

# NUEVO FORO PENAL

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA  
NODIER AGUDELO BETANCUR  
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Coordinador

Leingabe Prof. Ambos

## EDITORIAL

El control de constitucionalidad  
y la ley procesal penal.  
Fernando Velásquez V.

37

## DERECHO PENAL

Anotaciones críticas al fundamento y naturaleza  
de la legítima defensa en Colombia.  
Jaime Sandoval Fernández

La abolición del jurado de conciencia: una medida  
ejemplarmente inhumana.  
Guillermo Cruz

Tratamiento procesal de los inimputables en el nuevo Código  
de Procedimiento Penal.  
Miguel Yacamán Yidi

## CRIMINOLOGÍA

El aumento de la violencia delictiva es también una expresión  
de la crisis del derecho penal.  
Pastor Acevedo H.

Drogas: ¿qué política criminal para la Argentina democrática?  
Emilio García Méndez

Las drogas, la mujer y la farmacia.  
Rosa del Olmo

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: El principio de no contradic-  
ción en materia de casación penal.

Guillermo Duque Ruiz

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Reacción celotípica por  
error con respecto al comportamiento ajeno.

Héctor Jiménez R.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El principio de favorabi-  
lidad en materia penal.

Mario Salazar Marín.

CO/XIV  
F/Z

2345

JULIO

AGOSTO

SEPTIEMBRE

**Directores**  
NÓDIER AGUDELO BETANCUR  
JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

**Coordinador**  
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

**Consejo de Dirección**  
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ  
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.  
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO  
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
MARIO SALAZAR MARÍN  
IVÁN GÓMEZ OSORIO  
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.

**Auxiliares**  
SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)  
JORGE ENRIQUE VALLEJO (U. de Medellín)  
GUILLERMO ARISMENDY D. (U. de Medellín)  
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)  
LINA ADARVE CALLE (U. de Antioquia)

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería  
Bogotá - Colombia  
1987

*La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.*



Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.  
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

PÁG.

El control de constitucionalidad y la ley procesal penal. Fernando Velásquez V. 281

### DERECHO PENAL

- Anotaciones críticas al fundamento y naturaleza de la legítima defensa en Colombia. Jaime Sandoval Fernández ..... 287
- La abolición del jurado de conciencia: una medida ejemplarmente inhumana. Guillermo Cruz ..... 307
- Tratamiento procesal de los inimputables en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Miguel Yacamán ..... 313

### CRIMINOLOGÍA

- El aumento de la violencia delictiva es también una expresión de la crisis del derecho penal. Pastor Acevedo H. .... 325
- Drogas: ¿qué política criminal para la Argentina democrática? Emilio García Méndez ..... 338
- Las drogas, la mujer y la farmacia. Rosa del Olmo ..... 349

### JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El principio de no contradicción en materia de casación penal. Guillermo Duque Ruiz ..... 357
- Aclaraciones de voto. El verdadero alcance de los principios de no contradicción y autonomía. Guillermo Dávila Muñoz, Lisandro Martínez Zúñiga ..... 360
- Segunda aclaración de diciembre 10 de 1986 ..... 367
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Reacción celotípica por error con respecto al comportamiento ajeno. Héctor Jiménez R. .... 371
- Comentario de Hernando L. Londoño Jiménez ..... 378
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El principio de favorabilidad en materia procesal. Mario Salazar Marín ..... 382
- Comentario de Fernando Velásquez V. .... 387

# EDITORIAL

## EDITORIAL

### EDITORIAL

The first part of the editorial discusses the importance of maintaining accurate records and the role of the editor in ensuring the quality of the publication. It highlights the challenges faced by editors in a fast-paced environment and the need for effective communication and collaboration with authors and staff.

### EDITORIAL

The second part of the editorial addresses the issue of plagiarism and the ethical responsibilities of editors. It emphasizes the need for vigilance in detecting and preventing plagiarism, as well as the importance of providing clear guidelines and support for authors to ensure the integrity of the journal.

### EDITORIAL

The final part of the editorial discusses the future of the journal and the role of the editor in navigating a changing landscape. It explores the impact of digital technology and the need for innovation in publishing, while also emphasizing the enduring value of high-quality, peer-reviewed research.

# EDITORIAL

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA LEY PROCESAL PENAL

Decir que el régimen institucional vigente en Colombia y nuestra Justicia se encuentran en crisis, es un lugar común. De ello es prueba fehaciente la falta de políticas generales para conducir el Estado por los senderos de la equidad económica y social y, por ende, la ausencia de una verdadera política criminal que permita a las autoridades velar por la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, como ordena la Carta Fundamental.

Por tal razón, concretándonos a la Administración de Justicia Penal, cuando se afirma que esta carece de medios o de recursos, que a los funcionarios no se les brinda capacitación, que las facultades de Derecho suministran una pésima formación; en fin, que quien asuma con celo y vocación su papel como órgano instituido por el Estado para resolver las contiendas surgidas de la transgresión a la ley penal, va camino al martirologio, no se dice nada nuevo. Esa "crisis", de la que tanto se habla, no es más que una de las manifestaciones de la cruda realidad social, económica y política en que se encuentra sumida la Nación entera.

Nos debatimos en una lucha fratricida que ha anegado de sangre el territorio patrio. Nunca antes las desigualdades sociales habían alcanzado abismos tan pronunciados; las transformaciones políticas que urgen se han limitado, a manera de paliativo, a la elección popular de alcaldes; las reformas agraria y urbana continúan siendo una ficción en torno a la cual especular, cada que algún dirigente político quiere explotar electoralmente el tema; los sistemas de salud, educación, vivienda y seguridad social son inoperantes. La violencia germina en medio de un caldo de cultivo apropiado.

También el sistema penal es ineficaz. Son preocupantes los altos índices de ausencia de persecución penal; los sumarios deambulan por los despachos judiciales con el fatídico "N.N." a manera de INRI; nadie, ni siquiera los que la administran, cree en la justicia.

No pretendemos, sin embargo, volver en esta oportunidad sobre los anteriores tópicos ya suficientemente planteados, incluso desde estas páginas. Hoy queremos señalar, formulando un llamado de atención, como el colapso que afrontamos también es de principios, tal como se acaba de evidenciar con el control de constitucionalidad ejercido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en relación con el decreto 50 de 1987, por medio del cual se expidió el nuevo Código Procesal Penal, y con las impugnaciones de las cuales fue objeto.

Como es suficientemente conocido de la opinión pública, bajo la tutela del gobierno anterior se conformó una Comisión encargada de elaborar un proyecto de normatividad procesal penal, la cual sesionó durante un año con laboriosidad y responsabilidad, culminando su actividad con la presentación del Proyecto de 1986 el cual fue publicado oficialmente el mismo año.

Bueno o malo, eso no pretendemos debatirlo aquí, ese estatuto fue pronto sometido a la revisión de una nueva Comisión convocada de manera apresurada por el actual gobierno, conformada en gran parte por personas completamente desconocidas en el ámbito jurídico nacional y, todo lo indica así, sin una adecuada formación en la materia. Se pretendía en un escaso periodo de tres meses reelaborar el Proyecto para ponerlo en vigencia antes de que venciera el término fijado en la Ley de Facultades.

Y así, sin pensar en los traumatismos que ha venido padeciendo la Administración de Justicia —todavía no recuperada del más leve atentado de que se tenga noticia en la historia contemporánea—, sin seriedad académica ni científica, sin que hubiera tiempo para debatir absolutamente nada, la Comisión Revisora cumplió su tarea mutilando el Proyecto Original, dejándolo lleno de vacíos e incoherencias, incurriendo en imprecisiones y errores de redacción. Incluso, el título preliminar bien concebido por la Comisión Redactora y que se limitaba a reproducir las leyes aprobatorias de los Pactos Mundiales de Derechos Humanos incluidas las garantías judiciales (leyes 74/68 y 16/72), contenido de los postulados inspiradores de todo el estatuto, fue absurdamente modificado y desconocido.

Hemos expedido una ley más que, rindiendo tributo al lema santanderino, nos enseña de nuevo que el nuestro es “un país de leyes”... *mal hechas!* Sí, porque abundan los yerros de técnica legislativa, porque se ha improvisado, porque solo se legisla para calmar a la opinión pública; en fin, porque el Órgano Legislativo es incapaz incluso de legislar, enajenando la reserva legal en el Ejecutivo.

Justamente, la inestabilidad legislativa generadora de *inseguridad jurídica* es una de nuestros más grandes males. En los últimos años, dependiendo de los intereses del momento, se han expedido diversas regulaciones sobre la materia que hoy nos ocupa, tanto de carácter ordinario como extraordinario; normatividades que a veces solo se conocen por las fragmentarias informaciones de radio y prensa, tornando a los administradores de Justicia en “coleccionistas de recortes”, porque las publicaciones oficiales —si acaso se hacen— suelen aparecer cuando ya los textos han perdido su vigencia. Y no se diga que exageramos: La *Gaceta Judicial*, donde se supone se insertan las decisiones de nuestros más altos tribunales de justicia, lleva cerca de diez años sin editarse; esto ha permitido que en torno a las “jurisprudencias”, se monte un lucrativo negocio por parte de personas más ávidas de enriquecerse que de prestar tan vital servicio a la comunidad, pues la información que se brinda no siempre es completa e idónea, y a unos costos que no están al alcance de los directamente interesados.

Así las cosas, la *Jurisprudencia* (entendida como las decisiones de los más altos tribunales de Justicia) permanece muchas veces en el anonimato, solo circula entre grupos de amigos; quien quiera invocar un precedente jurisprudencial solo sabe que lo rodea la inseguridad total. Las decisiones judiciales se van tornando por este camino, para recordar a GIMBERNAT ORDEIG, en una mera cuestión de lotería. Es más, suele ocurrir que los mismos magistrados integrantes de tan altos tribunales desconocen recientes precedentes. Solo nos queda el criterio de autoridad!

Ese nuevo Código, plagado de incoherencias como producto de la falta de seriedad con la cual se viene legislando, fue pronto objeto de innumerables demandas. En ellas, como se colige de las sentencias mediante las cuales se desataron, se observan una pobreza intelectual y una falta de principios francamente preocupantes.

Todo pareciera indicar que los demandantes se encontraban ávidos de publicidad, de ver sus nombres en las primeras páginas de los periódicos, de aparecer en televisión, o de ser entrevistados por la radio. Se busca adquirir “fama” y “prestigio” a como dé lugar, y en ello son expertos ciertos círculos capitalinos; a nadie interesan las preocupaciones académicas, lo importante es “demandar de primero” todo estatuto que vaya apareciendo, en dos palabras: ¡Volverse noticia!

Con los argumentos más absurdos se demandó el decreto 50/87, nadie pensó en rescatar la teoría del proceso penal, en las garantías judiciales que a manera de principios supraconstitucionales, según algunos, emanan de los pactos de derechos humanos; en los postulados que acoge el citado decreto-ley en su título preliminar, para observar si se respetaban o no.

De idéntica manera, y dejándose arrastrar por esa ola de facilismo, la Honorable Corte Suprema de Justicia que ciertamente tramitó las demandas con rapidez e incluso respetando los términos legales, ha caído en impropiedades parecidas a las de los impugnantes al ejercer el control de constitucionalidad como suprema guardiana de “la integridad de la Constitución”, según reza el cánón 214 de la ley fundamental.

No pretendemos cuestionar aquí que se hubiesen declarado exequibles unas disposiciones mientras otras no lo fueron. Lo que buscamos es mostrar la débil fundamentación de la mayoría de esas decisiones, tomadas en contravía de los principios generadores del derecho procesal, de la dogmática procesal penal, acudiendo a argumentos exegéticos y simplistas; nos interesa destacar cómo se desconocen los postulados filosóficos del moderno proceso penal.

Los pactos de derechos humanos, por ejemplo, apenas si fueron recordados en alguna sentencia y en un salvamento, pero para declarar “exequible” una disposición que reduce al jurado de conciencia a un convidado de piedra llamado a modular un “SI” o un “NO”.

En otros casos, como cuando se declara inexecutable la norma consagratoria de la indemnización de perjuicios en favor del absuelto que es un derecho humano ya invocado por los revolucionarios de 1789 (Cfr. leyes 16/72 y 14/68), sorprende la confusión en que incurre la H. corporación cuando aduce que tal disposición pugna con el principio de culpabilidad jurídico-penal, como si un problema propio de la responsabilidad extracontractual tuviera algo que ver con el postulado *nulla poena sine culpa*. Igual cosa puede decirse de las decisiones encontradas por supuestas violaciones a la ley de facultades, que en unos casos permiten encontrar ajustadas unas disposiciones a la Carta Fundamental mientras que en otros, invocando tal vez las mismas razones, se llega a conclusiones totalmente contrarias.

No es nuestro objetivo desvococer la autoridad del más alto tribunal de Justicia, al que debemos acatar con respeto. Se trata, simplemente, de invitar tanto a quienes ejercen ese control de constitucionalidad como a los que presentan las

impugnaciones, a hacerlo con altura y seriedad, para no desnaturalizar tan importante mecanismo de control; con decisiones como las que acabamos de mencionar, dado el efecto de *cosa juzgada* de que están investidas, se corre el riesgo de truncar sanos debates desatados por quienes puedan presentar demandas debidamente fundamentadas movidas por criterios diferentes a los propagandísticos pues, como ya los posibles puntos objeto de controversia fueron debatidos, la Corte solo podrá declarar que se "esté a lo resuelto".

Si queremos que el control de constitucionalidad cumpla su verdadero cometido, es también indispensable que el órgano ejecutivo, o el legislativo excepcionalmente (pues en el caso colombiano la norma general se tornó excepción, y al contrario), legislen con seriedad, de manera mesurada, respetando los principios inspiradores del ordenamiento jurídico, trazando políticas claras en el ámbito criminal. Estamos seguros de que gran parte del caos y la anarquía reinantes en la administración de justicia, son el producto de la carencia de directrices, de la ausencia de auténticos programas de trabajo, de la falta de idoneidad de muchos funcionarios administrativos encargados de cumplir tales tareas. Para la muestra un botón; en cerca de catorce meses de ejercicio del mando por el gobierno actual, se han improvisado cuatro ministros de Justicia, cada uno de los cuales ha querido impulsar cambios diferentes incluso, pese al vínculo partidista común a todos ellos, con concepciones ideológicas disímiles sobre puntos que preocupan hondamente a toda la colectividad.

Hay pues una notoria ausencia de principios que, amenazando con derrumbar el edificio institucional, alcanza a las tres ramas del Poder Público actualmente desorientadas, sin políticas definidas, sin metas. Esperamos que las reflexiones aquí consignadas en tono respetuoso, pero con independencia de criterio, nos lleven a recapacitar sobre los diversos temas abordados, especialmente el atingente al control de constitucionalidad.

Finalmente, cuando ya teníamos en prensa estas líneas, se ha conocido la sanción por parte del ejecutivo de una nueva ley de facultades (ley 30/87) que por el término de dos años va a permitir al presidente de la República, asesorado por una comisión de expertos según se ha dicho, realizar una nueva "reforma integral a la justicia".

Es de esperar, en lo que toca al ámbito penal, que se enderecen algunos entuertos hasta donde el texto legal lo permita, y no se deje a la justicia penal en una postración parecida a la que ahora sufre a raíz del traumático y desorganizado tránsito legislativo que se ha operado. De lo que sí estamos convencidos, en definitiva, es que tardarán muchos años para que podamos darnos una legislación procesal penal adecuada, acorde con los desarrollos del moderno derecho procesal penal, y ello solo será posible cuando, antes que exégetas de la ley, tengamos verdaderos teóricos impulsando tales transformaciones.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Octubre de 1987.

# SECCIÓN DE DERECHO PENAL

# ANOTACIONES CRÍTICAS AL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN COLOMBIA

Por JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ\*

## INTRODUCCIÓN

Esta elaboración hace parte de un trabajo más amplio sobre la legítima defensa, que comprende su fundamento, naturaleza, ubicación en el control social, funciones, papel que cumple como instrumento de selección social y propuestas alternativas. Nos corresponde tratar ahora los dos primeros aspectos.

El cuestionamiento reciente al derecho penal, en especial proveniente de la criminología crítica, ha puesto en discusión variadas concepciones que parecían incommovibles. Habría que preguntarse si los criterios sostenidos desde hace tiempo como teoría general de la legítima defensa no estarán sujetos a esta confrontación (orientación que compartimos), o si por el contrario en esta materia ya está dicho todo, como pretenden argüir los que entienden el derecho penal como una amalgama de teorías, independientes de la orientación politicosocial asumida, defensores del *statu quo* institucional.

## I. De la legítima defensa

La doctrina es bastante extensa cuando se refiere al fundamento y naturaleza de la legítima defensa, por eso solo mencionaremos las teorías que consideramos más importantes, sintetizándolas.

### 1. TEORÍAS QUE NO CONDUCEN A LA LICITUD DE LA DEFENSA<sup>1</sup>

1.1 Pertencen a este grupo las hipótesis de quienes consideran la legítima defensa como causal de inimputabilidad o de inculpabilidad, por perturbación del ánimo, miedo, temor, instinto de conservación y demás causas semejantes. Estas

\* Catedrático de la Corporación Universitaria de la Costa (CUC). Barranquilla.

<sup>1</sup> Entre otros, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Edit. Bosch, 1978, pág. 18; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 10ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 221, siguiendo a Soler; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., vol. 1, Buenos Aires, Edit. Tea, 1978, pág. 338.

posiciones han sido criticadas por ser demasiado restringidas, pues solo beneficiarían a los inimputables, y demasiado extensivas porque quedarían exceptuados de la sanción tales sujetos, por el único hecho de ser inimputables. No corresponde esta visión a nuestra regulación legal y a los dictados de la doctrina actual; resultado semejante se obtiene si se considera la legítima defensa como causal de inculpabilidad. La doctrina es unánime al rechazar tal concepción.

1.2 Otra opinión se fundamenta en la retribución, equilibrando el mal del agresor (la agresión) con el del agredido (defensa); no se impone pena a este último porque no habría razón retributiva al imponerse otro mal. Además de llevar la discusión erróneamente hasta la pena, esta teoría debe criticarse principalmente porque considera la retribución sustento exclusivo de la pena. Los modernos doctrinantes retribucionistas, basándose en el grado de culpabilidad, la esgrimen como límite para la intervención estatal en la vida de los ciudadanos, pero ni siquiera entienden la pena como retribución únicamente (partidarios de la necesidad de la pena). También estas argumentaciones están siendo refutadas al considerarse la pena como una medida que sirve para remover los obstáculos en la participación libre y crítica del individuo<sup>2</sup>. Agréguese a lo anterior que si la retribución mira al pasado, el agresor no podría anticipar su reacción ante la agresión, por ejemplo inminente; tampoco explicaría por qué no se exime de pena al agresor<sup>3</sup>. Si estamos pensando en una teoría de la legítima defensa dentro de un sistema democrático amplio, de nada nos sirve el fundamento retributivo.

## 2. TEORÍAS QUE CONDUCEN A LA LICITUD DE LA DEFENSA<sup>4</sup>

2.1 *La falta de protección estatal.*—Esta primera tesis presenta diferentes matices, según los cuales la defensa del particular es justa cuando la sociedad no puede, le es imposible, acudir en su auxilio<sup>5</sup>.

Tal vez la teoría más extendida sea la de la defensa subsidiaria, según la cual el derecho a castigar que tiene la autoridad social emana de la ley natural, la ley eterna del orden que debe ser completada por la sanción impuesta a quien la infringe. Pero la autoridad solo podrá actuar “cuando haya habido agresión contra el derecho, y cuando, por consiguiente, en el momento de la violación se habría empleado

<sup>2</sup> CLAUS ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Edit. Tecnos, 1976, pág. 48; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Parte general, Barcelona Edic. Ariel, 1984, pág. 41.

<sup>3</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 134; SOLER, ob. cit., pág. 338; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 25.

<sup>4</sup> REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, ed. cit., pág. 221. Causas de justificación, no solamente de licitud.

<sup>5</sup> ENRICO PESSINA, *Elementos del derecho penal*, 3ª ed., trad. de W. González del Castillo, Madrid, Edit. Reus, 1919, pág. 384; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. 1, t. 1, 16ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1971, pág. 356; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Losada, 1961, pág. 74. Denomina a esta teoría como “carácter subsidiario de la defensa propia o ajena”, para distinguirla de la defensa pública subsidiaria en Carrara.

legítimamente la defensa privada, si hubiese sido materialmente posible”. Cuando la defensa pública no es eficaz y la privada pueda serlo, recobra esta su lugar para defender sus derechos, cesando así el derecho que le asiste a la sociedad para castigarla<sup>6</sup>.

Podemos resumir las observaciones a este grupo de teorías, así:

a) *Fundamento en el derecho natural.* Explican la criminalidad como una cualidad ontológica de comportamientos e individuos, precedente a la reacción social y a su definición; los intereses y valores regulados por el derecho penal aparecen como socialmente homogéneos. En síntesis, se postula la ideología de la defensa social, encubridora de la realidad.

Sin embargo, la criminología liberal contemporánea, por intermedio del *labeling* y de la teoría conflictual, se encargó de demostrar lo contrario<sup>7</sup>. Además de fundamentar los bienes jurídicos defendibles en el derecho natural, preconstituidos, inmanentes a la ley natural, descarta la dinámica social en su regulación; y el momento concreto de las relaciones sociales queda reemplazado por la indefinición naturalística.

b) *Defensa privada cuando al Estado le es imposible defender, o no puede acudir, es ineficaz, en la defensa de los derechos de los particulares*<sup>8</sup>. Todas estas manifestaciones imponen al particular una prioritaria sujeción a los medios defensivos del Estado antes que a los suyos, permitiendo muchas veces la consumación de la agresión, destrucción o desmedro del bien jurídico, por estar esperando la obligante defensa pública. Pensemos, por ejemplo, que siendo posible la defensa pública no exista seguridad en su eficacia dadas las circunstancias concretas en que los hechos se desenvuelven, porque sea posible a su vez la consumación de la agresión o no tenga la entidad suficiente para impedir la o suspenderla. También podría ocurrir que siendo eficaz la defensa en abstracto, los encargados de materializarla no lo quieran hacer. O que pudiendo ser eficaz la defensa estatal, la privada lo sea tanto o más que aquella.

No debemos someter la eficacia estatal al riesgo de la comprobación, dada la exigencia o prontitud de la defensa. V. gr.: Al ciudadano que, amenazado de muerte por un agresor que le coloca un revólver en la cabeza, y sabiendo que en el mismo vehículo viajan agentes de policía, supongamos la “Fuerza Delta”, ¿sería sensato exigirle que les pida ayuda, así sea un experto en artes marciales

<sup>6</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 201-2; RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, *Las causas que excluyen la incriminación*, México, Talleres Limón, pág. 283. De conformidad con la anterior teoría, Jiménez de Asúa (ob. cit., págs. 57 y 65) dice que Carrara considera que cuando la defensa privada es eficaz, por ese solo hecho recobra su derecho y lo pierde la defensa pública, sin importar la eficacia o no de esa defensa pública. Interpretación del Maestro italiano que no compartimos.

<sup>7</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Ed. Siglo XXI, 1986, págs. 120-121.

<sup>8</sup> FERNANDO DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, Barcelona, Edit. Bosch, 1971, pág. 27; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 33; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 76. Estos autores se oponen a esta exigencia.

que con hábil movimiento puede desarmar a su oponente? Este caso nos lleva a afirmar que la acertada respuesta a la problemática se encuentra en la selección de los medios defensivos adecuados. Lo primordial es la necesidad de la defensa del bien jurídico para proceder a seleccionar los medios más idóneos, sea que provengan del Estado o del particular<sup>9</sup>. Además, esta teoría no serviría para explicar la defensa ante la autoridad, descartándola en el caso del delincuente político frente a los órganos del Estado.

**2.2 Fundamentación evidente.**—Esta segunda posición da por descontada cualquier complejidad en la fundamentación; la defensa, dirán algunos, será justa porque es natural (derecho natural).

Otra posición afirma que la ley así lo dice, sin averiguar cuál fue el fundamento de su decir; con lo cual nada se avanza afirmando lo no demostrado. Se llegaría así al inmanentismo de los bienes jurídicos en la ley, ocultando los procesos de reacción social y de definición, una nueva expresión de la defensa social, o destacando aquellos sin encontrar la explicación economicopolítica de su pronunciamiento. Agréguese la consideración de que la legítima defensa es concreción del instinto de conservación<sup>10</sup>, tesis rechazada porque restringe la defensa a los bienes jurídicos vida e integridad personal, que aun en ellos es insuficiente, pues corresponde a los albores del instituto mas no a su actual desarrollo, sobre el cual pesa un gran influjo de las concepciones naturalistas. Tal teorización serviría más para ubicar la legítima defensa como causal de inculpabilidad que de justificación<sup>11</sup>.

Si algo demuestran las argumentaciones evidentes es que el fundamento de la legítima defensa no es tan simple como parece.

**2.3 Fundamentación común de la justificante. Similitud con el estado de necesidad.**—La teoría de la colisión de intereses jurídicos (preponderancia) ha sido confrontada<sup>12</sup>, principalmente, al considerar que “por uno de los lados, el del agresor, el bien deja de estar jurídicamente protegido”<sup>13</sup>. Esta teoría no debe confundirse con aquella rebatida por CARRARA: “el derecho de matar al agresor injusto tiene por fundamento el hecho que este, al agredir y amenazar de muerte en forma inmediata a un inocente, pierde el derecho al respeto de la propia vida y que en esa forma merece la muerte”; el jurista de Pisa simplemente la tildó de estrafalaria: “Yo no digo: maté justamente porque el individuo a quien maté merecía la muerte, sino que digo: maté justamente porque tenía derecho a salvarme de una muerte injusta e inminente que no la podía evitar de otra manera”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 39; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 482.

<sup>10</sup> NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 49: “La legítima defensa es el instinto de conservación en acción”.

<sup>11</sup> LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 42-3.

<sup>12</sup> REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, ob. cit., pág. 135; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 56. Se muestra de acuerdo con la preponderancia en la colisión de derechos.

<sup>13</sup> LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 89; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 481.

<sup>14</sup> CARRARA, ob. cit., pág. 205.

Hay quienes son partidarios de una fundamentación común a todas las causales de justificación<sup>15</sup>, punto de vista que no compartimos, pues así la legítima defensa haga parte del género causales de justificación, no podemos olvidar su especificidad. Por ello creemos que la ausencia de ponderación de intereses está en su fundamento y rechazamos definirla como especie del estado de necesidad<sup>16</sup>. Así se le resta autonomía, pasando a segundo plano la agresión que le posibilita, diferenciada conceptualmente del peligro y extrayendo consecuencias diversas para el ordenamiento jurídico y social.

Existen otras posiciones que consideran la legítima defensa como ejercicio de un derecho o de un deber, dándole uno de estos fundamentos, y que no armonizan con las definiciones legales ni doctrinales actuales, pues llevarían a confundirla con otras justificantes claramente delimitadas en sus fundamentos y requisitos. En sus consecuencias serían demasiado restrictivas. En el caso del ejercicio de un deber, la ley otorga el beneficio de la causal siempre y cuando se cumpla con la obligación exigida, dispuesta por ella; si se actuase en forma diferente de lo exigido, la misma ley impondrá su imperio coactivo y sancionará al infractor por lo administrativo o por lo penal, al no cumplir con la obligación impuesta por el deber: por ejemplo, al juez se le permite ordenar la privación de la libertad de una persona, mediante orden de captura, cuando aquella cometió un delito; pero, si no lo hace, no está dentro de su potestad eludir el deber sin que recaigan sobre él las sanciones del caso. Por el contrario, el uso facultativo permite a la persona escoger lo que mejor le plazca; si determinase no ejercer la legítima defensa, dejar que su bien jurídico sea agredido sin oponer ninguna defensa, la ley no la puede obligar a que la ejerza, so pena de ningún castigo o imposición.

Similar resultado produciría tratarla como ejercicio de un derecho, sometiéndola a la regulación que cada uno de los derechos imponga, rodeándola de excesivos y disímiles requisitos que limitarían su ejercicio.

**2.4 Argumento positivista.**—Según tal tesis la licitud se explica por la calidad de los motivos que impulsan a quien actúa carente de peligrosidad. Se valoran como justos, por ende exentos de pena, los comportamientos guiados por el fin de la defensa social, acto de justicia social. Por este camino se llega más rápido a la inculpabilidad, con las críticas referenciadas<sup>17</sup>. Adicionémosle que la acción justificada no descarta otros motivos concomitantes a la defensa, como el odio, la venganza, y que el instituto no excluye de sus confines a los peligros.

Por último, hay quienes presentan los anteriores razonamientos como presupuesto o complemento de otras fundamentaciones, por lo cual las críticas aquí formuladas siguen siendo válidas.

<sup>15</sup> REYES ECHANDÍA, *Parte general*, op. cit., pág. 222; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 56.

Se oponen: JULIO FIORETTI, *Sobre la legítima defensa*, Madrid, Edit. Reus, 1926, págs. 94-5; REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, § 25, III.

<sup>16</sup> REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, ed. cit., pág. 129.

<sup>17</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, ob. cit., pág. 288; REYES ECHANDÍA: *La antijuridicidad*, ed. cit., pág. 139.

2.5 *La fundamentación prevalente.*—Quienes asientan la legítima defensa en la necesidad de defensa del bien jurídico, se constituyen en antecedentes de la teoría prevalente. Aunque ya se vislumbraba una teoría más diáfana, no se establecía la diferencia con las demás causales de justificación, ni se aclaraba por qué surgía de la agresión antijurídica.

Otros se expresaron diciendo que el derecho no necesita ceder al injusto, sin explicar tampoco el doble fundamento, pues solo destacaban la defensa del ordenamiento jurídico; el análisis era unilateral<sup>18</sup>.

Finalmente, se llegó a la posición predominante en la doctrina actual: “El fundamento de la eximente es, efectivamente, doble: tiene un lado individual consistente en la necesidad de la defensa al bien jurídico particular y un lado supraindividual: la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico”<sup>19</sup>.

