual se coloca a la persona humana como valor preeminente, primero y superior en toda confrontación axiológica. Concluyen entonces, diciendo que el fin del Derecho Penal, como del Estado, no puede ser otro que la persona humana, a la cual se llega mediante la efectividad de los atributos que merece por su condición y que a la vez se exigen en límites absolutos en la formulación, interpretación y aplicación de las disposiciones legales.

Me causo igualmente grata impresión lo relacionado con el desarrollo de los principios, que con fundamento en la cláusula general de la positivización que presenta el artículo 94 de la Constitución, el cual da pie para caracterizar a los principios por ser vinculantes, independientes, prevalentes y condicionantes; división que nos lleva a concluir que los principios Constitucionales son la base Axiológico - Jurídica obligatoria sobre la cual se

RECENSIONES

construye, todo el sistema normativo, tomando como base para expresarlo, una jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Y precisamente, la Corte Constitucional en variadas sentencias, ha postulado la obligatoriedad de los principios como en la siguiente forma: *«Son principios Constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero de la carta; el Estado Social de Derecho, forma de Organización Política y Territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular y la supremacía de la Constitución. Ellos se refieren a la naturaleza Política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciaron de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base Axiológico - Jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente, son el inicio del nuevo orden».*

Todo esto nos vuelve otra vez a situar en el innegable papel de los legisladores y los funcionarios judiciales en la aplicación de las normas para concluir los autores con una frase que me ha merecido la atención para reflexionar: *«estimamos que los principios no son preceptos pertenecientes al mundo del deber ser, pues nuestra realidad institucional, política, social y económica existe aquí y ahora; no podemos seguirnos ocupando del futuro en tanto descuidemos la construcción del presente, del hoy, de nuestra gestión diaria que implica la asunción de papeles ciertos y definidos, soportados a partir de imperativos categóricos de carácter obligatorio y vinculante».* Con lo cual, el valor de la justicia y la labor del legislador cuya gestión se justifica por si misma, en cuanto se traduzca en la expedición de normas con independencia de su valorización y legitimidad materiales, pues los valores no han de sustentarse en normas, en tanto que las normas siempre e indefectiblemente han de soportarse en valores necesarios y esenciales, obligados a los agentes estatales en la gestión de toda la organización institucional.

Se critica en este capítulo, la mención que hacen al *«Maestro Valencia»* a tal punto de atribuirle una frase jurídica a quien yo creía el poeta, pero resulto siendo el Doctor Jorge Enrique Valencia.

A continuación se encuentra el análisis de los principios de legalidad, materialidad, antijuridicidad material, culpabilidad, principio de dignidad humana y principio de mínima intervención, los que subdivididos cada uno en varios temas, y con variados ejemplos, demuestran la seriedad del presente estudio y la misión del Estado, que según Juan Pablo Marat, *«solamente después de haber cumplido todas las obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan las leyes».*

El capítulo II, se titula *«Límites Específicos a la Función Legislativa, La Persona en la Constitución y la Ley»* (pp 133 - 141). Como lo dije en torno al primer capítulo, encuentro los capítulos segundo y tercero un tanto desproporcionados frente a su extensión, pero sin

RECENSIONES

embargo, igualmente valiosos por el contenido que encierran, pues buscan armonizar los postulados comprendidos en los límites generales. Aquí volvemos a la discusión entre la responsabilidad y libertad, cuya relación no se puede negar, pues la responsabilidad es una consecuencia de la libertad, en todo caso, «*la libertad es presupuesto de la responsabilidad, sea una libertad general, sea la de un acto concreto libremente voluntario*» (D'ors), ya que el segundo consiste en la capacidad de poder decidir, mientras que la responsabilidad es «*la respuesta de la razón que debe dar una persona interrogada acerca de su propio acto y su conducta en general*», como lo dice Alvaro D'ors Pérez - Peix, con lo cual, su definición alcanza un efecto plenamente jurídico, aplicable a estos límites del legislador frente a su responsabilidad que se amplía no solamente a los principios Constitucionalmente fijados, sino a toda conducta moral que ejecute, dentro de la cual incluso se incluye la misma voluntad personal del que resulta responsable, por ser la libertad y la responsabilidad atributos esenciales del hombre.

Es entonces evidente que la responsabilidad del legislador, no siempre responde a un vínculo libremente contraído al postularse y ganar las elecciones, sino que, se funda muchas veces en una situación social en la que las personas pueden hallarse sin haber intervenido un acto voluntario por su parte.

Siendo un poco más específicos, volveríamos a citar a Alvaro D'ors Pérez - Peix, cuando dice: «*El ejemplo de la responsabilidad inalterable más radical, e ilustrativo para nuestra cuestión, pues se trata de la naturaleza esencial del hombre, es la situación de este respecto de Dios, su creador*». «*Desde el punto de vista teológico, Dios hizo al hombre como el ser responsable de sus actos, y, precisamente una relación de amor, es claro que debía dotarle de una capacidad de respuesta*». Esa era la única manera de que el hombre pudiera participar de algún modo de la divinidad del Creador, con el que debía mantenerse en comunicación permanente.