2.6 *Observaciones a la teoría prevalente. Nuestro criterio.*—Al doble fundamento de la teoría prevalente nos permitimos hacerle algunas observaciones. En una sociedad democrática participativa, la intervención estatal en materia penal (mínimo de intervención) solo es necesaria para proteger bienes jurídicos, pues, de no ser así, la arbitrariedad campearía; a los particulares (coasociados) les interesa una intervención que sirva para garantizar la conservación de sus reales bienes jurídicos. Estos, como síntesis normativa de una relación social determinada y dialéctica, deberán ser seleccionados por el ordenamiento jurídico. Se intenta conformar un sistema crítico participativo, extendido a las bases de la sociedad, en constante revisión, reflejando el verdadero quehacer social<sup>20</sup>; norma prohibitiva y regla permisiva, conformantes del ordenamiento jurídico, se aúnan, cumpliendo cada cual su función de acuerdo con su propia naturaleza, para la protección y defensa a los bienes jurídicos. Por ello es por lo que la legítima defensa, regla permisiva, recoge en su fundamento finalidades que coinciden: la del ordenamiento jurídico al proteger y defender sus bienes jurídicos, y la de los particulares al proteger y defender sus bienes jurídicos injustamente agredidos. Pero, donde se ahondan las diferencias con la posición prevalente es en la exclusión de los bienes jurídicos colectivos, lo que nos parece inexplicable, porque tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos son bienes jurídicos particulares, ¿Por qué excluirlos? Pensar así es negar a la legítima defensa como instrumento valioso para la conformación del sistema crítico de bienes jurídicos, cuyo pilar fundamental lo constituyen los bienes jurídicos colectivos. Consideramos que, en principio al menos, no es el fundamento el recurso adecuado para excluir *a priori* los bienes jurídicos colectivos de la legítima defensa. En el fondo, lo que los autores progresistas del derecho penal

intentan es evitar la defensa de bienes jurídicos como el Estado, el ordenamiento jurídico, la seguridad pública, el pueblo, la nación, etc., tan caros a la democracia; pero el problema radica en que no solo ellos son bienes jurídicos colectivos o de comunidades. Se puede lograr una mejor selección de bienes jurídicos defendibles, colocando como primordiales esos criterios de participación democrática, de convivencia entre los particulares, cerrándoles el paso a aquellos y abriéndoselo a los bienes jurídicos colectivos necesarios para la transformación social.

La fundamentación predominante es contradictoria. Dice que el lado supraindividual es la defensa del orden jurídico, insistimos, regulador de bienes jurídicos individuales y colectivos, mientras que el lado individual consiste en la defensa del bien jurídico particular. Cabría entonces preguntar: ¿Dónde quedan los bienes jurídicos colectivos particulares, sobre los cuales Estado y particular confluyen en su defensa? Este lado no puede ser solamente individual; se expresa aquí un individualismo extremo, a tono con el momento histórico en que la legítima defensa surge, pero no a los nuevos requerimientos del derecho penal, al sistema participativo propuesto. Precisamente, una de las principales recomendaciones de la criminología crítica está dirigida a darles preponderancia a los bienes jurídicos de las clases subalternas. Esto es lo fundamental, sean individuales o colectivos, si no recortamos las perspectivas<sup>21</sup>. Pensar en forma contraria nos llevaría a perder homogeneidad en el discurso, pues en un campo (el criminológico) se aspira a lo que en otro (en el derecho penal) se niega. Además, si solamente nos quedáramos en los límites de la legislación actual, también los partidarios de la teoría prevalente serían restringidos. Ella consagra la protección a bienes jurídicos colectivos, aunque muy pocos e insuficientemente. ¿Cómo poder negar su defensa legítima? Piénsese en la salud colectiva; dentro del patrimonio, la tierra y tantos otros bienes de comunidades o colectividades.

Resulta todavía más inexplicable observar cómo muchos de los autores que descartan en la fundamentación a los bienes jurídicos colectivos, terminan hablando de la legítima defensa colectiva, entendiéndola como la defensa ejercida por sujetos plurales, extendiendo el instituto individual hacia aquellos, quitándole con ello sustento teorico-práctico a la legítima defensa colectiva al dejar por fuera lo primordial: los bienes jurídicos colectivos.

Opinamos que la doble fundamentación de la legítima defensa se concreta en la confluencia de finalidades queridas por el ordenamiento jurídico y por los particulares, dado que ambos persiguen similares finalidades: el ordenamiento jurídico proteger y defender bienes jurídicos de los particulares, y estos, proteger y defender de las agresiones injustas sus bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos.

<sup>21</sup> ALESSANDRO BARATTA (ob. cit., pág. 215): “Un primer perfil concierne al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campo de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: La salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica”... “Se trata al mismo tiempo, de asegurar una mayor representación procesal en favor de los intereses colectivos”.

<sup>18</sup> LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 47 y ss.

<sup>19</sup> LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 79. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ (ob. cit., págs. 232-6): “Solo es posible respecto de personas individualmente consideradas por tanto no es posible respecto del Estado en cuanto ente político o respecto de bienes de colectividades o comunidades (pueblo, nación, etc.)”. También FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 481.

<sup>20</sup> BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 80.

## II. Naturaleza de la legítima defensa

Las fundamentaciones tratadas anteriormente le asignan diversa naturaleza a la legítima defensa; así como nos manifestamos en desacuerdo con aquellas consideraciones, también lo hacemos con sus implicaciones. Intentaremos en este acápite definir la naturaleza de la institución conforme a la fundamentación de la que fuimos partidarios, no sin antes referirnos a algunas teorías necesarias para el logro de nuestro cometido.

### 1. LA TEORÍA KELSENIANA

Si partiéramos de la teoría pura del derecho, nuestro tema de estudio, la legítima defensa, quedaría adscrito a la norma jurídica, único objeto de conocimiento jurídico. Esta, como norma primaria, provocará o tratará de provocar el estado social deseado: "Sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada"<sup>22</sup>. Su meta es encauzar los comportamientos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de realizar la conducta contraria<sup>23</sup>. Anteriormente se había utilizado la expresión *inducir*, mientras que en otra traducción proveniente del alemán se utilizará la expresión *motivar*<sup>24\*</sup>. La amenaza del mal encauza, induce, motiva los comportamientos. Impónese el deber jurídico, la conducta que es la condición de la sanción se encuentra prohibida<sup>25</sup>. La norma se enunciará como juicio hipotético, no como imperativo.

Descártase todo intento de utilizar la teoría de Kelsen en nuestro trabajo, porque se adscribe a la norma jurídica, a la proposición jurídica que coloca como condición una determinada conducta, contraria al estado social deseado y como consecuencia una sanción. En él lo esencial de la norma es la sanción; solo así cobra existencia, explicando la motivación en el acto coactivo. En la regla permisiva otra es la razón para la motivación, carente de amenaza coaccionadora (sanción), guiada por la valoración positiva, no contraria al estado social deseado sino, antes bien, expresión y querer de ese estado.

Con razón se ha dicho que esta teoría trae en sí un doble monismo, pues solo reconoce dentro del orden jurídico la actividad del Estado desconociendo la de los ciudadanos, y solo reconoce en este orden jurídico las normas de sanción<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1960, pág. 72.

<sup>23</sup> KELSEN, ob. cit., págs. 71-2.

<sup>24</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Jorge Tejerina, Buenos Aires, Edit. Losada, 1941, pág. 56.

\* No es que KELSEN utilice expresiones distintas, sino que sus traductores emplearon términos diferentes.

<sup>25</sup> KELSEN, ob. cit., nota 22, pág. 76.

<sup>26</sup> BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 13; ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977, pág. 169.

### 2. LA TEORÍA DE ANTOLISEI

2.1 *La norma*.—Para este autor la característica general de la norma es la imperatividad, su obligatoriedad. El derecho penal constituye un conjunto de imperativos, de preceptos dirigidos a los súbditos cuya función esencial es regular la conducta de estos prohibiendo o prescribiendo; los imperativos crean el deber de comportarse en determinada forma<sup>27</sup>. La norma cumple una función valorativa, califica contrarias a los fines del Estado ciertas conductas descritas en el precepto de la norma: "El legislador, efectivamente, prohíbe ciertas acciones u omisiones en cuanto las reputa dañosas o peligrosas para la comunidad social"<sup>28</sup>. Las prohibiciones están establecidas normalmente no en forma explícita, sino implícita; la norma no dice "no matar", sino "el que mate tendrá tal sanción": "La situación de hecho descrita en la norma se llama comúnmente tipo legal"<sup>29</sup>. La amenaza de un mal caracterizará la sanción, la pena. Se sustenta en la *teoría de la coacción psicológica* (FEUERBACH) y en la de la *contropinta* (ROMAGNOSI).

Obsérvese que para ANTOLISEI el derecho penal es un conjunto de normas, enunciadas en forma de imperativos, mientras que para KELSEN también el derecho penal será un conjunto de normas, pero enunciadas como juicios hipotéticos<sup>30</sup>.

La motivación también se sustenta en la coacción como en aquel; la norma cumple una función valorativa, prohíbe implícitamente las conductas atentatorias contra los fines del Estado, bajo la amenaza de la coacción.

2.2 *Las clases de normas*.—Según el autor cuyo pensamiento analizamos, se podrían clasificar así: "Las normas propiamente dichas, esto es, dotadas de precepto y sanción se denominan normas incriminadoras en cuanto determinan el contenido de un delito, es decir, indican los extremos de una conducta prohibida por la ley y fijan su correspondiente sanción. Al lado de las tales normas existen otras que no contienen ni precepto, ni sanción, estando destinadas a limitar el alcance de otras o disciplinar su aplicabilidad. Las normas de esta clase se denominan generalmente normas integradoras o de segundo grado. Aunque no son autónomas poseen carácter imperativo del mismo modo que todas las normas jurídicas"<sup>31</sup>.

Las normas integradoras se encuentran en la parte general del Código, y pueden ser: directivas, declarativas o explicativas, interpretativas, de actuación, extensivas o limitativas, de reenvío, de conflicto.

La teoría de ANTOLISEI permite al menos vislumbrar una categoría, la de las normas integradoras, sobre la cual se pueden tratar las causales de justificación,

<sup>27</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Parte general, trad. de Juan del Rosal, Buenos Aires, Edit. Uteha, 1960, págs. 37-41.

<sup>28</sup> ANTOLISEI, ob. cit., págs. 38-9.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> En este monismo la teoría de los imperativos coincide con la *Teoría pura del derecho* (KAUFMANN, ob. cit., pág. 348).

<sup>31</sup> ANTOLISEI, ob. cit., pág. 40.

camino vedado por KELSEN. Podría ubicarse este planteamiento dentro de la teoría monista de la norma, en cuanto el derecho solo está compuesto por normas de carácter imperativo y las normas integradoras no tienen autonomía, son también imperativos dependientes de las normas incriminadoras.

### 3. LA ELABORACIÓN DE FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Este autor sigue la orientación de KELSEN y ANTOLISEI, o al menos se apoya en ellos, cuando se refiere a la fundamentación de las normas. Expresa que las normas primarias —terminología *kelseniana*— se dividen en incriminadoras y reguladoras o integradoras —clasificación de ANTOLISEI—. Estas últimas son casi todas las de la parte general, “cuyo contenido es puramente indicativo del sentido y el alcance de las normas incriminadoras”<sup>32</sup>. Deducimos que de estas hacen parte las causales de justificación. Agrega el maestro FERNÁNDEZ que no se trata de que un comportamiento ilícito deje de ser tal, de borrar la ilicitud del hecho, sino de recortar o derogar el alcance de la prohibición. Las cláusulas limitativas de la parte general restringen el alcance de todas y cada una de las prohibiciones de la parte especial, sin necesidad de estarlo repitiendo expresamente en los tipos prohibitivos; la conducta parece encajar en la prohibición, pero realmente está excluida de ella por un tipo de justificación, lo que ha conducido equivocadamente a pensar que primero recae sobre la conducta un juicio de antijuridicidad (indicio de antijuridicidad derivado de la tipicidad), destruido posteriormente por la ocurrencia del tipo permisivo. Debe entenderse que cada tipo de la parte especial prohíbe la conducta en él descrita, solo a condición de que el hecho realizado no se encuadre en un tipo de justificación; si la antijuridicidad pertenece al tipo objetivo de prohibición, las causales de justificación, en cuanto aspecto negativo suyo, lo excluyen, pues que el hecho no concuerda con la prohibición del tipo sino con la permisión de otro. En síntesis, la causal de justificación recorta por vía general el ámbito de la proyección típica, integra en realidad cada figura delictiva, la delimita negativamente<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 61. En igual forma en la 2ª edición, vol. I, págs. 67-69.

<sup>33</sup> *Ibidem* págs. 391, 475, 477. Esta delimitación negativa, en la 2ª edición de la obra la reduce el autor al plano puramente técnico pero no es partidario, como pudo haberse entendido en su primera edición, de que las causales de justificación se entiendan como características o elementos negativos del tipo, sino que estando antes del tipo, la conducta justificada no llega a ser típica: el hecho no es típicamente antijurídico (tipo de injusto), sino típicamente legítimo, tipo de justificación (págs. 321-324). Claro está que si es típica justificada en el plano puramente técnico será atípica de la prohibición, pero no porque la función de la regla permisiva sea recortar, limitar las normas prohibitivas, como cree ANTOLISEI, sino regular directamente de la relación social lo permitido, nivel anterior al de la prohibición que sella totalmente su autonomía ante las normas. Con palabras del propio FERNÁNDEZ: “La justificación de consiguiente no niega el tipo ni lo exceptúa: está antes de él y lo imposibilita, lo priva de fundamento” (pág. 321); precisamente por ello la concepción del autor repele la de ANTOLISEI y viceversa.

Muy a pesar de la simpatía que nos merece la teoría referenciada, nos permitimos hacerle algunas observaciones. Su fundamentación en KELSEN, que se basa en la norma como acto coactivo colocando como fundamental la coacción, la sanción, y desconociendo totalmente las reglas permisivas. No se podría partir de aquí para diseñar por ejemplo una teoría de la legítima defensa, regla permisiva. Pero también su apoyo en ANTOLISEI, que si bien, a diferencia de KELSEN, ofrece la categoría de las normas reguladoras, lo hace quitándoles autonomía, haciéndolas depender totalmente de las normas incriminadoras, colocándoles como única función “limitar, restringir, recortar, derogar” aquellas funciones de mera técnica.

No nos parece adecuado acudir como salida a las limitaciones de las anteriores teorías, al remedio de fundirlas. Las críticas recibidas por cada una no desaparecen al mezclarse, se aumentan y, en muchos casos, como el aspecto tratado anteriormente, se tornan excluyentes. Tampoco creemos que la caracterización de ANTOLISEI para las causales de justificación, como simples causas objetivas de exclusión del delito, le sirva para mucho a quien no solo es partidario de esto, sino que además las causales de justificación excluyen tipicidad, contrario a lo que piensa la teoría de la tipicidad indiciaria, exclusión de delito mas no de tipo. Nos parece más congruente con las tesis sostenidas por el maestro una fundamentación en BINDING y no en los autores referidos.

Obsérvese que no se hace ninguna referencia a la incidencia valorativa en el proceso de selección normativo-permisivo para definir cuáles conductas están prohibidas y cuáles no, a qué obedece esa selección de valoraciones, por qué incluidas o excluidas del ordenamiento jurídico. En síntesis, la vía que abre la crítica del derecho penal en el proceso de definición normativo-permisivo, en el autor, no incide en el nivel autónomo permisivo en favor de extensos sectores de la sociedad que exigen una mejor regulación y defensa de los bienes jurídicos, todo eso se arregla convirtiendo esta relación en una mera técnica de la legislación penal, perdiendo de vista los reales fenómenos sociales que encubren estas irrefutables definiciones doctrinales.

Cuanto hemos dicho no desconoce uno de los principales logros de esta teoría: las causales de justificación vuelven atípica la conducta —posición inicial de BINDING—, solo que previamente habrá que resolver los interrogantes planteados para hallar una mejor utilidad social a esta diversidad conceptual.

### 4. BINDING, KAUFMANN

4.1 *La norma.*—La teoría de las normas de BINDING no es exclusivamente para el derecho penal, aunque en esta rama del derecho encuentre aplicación, lo que no puede poner en duda su positivismo<sup>34</sup>. Este autor denomina normas a las “órdenes obligatorias con contenido jurídico”, son proposiciones jurídicas obligatorias bajo la forma de *prohibición* o *mandato*, sin referencia alguna a las conse-

<sup>34</sup> KAUFMANN, ob. cit., pág. 372.

cuencias jurídicas, que fundamentan *deberes* eminentemente personales<sup>35</sup>. De esta definición se colige la diferencia fundamental con KELSEN, señalada por WELZEL. “El deber que haya de surgir de la coacción es una contradicción, la coacción coacciona pero no obliga”. KAUFMANN agrega que KELSEN remite la validez de la norma a algo que está después de ella: la sanción<sup>36</sup>.

4.1.1 *El juicio de valor que antecede a la norma.* A la norma la antecede un juicio de valor, calificado como presupuesto conceptual y único motivo; es un juicio acerca de la inadmisibilidad o admisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones. En este aspecto también BINDING difiere de KELSEN, para quien la fundamentación normativa está en que haya sido sancionada y no en la remisión al juicio de valor<sup>37</sup>. KAUFMANN, refiriéndose a esta valoración, establecerá tres órdenes posibles: la primera valoración es siempre positiva, es la situación jurídicamente aceptada, la que crea los bienes jurídicos. Como segundo orden de valoración colocará los del acontecer, es decir, los que afectan la situación jurídica valorada positivamente, que serán valorados negativamente, y los que impiden o compensan esa perturbación a la situación jurídica aceptada, es decir, valoradas positivamente. En el tercero ubicará como objeto del juicio del valor la obra humana, el valor o desvalor del acto. Solo este último orden entra en consideración como objeto posible de la norma, de la prohibición, o del mandato<sup>38</sup>. Siéntanse así las bases para la identificación entre objeto de valoración y objeto de la norma, la acción final.

4.1.2 *El deber que impone la norma, la motivación.* La norma en abstracto impone deberes en forma intemporal y la concreción de esa norma impone un deber individualmente considerado, a los sujetos obligados por ella. “El capaz de acción tiene el deber, ya sea de realizar un acto concreto, deber de acción, ya sea de omitirlo, deber de omitir”<sup>39</sup>; el primero emana del mandato, el segundo de la prohibición. Contraría ese deber quien no cumple el mandato o realiza la acción prohibida, el delincuente no actúa en contra de la ley penal, sino conforme a su primera parte.

El valor está impuesto como meta, como deber: tender al valor, evitar el desvalor. El conocimiento de la prohibición o del mandato puede *motivar* a la persona a no actuar en esa forma o a actuar según el deber específico. La prohibición en cuanto motivo no se concreta en la acción prohibida, sino antes de ella, en la influencia que ejerce sobre la persona obligada en el momento de su actuación, en la toma de decisiones. La sola *posibilidad* de ser motivado, aunque realmente no lo sea, es suficiente. Ese será el objetivo de la norma, *motivar*, y esto se alcanza cuando el agente cumple el deber. Profundízase así la diferencia con KELSEN, para

<sup>35</sup> Ídem, págs. 50 a 64.

<sup>36</sup> Ídem, pág. 70.

<sup>37</sup> Ídem, págs. 110-111.

<sup>38</sup> Ídem, págs. 90, 93, 147.

<sup>39</sup> Ídem, pág. 213.

quien el deber está impuesto coactivamente: “Presupuesto al deber es la libre decisión voluntaria del hombre que lo constituye en sujeto responsable”<sup>40</sup>.

4.2 *Las proposiciones jurídicas.*—BINDING, a diferencia de los imperativistas y kelsenianos, que conciben todas las proposiciones jurídicas como normas, entendió que estas no eran las únicas proposiciones jurídicas. También los juicios de valor de diferente grado, no solo los que comparten el mismo objeto de la norma, pueden constituir proposiciones jurídicas, ya que en ellos se encuentra el juicio de valor de lo que debe ser asegurado o producido: *el bien jurídico*.

“El fundamento de todos los juicios de valor y con ello también el fundamento de la norma es, en última instancia, aquel conjunto de juicios de valor que constituyen «la situación jurídicamente aprobada», el «orden social». Y agregará: las proposiciones jurídicas permisivas son todo un compendio de normas: son «contra-normas». Así se demuestra una vez más que el pensamiento de BINDING es correcto en sus rasgos fundamentales. Ni las normas son las únicas proposiciones jurídicas, ni todas las proposiciones jurídicas son normas”<sup>41</sup>. Existen valoraciones positivas previas a la norma, es decir, proposiciones jurídicas independientes en su génesis de la norma; más aún, que le dan fundamento a la norma.

4.3 *Norma y proposiciones permisivas.*—“Todas las normas se presentan como normas con excepciones (supresiones, autorizaciones y deberes jurídicos) de realizar determinada acción”<sup>42</sup>. Esta relación norma-excepción no siempre ha sido vista de la misma manera por BINDING. Inicialmente consideró que la excepción “selecciona un grupo de acciones del concepto de acción de la norma”, reduciendo su ámbito de validez, al transformarla de una norma incondicionada: ¡No debes matar!, en una condicionada: ¡No debes matar, a menos que se den tales o cuales circunstancias que te autoricen o te obliguen a matar!<sup>43</sup>. Complementa lo anterior diciendo: “todas las causales existentes para hacer desaparecer la antijuridicidad vuelven imposible el juicio que afirma que estamos en este caso frente a un tipo penal objetivo de delito”. Refiriéndose al homicidio dirá: “no está ni permitido ni no permitido, está regularmente prohibido, es decir, en la medida que caiga bajo la norma; tan pronto como cae bajo la excepción no lo está”<sup>44</sup>. Con razón estos criterios se han ubicado en la teoría de los elementos negativos del tipo penal, las causales de justificación no solo eliminan la antijuridicidad del comportamiento, sino también la tipicidad. El propio BINDING la rechazó, calificándola como “uno de los monstruos dogmáticos más extraños”. KAUFMANN, partiendo de un análisis a la limitación negativa de las normas, que abarca la materia de prohibición —ob-

<sup>40</sup> Ídem, pág. 215.

<sup>41</sup> Según KAUFMANN (ob. cit., págs. 361-363), “El ordenamiento jurídico no se compone solo de normas sino también de preceptos permisivos (‘autorizaciones’)”. También HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, versión de José Cerezo Mir, Barcelona, Edic. Ariel, 1964, pág. 47.

<sup>42</sup> BINDING citado por KAUFMANN, ob. cit., pág. 319.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Ídem, pág. 30.

jeto de la acción—, dolo y sujetos de la prohibición, concluye que ello no es posible en forma satisfactoria, inclinándose a la posición de BINDING para completar las normas mediante proposiciones permisivas, la tipificación de lo ilícito mediante causales de justificación<sup>45</sup>. El mismo autor confronta la transformación de norma condicionada en incondicionada: “toda acción o bien está prohibida o no lo está. Una acción bajo determinados presupuestos es precisamente una acción diferente de aquella en la cual faltan estos presupuestos”<sup>46</sup>.

Posteriormente BINDING cambió de argumentación: la excepción “vuelve inseguro” el ámbito de validez de la norma. “Al lado del matar prohibido aparece el permitido. A partir de este momento, el matar «en sí» no está ni permitido ni prohibido sino que regularmente, es decir, en la media que cae bajo la norma, está prohibido, tan pronto como se halla bajo la excepción no lo está”<sup>47</sup>. Obsérvese que la cita anterior carece de la primera parte, en la que hacía referencia a la exclusión del tipo subjetivo, concepción inicial de BINDING\*.

KAUFMANN avala esta segunda posición de BINDING. No se trata de limitar negativamente la norma, sino de complementarla mediante proposiciones jurídicas permisivas, de *tipificar lo ilícito* mediante causales de justificación. Siguiendo a WELZEL, concluye que las causales de justificación se enfrentan al tipo penal en el campo de lo ilícito y no son elementos negativos de aquel. Para WELZEL, la comprobación de la tipicidad selecciona las conductas relevantes para el derecho penal. Tienen que ser necesariamente jurídicas o antijurídicas, pero como el tipo es la descripción de la materia de prohibición, su realización es “indicio de antijuridicidad”<sup>48</sup>.

Si la prohibición se entiende como norma abstracta y la permisión como regla abstracta, pueden superponerse, “no se rozan”: “El homicidio es descrito por la ley recurriendo a características diferentes de la acción de defensa del § 53 del C. P.”<sup>49</sup>. En el acto concreto, individual, de matar, pueden presentarse simultáneamente las características del homicidio (prohibición) como de la defensa (permisión). Esa contradicción es aparente en lo abstracto; se contradicen al aplicar el ordenamiento jurídico a la conducta concreta. Si en ella existe el deber de omisión, el acto es prohibido, si no existe es permitido; la permisión se opone a la concreción del deber. “Su interferencia impide que la norma general (abstracta) se convierta en deber jurídico concreto para el autor”<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> KAUFMANN, ob. cit., pág. 331.

<sup>46</sup> Ídem, pág. 124.

<sup>47</sup> BINDING citado por KAUFMANN, ob. cit., pág. 320.

\* En Colombia distinguidos doctrinantes cuestionan a BINDING, prestándole sus propios argumentos iniciales, la teoría de los elementos negativos del tipo penal, sin clarificar por qué acuden a su fundamentación inicial.

<sup>48</sup> WELZEL, ob. cit., pág. 50.

<sup>49</sup> KAUFMANN, ob. cit., pág. 93.

<sup>50</sup> WELZEL, ob. cit., pág. 47.

“Con respecto a la existencia, el juicio valorativo que subyace en la norma tiene prioridad lógica (no temporal) frente a la justificación. Solo cuando está dada «en sí» la antijuridicidad (el desvalor de la acción), es decir, está «indicado» por la «tipicidad» puede intervenir el juicio de justificación; en caso contrario carece de objeto. Fuera del ámbito de las prohibiciones está «permitido» toda defensa, sin que importe su necesidad. Solo un acto de defensa que satisfaga las características de la materia de prohibición es objeto de justificación. De aquí se sigue que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la tipicidad. En cambio con respecto al efecto se añade la primacía del juicio de justificación, la valoración «justificada» vuelve ineficaz el juicio de valor que subyace, por ejemplo, a la norma sobre el homicidio, en lo que respecta a sus efectos en el caso concreto; no se lleva a cabo entonces ninguna atribución de desvalor. El juicio de justificación tiene precedencia en tanto «juicio de colisión», «en la necesidad se expresa un juicio de valor»; en su «no existencia» una confirmación del carácter de desvalor. Tales atributos valorativos no pueden ser elementos del tipo penal. Son más bien atributos de un acto adecuado al tipo de la excepción y de la prohibición”<sup>51</sup>. La proposición permisiva (abstracta) al concretarse se convierte en permisión.

4.4 *Observaciones críticas.*—\* Establecer como inicial nivel de valoración la situación jurídica aceptada, el orden social, implica diferenciar el mundo del ser: los intereses sociales heterogéneos y contrapuestos, la expresión actual de nuestro ordenamiento jurídico, las limitaciones de la motivación en las reglas jurídicas, del deber ser: de lo que aspiramos a conformar. No hacer esta distinción convierte la teoría en puro manejo ideológico.

\* El esquema de la tipicidad indiciaria, esto es completar la norma con la permisión y trasladar al campo de lo ilícito la confrontación antijuridicidad-causales de justificación, como aspecto negativo suyo, parte de una premisa: el objeto de la permisión es derivado de la prohibición. Nos parece que siguiendo los niveles valorativos anotados, se puede llegar a otra conclusión.

\* El dejar abierta la posibilidad de ampliar las cargas de la tipicidad a otras ramas del derecho, como por ejemplo la procesal, se hace cada vez más peligroso.

\* No contesta interrogantes obvios: ¿cómo se explica que una conducta esté prohibida y permitida a la vez, o que primero se prohíba y luego se permita? ¿Cómo se explica la doble adecuación al tipo-justificación, si contienen valoraciones diferentes y excluyentes? ¿Cómo incide la valoración del objeto en la selección de conductas prohibidas? ¿Será que se trata de valoraciones neutras en lo político y social descritas por el tipo?

## 5. NUESTRO CRITERIO

5.1 Somos partidarios de una teoría dualista de las proposiciones jurídicas, que les conceda autonomía a las reglas permisivas y que permita diferenciarlas claramente de las normas, sin negar su relación.

<sup>51</sup> KAUFMANN, ob. cit., pág. 341.

5.2 *Regla jurídica y valor.*—Los juicios de valor anteceden tanto a la norma como a la permisión, presupuesto conceptual y único motivo de las reglas jurídicas. La primera valoración es siempre positiva, el conjunto de valores que integran el orden social, donde se crean los bienes jurídicos. En el deber ser, los intereses heterogéneos y algunos contradictorios, solo pueden establecer una situación social aceptada, basada en el conflicto, en la abierta participación democrática. El ordenamiento jurídico correspondiente a este tipo de sociedad tendrá que regular bienes jurídicos acordes con el carácter conflictual de la estructura que le dio origen, sometido a constante revisión y crítica. La motivación sobre la cual funcionan estas reglas jurídicas, se cimenta en la realización de los coasociados al intervenir en los destinos de una sociedad que admite la participación amplia y el derecho a ser diferente, es decir, que construye su propio orden económico, político, social y jurídico. De la valoración positiva conforme a la situación social aceptada surgirá la permisión y el mandato, y de la negativa, contraria a esa situación, surgirá la prohibición, como desvalor de ciertos comportamientos. La responsabilidad penal exigida a quienes se entregan todos los medios de participación y crítica, culminará en la imposición de medidas, ajenas a la privación de libertad, que contribuyan a superar los obstáculos por los que pasa el individuo en su vida participativa. Todo ello en la perspectiva de eliminar el derecho penal y sus consecuencias.

El problema se torna más complejo cuando en el ser<sup>52</sup>, en el mundo del derecho tal como es, en nuestras sociedades de democracia restringida, el poder de definición selecciona conductas prohibidas o permitidas, diseña bienes jurídicos, estableciendo como situación jurídica aceptada la proveniente de valoraciones hegemónicas, de intereses económico sociales hegemónicos, prevalentes, o expresión ideológica de valores diferentes de los propios. Los intereses jurídicos de mayor importancia para la colectividad quedan en el enunciado sin normas que los protejan, o protegidos insuficientemente. Son las actividades al alcance de los grupos subordinados las que con mayor frecuencia están descritas en los tipos penales. En la selección excluyente de conductas estarán aquellas que no se describen porque afectan intereses de clase hegemónicas, o que se describen en forma tal que resulta imposible aplicarlas<sup>53</sup>. Las valoraciones positiva (permisión) y negativa (prohibición), emanadas de la situación social, en la que determinados intereses sociales se hegemonizan, expresarán la sustentación de sistemas democrático-restringidos o antidemocráticos, de defensa del sistema predominante, negatorio del conjunto de valoraciones sociales distinto de los hegemónicos, o, cuando más, regulados insuficientemente, es decir, la valoración impregnada de lo político-ideológico. El deber que así surge, la motivación que guía la regla jurídica, tiene su sustento

<sup>52</sup> EMILIO GARCÍA MENDEZ: "La crítica del derecho, a mi juicio, debe trabajar en el plano del ser del derecho, tratando de descubrir sus funciones reales en un contexto determinado", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, núms. 27-28, Bogotá, Librería del Profesional, 1985-86, pág. 373.

<sup>53</sup> EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, págs. 141 y ss.

en la real situación material, y la libertad de actuar se reduce a su máximo, a respetar valores ajenos bajo la amenaza del castigo. Solo la incidencia en el control social de la política criminal en favor de las clases subalternas por la consecución de una democracia participativa, amplia, podrá otorgarle dinámica a la relación regla jurídica-progreso social, es decir, por el logro del deber ser.

Lo que inmediatamente nos preguntamos es: si así como la criminalización-descriminalización de las normas penales (prohibiciones), hacia el mínimo de derecho penal, favoreciendo a las clases subalternas en la tutela de sus reales bienes jurídicos, hace parte de una política criminal en el esquema crítico, ¿no podrá acontecer algo similar con las reglas permisivas, que puedan cumplir un papel especial y dinámico correspondiente a su autonomía, no dependiente de las prohibiciones; un mejor uso de la regla permisiva, facultativa, hacia la defensa de reales bienes jurídicos de las clases subalternas, fundamentalmente colectivos?

5.3 *Norma y permisión.*—Hasta nuestros días, los sistemas o técnicas de relación entre ambas han contribuido a ocultar la verdadera significación de sus definiciones y aplicaciones. Podría pensarse en conservar los sistemas utilizados, el de la tipicidad indiciaria por ejemplo, y darle un vuelco en la práctica. Ello es posible y se está realizando. Nosotros preferimos cuestionarlo y plantear otra alternativa, sin olvidar que cualquiera de estas iniciativas quedaría inservible, de no hacer parte de una política más general de transformación social.

Es indudable que tanto la norma como la permisión se ocupan de la acción humana, pero en el mundo del derecho ello no basta. No es la misma acción, jurídicamente hablando, la que se considera indiferente o relevante para el derecho penal, la prohibida de la permitida. Es el poder de definición el que agrega, conforme a ese orden social, económico y político, ciertos aditamentos, característicos al objeto común, diferenciando mediante procesos de selección las conductas prohibidas de las permitidas, especialmente por la valoración que establece para cada una de ellas. La valoración positiva que contiene la permisión y la negativa que contiene la prohibición, posibilitan establecer mecanismos distintos de relación y autonomía entre ambas. No es el objeto de la permisión la conducta prohibida, es la conducta permitida, deseada, valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.

La permisión surge y se aplica sin acudir a la norma, estableciendo prioridad en su observancia, por lo menos permitiendo examinar en forma simultánea, cuál de ellas subsume la conducta. Siempre que esté presente una causal de justificación, no evidente, se privilegiará probar su improcedencia, desvirtuándola con pruebas suficientes que así lo ameriten, como requisito previo para poder decidir sobre las implicaciones normativas que afecten la libertad del ciudadano, interpretando la presunción de inocencia. Si fuere evidente, ante clara conducta atípica, ni siquiera deberá abrirse investigación.

Nos parece posible ampliar la cobertura de las causales de justificación, en particular de la legítima defensa, hacia sectores excluidos de sus beneficios, revitalizar su estructura aplicándola a las situaciones de mayor significado social que, aunque no se acostumbre tratarlas como tales, sino como actuaciones transgresoras

del derecho penal, ameritan ser protegidas por él; considerarle valoración positiva no dependiente de la norma, sino directamente de la situación social dada, de las diferentes colectividades en que se practica, en la relación social de los reales bienes jurídicos —Constitución Nacional, ordenamiento jurídico, significación social—. A una lenta transformación de los tipos penales, social-progresiva, bien puede antecederle una dinámica en la utilización de las justificantes. Así los flancos para la mejor regulación a los bienes jurídicos serán dos, se amplían los niveles de defensa, no solo la criminalización-descriminalización en los tipos penales, sino también el mejor uso de la permisión, cuestionando la limitada y amañada valoración positiva en ella contenida, pero haciendo posible ampliar su utilidad social.

#### 6. NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Caracterizamos la legítima defensa, causal de justificación, regla jurídica permisiva-facultativa. El ordenamiento jurídico valora positivamente la acción descrita, la espera, pero no la impone como obligación. Podrán los coasociados hacer uso de esta facultad, sin que medie la obligación, la coacción, el deber. Cosa distinta acontece en la norma, con el deber de omitir la acción prohibida y el deber de realizar la acción querida, o, en la misma permisión, con el ejercicio del deber. Sin embargo, esta facultad coloca el valor como motivo: La defensa del bien jurídico. Pero si alguien se abstiene de hacer el uso facultativo no se le puede exigir ningún deber. La conducta así descrita es relevante para el derecho penal, por sí misma, no por el tipo penal, querida y valorada positivamente por la sociedad.

Así entendida la caracterización de la justificante, no puede quedar duda de las diferencias con las teorías expuestas, cuyo punto de partida consiste en considerarle: aspecto negativo del tipo penal, o, como también se dice, complemento mediante el cual se diseña la prohibición, o de exclusión de la antijuridicidad conservando la tipicidad.

### III. Algunas reflexiones sobre la legítima defensa en Colombia

Quizás lo expuesto en los acápites anteriores ha podido producir la imagen de que solo se trata de una especulación puramente teórica, otra más, sin ninguna aplicación a nuestra realidad sociopolítica; es el riesgo que se corre cuando se intenta matizar a las teorías predominantes, en el caso de la legítima defensa, intentando a la vez resaltar el sentido práctico de tales concepciones. Solo que el problema es de niveles: pronunciándonos sobre el primero nos será posible insinuar algunas consideraciones sobre el segundo, el nivel aplicativo.

Hasta el momento la aplicación de la legítima defensa se ha quedado en las relaciones individuales exclusivamente, en homicidios y lesiones primordialmente, bien jurídico de la vida e integridad personal, entendidos de manera individual, secuela de la fundamentación individualista que excluye los bienes jurídicos colectivos; además, porque la naturaleza del instituto se ha orientado a defender los bienes

jurídicos en forma limitada, dependiente de la norma, del poder de definición y de lo que por costumbre y desdén indica el poder de aplicación, sin pasar a una concepción crítica en la revisión y mejor regulación de los bienes jurídicos. Así, muchísimas situaciones sociopolíticas, en vez de ser protegidas por el derecho penal han pasado a ser excluidas de las permisiones, duramente reprimidas; muy por el contrario, nos parece que los intentos realizados por lograr una mejor regulación y defensa de los bienes jurídicos colectivos, hacen parte de una incipiente pero cada vez más desarrollada tendencia a transformar las reglas internas de la democracia, en una democracia participativa que debe ser protegida por el derecho penal. Ejemplo de las situaciones sociopolíticas a las que nos estamos refiriendo abundarían en Colombia. Piénsese en el bien jurídico de la *vida*, pero no ya como la supresión de la existencia de una persona aislada, sino como la agresión actual o inminente-permanente hacia masivos sectores de la sociedad, ya sea política. “Durante 1986, cada día fue retenido y desaparecido un dirigente popular, sindical o militante de izquierda. Los asesinatos políticos llegaron a la cifra de 3.500 en cuatro años”<sup>54</sup>; o hacia otros sectores sociales (cuyas cifras se nos escapan); el *Paro Cívico* de Barrancabermeja (mayo 5) es un claro exponente de estas formas de legítima defensa colectiva. Lo mismo podemos decir del movimiento de Chibolo (Magdalena) de 23 de mayo de 1987.

Pensemos en otro bien jurídico colectivo, el de la *salud colectiva*, que lleva insito el de la prestación de ciertos servicios públicos por el Estado (Const. Nal., arts. 32, 182), tales los de acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, etc., pero que aquel no presta a la mayoría de los sectores desfavorecidos, vulnerando permanentemente los citados bienes jurídicos y consecuentemente el de la vida; nos sirve de ejemplo, entre tantos otros, la ciudad de Barranquilla, considerada en Latinoamérica como la ciudad donde mayor número de niños mueren por gastroenteritis, acerca de lo cual el epidemiólogo CHRISTOPHER DRASBECK, de la Organización Panamericana de la Salud, refiriéndose a las causas de la mortalidad infantil reseñada, ha puesto de manifiesto que, en una ciudad de 1 millón de habitantes, 400 mil carecen de agua<sup>55</sup>. Agregamos que el agua que se consume en los barrios pobres de aquella ciudad es transportada en carrotaques o extraída de pozos que no observan los mínimos requisitos de salubridad, con los resultados conocidos. ¿Podrá quedar alguna duda de la legítima defensa a estos bienes jurídicos colectivos cuando los pobladores de barrios y municipios del Atlántico se lanzan al paro cívico? El caso más reciente es el de Malambo (4 de mayo), donde se bloquearon vías y hubo enfrentamientos con la fuerza pública, con resultado de varios heridos; no existe ninguna diferencia con lo que acontece en el resto del país: Tunja, Barranca,

<sup>54</sup> ARMANDO NOVOA, “Dos propuestas democráticas”, en *Revista Debate*, núm. 6, febrero - marzo, 1987, pág. 29.

<sup>55</sup> CHRISTOPHER DRASBECK, citado por JOSÉ GRANADOS, “Barranquilla la de mayor mortalidad por gastro”, en el periódico *El Heraldo*, mayo 6 de 1987.

Valle, Chocó y pare de contar. "90.000 niños menores de cinco años mueren anualmente por insalubridad"<sup>56</sup>.

En otras ocasiones la exigencia de la prestación del servicio público, como el de alumbrado, se realiza por otros medios. En Barranquilla, por ejemplo, en los barrios populares que carecen en su mayoría de este servicio, los "PERICOS" son la forma de obtenerlo, una vez que todos los mecanismos tradicionales se han agotado: solicitudes respetuosas, favores políticos, etc. En "Las Malvinas", y tantos otros barrios, mediante conexiones "fraudulentas" que en ocasiones han dejado sin vida (electrocutados) a quienes las realizan, se logra obtener el bien jurídico colectivo, conculcado por el propio Estado. No es otra la situación en el resto del país. Destaquemos, por lo reciente e importante, el paro de los taxistas en Barranquilla —marzo 4/87—, donde más de 2.000 carros bloquearon el centro de la ciudad exigiendo lo que ya antes habían pedido mediante "solicitudes" de gabinete a las autoridades encargadas: regulación de un salario equitativo a los choferes; protección del gremio ante competencias extrañas de carros no afiliados y particulares; cubrimiento de la responsabilidad civil en accidentes de tránsito por la empresa a la que están afiliados; participación en la propiedad de tales empresas y en los dividendos, de los propietarios de vehículos; cese a las batidas.

Contrario a lo que piensan algunos editorialistas y articulistas de nuestros diarios<sup>57</sup>, estas manifestaciones sociopolíticas, entre ellas los *paros*, no son negativos de la democracia, sino su expresión y sustento, el bregar por constituir una mejor regulación y defensa a los bienes jurídicos colectivos, dentro de una democracia participativa, no restringida. ¿Podría pensarse que mientras las lesiones personales ocasionadas por la fuerza pública a los manifestantes son permitidas por el derecho penal como cumplimiento de orden de autoridad o ejercicio del deber, las que causan aquellos a la fuerza pública sí constituyen delitos? ¿Podrá pensarse que los "PERICOS" no son más que *hurtos*? ¿Que las manifestaciones de los taxistas atentan contra el orden público al bloquear las vías, y que además son infractores a las normas de tránsito, ante lo cual la autoridad debe imponer drásticas sanciones y no faltará quien proponga nuevas y más intimidatorias regulaciones?

A nuestra manera de ver, todas estas situaciones enunciadas son apenas una muestra de las distintas formas como se expresa la legítima defensa de los bienes jurídicos colectivos en Colombia, amparados por el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal colombiano. Antes que delitos, están permitidos por la causal de justificación de la legítima defensa, regla permisiva facultativa. En posteriores oportunidades nos ocuparemos en detalle de estas situaciones. Hoy, lo que aquí se intenta es insinuar el amplísimo campo de acción de la defensa legítima de bienes jurídicos colectivos.

<sup>56</sup> GONZALO JIMÉNEZ, "Política económica de Barco", en *Revista Debate*, núm. 6, febrero-marzo 1987, pág. 18.

<sup>57</sup> ABDÓN ESPINOSA VALDERRAMA, "Espuma de los acontecimientos: Del paro a la democracia local", en el periódico *El Tiempo*, abril 30 de 1987; CARLOS LLERAS RESTREPO, "El Estado no debe actuar bajo presión de paros", en *El Herald*, abril 27 de 1987.

## LA ABOLICIÓN DEL JURADO DE CONCIENCIA: UNA MEDIDA EJEMPLARMENTE INHUMANA

Por GUILLERMO CRUZ\*

"Vivimos en una época de confusión y bajeza espiritual, en la cual nos enfrentamos a esta crisis total de la raza, la más profunda de todos los tiempos". (E. SABATO).

"Vivimos en un sistema organizado para borrar los rostros, desintegrarnos las almas, vaciarnos la memoria". (E. GALEANO).

Doctor LONDOÑO JIMÉNEZ, doctor EDUARDO MONTEALEGRE, señores magistrados, compañeros juzgadores y del ministerio público, colegas de profesión, estudiantes y demás personas que colman este refugio espiritual:

Muchas gracias por su generosidad. Uno no encuentra, a lo largo de la vida, muchas ocasiones para sentirse feliz. Para mí esta oportunidad constituye una de esas esquivas ocasiones. Ojalá su recuerdo me acompañe en el incierto y no halagador tramo de la vida que me queda por transitar.

No creo faltar un solo instante a la sinceridad si digo que quizás a ningún otro lugar hubiera viajado con tanto contento. Porque ustedes, pueblo musical y poético, son vecinos permanentes de mi sensibilidad, de suyo tan extrema. Por eso, por ser ustedes quienes son, me voy a atrever a hablar de una manera que puede parecer extraña, insólita, si tenemos en cuenta que la materia de examen de este evento, es una reforma al procedimiento penal colombiano.

Si se me permite la expresión, no voy a hablar de puro Derecho, sino de Derecho puro, queriendo significar con esto algo así como el abordaje del *hombre* entendido como una *totalidad*. Si esta es una manera rara de sentir y pensar, les pido desde ahora me dispensen, mas repito que no creo encontrar mucha apatía en estas almas especiales a quienes pretendo llegar.

Pero es que precisamente se nos amenaza con la abolición del jurado de conciencia, "una medida ejemplarmente *inhumana*", como he titulado estas dolidas páginas.

Esa abolición, guardando las proporciones, marcha fundamentalmente en el mismo sentido de la cadena perpetua y de la pena de muerte, propuestas nada menos que por dos organismos cúspides de la aplicación de la ley (excúsenme que no diga, de la administración de justicia). En manera alguna estas tres propuestas constituyen un avance, sino todo lo contrario, un tremendo y delirante salto hacia atrás, chorreante de sangre y de dolor.

\* Magistrado auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Palabras pronunciadas en la ciudad de Pasto el 12 de junio de 1986, con ocasión del Seminario sobre la Reforma al Código de Procedimiento Penal, organizado por ASONAL y la Universidad de Nariño.

Debo advertir, desde ya, mi hondo respeto por los autores del proyecto de Código, a la mayoría de los cuales tengo el honor de conocer (es un regalo para mí tener hoy la presencia física del doctor LONDOÑO JIMÉNEZ; su presencia espiritual me ha acompañado durante muchos años), y en particular hacia uno de ellos me mueve el más vivo aprecio y la más grande admiración. Pero creo que la crítica es beneficiosa. La crítica entendida no como mera "oposición", como simple ataque a las razones del otro, sin que se proponga nada nuevo y constructivo, como —recuerda E. ZULETA— pretender combatir la propiedad con el hurto, o la religión con la blasfemia. Mas no; cuando se la formula honradamente, la crítica enriquece. No hay nada más nocivo y estéril que la aprobación total, ciega, las más de las veces hipócrita. Es sabido que las cosas nuevas, la creación verdadera solo nace de la crisis. De ahí que las relaciones intelectuales, como también las de la amistad y del amor (todas ellas son, en última instancia, relaciones de conocimiento), deban ser, por definición, conflictuales, combativas (desde ya me adelanto para decir que el debate que se lleva en la audiencia con jurado de conciencia es paradigma de un tal arribo al conocimiento). Además, es una manera de refrendar la libertad del otro, idea expresada con insuperable claridad y belleza por MARGARITA YOURCENAR —octogenaria y bella, como todas las octogenarias—; en estas sociedades ser mujer y llegar a esa edad es ya una proeza—: "renuncio a hacer de tí un objeto, así sea el objeto amado".

Por eso reuniones como esta tienen que dar inapreciables frutos.

Toda la discusión se centra, pues, en si estos hechos especiales (como el homicidio y los llamados delitos políticos) deben ser juzgados con la ley, o si, por el contrario, es la conciencia la que ha de cumplir esa función. Naturalmente, vengo a sostener que no es un deber sino una obligación dejar de lado la ley.

Juzgar con la conciencia quiere decir juzgar al hombre en su integridad intelectual y afectiva, como ser social que es. Además, parto de esta premisa: en su mayoría, por no decir que en su totalidad, las personas que llegan a ser reos de esta clase de delitos pertenecen a la clase marginada; y la locura, como el delito, les pisa los talones —y casi siempre los alcanza— desde su mismo nacimiento, desde su misma concepción. Es una delincuencia que el sistema crea, supone y exige. Y no es en modo alguno casual que la inmensa mayoría de procesados pertenezca a la clase marginada. Parece ser que solo sean delincuentes los de la clase "subalterna", según expresión de FRANCO BASSAGLIA, quien añade que todo hace ver que las "formas de delincuencia irrecuperable fueran atributo de una sola clase". El delincuente "poderoso" no tiene problemas de recuperación, de reinserción, pues su misma clase le tiene reservado un espacio privado para ello, y su honorabilidad permanece intacta. El Estado no considera su acto como "peligroso", sino como un dato histórico-social, y el acto "del otro" como un hecho *natural* (se es pobre como se es canceroso, negro, o mujer; por eso alguien decía que el paradigma del ser despreciado, excluido, es una mujer negra), pues este procesado no tiene historia, la suya no es sino la apésta lista de sus privaciones, violencias, incomprensiones y desamores.

Así, a tenor con toda la ciencia actual, es deber admitir que no existe "naturaleza criminal" sino juegos de poder, y que la persona delinque en proporción al abuso que de ella se haga: no pueden, y no deben, aceptar el destino que esta sociedad les ha trazado.

El crimen, entonces, debe ubicarse no en el ser singular aislado, sino en la sociedad, en las relaciones de nosotros con los otros y con las cosas. Hace tiempo que, afortunadamente, se superó el criterio positivista de la "etiología" criminal de tipo individual. Ya HANS WELZEL, y lo cito por su innegable actualidad, al hablar de las estructuras lógico-objetivas como substrato de las normas jurídicas, afirmaba la estructura ontológica de la acción. Y la moderna teoría del delito intenta obtener el *conocimiento* del mínimo de presupuestos bajo los cuales una persona pueda ser responsabilizada de un determinado hecho, y destaca cómo solo en parte ese conocimiento viene del derecho penal, pues lo esencial proviene de otras ciencias. Así, hoy la doctrina coincide en que no existe problema dogmático que no exija conocimientos de otras ciencias.

Los problemas penales no pueden tratarse como si fueran únicamente jurídicos. Hay que hacer una valoración social del delito, no una valoración restringida, como hasta ahora ha sido la función de la dogmática penal. Hace ya buen tiempo VON LISZT dijo que "hay que ir más allá del derecho vigente, es decir del derecho positivo, de la ley". Pero parece que hoy, y la abolición del jurado de conciencia es una muestra, hay un afán de retomar la "visión ética" del delito, olvidando que *este expresa* "un conflicto social".

Ahora recuerden —y no es de modo alguno gratuito— que la integración del derecho penal con las ciencias sociales (es decir con la criminología y la política criminal) fue rota precisamente en 1930, fecha fatídica e imborrable. Tomó así fuerza la dogmática penal, alegando ¡oh irrespeto a la ciencia! su "independencia científica".

¿Qué se puede esperar del que solo conoce la estructura formal de la norma? EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, uno de los penalistas vivos más notables del mundo, dice que "El Derecho no se puede separar de las ciencias sociales, pero hoy existe un autismo esquizofrénico del conocimiento jurídico. Entre más esquizofrénico, mejor juez para el sistema, y de verdad que es infame permanecer en la ilusión de una *mitología científica*, con desconocimiento de una realidad plétorica de amenazas".

No podemos, pues, correr el oprobioso riesgo de convertirnos en funcionarios de la repetición, en modelo de la rutina jurídica, en funcionarios "lisiados", "hipertrofiados", por especializarnos en una sola dirección del conocimiento y de la acción, pues impediremos la creación de un hombre total, ya aforado por GOETHE en el *Fausto*. Debemos tener un compromiso permanente con la emancipación y realización de todos los hombres, y nuestro primer deber espiritual es requerir nuestra época y serviría honradamente. De este modo el jurista adquiere una nueva dignidad científica, en la medida en que se convierta en un hombre de ciencia social.

Ley que generaliza donde hay contradicciones y diferencias, y que nos impide juzgar desde ese punto de vista.

Y ahora se pretende "triplicar" la aplicación de la ley a estos casos, colocando en esa acción a tres jueces superiores. La impertinencia e ineficacia de ese escan-

daloso proyecto habla por sí misma. Si en la actualidad es casi una proeza realizar audiencia, con ese proyecto va a resultar físicamente imposible cumplir con ese cometido, y, así, el Código tendría efectos frontalmente contrarios a los que, se dice, lo inspiran.

SIGMUND FREUD dijo alguna vez que les debía más a los poetas que a toda la psiquiatría. MARX y LENIN se expresaron de manera análoga, refiriéndose el primero a BALZAC y el segundo a TOLSTOI. Menciono estos nombres porque remiten a las rupturas epistemológicas más decisivas de la época moderna: el psicoanálisis y las ciencias sociales. Los que ejercemos el derecho —y concretamente el derecho penal— tenemos aún mayor razón para reconocer esa deuda. Además, es bien sabido que el arte siempre ha precedido a la ciencia, al conocimiento. No creo pecar de exagerado si digo que seguramente nuestra mayor falta es haber abandonado esa mirada humana cuando juzgamos —¡oh osadía humana!— las acciones de nuestros semejantes.

Solo buceando en las profundidades del alma humana podemos tener la esperanza —no más que la esperanza— de ser *justos* (y nada de lo que sea injusto puede ser jurídico); solo por esa ruta llegaremos al terrible drama del hombre. Los que se han atrevido a tan enorme empresa no han podido seguir siendo los mismos. Belleza y verdad: he aquí la inescindible dualidad que nos veda la ley. Sin duda a este *conocimiento* se refirió un artista alemán al expresar que “Quien contempla la Verdad con sus ojos (los ojos de la ley son ojos sin mirada) se ha sometido a la muerte”. Y atravesando el mismo sendero, NIETZSCHE dijo que “Lo que califica a un pensador es simplemente esto: cuánta verdad es capaz de soportar”.

Únicamente las almas más puras y lúcidas han tenido y tendrán ese privilegio de conocer el Amor y la Belleza. Desde luego que ese conocimiento (la manifestación más alta del ser humano) ha sido irremediablemente castigado con el desprecio, la segregación, la locura y la muerte. Repasen ustedes la historia y comprobarán la legitimidad de esta aseveración: desde Empédocles (incluso más allá: desde Prometeo) hasta nuestros nunca bien amados poetas malditos. Ante la crueldad y la falta de ternura y sensibilidad humanas —tan definidoras de estas sociedades— uno no puede menos que saltar hecho pedazos.

Ya podrán, pues, ver ustedes por qué he abierto estas páginas con una cita de artistas, y cómo las cerraré con otras del mismo manantial.

Debe entonces colegirse que, aplicando la ley en estos casos especialísimos es imposible *conocer*, aproximarse a la verdad, en definitiva hacer *justicia*, si es que también aquí no estoy empleando una triste metáfora. Acudir a la *conciencia* no significa, entonces, acudir a la *ignorancia*, sino todo lo contrario: hacer posible el examen *total* del hecho concreto cometido por un hombre también concreto.

La audiencia con jurado de conciencia es, al menos en nuestro devastado país, la única oportunidad de enrutarnos hacia la búsqueda de la verdad: no la verdad del juez, del Estado, sino la verdad del hombre, ese que actuó. Solo allí se da la real oportunidad de ver “la otra cara” de las cosas. Es una operación de contra-poder, donde se cuestiona la “verdad del juez”, quien, *serenamente* pretende haberla conquistado. Para juzgar no se puede estar “sereno”, hay que implicarse (y el

juez de derecho no lo hace, porque el derecho positivo se lo impide), luchar, combatir, para aspirar a *conocer*.

Fue NIETZSCHE, una vez más, quien acabó con el mito occidental de que hay que estar alejado del objeto de conocimiento, indiferente a él, incluso cariñoso y paternalista. No: no hay *unilateralidad* en el conocimiento, pues este no puede surgir, repito, sino de una operación de contra-poder. Parafraseando a Nietzsche, MICHEL FOUCAULT anota que “en el conocimiento no hay nada que se parezca a la felicidad o al amor, hay más bien odio, hostilidad; no hay unificación, sino sistema precario de poder”.

Con el jurado de conciencia sí se cumple ese presupuesto: incluso “se pelea” con el juez, se le habla a “otro juez”, anotándosele las fallas que ha tenido el juez de derecho, el “especialista”. Aquí sí hay franqueza y honestidad. Si algo conocemos de la mente humana, tenemos que aceptar que no pocas veces los delitos que nos corresponde juzgar, así sea inconscientemente, nos cuestionan. El delincuente “nos bota a la cara” nuestras taras, nuestras debilidades. Nos recuerda, por el mecanismo de la proyección, lo que somos y lo que no somos —y en un noventa por ciento no somos—. Aparece entonces la reacción lógica de hostilidad. Si no es así, uno no se explica los desengaños, las tristezas, las alegrías de las partes que intervienen en el proceso, según haya logrado la victoria o sufrido la derrota.

Nuestras leyes son demasiado severas en esta clase de delitos. Y precisamente la institución del jurado nació para atemperar esa dureza. Ante este panorama terrible, no podemos correr el riesgo de equivocarnos. Un solo instante de prisión nos debe espantar.

Y ahora, insisto, se nos propone la cadena perpetua y la pena de muerte. LEÓN TOLSTOI, en 1916, muy poco antes de morir, más lúcido y puro que nunca, se vio desgarrado ante la inusitada cantidad de ejecuciones. Con nostalgia recordaba cómo apenas tres años atrás su patria se enorgullecía ante el resto de Europa de haber acabado con la pena de muerte y de considerar a cada criminal como un hombre “digno de compasión”. No aguantó más y escribió unas páginas (con el propósito de hacerlas conocer de todo el mundo) en las que señalaba que habían sido ahorcados 12 hombres “pertenecientes a una masa cuyo trabajo nos hace vivir; esa masa que hemos depravado y continuamos depravando por todos los medios a nuestro alcance... víctimas pertenecientes a la clase mejor del pueblo ruso, muertos y humillados por aquellos mismos que les infligen tales iniquidades”. Estas bellas palabras las pueden leer en la revista *Tribuna Penal*, que con todo derecho dirige el doctor LONDOÑO JIMÉNEZ.

Y otro gran pensador y artista, THOMAS MANN, decía sobre la pena de muerte: “sea cualquiera el criterio que se adopte en la pena de muerte, es algo innegablemente asqueroso, bárbaro y deshonesto, que agota y destruye cualquier argumento que se pueda dar en su favor, desde cualquier ángulo abstracto, cultural o filosófico. Jamás he asistido a una tal ceremonia, atávica, en que incluso se ora... consideraría la contemplación, así como la impresión recogida, como una mancha en mi vida, totalmente imborrable”.

Pero todo eso y mucho más —nos lo muestra nuestra historia judicial muy reciente— se hace en nombre de Dios, del Derecho, de las instituciones (¿puede haber alguna institución por encima del hombre?), de la Razón. SANTO TOMÁS —recuerdo a ZULETA— decía que para que la dicha de los bienaventurados fuera más completa, en la otra vida Dios les permitiría observar las penas de los condenados en el infierno. Y añade que, ciertamente, el Santo no se contentaba con una dicha cualquiera.

Entonces, así creamos en Dios, no quitemos el jurado de conciencia.

Ahora bien: es incuestionable que, al atacar la ley, el delincuente no hace cosa distinta de atacar el privilegio. La mayor parte de las veces no tiene otra alternativa. Pues el progreso y el bienestar son la otra e inseparable cara de su miseria. Además, se suma a ello el pernicioso ejemplo que diaria y descaradamente le da el Estado, ejemplo que es fuente de miseria y rebelión. Ya en 1842 una revista francesa clamaba porque la clase alta “respetara las leyes que ellos mismos habían hecho y que consideraban ‘buenas’ sino para ‘los de abajo’”, y les preguntaba que si acaso no temían “porque el pobre, quien se roba un pedazo de pan a través de los barros de una panadería, llegue a indignarse tanto un día para demoler a piedra la Bolsa, antro salvaje donde se roban impunemente los tesoros del Estado y las fortunas de las familias”.

Y JIMÉNEZ DE ASÚA decía que la justicia transida de piedad es más justicia.

Y BEETHOVEN, a través de toda su vida, dijo: “No conozco otro signo de superioridad que la bondad”.

Finalmente, ROMAIN ROLLAND, un apóstol de la humanidad sentenció: “Yo no llamo héroes a los que han triunfado por el pensamiento o por la fuerza; solo llamo héroes a los que fueron grandes por el corazón”.

Esta concepción, pienso, debe presidir e impulsar, orgullosamente, todos los actos de nuestra vida.

## TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS INIMPUTABLES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Por MIGUEL YACAMÁN\*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se trata de determinar si en el sumario que se le instruye a un inimputable —C. P., arts. 31 y 33— (que es la persona que al realizar la conducta típica y antijurídica no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su acción u omisión, o de autorregularse conforme con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental transitorio con o sin secuelas, o fenómenos socioculturales) se le debe aplicar o no *cese de procedimiento* (C. de P. P., arts. 34 y 188), y, en la misma providencia, disponer la aplicación de medidas de seguridad (no se aplican medidas de seguridad cuando se trata de una inimputabilidad que proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio sin secuelas —C. P., art. 33, inc. 2º—); o si, por el contrario, es forzoso culminarlo con resolución de acusación (C. de P. P., arts. 34 y 469) y juzgarlo en audiencia pública e imponerle medidas de seguridad en la sentencia condenatoria, exceptuando el caso previsto en el inciso 2º del art. 33 citado.

Por desgracia, la cuestión planteada no fue resuelta en forma clara y precisa por la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal, que al parecer decidió dejar a la jurisprudencia y a la doctrina su definición. No estamos de acuerdo con este procedimiento que, por lo demás, se podría aplicar a todos los problemas jurídicos. Quien debe resolver la cuestión directamente es el juez, y a él se le deben ofrecer claros y expresos instrumentos legales indispensables para facilitar su decisión. La jurisprudencia es tarea a largo plazo y de esmerada elaboración para que se la invoque como inmediata solución del punto por dilucidar.

### II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Durante la vigencia del C. de P. P. derogado, nuestro máximo tribunal de justicia sostenía que los inimputables debían ser llamados a juicio mediante auto de proceder (art. 481 del C. de P. P. derogado; hoy, resolución de acusación —art. 470 del C. de P. P. vigente—, que contiene los mismos presupuestos probatorios de aquel), ser juzgados en audiencia pública sin intervención del jurado (art. 34

\* Profesor de la Universidad de Cartagena.

del C. de P. P. derogado) e imponérseles medidas de seguridad por sentencia condenatoria (art. 171, lit. f] del C. de P. P. derogado).

En efecto, para dejar definida la posición de la Corte, transcribimos la parte procesal del pronunciamiento de octubre 13 de 1982, cuya ponencia estuvo a cargo del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA.

“Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexa causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritación psiquiátrica siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental; esa es la razón de ser del art. 411 del C. de P. P. La importancia de su cumplimiento radica —como ya lo ha advertido esta Sala— en que reconocida la inimputabilidad del procesado a quien se le imputa conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se le llama a responder de ella, despréndese dos consecuencias notables, a saber: «una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención del jurado aun respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que solo podrán imponérsele medidas de seguridad». Por eso «cuando a sujetos inimputables por trastorno mental no se les practica examen psiquiátrico y se les adelanta su respectivo proceso ordinario —con intervención del jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera— incurrese en nulidad constitucional porque sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente preestablecidas» (casación de agosto de 1981)”

La Corte reitera la doctrina expuesta en casación de octubre 28 de 1986, con ponencia del dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME, en el sentido de aplicar medidas de seguridad por sentencia condenatoria, previos el auto de proceder y el juzgamiento en audiencia sin intervención del jurado de conciencia.

Verdad es que nuestra más alta corporación de justicia, con la vigencia del C. de P. P. derogado, no podía menos que sostener la jurisprudencia atrás trascrita, la cual, con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, no creo que pueda seguirse sustentando válidamente sin riesgo de colocarse en contra de la filosofía y las categorías dogmáticas del C. P. vigente, cuya orientación debe de haber seguido el nuevo Código de Procedimiento Penal, y debe ser respetada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, debido a que toda interpretación que pretenda ser racional y coherente con el ordenamiento juridicopenal no permite arribar sino a la conclusión del *cese de procedimiento*.

### III. NUESTRA POSICIÓN

Para sustentar mi posición frente al tema tratado, cito las siguientes disposiciones procesales, a saber:

Art. 34 del nuevo Código de Procedimiento Penal:

“Salvo lo previsto en el artículo 503, en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que *está plenamente demostrada una causal excluyente* de antijuridicidad o de *culpabilidad*, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, el juez, mediante *auto interlocutorio* así lo declarará” (subrayas fuera de texto).

Art. 188 *ibidem*, que contiene una cláusula abierta y amplia sobre la forma como se deben redactar los autos interlocutorios:

“Los autos interlocutorios contendrán una breve exposición del punto de que se trata, los fundamentos legales y la resolución que corresponda”, con lo cual da cabida al cese de procedimiento en cuanto a inimputables se trate.

El art. 186 *ejusdem*, no da asilo a la aplicación de medidas de seguridad para inimputables, en las circunstancias atrás señaladas:

“Toda sentencia contendrá:

”1) Un resumen de los hechos investigados.

”2) La identidad o individualización del procesado.

”3) Un resumen de los alegatos presentados por los sujetos procesales.

”4) El análisis y valoración jurídica de las pruebas en que se ha de fundar la decisión.

”5) La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado.

”6) Los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios.

”7) La resolución de condena a la *pena principal y accesorias* que corresponda, o de la absolución, y la condena en concreto al pago de perjuicios a que hubiere lugar.

”8) La suspensión condicional de la sentencia, cuando a ella hubiere lugar.

”La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras...” (subrayas fuera de texto).

Verdad es que el art. 34 citado no señala como causal de cese de procedimiento la inimputabilidad, pero no es menos cierto que, bien se considere la *imputabilidad* como *elemento estructural* o como *presupuesto de la culpabilidad*, es asimismo inconcuso que, en uno y otro caso, *sin imputabilidad no hay culpabilidad*.

### IV. EVOLUCIÓN DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD

La ley 52 de 1984 “por la cual se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la república”, dijo en su artículo 1º que el primer mandatario quedaba autorizado para “elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal que deberá seguir la *orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones*” (subrayas fuera de texto).

De manera pues que las normas procesales vigentes deben haberse redactado por el legislador de 1987 teniendo como norte y guía el catálogo de principios y postulados previstos en el C. P. vigente, que consagra, entre otros, el *principio de culpabilidad* (art. 5º), como característica del delito o de la contravención, al lado de la antijuridicidad y la tipicidad.

De ahí que sea necesario hacer un breve comentario acerca de las distintas concepciones de la *culpabilidad* que corresponden a las diversas fases de evolución de la teoría del delito, para delinear muy claramente por qué la *inimputabilidad* exonera de *culpabilidad* al autor del hecho:

1º) *Concepción psicológica de la culpabilidad*. Según esta concepción (también llamada “clásica”), el delito aparece como resultado de una doble vinculación causal: la relación de *causalidad material* (acción externa + relación de causalidad + resultado), que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de *causalidad psíquica*, en que consiste la culpabilidad (dolo y culpa son las dos *clases* o *especies* o *formas* de culpabilidad, que constituye el género) dolosa o culposa.

El dolo supone —para esta teoría— la relación psíquica *completa* entre el hecho y su autor. Y la culpa se entiende como una conexión psíquica *incompleta* o *imperfecta* con el hecho.

Y como *presupuesto* de la culpabilidad —según esta concepción— se exige la *imputabilidad*, que, a *contrario sensu*, *sin imputabilidad no existe culpabilidad*.

2º) *Concepción normativa de la culpabilidad*. Las críticas formuladas al concepto psicológico de la culpabilidad, condujeron al concepto normativo de la culpabilidad. En efecto:

a) El concepto psicológico de la culpabilidad *fracasó* ante la culpa. En efecto, en cuanto a la *culpa inconsciente*, porque esta no podría explicarse como relación psicológica entre el autor y la lesión, debido a que se caracteriza precisamente por la falta de representación de la posibilidad del resultado lesivo, debido al desconocimiento del peligro.

En cuanto a la *culpa consciente*, se pretendía explicar su naturaleza psicológica atendiendo al conocimiento del peligro que supone; en ella no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad y se confía en que el resultado no se producirá. De ahí que la culpa (consciente o inconsciente) se defina en función de la *previsibilidad*; pero en realidad no describe ninguna relación psíquica *efectiva* (como en el dolo), sino solo su *posibilidad*.

Además, para que la culpa penal exista, no es suficiente la previsibilidad ni la previsión del resultado dañoso. De ahí que se sostenga que lo único decisivo es que se infrinja el *deber de cuidado concreto*, el cual no impone la obligación de evitar toda conducta previsiblemente lesiva, como, por ejemplo, el tráfico rodado que, no obstante ser una fuente previsible de resultados dañosos, no se halla prohibido. Prácticamente puede sostenerse que toda lesión es teóricamente *previsible* que pueda acontecer; lo que realmente ocurre es que solo tenemos el *deber* de prever las lesiones con cuya posibilidad normalmente contamos, y si a pesar del resultado previsible producido el agente ha guardado el deber de *cuidado debido*, este no es penalmente responsable.

Por lo que la culpa no consiste, pues, en algo *psicológico*, sino *normativo*: en la infracción de la norma de cuidado.

b) Existen ciertas *causas de inculpabilidad* en que es evidente la presencia del *dolo*, como, por ejemplo, en la coacción insuperable —num. 2º del art. 40

del C. P.— (también denominada *vis compulsiva física* o *psíquica*): “te mato si no matas”, es decir, el sujeto coaccionado mata con *dolo típico* (nexo psicológico entre resultado y su autor), pero como no pudo superar la coacción ni dejar, por tanto, de realizar bajo los efectos de la coacción el hecho típico y antijurídico, es por lo que su acción no es culpable, porque *no le es exigible otra conducta conforme a derecho*. Esto solo puede explicarse si se renuncia a identificar la culpabilidad con el vínculo psicológico del agente con su hecho.

En otras palabras, en la violencia moral (coacción) la voluntad consciente de matar está presente (dolo), pero no es libre en su elección; carece de la posibilidad de dirigir libremente sus acciones. Así, quien tiene el cañón de una pistola en la nuca para obligarlo a sustraer los valores de una caja de hierro cuya combinación conoce y el coaccionante ignora, puede elegir entre dar las vueltas correspondientes al mecanismo o negarse a hacerlo; pero es evidente que no lo hace libremente, ni sin riesgo. El constreñido puede hacer otra cosa distinta de la sustracción, pero el derecho no le puede exigir que lo haga.

Las objeciones atrás esbozadas dieron lugar a que se pasara de la culpabilidad psicológica a la culpabilidad normativa, es decir, la culpabilidad pasa a entenderse como un *juicio de valor*: como un juicio de reproche al autor de una conducta típica y antijurídica, cuando no se motivó en la norma siéndole exigible que se motivase en ella en las circunstancias en que actuó. Según dicho esquema, ello no significaba que el dolo y la culpa no sigan considerándose en la culpabilidad, sino solo que deja de verse como *la* culpabilidad, o mejor, como sus *formas* o *especies*, para pasar a constituirse (el dolo y la culpa) en *elementos necesarios* (no como presupuesto, según la teoría psicológica) pero no suficientes de la culpabilidad. Puede ocurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede cuando existe la causal excluyente de la culpabilidad de no exigibilidad de otra conducta, como por ejemplo, la coacción insuperable, debido a que, no obstante existir el dolo, este no es reprochable en atención a las circunstancias apremiantes. Por otra parte, según tal esquema, la culpabilidad culposa puede presentarse sin necesidad de una *efectiva* relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actuó sin cumplir el *deber de cuidado concreto* de advertir el peligro.

Según la concepción normativa originaria, la culpabilidad requería:

a) *La imputabilidad*, concebida como capacidad de culpabilidad.

b) *El dolo o la culpa*. El conocimiento efectivo del dolo, o la posibilidad de cumplir con el deber de cuidado en la culpa, para ser reprochables han de referirse tanto a los hechos como al *conocimiento de la antijuridicidad* de estos.

c) *Ausencia de no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho*.

3º) *Concepción puramente normativa de la culpabilidad, según el finalismo*. No obstante representar la concepción normativa de la culpabilidad un avance dogmático, no estaba libre de objeciones. En efecto, resultaba entonces que la culpabilidad, según dicho esquema, era al mismo tiempo una relación psicológica (dolo o culpa) y juicio de reproche al autor de la relación psicológica. La culpabilidad así entendida no puede menos que tener un *contenido heterogéneo*: el dolo, la

culpa y el reproche que se le hace al autor de su dolo o de su culpa, es decir, su *contenido heterogéneo* coloca en un mismo plano al dolo y a la culpa que reprocha, con el reproche que hace.

De ahí que, por la *contradicción anotada*, el *finalismo* de WELZEL sustrajo el dolo, así como la infracción del deber de cuidado objetivo base de la culpa, de su tradicional sede de la culpabilidad, al centro del injusto. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no solo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho. De este modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción *puramente normativa*.

En otras palabras: un injusto, es decir una conducta típica y antijurídica, es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Así, si un sujeto de cierta instrucción y de posición social acomodada hurta un anillo en una joyería, sin error de tipo, sin causales de justificación, sin que nadie lo obligue a ello o lo amenace y sin ser un inimputable, decimos que esa persona podía motivarse en la norma que prohíbe hurtar y que le era exigible que se motivase en ella, porque nada se lo impedía, razón por la cual reprochamos su injusto, concluyendo en que su conducta es culpable, reprochable.

Este concepto de culpabilidad es un concepto de carácter normativo, que se funda en que el sujeto *podía* hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

En resumen, el contenido de la culpabilidad, según el esquema finalista, queda constituido por los siguientes elementos:

1. *La imputabilidad*, o sea la capacidad de culpabilidad, sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de modo distinto de como lo hace (poder actuar de otro modo). De *presupuesto previo* de la culpabilidad, esta categoría pasa a ser *condición central* de la reprochabilidad, puesto que el núcleo de la culpabilidad ya no se ve en el dolo o la culpa —de la que la imputabilidad sería un presupuesto—, sino en las *condiciones de reprochabilidad del injusto*, y estas condiciones giran en torno a la idea del *poder actuar de otro modo*, esencia que WELZEL confiere a la imputabilidad.

Según doctrina dominante en la actualidad, *la imputabilidad requiere de dos elementos*:

a) La capacidad de comprender lo injusto del hecho, y  
b) La capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. Ambos elementos están expresamente previstos en el art. 31 del Código Penal colombiano.

2. *La posibilidad exigible de conocer la antijuridicidad del hecho*, que se excluye cuando el agente actúa en estado de error de prohibición invencible.

3. *La no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho*. Como el ya citado supuesto de la coacción insuperable, en que se da el dolo o la culpa, según el caso, la imputabilidad, la posibilidad exigible del conocimiento de la antijuridicidad del hecho (por no concurrir el error de prohibición invencible); empero, la conducta no es culpable por coacción insuperable (reducción de la autodeterminación).

## V. RELACIÓN EXPLICATIVA DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE (DECRETO 100 DE 1980) Y DOCTRINA NACIONAL

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ sostuvo allí:

“No debe perderse de vista que el sistema es la *imputabilidad normativa*, y que debe evaluarse *contextualmente con la culpabilidad*. Carece de importancia la disputa en torno a si la imputabilidad es *presupuesto* o *elemento* de la culpabilidad”.

El autor citado sostiene en su obra de *Derecho penal* lo que sigue:

“C) Importancia de la ubicación. Es cierto que sustancialmente, en el orden práctico, produce los mismos efectos la *imputabilidad* considerada como *presupuesto* de la culpabilidad que como *elemento* estructural de ella”

Más adelante, en la misma obra, afirma:

“Esa es precisamente nuestra posición, apoyada en el hecho de que el Código define con toda claridad el concepto de imputabilidad (arts. 31 y ss.), y la ubica en el título III, que regula todo lo relativo al hecho punible, en el capítulo sexto, inmediatamente antes de las normas sobre culpabilidad. Esta sistemática legislativa no deja duda alguna acerca de que la *imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad*”. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, pág. 248).

Sobre el tema que ocupa nuestra atención, sostiene REYES ECHANDÍA:

“¿Con esta posición nos matriculamos entre quienes consideran la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, o tal vez estaremos más cerca de quienes la ubican como elemento de aquella? Nos parece que ambas son excesivamente formalistas, pues ya sea que situemos la *imputabilidad* como *presupuesto*, ora como *elemento* de la *culpabilidad*, lo cierto es que en uno y otro casos *sin imputabilidad no hay culpabilidad*”.

Más adelante dice:

“Tiene, pues, razón RODRÍGUEZ DEVESA cuando afirma que si lo esencial de la culpabilidad radica en haber podido el sujeto obrar de otra manera, es evidente que la *imputabilidad no puede disociarse de la culpabilidad*”.

Finalmente apunta:

“La cuestión de fondo radica en lo que entendemos por imputabilidad; si definido este punto resulta que *sin imputabilidad no hay culpabilidad*; esta será la consecuencia necesaria del concepto adoptado; que esa conclusión conduzca a situar la imputabilidad como *presupuesto* o como *elemento* de la culpabilidad, es algo que probablemente tenga más importancia formal que sustancial” (ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 48-49).

En esta misma dirección se orientan BERNARDO GAÍTAN MAHECHA (*Curso de derecho penal general*, 1963, pág. 155), LUIS E. MEZA VELÁSQUEZ, (*Lecciones de derecho penal*, 2ª ed., 1974, pág. 233) y LUIS CARLOS PÉREZ, (*Derecho penal*, t. 1, 1981, pág. 328).

## VI. CONCLUSIONES

1º) Sea que se considere la imputabilidad como *presupuesto* o como *elemento estructural* de la culpabilidad, a *contrario sensu*, la *inimputabilidad impide el surgimiento de la culpabilidad*, siendo, por lo tanto, la inimputabilidad una causal de exclusión de la culpabilidad al tenor del art. 34 del C. de P. P. vigente.

2º) Los inimputables no son penalmente responsables y, por ende, no son sujetos pasibles de resolución de acusación (art. 470 del C. de P. P.). En efecto, la expresión "responsabilidad" utilizada en el artículo citado exige la concurrencia de las tres categorías que configuran la definición de hecho punible: adecuación objetiva y subjetiva de la conducta, la antijuridicidad y la *culpabilidad del autor*. De manera que de responsabilidad, según el art. 470 del C. de P. P., solo puede hablarse cuando se dan las tres categorías del hecho punible, conforme al art. 2º del C. P., si se da prueba suficiente para imputar la ejecución de un delito a una persona.

Así, si durante la fase sumarial se *prueba plenamente la inimputabilidad del agente*, resultaría inútil e injurídico someterlo a juzgamiento con jurado de conciencia (si se trata de homicidio), como sí aplicársele el cese de procedimiento.

A esta imperativa conclusión procesal se opone el profesor PEDRO P. VARGAS, en su reciente obra *Temas fundamentales del nuevo Código de Procedimiento Penal* al sostener la *responsabilidad penal de los inimputables por sentencia condenatoria*, lo cual implica desde luego resolución de acusación en contra de ellos, error mayúsculo que se agranda mucho más al decir que *todo inimputable es pasible de medidas de seguridad*, en contradicción con el inciso 2º del art. 33 del C. P. vigente, en el cual se reconoce la no responsabilidad penal del inimputable, sin perjuicio de que responda civilmente por los daños ocasionados.

He aquí las palabras textuales de dicho autor:

"Las sentencias de única, primera o segunda instancia se clasifican en *condenatorias* y *absolutorias*, según admitan o no la responsabilidad del imputable, la cual reposa sobre la culpabilidad del mismo; o la *simple responsabilidad del inimputable*, la cual no descansa sobre la culpabilidad de este, sino sobre lo típico y lo antijurídico del hecho (...).

"Al *inimputable* debe aplicársele *siempre medida de seguridad* (arts. 617 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Penal. —Subrayas fuera de texto—)".

3º) Al inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas (inciso 2º, art. 33 del C. P.) se le aplica el cese de procedimiento, no se le impone medida de seguridad y, a la vez, se lo responsabiliza de los perjuicios ocasionados, por mandato de la misma disposición sustantiva citada, en concordancia con los arts. 47 y 453 del C. de P. P. según los cuales la medida de aseguramiento de conminación es solo para los efectos del embargo y secuestro de los bienes del inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas, mas no para privarlo de su libertad.

4º) Al inimputable por trastorno mental permanente o transitorio con secuelas (arts. 94, inc. 1º y 95 del C. P.; art. 617 del C. de P. P.), y al inmaduro psicológico (art. 96, incisos 1º y 2º del C. P.; art. 619 del C. de P. P.), se les aplican medidas de seguridad, las cuales se les imponen en el auto de cese de procedimiento.

5º) El art. 188 del C. de P. P. contiene una cláusula lo bastante amplia como para dar cabida al auto de cese de procedimiento para los inimputables y, al mismo tiempo, hacer las declaraciones de responsabilidad civil e imposición de las medidas de seguridad que sean del caso aplicar y todo conforme a lo explicado atrás. Y sostengo que deben hacerse las declaraciones de responsabilidad civil, porque los inimputables no están incluidos en los supuestos descritos por el art. 55 del C. de P. P., en los cuales el agente queda liberado de toda responsabilidad por perjuicios, esto es, "cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que este obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa".

Por otra parte, el art. 185 del C. de P. P. en parte alguna de su tenor literal instrumenta la imposición de medidas de seguridad en la sentencia para los inimputables; todo lo contrario, lo que prevé es la aplicación de "pena" (aplicable a los imputables penalmente responsables de un hecho punible), que es distinta de las "medidas de seguridad" (aplicable a los inimputables, excepto el supuesto previsto en el inc. 2º del art. 33 del C. P.), que, según el art. 12 del C. P., persiguen finalidades de tutela, curación y rehabilitación, en contraposición a la función de la pena que es retributiva, preventiva, protectora y resocializadora (ibídem).

Finalmente, con lo expuesto en el presente trabajo no pretendo ser el poseedor de la verdad absoluta; mi finalidad no es otra que abrir un debate en torno al tema que ha ocupado nuestra atención, con la esperanza de que los juristas den a conocer su criterio a fin de facilitar la tarea de interpretación y aplicación sistemática de los textos legales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Medellín, 1979; "El trastorno mental como causa de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, 1980; *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982; *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Comentarios al Código Penal colombiano*, parte general, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1981.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Manual de derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis-Ilanud, 1984.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982; *Derecho penal fundamental*, vol. 1, 2ª ed., 1986.
- ESTRAVA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal*, parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Edit., S. A., 1981.
- MEZGER, EDMUND: *Tratado de derecho penal*, t. 1, 2ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La culpabilidad*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982; *La imputabilidad*, 3ª ed., Bogotá, 1984.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO: "El trastorno mental transitorio", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 5, Medellín, 1980.
- VARGAS VARGAS, PEDRO: "*Temas fundamentales del nuevo Código de Procedimiento Penal*", resoluciones, providencias, notificaciones, recursos ordinarios, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1987.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1970; *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Ariel, 1964.
- YACAMÁN YIDI, MIGUEL: *Nueva estructura del delito y del error en el Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Manual de derecho penal*, parte general, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Ediar, 1985.

# SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA

# EL AUMENTO DE LA VIOLENCIA DELICTIVA ES TAMBIÉN UNA EXPRESIÓN DE LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

Por PASTOR ACEVEDO H.\*

“El crimen ocupa continuamente el primer plano de la escena, pero el criminal no figura en ella sino de modo fugaz y queda casi inmediatamente reemplazado”. (ALBERT CAMUS, *La Caída*).

## 1. PRESENTACIÓN

Quiero agradecer a la Comisión de Estudios sobre la Violencia, creada por el Ministerio de Gobierno, el haber acogido una propuesta de trabajo que, en su desarrollo, me ha permitido ahondar un poco en un problema que considero nodal en la administración de justicia penal en Colombia: la normatividad penal (ya sea sustantiva o procesal) y su incidencia en la violencia delictiva. Para la elaboración de este trabajo, sus conclusiones y recomendaciones, se realizaron 23 entrevistas en tres ciudades del país, 18 de las cuales fueron grabadas y se anexan, las otras cinco entrevistas no se grabaron, pero sirvieron para obtener alguna información y elementos de juicio. Estas cinco entrevistas se realizaron con los siguientes personajes: El Presidente del Tribunal Superior, un magistrado y un juez superior del Magdalena, el Juez Décimo Superior de Bogotá y el doctor GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

He creído necesaria la anexión de las entrevistas por dos razones: 1<sup>a</sup>) porque la posición asumida en este trabajo se diferencia radicalmente de las peticiones que la justicia penal formula hoy como esenciales para cumplir con su función de administrar justicia eficazmente; y 2<sup>a</sup>) porque por la calificación y calidad de las respuestas de los entrevistados se avalan suficientemente las conclusiones y recomendaciones que en este trabajo se proponen.

## 2. LA NORMATIVIDAD PENAL EN COLOMBIA

No es nueva en Colombia la discusión sobre el lugar secundario que, frente a los otros poderes públicos, ocupa la rama jurisdiccional; tampoco se origina en

\* Profesor de Criminología en la Universidad de Antioquia. Informe elaborado por el autor para la Comisión de Estudios sobre la Violencia creada por el Ministerio de Gobierno, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A.

los tristes acontecimientos del 6 y el 7 de noviembre de 1985 la discusión sobre las condiciones inhumanas en las que ejerce la administración de justicia en Colombia, ni tampoco es la primera vez que las estadísticas se utilizan para corroborar la ineficacia de una función que, inherente a un Estado de derecho y esencial para su legitimación, en Colombia ha estado totalmente de espaldas a la realidad del país.

No voy, pues, a ocuparme en los mismos términos del problema; he creído necesario proponer una aproximación, dirigiendo la mirada a otros elementos de los varios que se conjugan en la administración de justicia penal.

Hablar de administración de justicia penal, implica moverse dentro de la idea de una función que se desarrolla bajo el mandato de la ley (normatividad penal sustancial o procesal); y a través de unos recursos humanos, técnicos y económicos; pero implica, también, comenzar a establecer diferencias en lo interno del derecho, con otras expresiones de la administración de justicia como la laboral, la civil, la administrativa o la comercial. Estas diferencias hoy se hacen necesarias de indagar, porque al plantearse la administración de justicia penal como una realidad que aprehende al delincuente y a la delincuencia para reprimirla y prevenirla, dicha aprehensión penetra la administración de justicia, la rebasa y la desborda de su marco de reflexión técnico-jurídica, en el que exclusivamente se forma a los abogados, jueces y legisladores, y en el que sí pueden moverse, con exclusividad, las otras ramas del derecho.

Al asumir la normatividad penal los conceptos de delito y pena, como conceptos con un contenido solo jurídico y al proponerlos así como único objeto en la formación de futuros jueces, abogados y legisladores, se ha marginado de su reflexión un concepto que no admite este tratamiento exclusivamente jurídico: el de delincuente. "El delito y la pena son entes jurídicos, entre esos dos extremos queda aprisionado el individuo sin ninguna expresión propia, sino solo en cuanto aparece reflejado en una y otro"<sup>1</sup>.

Esta ausencia de reflexión, dentro del derecho penal, por todo lo que significa el delincuente, ha ido acompañada de un desinterés de la teoría y la normatividad penal por la indagación, ya sea particular o general, de la etiología del delito, o de otra manera, de un desinterés total por la Criminología.

La administración de justicia penal, determinada en su ejercicio por la teoría penal y la normatividad penal, ha asumido para sí misma que el derecho penal es solo una cuestión de técnica legislativa, judicial y dogmática<sup>2</sup>.

No es de extrañar, entonces, que en los escenarios donde se discute hoy sobre la violencia, sus causas y soluciones, los abogados y los juristas, cuando se presentan, lo hagan llevando únicamente propuestas de expedición de leyes o decretos, y fundamentos con una profunda elaboración teórica, para modificar códigos y reglamentos. Los abogados, en su formación y a consecuencia de ella, han sido por completo enajenados de la realidad para la cual legislan, o en la que ejercen la función de administrar justicia penal.

Una primera consecuencia es ya posible esbozar: el Estado, al encomendar a los juristas y abogados la misión de hacer las leyes (códigos, decretos, etc.), ha entregado la elaboración de normas para aplicar en el país, a quienes no conocen la realidad de Colombia, a quienes carecen de una mínima solvencia teórica en otras disciplinas, que, de tenerla, les posibilitaría comprender la realidad para la cual elaboran las normas. En este trabajo quiero afirmar que la normatividad vigente en el país está totalmente desfasada de la realidad en la cual sirve, como mandato para la administración de justicia penal.

Es posible traer como un ejemplo de la afirmación anterior, el Código Penal expedido en 1980; su vigencia se inició en 1981; en su elaboración, los juristas que le dieron la existencia se adscribieron a la más moderna corriente alemana de la teoría penal. Del Código anterior, expedido en 1936, se renegó por considerar como fundamento de la pena la peligrosidad del delincuente y se ha presentado como un grande avance histórico que hoy se condene a quien ha cometido un ilícito por la culpabilidad que tenga de su conducta, mas no por lo peligroso que con su comportamiento se revele para la vida en sociedad. Pero resulta que el Código anterior no se aplicó ateniéndose tan solo al peligrosismo, como se decía, ni el Código vigente se aplica mirando tan solo a la culpabilidad, como se ha propuesto; lo que sí se ha podido comprobar es que un fundamento que soporta la normatividad penal alemana, no es aplicable en su eficacia y validez a la normatividad penal y a la administración de justicia penal colombiana, porque aun atendiendo solo a las diferencias históricas, sociales y económicas, en ningún país europeo la delincuencia común es hoy un problema de orden público, como sí lo es en Colombia, en donde la tranquilidad y la seguridad de todos y cada uno de los ciudadanos se halla cotidiana y permanentemente amenazada; "...las reformas más recientes en América Latina no han problematizado la cuestión de la función del derecho penal en la sociedad, sino, buscando simplemente una mejor formación técnico-jurídica de las leyes penales (por ejemplo el Código Penal de Brasil de 1969; Código Penal de Bolivia, de 1970; Código Penal de Costa Rica de 1970; Código penal Cubano de 1979; Código Penal de Colombia de 1980). Estas reformas han definido su tarea como jurídica y no como social"<sup>3</sup>.

No es mi interés en este trabajo asumir una decisión frente al complejo problema de la culpabilidad o el peligrosismo; quiero solo enfatizar ese desfase de la normatividad penal de la realidad que normatiza.

Posterior a la vigencia del Código Penal se expidió el decreto 1853, que propuso reformas procedimentales en la administración de justicia penal. Su inspiración: alemana; su fundamento: la culpabilidad. No se trata de una discusión estadística al indagar si aumentó o no la impunidad: se trata de mirar el impacto que socialmente tuvo la aplicación de este decreto. Un juez superior plantea, al ser entrevistado, que el país no estaba socialmente preparado para lo que fue el fundamento de este decreto. Debemos entender, entonces, que el país no está preparado para el Código Penal con todas sus implicaciones. La respuesta del general Miguel Maza Márquez,

<sup>1</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 132.

<sup>2</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, N° 25, Bogotá, Edit. Temis.

<sup>3</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

si se quiere, es más amplia y más reveladora de lo que pretendo demostrar: en Alemania la aplicación de una norma como el decreto 1853 implicó la conformación de grupos interdisciplinarios compuestos por sicólogos, sociólogos, siquiátras, etc., para hacerle un seguimiento al comportamiento en libertad de quienes se beneficiaron de tal norma. Hubo quienes, tal vez con una actitud más ligera, en el momento en que se polemizaba sobre la incidencia del decreto en la impunidad, afirmaron que su expedición se había hecho únicamente para buscar solución al grave problema del hacinamiento carcelario.

Y más grave es el problema de desfase en la elaboración de la normatividad penal, si se agrega la ignorancia de los juristas por otras disciplinas ajenas a la estricta reflexión jurídica (pienso en la antropología, la lingüística, la sicología, etc.). También el Código Penal es un ejemplo relevante de ello: mírese tan solo el concepto que se tiene del indígena y el tratamiento que se ordena darle: considerado como un retrasado mental (inimputable por inmadurez psicológica), por su mera condición de indígena se ordena reintegrarlo a su medio "natural". Un magistrado de Tribunal Superior preguntaba si se trataría de devolverlo en un helicóptero a la selva. ¿Y qué decir del tratamiento que en la administración de la justicia penal se da a los delitos sexuales? Las investigaciones son denigrantes para la víctima; debe ser preferible para una mujer soportar la infamia de una violación, que las interminables vergüenzas a las que se la somete durante todo el tiempo que dura la investigación.

Es comprensible entonces que aun un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor MANTILLA JÁCOME, afirme contundentemente la necesidad de que las normas penales no sean elaboradas por los juristas, por los abogados. No estamos preparados los abogados, ni capacitados por nuestra formación, para hacer normas; no tenemos ninguna preparación que nos habilite para tan difícil y exigente labor. Técnicos jurídicos, determinados por esta formación en la concepción de los problemas, los abogados, inmersos en la administración de justicia penal, nos hallamos frente a una realidad sin alternativas y sin respuestas, proponiendo leyes, códigos y reformas y dedicados a elucubraciones ajenas por completo a toda nuestra realidad.

### 3. ESCUELAS DE DERECHO: FORMACIÓN DE ABOGADOS, JUECES Y LEGISLADORES

Si bien es cierto que el derecho penal es un problema de técnica jurídica, la formación del abogado (futuro litigante, juez, legislador) no puede limitarse únicamente, a una reflexión exclusivamente jurídica como actualmente se hace. Ha sido sorprendente escuchar, en todas las entrevistas que se hicieron para este trabajo, la opinión generalizada sobre la insuficiente —por no decir pésima— formación que se está dando en materia penal a los estudiantes en las diferentes escuelas de derecho del país. El presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín definía la formación de los abogados dentro de un sistema clásico totalmente desactualizado. Es una formación "pobre y cerrada", dijo un magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

No es lo mismo formar un administrador de justicia civil o laboral que un juez para que administre justicia penal. Un juez civil, un juez laboral, pueden con toda facilidad moverse dentro de una reflexión exclusivamente jurídica; los asuntos que tramitan se adelantan aun prescindiendo de los interesados y por intermedio de sus abogados, facultados por un poder para representarlos en todo el proceso; pero en la administración de justicia penal, en medio de esa discusión jurídica, se encuentra un hombre totalmente involucrado del que no se puede prescindir y que exige una aproximación teórica interdisciplinaria.

En consecuencia, incapacitados los abogados para elaborar las leyes, también se encuentran, por su formación, incapacitados para la función de administrar justicia penal. Puede dotarse a la administración de justicia penal, de todos los recursos económicos que hoy le faltan y son su continuo y único lamento; pero seguramente con ello poco se logrará, al igual que con la expedición de códigos, decretos y normas, así reformen y "actualicen" otros decretos, códigos y normas. Mientras no se replantee la formación que se da a los abogados en materia penal, esa formación que los enajena de cualquier reflexión y aprehensión de la realidad en la cual "administran justicia penal", mientras no se replantee la actitud mental que esta formación les crea, para su aproximación a los problemas que les toca manejar, la administración de justicia penal seguirá siendo ineficiente e ineficaz en su labor. O se especializa a los abogados que van a ser jueces en materia penal, o se incluyen como obligatorias, dentro de los programas de estudio del derecho, materias como la antropología, la lingüística, la sociología, la sicología, etc., estudiando y definiendo previamente el contenido de estas materias, que tienen que ver con una materia que asombra por su ausencia en los programas de derecho: la Criminología.

No se trata de abrir una escuela judicial, sin saber hacia dónde se van a orientar sus programas; este proyecto tendría que estructurarse, dentro de lo que necesita el país, en su administración de justicia penal.

Es irresponsable, por decir lo menos, la formación que actualmente se da en las facultades de derecho en materia penal. También esto implica un control riguroso a la apertura y funcionamiento de las escuelas de derecho; hoy, como lo denunció el presidente del Tribunal Superior del Magdalena, aquel que encuentra una casa desocupada, abre en ella una escuela de derecho; citaba el ejemplo de Barranquilla, con seis facultades en la actualidad y estudiantes a distancia; esta proliferación incontrolada de abogados ha hecho sentir sus consecuencias no solo en el nivel teórico y académico del derecho, sino también en la ética de este ejercicio.

### 4. NORMATIVIDAD PENAL, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL Y LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

El problema, mirado a través de quienes podríamos llamar los "actores" de la administración de justicia penal (la normatividad vigente y quienes cumplen la función de aplicarla o elaborarla: abogados, jueces y legisladores), es desconcertante,

y posibilita, además, plantear la grave crisis en que se mueve el derecho penal colombiano, que, en otros términos, se expresa en una frecuente e improvisada expedición de normas penales, bien de orden sustantivo o procedimental.

A comienzos de los años 50, toda Europa era un caos; la segunda guerra mundial acaba de terminar; este caos se vive también en el derecho; GEORGES RIPERT<sup>4</sup> decía en 1951 algo que nos puede llevar a comprender mejor la necesidad de afirmar esta crisis de la administración de justicia penal, a partir de la normatividad penal y del recurso humano que en ella se mueve: "La abundancia de las leyes puede ser una necesidad en períodos en que se impone el intervencionismo. Pero si constituye una necesidad, es también temerario considerarla como un progreso. Por el contrario, es justamente una de las causas profundas de la crisis del derecho esta movilidad de la legislación que deja a los sujetos de derecho en la incertidumbre, les impide contar con el porvenir, les obliga a modificar incesantemente su conducta y les hace dudar del valor de las leyes... Los juristas se ven desamparados por esta movilidad de la legislación, por estas leyes temporarias o excepcionales preparadas a toda prisa y a menudo votadas en medio del desorden de las ideas".

Pero, ¿qué incidencia puede tener esta situación en la violencia delictiva que actualmente azota al país? Es necesario primero definir el papel que cumple la normatividad penal en el ejercicio del poder del Estado. Una aproximación teórica simple plantea que la normatividad penal "forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social"<sup>5</sup>. Otro autor afirma que "La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular, para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad"<sup>6</sup>.

En otros términos, creo que sea posible, siguiendo el desarrollo de algunas ideas de POULANTZAS, proponer la normatividad penal como una forma de represión legal en el ejercicio del poder, como constitutiva, igualmente, del campo político-social, como codificación, a la vez, de prohibiciones y de mandatos positivos. La normatividad penal cumple un papel esencial, en cuanto organización de la represión legal y de persuasión, para prevenir la proliferación de conductas delictuales; su doble papel está dado por ser una limitación a la arbitrariedad estatal y a la vez constituirse en una barrera al ejercicio de la violencia, es decir, la normatividad penal, al ser coerción y persuasión, le permite al Estado lograr, como una de sus formas de *legitimación*, el uso de la represión pero utilizando para ello la ley.

Persuasión, porque quienes están cobijados por la normatividad penal ven en ella la protección de sus valores e intereses; represión, porque es una violencia aplicada en contra de quienes han transgredido la ley, perjudicando los intereses

y valores de la sociedad. La legitimidad, entonces, así entendida, no es más que el *consentimiento* que a las prescripciones de la normatividad penal, se les otorga por quienes aceptan subordinarse a ella, al identificar en ella sus intereses y sus valores. En consecuencia, si el delito constituye una perturbación para la sociedad, la normatividad penal debe servir para castigar al delincuente, buscar su resocialización, reparar el daño y prevenir para que no se incurra en conductas delictivas contra el grupo social.

Si la administración de justicia penal es la materialización de una normatividad penal, el Estado se legitima a través de su administración de justicia penal. Con mucho acierto, un magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dice: "...pero la verdad es que también (por lo menos en nuestro sistema colombiano), la sociedad necesita saber que la administración de justicia actúa, que la administración de justicia es eficaz y que el aparato jurisdiccional, encargado de la represión delictiva, funciona en una o en otra forma..., me parece que los asociados tienen derecho a saber que el autor de un hecho punible, ha sido reprimido en uno o en otro sentido... es un problema de ser práctico y es un problema de la imagen que la administración de justicia muestra dentro del medio social".

Pero, entonces, la normatividad penal debe representar lo que es útil para la sociedad en la que se aplica, no para una sociedad en abstracto, y debe definir como punible lo que es nocivo para un medio social en particular, teniendo presentes condiciones antropológicas, históricas, psicológicas, etc. La norma penal es la regulación de conductas humanas y necesariamente debe tener como base la conducta humana que busca regular, y la conducta humana no es la misma en Alemania que en París o en Colombia. El régimen de propiedad puede que sí sea el mismo para toda la cultura occidental y por ello tenemos un Código Civil con una vigencia de casi 200 años, desde el régimen de Napoleón; pero la normatividad penal para que en su materialización, en la administración de justicia penal, cumpla su función de contribuir a la legitimación del Estado, debe tener como principio y fundamento una cultura determinada, una idiosincrasia, debe mirar la psicología de la sociedad a la que se le va a imponer; de no ser así elaborada, quienes estén bajo el mandato de dicha normatividad penal no verán identificados en ella sus valores e intereses, y entonces las normas aparecen en un total desfase histórico, cultural y social, trayendo, entre otras consecuencias, la pérdida de credibilidad en la administración de justicia y la búsqueda de esta justicia por la "propia mano".

Esta normatividad penal que nos rige, abstracta, formal, con pretensión de universalidad, que no tiene que rendir cuentas de su oportunidad ni de su justicia, de la que solo se requiere que esté vigente para aplicarse técnicamente; ha originado, entre otras razones, la pérdida de legitimidad del Estado a través de una administración de justicia totalmente enajenada, que, sin ninguna credibilidad, propicia el incremento de la violencia delictiva.

Y es precisamente de esta situación de crisis para el derecho penal y de pérdida de credibilidad en la administración de la justicia penal, de la que los abogados no se han ocupado, sino a partir de los síntomas menos graves y más secundarios; absortos en la creencia de la objetividad y cientificidad de su función y limitán-

<sup>4</sup> G. RIPERT et. alt., *La crisis del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

<sup>5</sup> E. BACIGALUPO, ob. cit., Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 1.

<sup>6</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 9.

dose a un lamento continuo por las condiciones económicas y técnicas en que la cumplen, se han sentido exonerados, así fuera solo en el plano intelectual, de su compromiso histórico.

Al juez, como administrador de un juzgado y con personal bajo sus órdenes, no se le brinda tampoco la más mínima preparación administrativa, que le posibiliten unos básicos criterios administrativos para el cumplimiento de su labor jerárquica en el ámbito del juzgado. Largos procedimientos legales e ineficaces y falta de preparación del personal subalterno agravan este problema de la pérdida absoluta de credibilidad en la administración de justicia. En este sentido han sido enormemente importantes las declaraciones del doctor ÉDGAR SAAVEDRA para precisar, en este momento, dónde se pueden ubicar las verdaderas causas del problema de la administración de justicia penal en Colombia.

Lamentablemente el Juez Décimo superior de Bogotá prefirió que no se grabara la entrevista que me concedió; él apuntó a una situación bastante relevante, que cada día se afianza más en el país: ante la pérdida total de credibilidad en la administración de justicia penal en Colombia, pareciera los medios de comunicación que han asumido esta función, y es así como, ante la comisión de un delito, ellos investigan y condenan públicamente, aun antes de que el delito y los sindicatos lleguen a conocimiento del juez. Si luego el juez realiza la investigación judicial y encuentra que no hay mérito para la condena legal, deberá soportar, a su vez, la condena pública de los medios de comunicación. Distorsionada por completo la labor de información, los medios de comunicación hacen de lado el principio constitucional de que nadie es culpable hasta que la ley no se lo compruebe. Solo en un país que, entre otras formas, ha perdido su posibilidad de legitimar el ejercicio del poder a través de su administración de justicia penal, es esto posible. ¿Y qué pensar de las presiones que se ejercen por este medio sobre un juez? Toda la "información" sobre la suerte del tratado de extradición y sobre el posterior pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, es una expresión palpable de lo que se viene instaurando en el país por los medios de comunicación, amparados en una discutible libertad de prensa.

Debiera ser mandato del Estado que los medios de comunicación informaran también sobre la terminación de las investigaciones judiciales, que hicieran reseñas informativas y periodísticas sobre las audiencias y los fallos que a diario acontecen en los juzgados del país, que posibilitaran a la ciudadanía, con personal especializado, adquirir elementos para comprender decisiones judiciales en materia penal. Esto haría que los ciudadanos recobren un poco la confianza en la administración de la justicia penal. Es muy diferente hacer una *investigación* sobre una *investigación*, cuando ya el proceso ha terminado, o está en su etapa pública, que hacerla cuando ni siquiera el juez ha conocido del asunto; la una, presiona a la administración de justicia, la otra, la controla, ahí sí, a través de la opinión pública. ¿Cuántas noticias se silencian en el país porque hay intereses políticos que se mueven e imponen sobre los periodistas y medios de comunicación? La libertad de prensa se ha identificado con la libertad de informar por, para y de acuerdo con las necesidades de los anunciadores; en materia de violencia delictiva esto es *nefando* y piénsese, por

ejemplo, en los llamados delincuentes de cuello blanco, enquistados en su mayoría en la administración pública.

## 5. NORMATIVIDAD PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Es particularmente interesante la historia de las relaciones entre la Criminología y el Derecho Penal. Con la publicación en 1871 de *El hombre delincuente*, puede afirmarse que el médico italiano CÉSAR LOMBROSO da origen a una serie de reflexiones teóricas en relación con la etiología del delito; su discípulo ENRIQUE FERRI será su continuador y expresión importante dentro de estas relaciones.

Los teóricos del derecho y los abogados hemos mirado la transición de la escuela clásica del derecho penal hacia la escuela positiva como un avance, como un progreso en los planteamientos de las teorías penales; pero estoy seguro de que un estudio más detenido podría demostrar que el surgimiento de planteamientos criminológicos creó una crisis de fundamentos dentro del derecho penal que desmoronó el edificio teórico y normativo de la escuela clásica, dando ocasión al positivismo. Es decir, los primeros criminólogos, al plantear —desde otras ciencias— la imposibilidad de sostener la tesis del libre albedrío, dejaron sin piso toda la construcción de la teoría penal propuesta por la llamada "Escuela Clásica".

Dos momentos son decisivos para la historia posterior del derecho penal, la normatividad penal y la formación jurídica de los abogados: el discurso sobre "El problema y el método de la ciencia del derecho penal", pronunciado por ARTURO ROCCO en Italia en 1910 y la publicación de *La teoría pura del derecho* de KELSEN, en Alemania, en 1934. A partir de estas elaboraciones (habrían otras muchas que citar, pero estas son lo suficientemente relevantes para el presente propósito), en las cuales es posible determinar un denominador común, en el sentido de darle un estatuto científico al estudio y ejercicio del derecho; este —el derecho en general y el derecho penal en particular— se zambulle en una reflexión exclusivamente jurídica. "Dedicarnos única y exclusivamente al estudio del derecho vigente", decía ROCCO, es decir, la formación del abogado, del jurista, en los términos propuestos en el primer aparte de este trabajo; esa formación que allí se definió como enajenada de todo contexto cultural, histórico y social, es una formación inherente al método que en este siglo se ha elaborado como método propio de aproximación a la norma y a la enseñanza del derecho.

Aquí pienso que es fundamental resaltar la importancia de las entrevistas que para este trabajo fueron realizadas; sin ninguna selección previa de las personas que se iba a entrevistar (a excepción del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien por su posición de administrador de justicia y teórico del derecho penal, me resultaba particularmente interesante), unos desde una posición y otros desde otra, pero todos, unánimemente, coinciden en que la formación estrictamente dogmática y jurídica que hoy se sigue dando en las facultades de derecho a los futuros abogados, jueces y legisladores, no los habilita, en absoluto, para cumplir la difícil labor que impone la administración de justicia.

A partir del momento en que el derecho, para adquirir un "estatuto científico" asume esta posición, la enseñanza de la criminología se excluye de los programas de enseñanza del derecho, o se le minimiza y su presencia para la administración de justicia se constituye en algo puramente tangencial y secundario. Es deplorable ver sentencias proferidas por jueces o magistrados penales citando una bibliografía de hace 40 ó 50 años, desactualizada; textos de sicología y siquiatría que ya deberían figurar en un museo de incunables, se reeditan por editoriales especializadas en material jurídico para consulta de abogados y jueces, y se convierten en el soporte especializado y "científico" para dar cuenta de la responsabilidad de un sindicado. ROBERTO BERGALLI, profesor argentino en la Universidad de Barcelona, plantea para el derecho penal español el problema en los siguientes términos:

"En efecto, en razón de la acentuada opinión de que la criminología ha de aceptar como base de sus investigaciones el punto de partida de que el concepto del delito es un concepto jurídico y que por lo tanto es el derecho penal objetivo el que delimita su campo de actuación, se insiste que la criminología no se ocupa de las normas jurídicas, sino de los hechos que subyacen a esas normas (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*).

"Y esto ha determinado dos rasgos característicos en el estudio de la criminología de nivel universitario: a) que pese a ese predominio de lo jurídico, la enseñanza y más aún la investigación criminológica, han sido absolutamente excluidas de los planes de estudio de las facultades de derecho españolas y b) que la función empíricamente subalterna que ha cumplido esa criminología respecto del derecho penal, en cuanto solo se ha nutrido de material de estudio proveniente de la propia actividad de aquel, ha dejado sin cuestionar su carácter ideológico y ha aceptado acriticamente que el sistema de ese derecho sirve para la protección de unos intereses sociales en detrimento de otros"<sup>7</sup>.

En Colombia, el decreto 3200 de 1979, que regula los estudios de derecho, tampoco incluye la criminología; incluye un curso sobre "sociología y política criminal, medicina legal y técnica criminalística", para ser dictado en un semestre, es decir, un curso de relleno, sin ninguna trascendencia dentro de la formación del estudiante.

Hace poco tiempo un profesor de la facultad de la cual hago parte, afirmaba que lo más importante en la formación de un abogado es el derecho procesal, "porque el derecho no es más que procedimiento". FOUCAULT tenía razón y mantiene su vigencia en los radicales cuestionamientos que le ha hecho al derecho, a su enseñanza. ejercicio y función: "El juez no atestigua acerca de la verdad, sino tan solo de la regularidad del procedimiento"<sup>8</sup>.

Este papel secundario de la criminología es la causa de que su elaboración teórica sea de una absoluta insolvencia teórica, y ahora, cuando algunos abogados empiezan a preocuparse de este problema, en el movimiento de la "nueva crimino-

logía" o "criminología crítica", no deja de ser interesante observar cómo aparecen, por ejemplo, "descubriendo" el marxismo, formulando planteamientos y propuestas ya suficientemente elaborados y desarrollados por teóricos que desde otras disciplinas han pensado el derecho. Con toda razón el mismo FOUCAULT se expresa así de la Criminología: "¿Ha leído usted alguna vez textos de criminología? Es para cortarse el cuello. Y lo digo con asombro, no con agresividad, porque no termino de comprender cómo este discurso de la criminología ha podido quedar en eso. Uno tiene la impresión de que el discurso de la criminología tiene una utilidad tal, es exigido tan fuertemente y se hizo tan necesario para el funcionamiento del sistema, que no tuvo siquiera la necesidad de darse una justificación teórica y ni siquiera una coherencia, una armazón. Es totalmente utilitario"<sup>9</sup>.

Sin embargo, esta relación entre normatividad penal, administración de justicia penal y criminología, comienza a modificarse a partir de algunas propuestas teóricas, formuladas con seriedad y no escuchadas todavía. Es bastante interesante en este sentido la reflexión del doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, presentada en el primer Seminario Nacional de Criminología y sistema penitenciario, que dice: "... y por bastantes lustros se ha creído también —no sabe uno si en verdad o en broma— que el derecho penal es solo una cuestión de técnica jurídica, judicial y dogmática. Casi se ha hecho de él una panacea de la que, como tal, todo se espera (más o menos milagrosamente) en la lucha estatal contra el crimen y a cuya hija putativa, la administración de la justicia penal, se le atribuyen paradójicamente todas las virtudes y al propio tiempo todos los fracasos sistemáticos y tradicionales en el ámbito punitivo... Y duele reconocerlo —sobre todo por boca de un penalista que ha sido también siempre un administrador o dispensador de esa justicia legal —el derecho penal ha realizado en verdad una mala obra. Muy a pesar suyo, la hija le ha resultado contrahecha, ineficiente y desigualitaria, tanto en su operancia disfuncional cuanto en su poco satisfactorias consecuencias prácticas...

"Si no toda la culpa en el fracaso tradicional de la lucha contra el crimen y del tratamiento del criminal se le puede imputar al derecho penal, es porque este no posee autosuficiencia, sino que es solo el producto de la política criminal. Las deficiencias y autoengaños del derecho penal —que son a la vez del legislador, del juez y del científico— son la excrecencia de una mala política criminal, cuyo peor y último detritus suele llamarse, no sin eufemismo pero también sin gloria, sistema penitenciario...

"Pero he aquí que tampoco sobre la política criminal recae íntegramente la responsabilidad, ya que ella a su vez está basada, entre otras cosas, en algo que entre nosotros se viene haciendo, si acaso se hace, del mismo modo mal: la criminología, que sí es una cuestión social"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> FOUCAULT, *Entrevista sobre la prisión*, 1975.

<sup>10</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, profesor universitario y con muchos escritos sobre derecho penal publicados, *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 25, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

<sup>7</sup> R. BERGALLI, J. BUSTOS et alt., *El pensamiento criminológico*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

<sup>8</sup> MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Edit. Gedisa, 1983.

La posición del doctor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA es contundente: no puede pensarse en una elaboración de la normatividad penal sin que medien estudios serios de criminología, y no puede concebirse una administración de justicia penal sin la presencia rigurosa de la criminología. Solo así la normatividad penal podría cumplir una función relevante en materia de política criminal, una función preventiva contra el delito.

Y, entonces, es necesario agregar que la criminología es precisamente un problema interdisciplinario y que solo manejado interdisciplinariamente puede dar cuenta de su objeto: la etiología del delito. Es una tarea de realización inmediata incluir en los programas de derecho el estudio interdisciplinario de la criminología, y esta reflexión criminológica debe acompañar al estudiante en gran parte del tiempo que duren sus estudios; dicho de otra manera: este vacío debe subsanarse en cursos obligatorios de especialización para quienes pretendan desempeñar funciones de juez penal. De esta necesidad pueden ser también testimonio importante del manejo que los jueces hacen de la inimputabilidad cuando se trata de enfermos mentales, las declaraciones del médico director del anexo psiquiátrico de la cárcel de La Picota, doctor MANUEL LARROTA, suficientes para poner de manifiesto otra grave insuficiencia teórica de los jueces. No es la idea proponer aquí que los jueces penales se conviertan en especialistas de psicología, psiquiatría, sociología, etc., sino que tengan un mínimo de conocimientos para moverse en ciertas situaciones, ya como jueces, abogados litigantes y aun como legisladores.

La interdisciplinaria que exige el abordaje, tratamiento y comprensión de la violencia delictiva, bien puede ser la posibilidad para que los estudios de derecho y la administración de justicia penal allanen ese desfase teórico que les separa de otras disciplinas y asuman su compromiso histórico como teoría del derecho penal, normatividad penal y administración de justicia penal. El abogado, juez o legislador pueden seguir manejando la técnica jurídica, pero inscritos en su percepción de los problemas que manejan y en su función en la historia que les toca vivir; solo por este camino la administración de justicia penal podrá asumir el papel que le corresponde frente a la sociedad y frente al Estado, solo a partir de ese momento la justicia penal podrá decir abiertamente que las condiciones técnicas y económicas en las que le toca desempeñar su función son infrahumanas y encontrará el respaldo de una ciudadanía que cree en ella.

## 6. RECOMENDACIONES

Los acontecimientos del Palacio de Justicia, las continuas discusiones sobre el tratado de extradición, las amenazas y muerte de jueces y magistrados, las normas expedidas para tratar de contrarrestar el fenómeno del narcotráfico, los procesos contra narcotraficantes y su posterior libertad, las polémicas públicas sobre el decreto 1853, la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, las continuas denuncias por corrupción contra personal de las fuerzas armadas y organismos de seguridad, etc., han originado que muchas miradas de interrogación se vuelvan

hacia la administración de justicia penal; al concluir este trabajo quiero retomar nuevamente a MICHEL FOUCAULT en una frase que se convierte en la recomendación:

*Primera.*—“Me temo que sería peligroso que los jueces continúen juzgando solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten en nombre de qué juzgan?, con qué derecho?, a quién y por qué actos, quiénes son ellos para juzgar? Que se inquieten como nosotros nos inquietamos al encontrarlos tantas veces tan poco inquietos. La crisis de la función de la justicia acaba de comenzar, no la clausuremos precipitadamente”.

Se propone, pues, una revisión interdisciplinaria de la normatividad que soporta la administración de justicia penal en el país.

*Segunda.*—La criminología debe constituirse en una materia obligatoria y con amplia intensidad horaria, elaborando su programa y dictado interdisciplinariamente, abarcando varios semestres de la carrera. Igualmente se debe reexaminar la formación que se imparte en derecho penal.

*Tercera.*—En relación con el punto anterior, se debe buscar que las facultades de derecho integren grupos de investigación interdisciplinaria, no solo para suplir los cursos de criminología, sino también para asesorar al Estado en la elaboración y evaluación de leyes y decretos que tengan que ver con la administración de justicia penal.

*Cuarta.*—La elaboración de normas penales deberá ser encargada a equipos interdisciplinarios conformados por académicos de diferentes regiones del país.

*Quinta.*—Todo procesado deberá tener, obligatoriamente, un apoderado en todas las etapas del proceso; este apoderado deberá ser un abogado titulado o un estudiante de último año de derecho asistido por un profesor.

*Sexta.*—Es imperiosa la necesidad de crear anexos psiquiátricos en las diferentes ciudades del país; para comprender la urgencia de esta necesidad remito a la entrevista del doctor MANUEL LARROTA, psiquiatra jefe del anexo de La Picota.

*Séptima.*—Se debe sugerir a la prensa escrita mantener una información especializada sobre la administración de justicia penal, informando sobre investigaciones concluidas y sentencias.

*Octava.*—La escuela judicial que piensa abrirse debe incluir dentro de su programación cursos interdisciplinarios de criminología, criminalística y pruebas técnicas.

*Novena.*—Se debe hacer una evaluación y una posterior reglamentación sobre la apertura y funcionamiento de las facultades de derecho.

*Décima.*—Otros trabajos seguramente mostrarán las necesidades económicas para la marcha de una adecuada administración de justicia penal, por lo que también deberá atenderse este campo.

El problema de la violencia en el país es sumamente complejo; es más, seguramente los estudios allegados demuestran que es un problema de estructura social, y en consecuencia las medidas por aplicar sean totalmente radicales; pero desde el lugar en que se me propuso hablar espero haber cumplido.

# DROGAS: ¿QUÉ POLÍTICA CRIMINAL PARA LA ARGENTINA DEMOCRÁTICA?\*

Por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ\*\*

## 1. EL PROBLEMA DROGA

Difícilmente en otra área específica de la política criminal el debate adquiere un tono tan acentuadamente ideológico como en el tema drogas. Ello entre otras razones porque aparecen involucrados en él elementos de naturaleza tan diversa como la política nacional e internacional, pretensiones de objetividad médica y de una supuesta moral universal, a más de los tecnicismos legislativos que rodean la respuesta legislativa al problema.

¿Cuál es el número de personas que consumen drogas? ¿Cuál es el porcentaje de consumo según el tipo de droga? ¿Cuáles son los criterios utilizados para la clasificación de las drogas en legales o ilegales? ¿Cómo funciona en la práctica el mercado de los psicofármacos susceptibles de venta legal y cuáles son sus efectos reales sobre la población? ¿Cuál es la real dimensión cualitativa y cuantitativa de la producción y el tráfico de drogas? ¿Por qué y para quién la droga constituye un problema?

Una ojeada a las estadísticas disponibles permite sin mayores dudas afirmar que, sobre la ignorancia de estos aspectos fundamentales y otros de no menor importancia, algunos medios de comunicación de masas han creado el marco cultural sobre el que descansa la actual "política criminal" argentina en materia de drogas.

La histeria y la confusión desatadas por los medios masivos de comunicación han generado como mínimo dos consecuencias de importancia cuya ignorancia solo contribuiría a alimentar los efectos negativos ya señalados.

El tema de la droga se ha separado de su base real, y sus aspectos y efectos negativos deben darse por descontado en términos abstractos sin necesidad de ofrecer argumentos racionales o comprobaciones empíricas. En otras palabras, el problema de la droga ha sido construido en modo tal que permita invertir la carga de la prueba por lo menos en el plano de la cultura jurídica. Quien no defiende "soluciones" abiertamente represivas o quien expone dudas frente a las mismas debe justificarse permanentemente, asegurando que dicha posición no constituye en modo alguno una defensa o incluso una apología de la droga. Este matiz inquisitorial resulta doblemente grave en el contexto de una sociedad como la argentina, que intenta

\* Publicado en *Poder y Control* núm. 2, Barcelona (España).

\*\* Investigador del U.N.S.D.R.I., Roma (Italia).

superar una experiencia autoritaria donde la pérdida más absoluta de todo tipo de garantías jurídicas constituyó una de sus características más dominantes. De la inversión de la prueba en el campo de la cultura jurídica, a la inversión de la prueba en los procesos, la distancia resulta algunas veces más próxima de lo que pudiera imaginarse.

Si se acepta, a menos que se pueda demostrar lo contrario, que la falta de respuesta a los interrogantes planteados, constituye paradójicamente un dato de la realidad, resulta a su vez lícito preguntarse sobre qué elementos se apoya y sobre qué elementos debería apoyarse una discusión sobre el tema de las drogas, dirigida a sentar las bases de una política criminal democrática y por sobre todo a buscar soluciones adecuadas a conflictos y sufrimientos reales que la sociedad no debe ignorar. Parece obvio que un debate de este tipo debería comenzar por reconocer abiertamente las deficiencias y límites a los que debe enfrentarse. La reducción artificial de la complejidad del tema de la droga, para convertirse en sucedáneo de una realidad que se desconoce, no parece ser el camino más aconsejado. Más aún, no siquiera la superación de algunas de las deficiencias señaladas permitiría avanzar en forma decisiva en el conocimiento de la dimensión real del problema. Aun la más exacta de las estadísticas, no constituye otra cosa que un registro de aquella pequeña porción de hechos delictivos que por diversos canales arriban al sistema de la justicia penal, confirmando entre otras cosas el carácter simbólico y selectivo de la misma<sup>1</sup>.

A este respecto se podría agregar que el problema de fondo se vincula a un desajuste entre los objetivos y los recursos a disposición por parte del sistema penal<sup>2</sup>. Si los recursos debieran adaptarse a los objetivos declarados, los medios económicos a disposición constituirían una parte abrumadora del presupuesto nacional y esto sin olvidar las consecuencias políticas que en términos de un control social total significaría para la vida cotidiana de los ciudadanos.

Existe actualmente un fenómeno al cual seguramente la sociedad argentina no escapa, que puede ser descrito como una tendencia a la juridificación negativa de buena parte de los conflictos sociales. Dicha tendencia, que en épocas de gobiernos autoritarios parte del Estado hacia la sociedad civil, puede ser entendida como el intento de prever coactivamente por medio de normas de carácter penal el comportamiento del cuerpo social ante el fracaso o inexistencia de otros mecanismos de integración como el mercado, los partidos políticos, la religión, etc. Dicha tendencia, que se debilita relativamente en un contexto democrático, no desaparece totalmente. Muchas veces ella invierte su sentido, siendo determinados grupos sociales, incluso

<sup>1</sup> Esta afirmación no debe entenderse de ningún modo como un rechazo del uso de las estadísticas en el trazado de la política criminal, sino más bien, y especialmente en lo que se refiere a las estadísticas criminales, a una consideración crítica de las mismas, teniendo permanentemente en cuenta los aspectos vinculados a la llamada "cifra oscura" de la criminalidad. Es decir, aquella criminalidad efectivamente cometida pero no registrada por el sistema de la justicia penal.

<sup>2</sup> Agradezco al prof. A. BARATTA el haberme señalado en varias oportunidades la importancia de esta perspectiva.

de carácter progresista, los que, ignorando las funciones reales del sistema de la justicia penal, presionan sobre el Estado para cristalizar en normas jurídicas penales sus demandas específicas. Estos "nuevos empresarios morales". (S. SCHEERER, 1986), que en el mejor de los casos resuelven en el plano simbólico-penal problemas sociales de origen estructural, ignoran o se desentienden de las consecuencias negativas finales de su acción.

También por lo dicho anteriormente aparece como mucho más aconsejable la elección del camino inverso, es decir, la adaptación de los objetivos a los recursos disponibles. Es obvio que esta observación no implica un alegato para privar de recursos al sistema de la justicia, sino un reconocimiento del carácter limitado de los mismos y de la necesidad de establecer prioridades para su uso racional. Una política semejante, es preciso decirlo claramente, presupone una paciente, amplia y detallada tarea de descriminalización, en la cual aquellos problemas que por su naturaleza y magnitud puedan ser entendidos como verdaderos problemas sociales, deberán ser discutidos a la luz del reconocimiento de las funciones reales del sistema de la justicia penal.

Un análisis crítico del funcionamiento del sistema de la justicia penal como el realizado por A. BARATTA (1986), permite detectar una neta ruptura entre las funciones declaradas del sistema de la justicia penal y sus reales funciones como un sistema que, presentándose como la igualdad "per excellence", tiende a mantener y reproducir las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad. Una de las posibles comprobaciones empíricas de esta afirmación proviene del hecho de que —como investigaciones realizadas lo confirman— a pesar de que los comportamientos delictivos se encuentran homogéneamente distribuidos en todo el cuerpo social, en la población (carcelaria) efectivamente criminalizada aparecen prioritariamente representados los estratos más bajos de la población. Por ello, la transformación de un problema social en criminal, no puede ser el resultado de la imposición coactiva del punto de vista moral de pequeños grupos de la sociedad. Si el sistema de la justicia penal se abocara y concentrara a la tarea de proteger los intereses y necesidades reales de los individuos, las transformaciones que se produjeran en su estructura y accionar no serían de menos importancia. Un sistema penal que actuando en forma altamente selectiva, pretende imponer coactivamente los valores de una su-puesta moral universal, se transformaría en un medio de identificación y protección de aquellos valores que resultan imprescindibles para la convivencia social.

## 2. LA DISCUSIÓN EN ARGENTINA Y LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

Una breve revisión del estado actual del debate en materia de drogas en la Argentina permite realizar dos observaciones significativas: a) la discusión actual se concentra casi exclusivamente en el problema de la tenencia para el consumo personal, y b) el único dato en cierta medida objetivo y confiable de que se dispone lo constituyen la legislación y la jurisprudencia en la materia. En otras palabras, lejos de que un conocimiento de las características reales de la situación haya condu-

cido a las soluciones normativas adecuadas, parece ser que el ordenamiento normativo de determinadas situaciones ha construido la "realidad" sobre la cual es necesario actuar.

En ese sentido es posible afirmar que una política criminal dirigida a la identificación y solución de reales problemas sociales, antes que a la reafirmación simbólica de supuestos valores universales, deberá considerar la totalidad del fenómeno de la droga y no solo una de sus múltiples manifestaciones. Además, dicha política deberá confrontarse, por lo menos, con las disposiciones legislativas de otras realidades. Ello permitirá percibir el carácter contingente y particular del problema y más concretamente descubrir los diversos y posibles nexos existentes entre un problema social y su construcción como problema criminal. En otras palabras, poner de manifiesto el hecho de que el reconocimiento de la gravedad de un problema social no pasa necesaria o exclusivamente por su inclusión en el campo de la justicia penal.

Las intenciones de este artículo son modestas y pueden resumirse en cuatro puntos: a) presentar en forma descriptiva un panorama de las figuras jurídicas centrales relativas al tema de la droga en el ámbito latinoamericano; b) evidenciar la necesidad de aceptar en toda su extensión la complejidad del tema; c) exponer las consecuencias reales que se derivan de la aplicación del sistema de la justicia penal, frente a situaciones cuya gravedad resulta más el producto de una construcción social y jurídica arbitraria que de su verdadero impacto en el cuerpo social; d) proponer elementos de discusión en torno al aspecto cuya importancia me parece central y fundamental, y que puede ser formulado en los siguientes términos: *¿Constituye la criminalización de una situación problemática, dentro de la cual es posible identificar sufrimientos reales, el único parámetro que permite afirmar la toma de conciencia frente a la gravedad de un problema social?*

Las respuestas juridiconormativas en el campo de la droga hacen referencia a cinco aspectos fundamentales, dentro de los cuales una gran variedad de situaciones pueden subsumirse<sup>3</sup>. Ellas son: a) cultivo o producción ilegal; b) tráfico o comercio ilegal; c) posesión o tenencia ilegal; d) consumo ilegal (en aquellos casos en que es considerado en forma diversa a la posesión ilegal; e) tratamiento y rehabilitación de la adicción.

a) *Cultivo o producción ilegal.*—En Argentina y de acuerdo con el art. 2º de la ley 20.771, el cultivo o producción resultan sancionados con pena privativa de libertad de 3 a 12 años, más pena pecuniaria. Como puede observarse, ninguna referencia a la cantidad de sustancia producida o cultivada. Una solución "simple", que equipara de hecho y de derecho al productor en gran escala con quien cultiva pequeñas cantidades para su uso personal. En este caso la rigidez represiva de

<sup>3</sup> Dos son los puntos de importancia que me interesa dejar previamente en claro en esta parte. En primer lugar, que se trata de una presentación sintética y esquemática de la actual legislación en materia de drogas en un número representativo de países latinoamericanos. En segundo lugar, que los datos disponibles hacen referencia al período de mediados de 1986. Cambios en la legislación vigente son posibles de prever, dado que una de las características de la legislación en materia de drogas es su permanente movilidad.

las disposiciones normativas podría ser entendida objetivamente como una invitación al cultivo o producción en gran escala.

Bastante diferentes son las disposiciones normativas adoptadas por la legislación colombiana, la que, diferenciando y aceptando la complejidad del problema, parece que tendiera a la ruptura del vínculo entre la criminalidad organizada y el consumidor, no exponiendo a este último a una relación forzada con los llamados "núcleos duros" de la criminalidad. En ese sentido los cultivos de pequeña extensión (hasta 20 plantas) no constituyen un hecho punible. En el caso de cultivos entre 20 y 100 plantas, el hecho es previsto con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años y multa de 1 a 40 salarios mensuales mínimos. Para los casos de grandes plantaciones, la pena se eleva de 4 a 12 años de prisión más multa de 100 a 400 salarios mínimos. Cuando las actividades descritas son desarrolladas por organizaciones surgidas con dichos fines hay una elevación ulterior de la pena privativa de libertad de 6 a 12 años y multa de 10 a 100 salarios mensuales mínimos.

En *Costa Rica* el cultivo de sustancias prohibidas es castigado con privación de libertad de 6 a 12 años.

En *Ecuador*, para la producción o el cultivo ilegal la normativa penal prevé pena privativa de libertad de hasta 8 años y pena pecuniaria.

En *Venezuela* la rigidez represiva alcanza su punto más alto en la nueva ley de estupefacientes, que fija penas privativas de libertad de hasta 20 años para los casos de producción o cultivo ilegal.

b) *Tráfico o comercio ilegal.*—La distinción de este tipo penal respecto de la producción o el cultivo no siempre resulta posible en el contexto latinoamericano. En *Argentina*, por ejemplo, el art. 2° de la ley 20.771 considera conjuntamente la producción y el tráfico. Por su parte, el art. 3° de la citada ley prevé pena de reclusión de 5 a 15 años y pena pecuniaria al que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refiere el art. 2°.

En *Colombia*, también en relación con el tráfico, la ley prevé ciertas especificaciones. La pena básica de 4 a 12 años de privación de libertad y su adicional pecuniaria de 10 a 100 salarios mensuales mínimos se reduce de acuerdo con la cantidad de droga de que se trate. Así, si las cantidades no exceden de 1 kg. de marihuana, 200 grs. de hachís, 100 grs. de cocaína o cocaína base, o 200 grs. de metacuálona, la pena se reduce de 1 a 3 años, más multa de 2 a 100 salarios mínimos mensuales.

En *Costa Rica* la pena básica para el comercio ilícito de drogas es de 5 a 12 años de prisión, la que puede agravarse en el caso de la existencia de una organización internacional. Apelando al art. 372 del Código Penal, que contempla el tráfico internacional de niños o mujeres, así como actos de terrorismo, la pena se eleva a 10 años de prisión en su mínimo, manteniéndose el máximo de 15 años.

En *Ecuador*, el tráfico ilegal es sancionado con pena privativa de libertad de 8 a 12 años y pena pecuniaria. En *Venezuela*, la pena para este tipo de delito, así como para quien financie su ejecución, es la privación de libertad por un periodo de 10 a 20 años.

c) *Posesión ilícita de drogas.*—Este hecho resulta punible, en principio, en todos los países latinoamericanos anteriormente mencionados. Sin embargo, la pena (e incluso en algunas oportunidades la ausencia de la misma) varía y depende del hecho de que la posesión tenga fines de tráfico o de uso personal. Dos soluciones diferentes son posibles de detectar para determinar si efectivamente la tenencia lo es para uso personal. O bien el legislador establece la cantidad máxima que debe ser considerada para uso personal, o bien dicha determinación queda librada a la consideración de la autoridad judicial competente. Por ello es por lo que las disposiciones del art. 6° de la ley argentina 20.771, constituyen un principio prácticamente aislado en el contexto latinoamericano (y en buena medida también en el plano internacional). El art. 6° establece: "Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa de pesos argentinos sesenta a tres mil al que tuviera en su poder estupefacientes aunque estuvieran destinados a uso personal"<sup>4</sup>.

En *Costa Rica*, la posesión de drogas como tal es penada con pena privativa de libertad de 5 a 15 años. Sin embargo, la posesión de drogas no es punible si lo es para uso personal. La ley no contempla la cantidad de droga que debe ser considerada para uso personal, dejando libre a la autoridad judicial dicha apreciación en cada caso concreto. La Corte Suprema de dicho país se ha pronunciado al respecto, expresando que la posesión de 15 cigarrillos de marihuana no es punible si la intención del tráfico no ha sido probada. De lo anterior parece desprenderse también, al no haberse pronunciado la Corte sobre otros tipos de drogas, que se introduce al menos por la vía jurisprudencial la distinción entre las llamadas drogas "livianas" y las denominadas "pesadas".

En *Venezuela*, donde, como se ha visto, la ley de drogas prevé las penas más severas en el campo latinoamericano, la posesión de droga es punible (con pena privativa de libertad de 6 a 10 años) solo en el caso de que tenga finalidad de tráfico. La mera posesión para uso personal no es punible. En este último caso corresponde a dos expertos, designados por los tribunales, determinar si la posesión de drogas lo era para uso personal.

En *Ecuador*, la posesión ilícita de drogas (obviamente para uso personal y no con finalidades de tráfico) es punible con pena privativa de libertad de hasta 1 año, a lo cual se suma la posibilidad del tratamiento obligatorio.

En *Colombia* la legislación prevé en forma específica e independiente la figura jurídica de la posesión para uso personal. La pena para este hecho, que es considerado una contravención y no un delito, es de por el máximo de 1 mes y pena pecuniaria de hasta un 50% del salario mensual. En caso de reincidencia específica dentro del lapso de 1 año, la pena se eleva a la privación de libertad de 1 mes a 1 año.

<sup>4</sup> Pese a la aparente claridad del art. 6°; la jurisprudencia argentina actual está lejos de ser unívoca y pasiva al respecto. Una parte de los jueces penales se niegan a considerar la normativa de este artículo en los casos de tenencia para uso personal, invocando el art. 19 de la Constitución Nacional, que impide cualquier tipo de ingerencia estatal (y no solo penal) respecto de las acciones privadas no atentatorias del orden y la moral públicos, ni perjudiciales a terceros. En fallo reciente la Corte Suprema Argentina ha avalado esta última tesis. Sobre todo este punto véase los trabajos de J. VIRGOLINI: (1986); R. ENTELMAN-J. MALAMUD GOTI (1986); E. R. ZAFFARONI (1986).

En consonancia con las disposiciones anteriores la ley colombiana determina la cantidad máxima de sustancias estupefacientes que pueden ser consideradas como de uso personal: hasta 20 grs. de marihuana, 5 grs. de hachís, 1 gr. de cocaína o sustancias similares que contengan cocaína, y 2 grs. de metacualona. Las disposiciones anteriores no rigen, obviamente, cuando la finalidad probada es el tráfico.

d) *Consumo ilegal de drogas.*—Este aspecto representa en el contexto latinoamericano (aunque no solo en él) la profunda complejidad de la problemática legislativa en el campo de las drogas. En principio esto significa que el simple consumo no siempre es punible si no concurren circunstancias especiales, tales como el uso en lugar público, la calidad de militar del consumidor, la presencia de menores, etc. Sin embargo, el tratamiento particular otorgado a la tenencia la mayoría parte de las veces totalmente superflua, rinde, esta desincriminación de derecho. Pero este último aspecto tiene mucho mayor influjo en el problema más grave del tratamiento obligatorio, el que abre las puertas muchas veces a la medicalización de ciertos problemas sociales, con todas las consecuencias negativas que ello implica.

El breve panorama de algunas de las legislaciones latinoamericanas en materia de drogas permite poner de manifiesto la existencia de una relativa homogeneidad legislativa en el tratamiento de aquellos aspectos vinculados a la producción y el tráfico, así como una disparidad notoria en el tratamiento de aquellos aspectos vinculados sobre todo a la tenencia para el consumo personal. Investigaciones más amplias realizadas en el plano internacional permiten afirmar el carácter general de dicha tendencia, al mismo tiempo que ponen de manifiesto ciertas peculiaridades comunes a la legislación de drogas en el ámbito internacional<sup>5</sup>. La característica tal vez más importante aparece representada por el hecho de que la legislación sobre drogas se ha ido desplazando del articulado de los códigos penales hacia las legislaciones especiales. Los motivos que explican estas tendencias no pueden ser separados de sus consecuencias reales o potenciales. El “problema” de la droga como tal es relativamente nuevo, y los elementos que lo conforman se encuentran en permanente evolución (más acertado sería afirmar que paralelamente es la percepción del fenómeno de la droga la que se encuentra en permanente evolución).

Las legislaciones especiales aparecen entonces como la respuesta más “adecuada” a la naturaleza del problema. Pero detrás de esta explicación se ocultan ciertas facetas cuyas consecuencias no pueden ser ignoradas. La legislación sobre drogas tiende a cambiar actualmente, con una velocidad tal, que aquellas características de generalidad y abstracción de la ley tienden progresivamente a desaparecer. De allí a la desaparición de las garantías procesales, componente irrenunciable de los Estados democráticos de derecho, la distancia es muchas veces increíblemente estrecha.

Las legislaciones especiales sobre drogas, legitimadas en ocasiones *ab initio* por una alarma social artificialmente construida, tienden a constituirse en subsiste-

mas administrativos de emergencia. En este marco juridicocultural, las autoridades judiciales competentes se ven obligadas a asumir una función meramente acusadora, relegando su verdadera función de dirimir conflictos con el menor costo social posible. Justificado por la amenaza real de la criminalidad organizada, la severa e indiscriminada criminalización del consumidor produce, en términos del orden social cotidiano, más problemas de los que contribuye a resolver, aunque recupera dicha función negativa en la dimensión simbólica de garante de la “ley y el orden”. Otra característica de no menor importancia, que aparece claramente reflejada en las reflexiones “parainternacionales” sobre el tema de la droga<sup>6</sup>, es la creciente militarización de la terminología empleada. La “lucha” contra las drogas, “la guerra sin cuartel”, las conexiones dadas por supuesto entre el fenómeno de la droga y ciertas actividades políticas y criminales, forman parte de un vocabulario cotidiano que, referido a la criminalidad organizada, se transfiere automáticamente a ciertas formas de conductas desviadas cuya criminalización contribuye a profundizar y agravar (y muchas veces a crear) la “cuestión criminal”, sobre la que luego es necesario actuar con leyes cada vez más especiales. De la conexión arbitraria de determinadas situaciones ilegales con potenciales hechos criminales muchísimo más graves, la historia de los totalitarismos europeos de la década del 30 de este siglo ofrece algunos ejemplos que no deberían pasar inadvertidos. Durante el régimen nacionalsocialista, el arribo con retardo al puesto de trabajo podía ser considerado un crimen de extrema gravedad en la medida en que con dicha conducta se atentaba contra la producción, contra el Estado, y con ello “contra el sano sentimiento del pueblo”. No menos elocuentes son los ejemplos de medicalización de ciertos conflictos sociales en algunos de los llamados “países del socialismo real”.

Si buena parte de las reflexiones arriba señaladas deberían movilizar cualquier conciencia jurídica civilizada con mucha más razón deberían movilizar a los miembros de una sociedad como la argentina, profundamente herida y dividida todavía hoy, por las consecuencias de una “guerra sin cuartel” (y sin garantías) que, destinada a resolver los gravísimos problemas que implicaba una subversión armada que progresivamente adquirió contornos netamente terroristas, involucró en ella a todas las posibles formas del disenso político, social y cultural.

### 3. DROGAS-TRATAMIENTO-NORMATIVA PENAL

No pretendo agotar en estas pocas líneas la discusión en torno al tratamiento en materia de drogas. Me interesa por sobre todo resaltar aquí los puntos centrales que una futura discusión deberá afrontar. Por otra parte, la consideración del problema del tratamiento *a posteriori* de la descripción de la normativa en materia de drogas constituye todo lo contrario a un hecho fortuito. Así como el carácter criminal del consumo de drogas depende de su consideración jurídica (y la le-

<sup>6</sup> Un buen ejemplo de estas reflexiones “parainternacionales”, son las publicaciones oficiales norteamericanas, relativas a las estrategias nacionales para la prevención del uso y el tráfico de drogas. Véase Drug Abuse Policy Office, U.S.A. (1984).

<sup>5</sup> Me refiero a una investigación sobre legislación internacional en materia de drogas realizada en el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social. UNSDRI (1986).

gislación comparada analizada permite percibirlo como un hecho contingente), la cual a su vez es fuertemente dependiente de la cultura jurídica imperante, el carácter de la dependencia física o psicológica de la droga no es indiferente a su consideración normativa. Por estas razones es por las que la discusión en torno a las diversas modalidades y formas de tratamiento se encuentra absolutamente subordinada a la forma específica de reacción penal frente a la totalidad del problema de la droga.

Si la tenencia indiferenciada de cualquier tipo y cantidad de droga ilegal (aunque lo sea para uso personal, como lo establece el art. 6° de la ley 20.771) constituye un hecho criminal, sancionado con pena privativa de libertad, esto significa que automáticamente el tratamiento asumirá un perfil netamente penal y represivo. De esta forma el criterio real de adicción o dependencia se construye mucho más sobre bases normativas que médicas. Si esto no fuera así, no se entiende por qué la dependencia física o psicológica de drogas legales (cuyas consecuencias negativas pueden ser incluso mayores que las producidas por las drogas ilegales) no es considerada un hecho criminal.

La extrema ambigüedad que impera en la doctrina y la jurisprudencia argentinas de considerar al consumidor de drogas ilegales, independientemente de la calidad y cantidad de droga<sup>7</sup>, como un enfermo-criminal o como un criminal-enfermo, refleja un tipo particular de cultura jurídica y se cristaliza a su vez en la legislación vigente. El art. 9° de la ley 20.771 establece: "Cuando el *condenado* por cualquier tipo de delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación... La medida de seguridad se cumplirá en establecimientos adecuados que el juez determine..." (el subrayado es mío). Debe admitirse en este caso que se trata de una curiosa concepción del concepto de "enfermedad", cuya cura resulta diferida al momento de la finalización del proceso. Más allá del dato real de la duración de los procesos, solo la inexistencia de "establecimientos adecuados" que prevé la ley explica la escasa o nula existencia de controversias en torno a esta problemática.

En la Argentina buena parte de los problemas derivados de la adicción, y por ende del tratamiento, permanecerán en el callejón sin salida en el que se encuentran mientras persista la criminalización del mero consumo de ciertas drogas.

El argumento, mucho más emotivo que racional, utilizado para la clasificación de ciertas drogas como ilegales, hace referencia a menudo a las potenciales conexiones criminales de sus usuarios. Esta afirmación, que constituye una verdad parcial, en muchas oportunidades no es otra cosa que una mentira. Desde este punto de vista la criminalización del uso personal, que crea o consolida el ligamen entre el consumidor y los núcleos duros de la delincuencia, puede ser entendida como el mejor ejemplo de la profecía que se autorrealiza.

<sup>7</sup> Resulta bastante sugestivo que los defensores de soluciones represivas para el caso de la tenencia para uso personal, hagan muchas veces en los ejemplos que utilizan para ilustrar el efecto dañino de las drogas, referencia a aquellas prácticamente desconocidas en la Argentina, como es el caso de la heroína.

Más allá del hecho obvio, aunque no para todos, por desgracia, de que los componentes de prevención general deberían ser prioritarios en una política criminal sobre drogas (piénsese en las tensiones sociales originadas por el desempleo, la desigual distribución de los recursos, etc.), se trata de sentar las bases normativas que permitan desarrollar formas de tratamiento dirigidas a enfrentar verdaderos sufrimientos reales y no meramente los prejuicios de ciertos grupos o individuos.

Solo una vez cumplida la tarea de decriminalización del uso personal será cuando el sistema penal pueda concentrarse en la resolución de los graves problemas vinculados al tema drogas y el tratamiento podrá asumir un carácter no represivo o incluso simbólico como es el caso de lo previsto por el art. 9° de la ley 20.771.

Cualquiera sea la forma que asuma el tratamiento, tres elementos centrales deben ser tomados explícitamente en consideración. En primer lugar, que no todos los aspectos derivados de la adicción pueden ser medidos objetivamente, siendo fuertemente dependientes de la condición sociocultural tanto del "enfermo" como de su "curador".

En segundo lugar, que no existe un modelo de tratamiento, sino múltiples modalidades diversas. En tercer lugar, que el Estado debe asumir una responsabilidad irrenunciable respecto del mismo, ya sea en términos de gestión directa o de supervisión de su funcionamiento.

No puedo extenderme aquí en las características particulares que debe asumir la supervisión del Estado en el caso de instituciones dedicadas al tratamiento que funcionan con fondos privados. Las mismas deben ser en todo caso motivo de un extenso debate, que hasta el momento no se ha producido. Esta última afirmación, que es válida en buena medida también para aquellas instituciones similares pero que funcionan con dineros públicos, admite, sin embargo, una primera precisión. Los siempre escasos fondos públicos deberán ser utilizados en forma prioritaria para enfrentar aquellas situaciones que por sus características representan graves y urgentes problemas sociales. Además y en términos generales, el objetivo del tratamiento deberá dirigirse a una plena (y por ello no desprovista de contradicciones) reinserción social. La transformación beatificante del adicto, podrá servir en todo caso como ejemplo aislado del éxito efímero de ciertos modelos terapéuticos pero no contribuirá en forma decisiva a una verdadera resolución social del problema.

#### 4. CONCLUSIONES PARA LA DISCUSIÓN

En su sentido más amplio, el presente artículo debe ser entendido como un alegato hacia una apertura amplia y desprejuiciada de la discusión en torno a los elementos que conforman el verdadero problema social del tema drogas. Por ello, la respuesta a la pregunta inicial, ¿qué política criminal para la Argentina democrática?, no puede menos que poseer un carácter limitado y parcial.

La legislación sobre drogas es solo una parte de la política criminal respectiva. Si aquella persiste en su carácter represivo e ideológico actual, continuará enfrentándose a un doble dilema. Por un lado, la resistencia en su aplicación concreta por

parte de aquellas conciencias democráticas, para las que la salvaguarda de las garantías constitucionales del Estado de derecho resultan prioritarias respecto del mantenimiento simbólico del "buen orden". Por el otro, la creación de nuevos y más graves problemas sociales derivados de sanciones ejemplificantes tendentes a una consideración indiscriminada de situaciones de naturaleza realmente diversa, lo que objetivamente conduce a estrechar los vínculos entre un número de conductas desviadas y los núcleos duros de la criminalidad organizada. Si, por el contrario —pero sin un debate que permita poner al descubierto las raíces juridicoculturales del problema<sup>8</sup>—, una legislación más permisiva resulta aprobada, la misma aparece condenada *ab initio* a un doble fracaso. Una legislación como esta última, que no vaya acompañada de una profunda reflexión respecto de la percepción de la naturaleza del problema, sobre todo por parte de los operadores del sistema de la justicia penal, será aplicada en modo tal que abrirá las puertas a una legislación aún más represiva (y por sobre todo ciega a los verdaderos problemas sociales) que la actual, pero con pleno consenso.

Roma, enero 1987

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANIYAR DE CASTRO, L. (1985): *Legitimación interna y estrategias de dominación en la campaña contra las drogas de 1984, en Venezuela, en Capítulo Criminológico*, núm. 13 (Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela), pág. 3-28.
- BARATTA, A. (1986): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- Drug Abuse Policy Office, U.S.A. (1984), *1984 National Strategy for Prevention of Drug Abuse and Drug Trafficking*, Drug Abuse Policy Office, Office of Policy Development, The White House, Washington, D.C.
- ENTELMAN, R., MALAMUD GOTI, J. (1986): *Consumo de drogas, libertades individuales y algunos problemas estructurales de la sociedad argentina*, en "La Ley", núm. 186, septiembre 25, Págs. 1-2.
- SCHEERER, S. (1986): *Atypische Moralunternehmer. Die statistische Wende neue sozialer Bewegungen*, Manuscrito, Frankfurt.
- UNSDRI, (1986), *International Survey on Drug-related Penal Measures*, Roma.
- VIRGOLINI, J. (1986): *Tenencia de estupefacientes*, en "Doctrina Penal", núms. 33/34, págs. 159-181.
- ZAFFARONI, R. (1986): *Tenencia de tóxicos prohibidos*, en "Jurisprudencia Argentina", núm. 5485, octubre 15, págs. 31-35.

<sup>8</sup> He dejado deliberadamente fuera de la discusión todos aquellos aspectos de carácter económico vinculados al tráfico y producción de drogas y a los círculos de los mercados ilegales. La experiencia internacional demuestra la fragilidad de la respuesta normativa frente a la lógica económica del mercado de la droga.

Sin perder de vista la complejidad y delicadeza del tema, la discusión en torno a la descriminalización del comercio de drogas como forma de lograr un efectivo control del mismo, debería por lo menos perder el carácter tabú que ha adquirido en los últimos tiempos.

Sobre este punto véase el trabajo de L. ANIYAR DE CASTRO (1985).

## LAS DROGAS, LA MUJER Y LA FARMACIA

—Notas preliminares—

Por ROSA DEL OLMO\*

Desde hace algunos meses vengo reflexionando sobre la temática de las drogas, y cada día me convenzo más de que es el negocio económico y político más espléndido de la década de los ochentas, y en que ya no cuentan las fronteras nacionales. Sin embargo, también observo, a medida que intento profundizar en el tema, una proliferación exagerada de libros que, tal como acertadamente señaló el investigador alemán HANS BEHR en su libro *la droga: potencia mundial*, solo coinciden en una cosa: "mezclan la realidad con la leyenda y los rumores con la fantasía de manera muy desconsiderada..."<sup>1</sup>.

De ahí que pareciera fundamental en todo esfuerzo por comprender la problemática de las drogas en la actualidad, con miras a formular estrategias para su posible solución, comenzar por establecer algunos criterios que, además, me van a permitir formular aquí mis planteamientos.

Ante todo debo señalar cómo, a medida que se profundiza en este complejo mundo de las drogas, se evidencia una serie de diferencias específicas entre las diversas drogas en términos de patrones de tráfico y consumo, por lo tanto en términos de cómo y por qué han surgido sus respectivos controles, todo lo cual conduce a afirmar que cada droga debe ser analizada separadamente.

No es lo mismo la historia de la marihuana que la historia de la cocaína, como tampoco las particulares historias de los psicofármacos y del alcohol. Todas sin embargo corresponden a la definición formal de la palabra *droga* establecida por la Organización Mundial de la Salud, es decir, "toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones de este"<sup>2</sup>; lo que varía sin embargo es su control; de ahí que esta definición formal no corresponda siempre en la práctica con su definición real, la cual equivale más bien a "toda sustancia prohibida", con lo que se excluyen unas y otras no, de la definición, como es de todos conocido.

Al mismo tiempo, hay cada día mayores evidencias para poder afirmar que existen claras diferencias entre esos "organismos vivos" (léase personas) en términos de tipo de sociedad, clase social, edad y sexo así como entre estas categorías se

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>1</sup> HANS-GEORG BEHR, *La droga, potencia mundial*, Barcelona, Edit. Planeta, 1981, pág. 61.

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe Técnico*, núm. 407, 1969, pág. 6.

observan diferencias en la prohibición o no de diferentes drogas tanto a nivel del tráfico como del consumo. Por ejemplo, hay sociedades en que se permite el consumo de marihuana y sociedades en que se prohíbe, así como hay sociedades en que se prohíbe la venta (lo que equivale a tráfico) del alcohol.

Llama la atención sin embargo la ignorancia, y sobre todo el silencio, en torno a estas diferencias. Pero es que también estamos acostumbrados a oír hablar de la droga, y no de las diferentes drogas y a asociarla con un virus presente en todas partes como "epidemia", así como de responsabilizar a una serie de "organismos vivos" (léase consumidores y traficantes) que se dedican a contaminar a los demás.

Cualquier encuesta que hagamos entre la población sobre las drogas nos indicará cómo se asocia la droga inmediatamente con la juventud, porque es esa "la leyenda y la fantasía". Como tenemos la tendencia a pensar en una sola droga, generalmente marihuana, y solo hasta hace poco cocaína, y como hay muchos más jóvenes que viejos y aquella se vincula a movimientos de jóvenes, especialmente en USA<sup>3</sup>, es mucho más simple vincular a la juventud con la droga. Se nos ha creado un estereotipo en el cual droga es sinónimo de *joven-varón* y, las más de las veces, *joven-varón-marginal*, y si es posible también *delincuente*, porque el problema se maneja a un nivel tal de generalidad y superficialidad, muy probablemente para ocultar las diferencias antes señaladas y sus múltiples contradicciones.

Pero resulta que la cosa no es tan sencilla. Existen diferencias evidentes en los patrones de consumo, según los tipos de drogas en términos de edad y sexo, lo cual complica pero al mismo tiempo aclara el panorama, con lo que se pueden formular estrategias si realmente se busca su solución.

Habiendo planteado el problema en estos términos, quiero ahora compartir con ustedes algunas reflexiones muy preliminares sobre "la mujer, las drogas y la farmacia". Para comenzar, me voy a referir a una recopilación de estudios con el título *Mujer y drogas*, publicada recientemente por el Instituto Nacional sobre Abuso de Drogas (NIDA) del gobierno norteamericano, en la que en su introducción leemos lo siguiente:

"A medida que la atención sobre el campo del abuso de drogas comenzó a expandirse más allá del consumo de opiáceos, los investigadores comenzaron a reportar descubrimientos, que sugirieron cómo los patrones de consumo de droga de las mujeres no pueden establecerse simplemente generalizando de los estudios sobre los de los hombres... En su lugar, comenzaron a surgir estudios que sugieren cómo muchos de los problemas de las mujeres consumidoras no son menores, iguales o superiores a los de los hombres consumidores, sino que son *propios del consumidor femenino* y con necesidad de explicarlos desde su propio marco de referencia"<sup>4</sup>.

Es decir, esta publicación, que reúne más de 300 investigaciones sobre las drogas y la mujer, señala una problemática particular y propia de la mujer consumi-

<sup>3</sup> NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE, *Women and Drugs*, Research Issues 31, US Department of Health and Human Services, Washington, D. C., 1983, pág. 1.

<sup>4</sup> BURT, M. B., GLYNN, TH y otros, *Psychosocial Characteristics of Drug Abusing Women*, NIDA Service Research Monograph Series, Rockville, 1985.

dora de drogas, pero —y esto es lo importante— destaca la existencia del problema. Es decir, la mujer en su propia especificidad debe ser objeto de estudio, separadamente del hombre y del joven, tanto en el tráfico como en el consumo de drogas.

Yo me voy a referir aquí exclusivamente al consumo, porque es donde más se ha investigado. La mayoría de las investigaciones han sido realizadas en los Estados Unidos, Canadá e Inglaterra. Unas promovidas por organismos oficiales dirigidos a estudiar el área de la salud, otras a raíz de las inquietudes de los grupos feministas. Pero todas por supuesto como resultado del espacio que va a ocupar el tema de la mujer como objeto propio, a partir de comienzos de la década de los setenta, precisamente en esos países desarrollados.

Es entonces con base en lo estudiado en los países desarrollados como podemos iniciar la reflexión para plantear la urgencia de comenzar a realizar investigaciones en este sentido en nuestros países. Si en los Estados Unidos el problema de las drogas no es campo exclusivo del sexo masculino, es evidente que tampoco lo es en nuestros países, sobre todo cuando recordamos el carácter transnacional del problema.

Según informaciones oficiales, se ha podido conocer —ya que nadie duda del desarrollo electrónico norteamericano para no confiar en sus bancos de datos— que para el año de 1980 la mitad de los pacientes que ingresaron en los puestos de emergencia de los hospitales de los Estados Unidos eran mujeres con episodios relacionados con abuso de drogas. Lo que hay que precisar sin embargo es el tipo de droga predominante en las mujeres, y ahí radica la reflexión principal que quiero presentarles a ustedes.

La revisión de una serie de investigaciones y encuestas nacionales hechas en los Estados Unidos revelan que la droga de mayor consumo por la mujer son los psicofármacos, y concretamente los tranquilizantes y sedantes. Es más: se afirma que permanentemente, con ocasión de numerosos estudios realizados ya desde los años setenta, cómo la proporción es de dos mujeres por cada hombre en el consumo de este tipo de drogas. Se señala continuamente a la mujer con mayor probabilidad de consumirlos regularmente, y muy especialmente aquellos productos derivados de la benzodiazepina, nuestros populares *ativan*, *Lexotanil*, *Tranxen*, *Valium*, por ejemplo; cuyo uso se inicia por canales legales con una prescripción médica pero que repetidamente se convierte en abuso y por lo tanto en farmacodependencia, precisamente por que son drogas permitidas.

Se ha observado también que las mujeres experimentan el doble de entradas en las salas de emergencia de los hospitales por abuso de estos tranquilizantes en relación con los hombres, el triple por analgésicos y el doble por sedantes no barbitúricos. Lo interesante es que estas tendencias hacia el consumo de tranquilizantes menores en la mujer son muy similares en los Estados Unidos, Canadá y Europa occidental, de acuerdo con los estudios realizados. Pero, además, se señala que existe "gran evidencia de que los índices de consumo están aumentando más rápido en las mujeres que en los hombres"<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> ETTORE BETSY, "Psychotropics, passivity and the pharmaceutical industry", en A. HENNMAN, R. LEWIS y T. MAYLON, *Big Deal, The Politics of the Illicit Drugs Business*, Pluto Press, Londres, 1985.

De las personas sometidas a programas federales de tratamiento en los Estados Unidos por abuso de tranquilizantes, se pudo observar que el 51% eran mujeres, a pesar de que solo el 28% de toda la población bajo tratamiento era del sexo femenino.

Es más, en relación con la población que se somete a tratamiento también se han establecido algunas particularidades. Por ejemplo, las mujeres que ingresan al tratamiento muestran mucha mayor incidencia en el abuso de psicofármacos que de metadona, alcohol o cocaína. Se ha logrado además establecer que el abuso de tranquilizantes dentro de la población femenina varía en función del *status* socioeconómico y marital. Las mujeres casadas, y en particular las amas de casa de más de 35 años, parecen tener mayor índice de consumo. Pero también varía en función de la fuente de adquisición. La mujer joven y la mujer trabajadora consiguen los psicofármacos por canales irregulares, es decir ilegalmente. En cambio, las mujeres mayores y las amas de casa los adquieren más frecuentemente por prescripción médica.

Diversas investigaciones coinciden en que para la explicación del consumo de drogas de la mujer es esencial estudiar la relación de la paciente femenina con los médicos, ya que dos terceras partes de las prescripciones para psicofármacos son escritas para mujeres, siendo la droga más común la que contiene benzodiazepina.

La benzodiazepina se vende en la actualidad bajo más de 800 marcas registradas y se considera que casi una quinta parte de la población mundial, o sea más de 600 millones de habitantes, se cuentan entre los consumidores regulares. Habría que determinar, sin embargo, cuántos de estos son mujeres, lo que resulta bastante difícil. Un estudio realizado en Inglaterra, por ejemplo, reveló que de 115 avisos sobre tranquilizantes publicados en el *British Medical Journal*, 91 se referían directamente a mujeres, es decir el 80%.

Por todo lo dicho, parece ser que los principales clientes, y por lo tanto consumidores de este tipo de drogas, son las mujeres, que en todos los casos se inician por prescripción médica. Lo que se olvida, sin embargo, es que estos tranquilizantes, a pesar de que se anuncian como agentes de antiansiedad para tratar la depresión, pueden producir diferentes efectos en la mujer en diferentes etapas del ciclo menstrual. Las investigaciones han comprobado que producen antiansiedad premenstrual pero intranquilidad en la fase postmenstrual. Es más, los libros especializados señalan que pueden crear farmacodependencia si se consumen más de tres meses seguidos, y que todas se potencializan con el alcohol, advirtiéndose, además, que no se debe manejar un vehículo cuando se consumen. ¿Cuántas mujeres que inocentemente las consumen saben esto? ¿Cuántos médicos se lo advierten? ¿Cuántos accidentes de tránsito en nuestro país serán ocasionados por estos tranquilizantes legales?

Estas inquietudes, producto de algunas lecturas, me han llevado a examinar la situación en nuestro país, Venezuela, y más concretamente Caracas, de manera bastante rudimentaria, pues no contamos con bancos de datos sobre la situación como en los países desarrollados. Algunos farmacéuticos amigos ofrecieron muy generosamente los récipes blancos para que yo pudiera examinar la situación. Logré en este sentido realizar una prueba piloto en tres farmacias —una ubicada en el Litoral, otra en las Colinas de Bello Monte y otra en la Parroquia Candelaria, con los récipes blancos correspondientes a las ventas de 1985, los cuales clasifiqué,

y procedí a aislar todos los productos derivados de las benzodiazepinas y a tabularlos cuando era posible, según el sexo del paciente y del comprador. Los resultados evidentemente no son tan exactos como hubiera querido, porque unos récipes no traen el nombre del paciente y otros ni siquiera el del comprador. Descartando estos, sin embargo, encontré resultados que corroboran las investigaciones realizadas en los países desarrollados: las benzodiazepinas son los psicofármacos de mayor venta, además son adquiridos en mayor proporción por mujeres en las tres farmacias revisadas. Quedaría por determinar si estas mujeres han desarrollado una farmacodependencia de los mismos, lo cual no es posible con una investigación tan superficial.

Pero vayamos a los datos encontrados:

1) La farmacia ubicada en las Colinas de Bello Monte recibió récipes blancos en 1985 para 34 productos, de los cuales 18, o sea el 53%, eran derivados de las benzodiazepinas. El total de récipes blancos para las benzodiazepinas fue de 1518, de un total general de 2262, es decir el 67% de las ventas. De estos récipes para benzodiazepinas se conoció el sexo del paciente en 1066 casos, de los cuales el 64% eran mujeres.

2) La farmacia ubicada en la Candelaria recibió récipes blancos en 1985 para 33 productos, de los cuales 20 eran benzodiazepinas, es decir el 61%. El total de récipes blancos para las benzodiazepinas fue de 524 de un total de 669, es decir el 78%. De estos se conoció el sexo del paciente en 498 compras de benzodiazepinas, de los cuales el 53% fueron mujeres.

3) La farmacia del Litoral recibió récipes blancos para 29 productos, de los cuales 20 eran benzodiazepinas, o sea el 69%. El total de récipes blancos para estos fue de 376 de un total de 443, es decir, el 88% de las ventas. Se conoció el sexo del paciente de benzodiazepinas en 333 casos, de los cuales 61% fueron mujeres.

En conclusión, en las tres farmacias son mayores los récipes vinculados con la mujer que con los hombres. Creemos sin embargo que si hubiera mayor control de parte de los médicos y de los farmacéuticos para especificar en el rónimo del paciente, la proporción probablemente sería mucho mayor porque la tendencia estadística así lo refleja.

Quisimos también, a pesar del poco tiempo disponible y de lo rudimentario de la tabulación, determinar cuáles de todos estos productos son los más frecuentes. Elegimos los cuatro de mayor venta, y en las tres farmacias coincidieron los mismos productos aun cuando variaron en orden de importancia: ATIVAN, LEXOTANIL, TRANXEN y VALIUM son los primeros cuatro, de todos los productos vendidos con rónimo blanco<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Es interesante señalar que en las tres farmacias el quinto lugar en volumen en ventas lo ocupa el FENOBARBITAL, y también predominan las mujeres como consumidoras. En la farmacia de Colinas de Bello Monte, el 65% de los récipes para adquirir este barbitúrico fue para mujeres; en la farmacia de la Candelaria, el 57% y en la del Litoral el 76% de los récipes.

|           | Farm. Colinas | Farm. Candelaria | Farm. Litoral | Compañía Pr |
|-----------|---------------|------------------|---------------|-------------|
| ATIVAN    | 1er lugar     | 4º lugar         | 3er lugar     | WYETH       |
| LEXOTANIL | 2º lugar      | 2º lugar         | 1er lugar     | ROCHE       |
| TRANXEN   | 3º lugar      | 1º lugar         | 2º lugar      | ROUSSEL     |
| VALIUM    | 4º lugar      | 3º lugar         | 4º lugar      | ROCHE       |

He querido con estas notas preliminares despertar el interés para que se siga investigando en esta línea con el objeto de contribuir a no seguir mezclando *la realidad con la leyenda y los rumores con la fantasía* en este multifacético campo de las drogas.

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

# Corte Suprema de Justicia

## EL PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN EN MATERIA DE CASACIÓN PENAL

En la demanda de casación deben indicarse los fundamentos de la causal o causales invocadas de manera clara y precisa. En caso de que los motivos de impugnación formulados impliquen el planteamiento de situaciones incompatibles, que recíprocamente se destruyan porque una descarta la existencia de la otra y esta a su vez descarta la primera, no se cumple el requisito señalado y se incurre en una violación del principio de no contradicción en virtud del cual, para el caso, una cosa no puede ser (falsedad) y no ser (no falsedad sino estafa) al mismo tiempo. Alcance de la expresión "en forma clara y precisa" del art. 576 del C. de P. P. (art. 224 ord. 3° del decreto 50/87).

Magistrado ponente: Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ  
Septiembre 23 de 1986

### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda, mirada en su conjunto, es no solo imprecisa sino totalmente contradictoria. Basta observar cómo, al amparo de la causal cuarta formula dos cargos que son irreconciliables entre sí; que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, porque el delito que se estructura no es el de concusión sino el de falsedad personal (art. 227), para luego, en el siguiente cargo, sostener que tampoco es éste último sino el de estafa, en su modalidad de tentativa. Falta, pues, precisión y coherencia en la demanda, en cuanto se relaciona con la causal cuarta invocada. No puede la Corte saber, en definitiva, cuál sería, en concepto del casacionista, la calificación correcta de la conducta del procesado. O se trata de una falsedad personal o de una estafa (tentativa), pero no puede ser ambas cosas a la vez. Este planteamiento es extraño

a la lógica y repugna al principio de no contradicción, en virtud del cual una cosa no puede ser (falsedad) y no ser (no falsedad sino estafa) al mismo tiempo.

Pero es más. Al amparo de la causal primera se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, por errores de apreciación probatoria. Afirma el recurrente que "no existe la comprobación del cuerpo del delito en los términos del art. 140 del C. P.", como tampoco la declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, por cuanto la versión del doctor R. A. es vacilante en relación con la exigencia de dinero por parte de A. A. para las finalidades indicadas, sin que, por otro lado, existan indicios graves de responsabilidad penal, requeridos para proferir el auto de proceder, ni mucho menos la plena prueba necesaria para una sentencia condenatoria.

En relación con el testimonio del doctor R. afirma que es vago, impreciso y oscuro, y "contaminado de interés", agregando que a las versiones del doctor B. V. y de la señora María Patricia de Ramírez, no obstante ser de referencia se les dio un valor superior al que realmente tienen, toda vez que ninguno de ellos percibió directamente las exigencias de dinero hechas por A.A. al doctor R.R. Termina sosteniendo que las explicaciones del procesado no se desvirtuaron ("ni indicio, ni prueba testimonial han roto la unidad cierta de las afirmaciones de A. A.") y por ende reclama su absolución.

Si se lee la indagatoria rendida por A.A., claro surge de ella que el procesado en ningún momento aceptó las acusaciones formuladas por el doctor R. A.; siempre se mostró ajeno a ellas y en todo momento proclamó su inocencia:

"quien recibió la indagatoria y estuvo en contacto con el doctor A. aparte del señor juez fue el secretario, ... no tuve ningún contacto... ahí hay una equivocación... la afirmación que hace el doctor A. en el sentido de que cuando llamó le fue exigida la suma de sesenta mil pesos para arreglar la situación jurídica de su patrocinado, carece de fundamento, por las siguientes razones: primero: como dije anteriormente, yo no me encontraba en ese teléfono... considero que el doctor A. hace estas aseveraciones en razón a que al juzgado fue un doctor B. V. y dijo que estaban pidiendo dinero por suma determinada para solucionar la situación jurídica de los indagados A. y G. D. G. C.... es decir, A. pide la plata a equis persona, esa persona le dice aquí está la plata, arregle el problema, él coge para sí y el problema arreglado..." (se ha copiado la transcripción hecha en el auto de detención).

Si, como se ve por lo transcrito, el sindicado nunca confesó nada ilícito en su conducta, ni tan siquiera un detalle del cual pudiera inferirse la comisión de un delito de falsedad personal o de una estafa, y si el testimonio del doctor R. A., en concepto del casacionis-

ta, es indigno de crédito por estar "contaminado de interés, confusión, de contradicciones" y los demás declarantes solo son de referencia porque ninguno de ellos percibió en forma directa la exigencia del dinero, carecía el demandante, de manera absoluta, de cualquier medio de convicción que le permitiera plantear, al amparo de la causal cuarta, que el ilícito cometido por su poderdante no era el de concusión sino el de falsedad personal o el de estafa (tentativa).

En otros términos: para invocar la nulidad, en forma contradictoria como ya se analizó, el casacionista necesariamente aceptó la situación fáctica plasmada en el proceso, pretendiendo demostrar un *error in iudicando*, consistente en la equivocación del juzgador al seleccionar la norma aplicable al caso objeto de juzgamiento, que según él no era el art. 140 del Código Penal sino el 227 o el 356 (en armonía con el 22). Para poder sostener este aserto, indispensablemente tuvo que acudir al testimonio del doctor R. A. y a las declaraciones de su esposa y del doctor B. y a los demás elementos de juicio aportados al proceso, y darles el mismo valor de plena prueba que se les dio en la sentencia acusada, porque solo con base en ellos le resultaba posible pretender demostrar que el ilícito estructurado era el de falsedad personal o el de estafa. La contradicción salta a la vista, cuando al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, plantea una falta de prueba, porque ahora sí, aquellos mismos elementos de convicción que le permitieron sostener el *error in iudicando*, ya no merecen el menor crédito. Ya no hay indicios que comprometan la responsabilidad del procesado, y ya el testimonio del doctor R. A. no tiene ningún valor por estar "contaminado de interés, confusión, de contradicciones", ni las declaraciones que en una u otra forma corroboran su dicho pueden admitirse por ser simplemente testimonios de oídas. Solo merece credibilidad la versión del procesado, de la cual, como ya se

anotó, no es posible ni siquiera inferir la existencia de un delito de falsedad personal o de una estafa.

Estas gravísimas contradicciones son más que suficientes para desechar todos los cargos formulados en la demanda. Es que no se puede aceptar la situación fáctica plasmada en la sentencia para aducir una violación directa de la ley o, como en este caso, una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, para luego desestimar esa misma fundamentación factual. De conformidad con el art. 576 del Código de Procedimiento Penal, uno de los requisitos que debe reunir la demanda de casación es el de que se indiquen "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal o causales invocadas, requisito este que no se cumple cuando los motivos de impugnación formulados implican el planteamiento de situaciones incompatibles, que reciprocamente se destruyen porque una descarta la existencia de la otra y esta a su vez descarta la de la primera. Por esto ha dicho esta corporación que "cuando en casación se propone, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias" ("G. J.", t. CXV, pág. 228).

A pesar de las contradicciones y graves defectos técnicos de la demanda, considera con-

veniente la Sala advertir que no encuentra ninguna nulidad en la actuación, en cuyo caso oficiosamente la declarararía. Con el testimonio del doctor R. A., corroborado por múltiples elementos de convicción atinadamente analizados en la sentencia recurrida, se dio por plenamente probado no solo el cuerpo del delito sino también la responsabilidad del procesado, sin que se advierta ningún error en la valoración probatoria. Los hechos establecidos, solicitud de sesenta mil pesos (\$60.000) al doctor R. A. a cambio de la libertad de la señora G. de C. (su poderdante), hecha por A. A., empleado a la sazón del Juzgado Veinte Superior de Bogotá, aduciendo que por autorización del titular del Despacho él podía tomar la decisión que quisiera al respecto, indudablemente configuran el delito de concusión y no otro distinto. Se trataba de un empleado oficial que, abusando de su investidura pública, solicitó, indebidamente desde luego, dinero al abogado que asistía profesionalmente a la señora G. de C., ofreciéndole a cambio de ello la libertad de su representada, conducta esta que coincide con la hipotéticamente descrita en el art. 140 del Código Penal, con el nombre de concusión.

En mérito de lo expuesto, *La Corte Suprema, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

## ACLARACIONES DE VOTO\* EL VERDADERO ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DE NO CONTRADICCIÓN Y AUTONOMÍA

Debe replantearse el criterio tradicional, en materia de casación penal, en virtud del cual se ha venido entendiendo el *principio de no contradicción*, de origen jurisprudencial y no legal, como remitido a la totalidad de las causales de casación, dejando de lado el de la autonomía de cada cargo y de cada causal. Tal posición genera un formalismo extremo que al ganar en técnica deja de lado la materialidad del derecho de defensa y las especiales características del derecho penal, como si en el proceso penal no estuvieran de por medio el orden público, la libertad individual y los derechos humanos; además de que por mandato legal se pueden invocar varias causales en forma concomitante.

Por GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ  
LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA

Si bien ninguna discrepancia existe por parte de los suscritos magistrados respecto a la decisión tomada por la sala al no casar la sentencia impugnada, respetuosamente disentimos del criterio que sirvió de fundamento a tal determinación.

A pesar de que en el fallo acogido por la mayoría se reiteró la regulación jurisprudencial que ha venido decantando desde antiguo con el fin de establecer una serie de principios encaminados a determinar la forma como cada causal debe alegarse en sí misma y en relación con las demás, para no incurrir en incompatibilidades o desaciertos que puedan afectar la fundamentación de la demanda, cree-

mos que es el momento para requerir a la Sala a que considere la posibilidad de replantear el tradicional criterio caracterizado por ir avanzando, en cada oportunidad con más fuerza, hacia un extremo formalismo que permite ganar en técnica pero puede ir dejando de lado la materialidad del derecho de defensa y las especiales características del derecho penal.

En efecto, la diferencia de criterios para establecer la posibilidad de estudiar los cargos formulados en la demanda de casación contra la sentencia impugnada o, por el contrario, su rechazo, debe ser la resultante del análisis de los casos concretos y no de la aplicación

\* Presentamos a continuación, en primera instancia, la aclaración que los magistrados mencionados hacen a la decisión que antecede. A continuación, en segundo lugar, podrán nuestros lectores confrontar una aclaración de voto similar redactada por los mismos magistrados, correspondiente a la casación 079 contra Jorge Antimo Gómez, proyecto aprobado mediante acta núm. 117, con ponencia del dr. MARTÍNEZ ZUÑIGA.

de parámetros doctrinales generales inmodificables para la totalidad de futuras decisiones, porque a diferencia de lo que sucede con las ciencias denominadas técnicas, en el derecho y más específicamente en el penal cada juzgamiento presenta, como es obvio, características especiales que hacen que la defensa se ejerza, igualmente, dentro de esas peculiaridades.

Por considerar que el casacionista no cumplió con el principio de “no contradicción”, se estimó que se debían “desechar todos los cargos formulados a la demanda”.

La contradicción en que se afirma incurrió el demandante se hace deducir del análisis comparativo de las dos causales invocadas, pues se ha considerado que es incompatible proponer en la misma demanda la causal cuarta por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad por errada calificación del delito, y al mismo tiempo la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria.

Esta incompatibilidad se califica como “gravísima” porque “...no se puede aceptar la situación fáctica plasmada en la sentencia para aducir una violación directa de la ley o, como en este caso, una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, para luego desestimar esa misma fundamentación factual”.

Al invocar la causal cuarta el demandante propone dos cargos, ambos tendentes a demostrar la errada calificación del delito. El que señala como “principal” lo remite no a la existencia del delito de concusión sino al de falsedad personal, y el que propone como “subsidiario” lo hace consistir también en la errónea calificación, pero referido al delito de estafa en el grado de tentativa.

Aquí se ha censurado al casacionista porque pone de relieve la falta de técnica en la demanda por cuanto en estas condiciones le es imposible a la Corte saber en definitiva

cuál es el concepto del demandante. “O se trata del delito de falsedad personal o del de estafa (tentativa) pero no puede ser ambas cosas a la vez”.

Para demostrar la violación al principio de “no contradicción” en que se afirma incurrió el casacionista, se expresa en la referida providencia que, inclusive, no era posible invocar la causal de nulidad porque “...el sindicado nunca confesó nada ilícito en su conducta, ni tan siquiera un detalle del cual pudiera inferirse la comisión de un delito de falsedad personal o de una estafa” y si “el testimonio del doctor R. A. es indigno de crédito y los demás declarantes solo son de referencia porque ninguno de ellos percibió en forma directa la exigencia del dinero, carecía el demandante, de manera absoluta, de cualquier medio de convicción que le permitiera plantear, al amparo de la causal cuarta, que el ilícito cometido por su poderdante no era de concusión sino el de falsedad personal o el de estafa (tentativa)”.

Implica esta consideración, entonces, que el demandante debía de haber escogido para invocar o la causal cuarta o la primera, pero no las dos en forma concomitante.

El principio de “no contradicción” ha sido tomado, en consecuencia, bajo el criterio tradicional, es decir, remitido a la totalidad de las causales, dejando de lado el de “la autonomía” de cada cargo y cada causal, el cual, como es sabido, también encuentra total respaldo doctrinario y jurisprudencial. (Sent. casac. septiembre 10 de 1985; M. P., dr. FABIO CALDERÓN BOTERO). Se concluye en esta forma que el demandante incumplió el art. 576 del Código de Procedimiento Penal, cuando dispone que uno de los requisitos que debe reunir la demanda de casación es el de que se indiquen “en forma clara y precisa” los fundamentos de la causal o causales invocadas, pues esto sucede “cuando los motivos de impugnación formulados implican el planteamiento de si-

tuaciones incompatibles que recíprocamente se destruyen porque una descarta la existencia de la otra y esta a su vez descarta la de la primera”.

Fijados los criterios generales que motivan nuestra inconformidad y aquellos en que se fundamenta la posición mayoritaria, consideramos necesario señalar algunas de las discrepancias específicas que nos conllevaron (sic) a suscribir la anterior providencia con aclaración de voto:

a) Sabido es que los requisitos que debe cumplir la demanda de casación no solo se remiten a los señalados por la ley, sino también a aquellos referidos concretamente a la técnica, los cuales son la resultante de una ardua labor jurisprudencial y doctrinaria; de ahí que se afirme que los requisitos que debe cumplir la demanda de casación son de dos clases: de orden legal y de orden técnico.

Aquellos encuentran su fundamento en el art. 576 del Código de Procedimiento Penal; y los denominados “técnicos” son consecuencia de la lógica y el detenido estudio de este recurso extraordinario cuya labor fundamental le ha correspondido a la corte con el principal fin de establecer un conjunto de reglas que permitan determinar la forma como debe alegarse cada causal en sí misma y en relación con las demás “para no incurrir en incompatibilidades, en desaciertos de prelación y en incongruencias de fondo que den al traste con el recurso”, como lo afirma el dr. FABIO CALDERÓN BOTERO en su obra *Casación y revisión en materia penal*. (2ª ed., pág. 58).

b) Los requisitos legales que debe llenar la demanda para su viabilidad se remiten a: la solicitud de información, el resumen de los hechos, el señalamiento de causales, fundamentación de las mismas y la cita de las normas sustanciales infringidas. En cambio, los de orden técnico se han ido formulando de acuerdo al estudio de cada causal, sin que ello excluya aquellos generales de la técnica del recurso y que la Sala ha recordado con frecuencia: El de *autonomía* “porque ningun-

na causal está sujeta a las resultas de otra o de otras” y el de *no contradicción*, de acuerdo con el cual en el recurso de casación no pueden “formularse pretensiones encontradas que se excluyen entre sí”. (Casac. septiembre 10 de 1985. M. P., dr. FABIO CALDERÓN BOTERO).

c) Como puede colegirse, el principio de la *no contradicción* corresponde a aquellos de creación jurisprudencial y no de orden legal, pues por lo menos no aparece entre los señalados por el art. 576 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando dicha disposición ordena que al expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo se indique, “en forma clara y precisa” los fundamentos de ella, con estos términos se está significando que en casación para que los cargos tengan la virtualidad de quebrar la sentencia impugnada deben formularse en forma concreta y completa, debido a que no le es dado a la Corte integrar uno con otro para suplir la insuficiencia del casacionista, pero forzado resulta concluir que en aquellos términos se encuentre consagrado el principio de *no contradicción*, entendido en la forma en que se hace en la providencia y en la tradición jurisprudencial de la Corte en la Sala Penal, es decir, referido a no hacer cargos que así correspondan a diversas causales sean contradictorios entre sí.

Este principio se ha entendido comúnmente como de aquellos de origen jurisprudencial y doctrinario, de ahí que su alcance ha correspondido principalmente a la Corte fijarlo, pues, además, es la jurisprudencia la que desde un principio le fijó el contenido que ahora repite la opinión mayoritaria de la Sala.

d) Estas reglas de orden técnico indudablemente que han aparecido como una necesidad para el logro de una correcta formulación de las demandas de casación y, desde luego, que encuentran su básico fundamento en la lógica, pero no debe perderse de vista que los lineamientos iniciales de la conocida como

“lógica formal”, los cuales, como es sabido, han predominado en la estructuración de nuestros estatutos procesales, no siempre permiten encontrar la materialidad necesaria para la realización del derecho objetivo y, por el contrario, pueden ser herramienta idónea para hacer un homenaje a la técnica, pero llegando a un desenlace que no se compadece con principios importantes del derecho, con desconocimiento de disposiciones basilares del derecho penal y con olvido de que los procedimientos son apenas medios para lograr la realización del derecho de defensa, el cual es inalienable en el ser humano y que como tal no puede encubrirse entre complejas elaboraciones formalistas, que a la postre hacen que ese derecho quede en el campo de lo simbólico.

e) Además, impera anotar que es de la esencia misma de la lógica el no desconocer o dejar de aplicar alguno de los principios formulados para dar explicación a un fenómeno, pues, conformado el sistema, es el conjunto de regulaciones el que lo hace operante, pues, de lo contrario, en lugar de lograr la regulación del fenómeno se estaría demostrando su inoperancia por lo contradictorio. Así los principios de la *autonomía* de las causales en casación no pueden aplicarse abandonando el de *no contradicción*, como parece suceder en el caso que ahora nos ocupa; confiérese así un alcance inusitado a este segundo principio, al cual nos referiremos a continuación: se ha considerado que al invocar el casacionista la causal cuarta y la primera en los términos ya reseñados, se ha incurrido en el uso de premisas incompatibles entre sí, que como tales se excluyen; pero nada se dijo respecto al principio de *autonomía* de las causales, conocido también como de la *individualidad*. En esta forma el argumento utilizado para el rechazo de todos los cargos es artificioso, pues le da un alcance extensivo al principio de *no contradicción* y vulnera el de *autonomía*.

f) Las elaboraciones jurisprudenciales o doctrinarias de los diversos fenómenos del derecho penal deben de constatarse interrogándose sobre si se armonizan con el fin general

de ese derecho, es decir, con la seguridad entendida en la forma de tutela a bienes jurídicos (que en definitiva son derechos humanos). Una jurisprudencia que se remite únicamente a tomar como ciertos los conceptos elaborados a base de estructuras formales y que prescinda del objetivo general del derecho penal (seguridad jurídica-derechos humanos) o que solo considere el abstracto nivel del análisis legal, bien puede llegar a un sistema cerrado en sí mismo que desvirtúa el objetivo proclamado por el Estado de derecho al justificar la existencia de la potestad punitiva.

g) Necesario es, entonces, replantear la problemática en cuanto a estos principios de orden técnico, y para ello creemos que al de *no contradicción* se le debe dar su verdadero alcance de acuerdo con la propia regulación legal de la casación y permitiendo que conforme un todo con el de *autonomía* de las causales, pues únicamente en esta forma puede lograrse un sistema coherente y respetuoso del derecho de defensa.

Cuando el art. 576 del Código de Procedimiento Penal dispone que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y “expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas”, y seguidamente dispone que “si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una”.

Posibilita la ley, por ende, que en la misma demanda se puedan invocar varias causales, pero como cada una corresponde a motivos o circunstancias disímiles, impera colegir que entre sí son *autónomas e independientes*, tienen *individualidad* propia, lo cual significa que, en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas.

Por esta razón si el casacionista invoca varias causales, las debe exponer "en capítulos separados" con "los fundamentos relativos a cada una". Esta regulación legal no puede entenderse exclusivamente desde un punto de vista simplemente formal, es decir, como una separación metódica y estética en la redacción de la demanda, sino que se le debe dar el alcance material necesario para que esa demanda se constituya en un verdadero medio de defensa y para que esto sea posible la Corte deben entender que si no le da ese contenido y alcance material, el derecho de defensa queda remitido a una formalidad, que como tal no se compagina con el fin general del derecho penal y con el pleno reconocimiento de los medios defensivos a que tiene derecho el procesado.

Esa materialidad de la defensa no puede tener otra limitación formal que la establecida por la ley en cuanto se refiere a que el demandante formule los cargos en forma concreta, completa y exacta de conformidad con la respectiva causal, sin que interese que sean contradictorios con los expuestos al sustentar otra causal, siempre y cuando, desde luego, también se invoque cumpliendo con las exigencias de concreción y se haga en forma completa y exacta. Esto se debe a que cada una de las causales es *autónoma e independiente*, lo que significa que cada una constituye un todo separado ante el conjunto de la demanda; de no ser así no se entiende cuál sería la razón para que la ley faculte para que se puedan invocar varias causales en forma concomitante.

El principio de *no contradicción*, de acuerdo con las anteriores premisas, hace referencia a la unidad que debe existir en cada causal en la cual los cargos deben proponerse en forma concreta, completa y exacta.

h) Si los cargos son contradictorios entre los formulados para sustentar una y otra causal deben tenerse en cuenta que cada causal es *independiente* y como tal debe estudiarse por la Corte, pues el juicio de valoración técnico que se viene haciendo solo corresponde

al extremo cumplimiento del formalismo que ante un juicio apriorístico obvia el reconocimiento del derecho de defensa al no admitir que el procesado puede recurrir a todas las posibilidades que el proceso le brinde para demostrar su inocencia o el reconocimiento de atenuantes u otras circunstancias que le puedan ser favorables.

i) Es cierto que el recurso de casación no es obligatorio, pero si se hace uso de él es porque se ha decidido ejercitar el derecho de defensa y en esas condiciones el Estado tiene la obligación de pronunciarse sobre los cargos formulados, teniendo en cuenta únicamente el cumplimiento de las mínimas exigencias formales exigidas para que el cargo pueda ser objeto de estudio, o sea, que sea concreto, completo y exacto, mas no puede ser válido que se limite la defensa, que como tal tiene contenido material, a unir idealmente todas las causales invocadas para conformar un silogismo imposible de estructurar porque por la propia naturaleza cada una de las causales corresponde a motivos o circunstancias disímiles.

j) Este criterio encuentra mayor asidero si se tiene en cuenta que en el juzgamiento penal se decide sobre los derechos fundamentales del hombre, como es el de la libertad y que el delito tiene incidencia pública, que como tal no puede quedarse en el campo de lo formal porque desconoce el objetivo primordial de la justicia penal que, se insiste, debe tender al reconocimiento real de los derechos.

Es que la complejidad misma del actuar delictivo y por tanto del proceso penal, suministra tantas alternativas para ejercitar el derecho de defensa que bien pueden presentarse como contradictorias desde un punto de vista formal, pero que analizadas pueden demostrar que materialmente uno de los cargos apriorísticamente considerado como desechable por no cumplir con unos principios generales teóricos, está dado a prosperar; de ahí el porqué la ley autorice formular varias causales en forma separada.

k) Entendiendo, entonces, que el principio de *no contradicción* en los términos referidos

en la providencia no encuentra fundamento legal y demostrado que por mandato legal es posible invocar varias causales en forma concomitante, las cuales deben ser estudiadas en forma separada, impera colegir que este principio se ha establecido jurisprudencialmente para ser aplicado a la ley y no ha surgido como consecuencia interpretativa de la misma; por tanto, es necesario darle su alcance preciso en relación con cada una de las causales y no sacrificando el derecho de defensa en aras de una técnica más ideal que real.

l) Es paradójico observar el singular fenómeno de que en los últimos tiempos la Sala de Casación Penal ha sido más formalista en cuanto a los llamados requisitos técnicos de recurso de casación, que sus homólogas Civil y Laboral.

Ello a pesar de que el proceso penal por su naturaleza ha sido menos apegado a las formalidades *curialescas*; y es que no debe olvidarse que en el proceso penal están de por medio situaciones de orden público, la libertad individual y los derechos humanos, mientras que en los civiles y laborales se discuten intereses privados o económicos.

Si se revisa el viraje de la jurisprudencia colombiana civil y laboral, se concluye que él se ha dirigido hacia una amplitud sustancial sacrificando escollos formalistas. Esto es, que aun en los casos en los cuales aparezcan imperfecciones de técnica, esas Salas han reducido su alcance y han entrado a analizar el fondo de la cuestión.

Han estimado tales salas que en casación no pueden existir cargos subsidiarios y todos tienen el carácter de principales y por tanto, la Corte debe estudiar todos los cargos aun cuando no prospere ninguno de ellos. Se ha reiterado que si se alegan motivos diferentes y pruebas y normas distintas para cada acusación, no hay incompatibilidad para su estudio, por esto se ha dicho en forma sostenida que el principio de la no contradicción solamente tiene valor cuando surge en el mismo cargo, pero no cuando fluye de la comparación de cargos diferentes. A guisa de ejemplo

se pueden recordar las siguientes providencias: Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 1972, proferida en el proceso de Ezequiel Quintero contra Martha Quintero Viuda de Cruz (*Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 204); providencia de 30 de enero de 1962 (*Gaceta judicial*, t. XCVIII, números 2, 251-52, pág. 20); providencia de 14 de diciembre de 1955, magistrado ponente doctor J. J. GÓMEZ R., proceso de Néstor Castro contra Rosa Castrillón (*Gaceta Judicial*, t. LXXXI, número 1160, pág. 747), en la cual la Corte, a pesar de aceptar que un cargo había sido el mismo que sustancialmente se había formulado con base en otra causal, procedió a estudiarla; providencia de 3 de mayo de 1957, magistrado ponente dr. ENRIQUE GIRALDO ZULUAGA, juicio ordinario de Emigdio y Miguel Cortés Holguín contra el Municipio de Cali (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, págs. 62 y ss. Igualmente *Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 204, etc.).

Así mismo, la doctrina civilista más autorizada, generalmente con respaldo en abundantes citas jurisprudenciales, es unánime en afirmar que no existe razón jurídica ni lógica alguna para que la Corte no estudie los cargos cuando estos son contradictorios, pues de no ser así carecerían de razón de ser los principios de *autonomía e independencia* que caracterizan a cada una de las causales; así, por ejemplo, valga reseñar a HUMBERTO MURCIA BALLÉN (*Recurso de casación civil*, 3ª ed., págs. 258 a 264), HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (*Compendio de derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., pág. 274), HERNANDO MORALES MOLINA (*Curso de derecho procesal civil*, parte general, 7ª ed., págs. 582 y 583), etc.

Interesante e ilustrativa es una de las últimas decisiones de la Sala de Casación Laboral, cuando sobre el punto en estudio, consideró: "El derecho colombiano, y aun con énfasis mayor el del trabajo, no exige a los litigantes el empleo de fórmulas sacramentales para reclamar sus derechos o para defenderse de tales reclamos. Basta con decir claramente qué es lo que se pretende o cuál es la defensa

que se opone para que el juzgador tenga el deber de aplicar los textos legales que halle pertinentes al decidir el caso controvertido y de acuerdo con los hechos que hayan acreditado cabalmente ya el demandante o ya el impugnador. Entonces, cuando alguno de los contendientes procesales, luego de proponer nítidamente su acción o excepción, cita mal el precepto en que apoya su gestión, pero prueba los hechos en que se funda, y no puede el sentenciador, con el pretexto de aquella cita legal inexacta o errónea, excusarse de dirimir el fondo de la litis, puesto que es a él y no a las partes a quien el legislador le exige tener los suficientes conocimientos jurídicos para fallar el pleito en derecho, así como a las dichas partes les reclama que demuestren a plenitud los hechos básicos de sus pretensiones para poder triunfar en ellas. No sería justo ni sensato exigirles a los litigantes mejores o mayores conocimientos jurídicos que los que se supone debe tener el director del proceso, que, a la postre, ha de sentenciarlo también...". (En sentencia de junio 26 de 1986. Expediente 54. Magistrado ponente doctor JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ).

11) En este orden de ideas, entendemos que es imperativo no hacer prioritaria la formalidad ante la materialidad del derecho, labor esta a la que no es ajena la Sala, pues valga recordar que en algunas decisiones últimas se ha ido adoptando este criterio: Así, por ejemplo, sea de recordar que a pesar del inmodificable criterio de la Sala respecto a que cuando se trata del primer cuerpo del ordinal primero del art. 580 del C. de P. P., el motivo debe fundamentarse en razones de estricto derecho, y por ende el casacionista debe descartar el debate probatorio, "...en tratándose de un tema de tanta trascendencia como la aplicación de las formas amplificadoras del tipo, no se puede llegar al exceso formalista de sostener que cualquier leve referencia probatoria tenga el mágico efecto de trasladar la controversia del campo jurídico al fáctico, del terreno pertinente del *error juris in iudicando* o error puramente jurídico, al *error*

*facti injudicando...*" y procedió al estudio correspondiente (Casación de Helí Ramírez, Radic. núm. 134 de abril 8 de 1986. M. P., dr. LISANDRO MARTÍNEZ Z.).

m) Los suscritos magistrados estimamos, por tanto, que constituye una *exageración formal, el rehuir el pronunciamiento de fondo basándose en la afirmación de que al sustentar una causal por el defensor, se contradiga teóricamente con las apreciaciones formuladas en otra*, máxime cuando una de las causas alegadas es la de nulidad, donde se ha aceptado su declaración oficiosa.

Los esfuerzos dialécticos que la defensa haga para presentar diversos enfoques, son ejercicio del sagrado derecho de defensa, que lógicamente podrían rechazarse, como se vio, cuando se encuadren en forma contradictoria dentro de una misma causal, pero que no tiene valor de descarte cuando surgen diferentes causales.

Esta aclaración de voto, lógicamente minoritario, busca abrir respetuosas inquietudes reflexivas a los demás integrantes de la Sala y limar la disparidad de opiniones que respecto a puntos de forma se suscitan entre la Sala de Casación Penal y sus homólogas Civil y Laboral.

Por tanto creemos que a pesar de los aparentes reparos técnicos hechos a la demanda, la Sala ha debido proceder a estudiar cada uno de los cargos en el fondo, conforme se hizo en el proyecto inicial que complementa esta aclaración de voto.

Se deja constancia de que para el suscrito magistrado GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ no corrieron términos entre el 29 de septiembre y el 11 de octubre por encontrarse en comisión de estudios en el exterior y que para el magistrado LISANDRO MARTÍNEZ Z. tampoco corrieron entre el 8 y el 28 de octubre, por incapacidad médica.

Estimamos, por lo expuesto, que los anteriores razonamientos son suficientes para aclarar nuestro criterio respecto a las motivaciones de la providencia prohijada por la mayoría de la Sala.

## SEGUNDA ACLARACIÓN DE DICIEMBRE 10 DE 1986

Con el debido respeto nos permitimos aclarar nuestro voto, poniendo de presente las razones por las cuales estimamos que si bien es cierto que no existe mérito para casar la providencia recurrida, las razones de técnica alegadas no son suficientes para sustentar tal conclusión.

Por ello reiteramos nuestra opinión sobre el verdadero alcance de la coordinación entre los principios de no contradicción y autonomía en la siguiente forma:

1) *Las diversas tesis*. Es cierto, como lo sostiene la Procuraduría, que existe autonomía o contradicción en el planteamiento simultáneo de la infracción directa e indirecta de la ley sustancial.

En la directa se aceptan los hechos, no se impugna la prueba, mientras que en la indirecta ellos se someten a dubitación.

De este enfoque técnico han surgido diversas aplicaciones jurisprudenciales: por un lado, la Sala de Casación Penal ha sostenido en forma reiterada que no se puede en la misma demanda aducir la violación directa e indirecta de la ley, porque no se pueden aceptar los hechos para discutir el derecho. Se han rechazado, dentro de este orden de ideas, demandas así formuladas por antitécnicas, sin perjuicio de atribuirles fuertes calificativos peyorativos.

El mayor fundamento de tan categórico rechazo a las demandas así presentadas se basa en una interpretación del principio de origen jurisprudencial, aunque no legal, denominada de "no contradicción". Tal principio se formula mediante la afirmación ya esbozada, de que no se puede enrostrar al sentenciador a la vez quebranto directo e indirecto de la misma norma.

Se reitera que tal principio lo ha entendido la Sala de Casación Penal aplicable a la totalidad de la demanda, y aun en los supuestos de que la violación se formule en capítulo separado y como cargo distinto de la indirecta.

Son innumerables las providencias de la Sala de Casación Penal donde se han reiterado estos planteamientos, y ácidas las críticas que se han formulado a quienes no se atienen al punto de vista insinuado. "Infatigable" es el adjetivo que la misma Sala le ha otorgado a la manera de recordar sus apreciaciones. Tal principio de "no contradicción" se ha extendido aún más, no solo a la violación directa e indirecta, sino a la totalidad de las causales de Casación.

Así, se ha sostenido que si se propone la primera causal por infracción directa, como ya se dijo, el proceso se acepta como válido, lo mismo que si se alega la segunda o la tercera. Si se plantea la cuarta, la actuación sería nula y no sería posible tomar decisión de fondo. Y al invocarse la causal tercera no se puede presentar a renglón seguido la segunda, porque el veredicto existe o no existe, pero no las dos cosas a la vez.

También se ha sostenido que si se acepta la situación fáctica plasmada en el proceso, no se puede, así sea en otro acápite, alegar violación indirecta de la ley sustancial.

Entre las innumerables providencias de esta Sala que consignan tal criterio, pueden recordarse las de 30 de enero, 8 de marzo y 26 de septiembre de 1974; 5 de febrero de 1976; 26 de enero, 27 de octubre, 8 y 25 de 1977; 27 de febrero de 1980; 19 de abril de 1983; 10 de septiembre y 29 de octubre de 1985; 27 de mayo y 26 de septiembre de 1986 (ponente doctor

GUILLERMO DUQUE RUIZ, con aclaración de voto de los magistrados DÁVILA MUÑOZ y MARTÍNEZ Z., entre otros).

2) *Las tesis de las Salas Civil y Laboral.* Las Salas de Casación Civil y Laboral aceptan los fundamentos lógicos del principio de no contradicción y su aplicación en cuanto a la exclusión teórica en la simultánea alegación de la violación directa o indirecta.

Pero no le otorgan a ese principio, simplemente jurisprudencial, el alcance y las consecuencias formalistas que ha concedido la Sala de Casación Penal.

La doctrina de las Salas Civil y Laboral la sintetiza un procesalista nacional, quien recuerda que "no es técnico mezclar en el mismo cargo (subraya la Sala) acusaciones por violación directa o indirecta de la misma norma legal o por error de hecho o de derecho en la misma prueba, ni por falta de aplicación de una norma, ya que se trata de dos maneras muy diferentes de atacar los fundamentos de la sentencia; el cargo resultaría inepto por contradictorio si se incurre en ese defecto".

Pero en el supuesto de que las dos violaciones no se asienten en el mismo cargo, sino que se presenten independientemente, las citadas Salas han sostenido que se deben estudiar separadamente" y que nada impediría que prospere una y no la otra".

Esto es, que el principio de la no contradicción solo tiene valor cuando surge en el mismo cargo, mas no cuando fluye de la comparación de cargos diferentes.

Las salas Civil y Laboral penetran, pues, en el estudio de fondo de los cargos cuando se formula con condiciones tachables de contradictorias, pero separadamente.

3) *El principio de la autonomía.* Para la posición de las Salas Civil y Laboral abundan razones.

El principio de no contradicción debe compaginarse y correlacionarse con otro principio, ese si de raíces legales y no jurisprudenciales, cual es el de la independen-

cia o autonomía, preconizado con énfasis en la jurisprudencia francesa y española.

El principio de autonomía lo define así la Sala de Casación Penal: "las causales de casación son autónomas unas de otras. Con esto se quiere significar que ninguna causal está sujeta a las resultas de otras o que se requiere proponer primero una, para poder aducir otra, por tanto deben alegarse de modo independiente destinando un capítulo separado en la demanda para cada una de ellas. *La autonomía es absoluta, pues cada causal tiene su ámbito, su modo de ser, su propia tipicidad*". (Casación de 10 de septiembre de 1985. Ponente, dr. CALDERÓN BOTERO) (subraya la Sala).

Por tanto obliga "a considerar los varios cargos propuestos como independientes los unos de los otros sin que por tanto sea dado a la Corte, estudiarlos sucesivamente a efecto de complementar el uno con el otro" ("G. J.", t. XC, pág. 326; t. CVIII, pág. 205 y t. CXVIII, pág. 204).

El sistema acogido por la Sala de Casación Penal, de someter a confrontación cargos formulados en capítulos separados, viola flagrantemente tal principio, pues los vuelve dependientes.

El argumento tradicional de la Sala de Casación Penal; amén de facilista es artificioso, pues le da alcance extensivo al de no contradicción. Basta releer la definición de la propia Sala Penal del principio de autonomía, para concluir que por insistir infatigablemente en el principio de no contradicción, se vulnera abiertamente aquel.

4) *La realidad normativa.* El recurrir al texto del art. 576 para sustentar el punto de vista dominante en la Sala de Casación Penal, no es conducente. Las expresiones "clara y precisa", usadas en dicha norma, hacen referencia a la causal alegada, y si esos requisitos se cumplen dentro de tal órbita no se pueden desconocer con consideraciones sofisticadas extraídas de otro cargo. La afirmación de que un cargo no

se puede ampliar oficiosamente con violaciones enunciadas en otros cargos, tiene validez mayor en el ámbito penal (Sentencia de 29 de octubre/73. Proceso de William de Jesús Castrillón contra Luis María Gómez Madrid).

5) *Los escollos formales.* Es tal el viraje de amplitud, que nuestras Salas Civil y Laboral han adoptado en este punto que aun aceptando la improcedencia de los cargos subsidiarios, se ha llegado a sostener que si bien la Casación, a pesar de su carácter de recurso extraordinario, está sujeta a formalismo, debe estudiar la acusación subsidiaria y considerarse como principal cuando la procedente no encuentra prosperidad.

Por ello estas Salas estiman su deber analizar todos los cargos propuestos removiendo escollos formalistas. ("G. J.", t. CXLII, pág. 204).

Ya en términos generales, lo expuesto se plantea por la Sala de Casación Civil en las siguientes providencias:

Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 1972, proferida en el proceso de Ezequiel Quintero contra Martha Quintero Viuda de Cruz (*Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 204); providencia de 30 de enero de 1962 (*Gaceta Judicial*, t. XCVIII, número 2251-52, pág. 20); providencia de 14 de diciembre de 1955. Magistrado ponente, doctor J. J. GÓMEZ R., proceso de Néstor Castro contra Rosa Castrillón ("G. J.", t. LXXXI, núm. 1160, pág. 747), en la cual la Corte, a pesar de aceptar que un cargo había sido el mismo que sustancialmente se había formulado con base en otra causal, procedió a estudiarla; providencia de 3 de mayo de 1957. Magistrado ponente, dr. ENRIQUE GIRALDO ZULUAGA, juicio ordinario de Emigdio y Miguel Cortés Holguín contra el Municipio de Cali, ("G. J.", t. LXXXV, págs. 62 y ss. Igualmente *Gaceta Judicial*, t. CXLII, pág. 204, etc.).

Igualmente, los comentaristas nacionales de derecho procesal civil han reiterado unánimemente la carencia de razón jurídica y lógica para que la Corte no estudie cargos formulados separadamente, así se califiquen como

contradictorios; contra el exceso de formalismo ha reaccionado también la Sala de Casación Laboral (así, entre otras, providencia de 26 de junio de 1986. Magistrado ponente dr. HERNÁNDEZ SÁENZ).

6) *Paradoja jurídica.* Así las cosas, el panorama actual de la llamada "técnica de la casación" presenta esta curiosa situación paradójica: en el derecho civil y laboral se discuten intereses simplemente privados o patrimoniales. Debería ser este proceso más formalista que el penal, tradicionalmente menos apegado al curialismo, *máxime cuando en el proceso penal están de por medio el orden público, la libertad individual, los derechos humanos y el derecho de defensa.*

Pero, a pesar de tal diversidad de caracteres institucionales, el recurso de casación penal es más formalista, más exigente, más apegado a los llamados requisitos técnicos que sus homólogos civiles y laborales.

7) *El derecho de defensa.* Estos escollos de que se ha rodeado la casación penal, se traducen en una verdadera limitación del sagrado derecho de defensa. Y es que quien representa a un procesado está obligado a presentar todas las hipótesis que le favorezcan, así sea en sede de casación. *La exigencia legal se limita a las condiciones formales del art. 576 del C. de P. P.* (Subraya la Sala).

Al aceptarse que se pueden esgrimir y sustentar varias causales contradictorias se están acogiendo variadas formas o hipótesis de sustentar el derecho de defensa.

El calificar los diversos argumentos de contradictorios es desconocer tal derecho en su sustancia, mediante sofisticadas elaboraciones formalísticas.

Las diversas alternativas mediante las cuales se ejerce el derecho de defensa, pueden aparecer como contradictorias formalmente, pero analizadas en su sustancia, podrían prosperar.

El recurso de casación no es obligatorio, pero al presentarse por el defensor con el cumplimiento de los requisitos legales de forma, debe considerarse que tiene derecho a formu-

lar varias alternativas en el ejercicio de sus funciones y a que el Estado se pronuncie separadamente sobre la esencia de cada uno de los cargos; el rehuir el enfoque de fondo es un innecesario menosprecio de tal derecho, un sacrificio del fondo por la forma.

La ley hizo formalista el recurso de casación. Las doctrinas que tratan de restringirlo aún más, están restringiendo al derecho de defensa.

8) *¿Argumento futurista?* Para rebatir las expresiones expuestas, se presenta un argumento de aparente visión futurista: su aceptación convertiría la casación en una tercera instancia y de paso aumentaría la que algunos califican de fatigosa labor del máximo tribunal de justicia.

Solo merece acotarse el primer argumento, dada la índole facilista del segundo. Bastaría observar que la aceptación de las tesis esbozadas por parte de las Salas Civil y Laboral,

no han convertido el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia; y, lo que es más, la circunstancia de analizar la esencia de un cargo removiendo el escollo de la denominada "no contradicción", no significa, ni mucho menos, que deba ser aceptado.

En el caso concreto de la causal primera, la ley exige concreciones muy específicas sobre el tema y la demostración de las alegaciones que distan muchísimo de la temática, que se discute en la instancia. Todas esas exigencias continúan permitiendo que el recurso de casación sea cobijado con la denominación de extraordinario y desechan el degradarlo a simple instancia.

Lamentamos ser tan reiterativos en el sustento de esta tesis, pero entendemos que ella facilita la labor de unificación de la jurisprudencia encomendada a esta Corte.

Fecha *ut supra*.

## Tribunal Superior de Medellín

### REACCIÓN CELOTÍPICA POR ERROR CON RESPECTO AL COMPORTAMIENTO AJENO\*

En el sistema jurídico nacional deben acogerse las atenuantes cuando obedezcan a factores externos que el agente interpreta en forma equivocada, esto es, que sin mediar provocación objetiva lo putativo equivalga a lo real; en otros términos, que lo pensado o supuesto se valore como si hubiere ocurrido. Por ello debe favorecerse con la atenuante del art. 60 a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, e incluso de todos estos factores reunidos.

Por HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

Diciembre 2 de 1986

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

VISTOS:

Luego de entender que el veredicto de los señores jueces de conciencia traduce la causal de atenuación contemplada en el art. 60 del C. P., el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad impuso a H. de J. M. P. o H. P. M., mediante sentencia de treinta (30) de agosto de este año, sometido a consulta, cuarenta (40) meses de prisión, la obligación, *in genere*, de indemnizar los perjuicios irrogados con el hecho punible, y la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena restrictiva de la libertad, como autor de homicidio simplemente intencional o voluntario (folios 182 a 192).

Luego de referirse al suceso materia del juicio y de examinar las intervenciones de las partes en el curso de la audiencia, la Fiscalía Sexta del Tribunal opina que debe modificar-

se la sentencia para excluir la circunstancia diminuyente eliminada en el auto de proceder, desconocida en el curso del debate oral por la Fiscalía del Juzgado y explotada por la defensa en ámbito impropio al admitir que no hubo comportamiento grave e injusto de la occisa, *objetivamente*, mas sí una convicción subjetiva al respecto de parte de su amante, lo cual significa que en el veredicto apenas se hace referencia al estado anímico del homicida.

Textualmente anota el colaborador: "Como disiento de la interpretación del veredicto, solicito que al revisar la sentencia, si se acoge mi pedimento, no se tenga en cuenta la atenuante del art. 60 del Código Penal, porque si no cabe discusión de que el procesado ha

\* El expediente correspondiente se encuentra radicado en el Juzgado Sexto Superior de Medellín, con el núm. 6827. Actuó como funcionario de primera instancia, el dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ; el defensor de oficio del procesado fue el dr. JOHN JAIME POSADA O.

sostenido que obró bajo ese estado, el jurado no expresó en el veredicto que el comportamiento de la víctima era grave e injusto".

La enmienda propuesta busca la eliminación de esa atenuante para imponer la pena mínima señalada por el legislador para el homicidio simplemente intencional o voluntaria (folios 195 a 199).

En vista de que el trámite de la instancia se encuentra satisfecho y no se advierte nulidad que obstaculice el examen de fondo, procede la sala a resolver, con base en las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

*Hechos y actuación procesal.* H. de J. M. P. (usa otros nombres), individuo de temperamento levantisco, vago y en extremo celoso, durante ocho años hizo vida extramatrimonial con O. de J. H., de veintiseis años de edad, mujer abnegada, trabajadora, madre de tres hijos y víctima de inmerecidos agravios que la movieron a romper la comunidad de habitación unos veinte días antes de la tragedia porque el varón, además, ni siquiera proveía al sustento de la abandonada familia. Esa explicable separación enardecía a M. P., quien no solo irrogó tres puñaladas a O. de J. sino que aprovechando un descuido de esta se trajo al hijo mayor, J. W. P. H., de seis años de edad, para impulsarla a rehacer el trato común, objetivo al cual se oponía ella en gracia de la pésima conducta y malos hábitos de M. P., quien se instaló en alguna alcoba de las "Residencias Mairarú", hotelucho ubicado en el barrio Guayaquil de esta ciudad, al cual fue durante varios días consecutivos O. a llevar ropa al infante. Hospedado bajo el nombre de J. C., el tres (3) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), a eso de las ocho de la mañana, se vio al justiciable ingresar al aposento en compañía de su manceba, le puso seguro a la puerta de acceso y allí la ultimó de veintitrés cuchilladas sin importarle los ruegos de la infeliz mujer ni las súplicas de su aterrorizado hijo.

El agresor escapó lanzándose por una de las ventanas del inmueble y poco después la Inspección de Permanencia núm. 1, segundo turno, practicaba la diligencia de levantamiento judicial del cadáver.

Apenas el diecisiete (17) de noviembre de dicho año tuvo lugar la captura del prófugo y oído en indagatoria admitió