«*Aunque la existencia del Hombre, con su singular naturaleza, no haya surgido por su propia libertad de opción, Dios concedió esta respecto a cada uno de los actos del ser por Él creado, con el fin de que tales actos pudieran ser juzgados como aceptables o rechazables por Él como supremo juez de toda la conducta personal de cada hombre. Es decir: Dios hizo al hombre responsable, y con ese fin le dotó del necesario presupuesto de la libertad de optar por la conducta más conforme a Su voluntad de Creador omnipotente*».

Y, así, los Doctores Barreto Ardila, están orientados hacia el tema de esa responsabilidad en la libertad, por parte del legislador y del juez.

Tanto así, que encontramos aquí como la limitación del legislador se haría efectiva por la vía de la inaplicación de las leyes cuando contraríen los fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, pues según los autores, «*se impone dar cumplimiento al control Constitucional concentrado que es ejercido por la Corte Constitucional a través de la declaratoria de inexecutable, o al control Constitucional difuso que ejercen las demás autoridades, particularmente las judiciales, por vía de la excepción de la inconstitucionalidad*». Quieren decir, entonces, que el control a la labor del Legislador, no es más que la aplicación conveniente del artículo 4° de la carta, es decir la «*Supremacy*

RECENSIONES

Clause», según la cual la Constitución es la norma de las normas. Pero, combinan también el control con el concepto de justicia, enmarcada, en el Estado Social de Derecho en la definición de John Rawls, según la cual, justicia es «*el principio de que cada persona ha de tener un derecho igual al esquema mas extenso de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema de libertades para los demás*», y que solo a partir de la garantía cierta de satisfacción de necesidades, puede con ocasión de la comisión de delitos, estructurarse un legitimo y valido reproche judicial, que se vincula también con las relaciones del Estado con la Comunidad Internacional, lo cual se concreta en las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Colombia en el ámbito de los Derechos Humanos.

Sin embargo, aunque hablan los autores sobre los Derechos Humanos, encuentro la oportunidad de hacer una critica en torno a una discriminación que estos Fiscales defienden entre la actividad del legislador y del juez, cuando dicen: «*el legislador no puede disponer de la puesta en marcha del aparato judicial para cualquier eventualidad, solamente puede ocuparse validamente de la protección de bienes jurídicos importantes*». Entonces, ¿que pasa con los bienes jurídicos que no lo son?.

El Capitulo III, se titula «*Limites Específicos de la Función Judicial, la Persona en la Constitución y la Administración de Justicia*» (pp 143 - 158). Básicamente redondea lo explicado en el capitulo anterior, haciendo mención a una sentencia de la Corte Constitucional, la C-561 de 1992, según la cual «*... el hombre se convierte en el sujeto, razón y fin del aparato estatal. Todo el andamiaje orgánico y funcional de la República esta volando hacia el hombre, hacia el servicio del hombre, hacia la dignidad del hombre*». Por tanto, hoy día, el imperio de la ley y su aplicación por parte de la rama judicial, se justifica dentro de unas condiciones ya referidas de «*normal anormalidad*» en atención a que lo regular del grupo social es vivir un estado irregular de conflicto y a desconocer el significado de la convivencia pacifica y la vigencia del orden social justo.

En este capitulo, se encuentra igualmente singular expresión a la función judicial y la justicia como valor, según la cual, «*la función judicial debe desde la perspectiva del Estado Social de Derecho que declara formalmente la Constitución Política, se vuelve a la gestión ágil y dinámica que entra a concretar su poder, su valor y operatividad, dentro de condiciones legitimantes, en la medida que logre la pretensión de la justicia en el caso particular*».

Ante lo cual, concluyen que, ahora, «*el funcionario judicial mas que una labor jurídica, debe desarrollar ahora una labor humanista, mas que interpretar las leyes debe interpretar los hechos, la realidad social, desempeñar un papel protagónico en la decisión de los conflictos que le son sometidos y ser instrumento para la convivencia pacifica de los hombres, ya que la ley es solo una de las herramientas y los criterios proporcionados para realizar y lograr la justicia*».... «*pues ha que reconocer que esa ley le es entregada como medio para lograr la justicia en el caso particular, pero en el evento de que ello no sea así, podrá acudir a otros mecanismos aptos para que en verdad se le pueda tener como administrador de justicia, y no como simple administrador técnico de la ley*».

RECENSIONES

Y concluyen diciendo que *«si a los funcionarios judiciales les es confiada la administración de justicia, son ellos los garantes de ese orden justo en lo político, lo económico y lo social, ya que el juez del Estado Social de Derecho no es un instrumento mecánico al servicio de un ciego racionalismo, sino un conciliador de un derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta y que debe, por tanto, evitar las consecuencias injustas de la aplicación del derecho vigente».*

Culminan así su libro los Doctores Barreto Ardila , y creo que es una obra que aunque de Derecho Penal, posee unas pautas y orientaciones fundamentales en Derecho Constitucional, que lo hacen merecedor de lectura juiciosa y análisis mas profundo.

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA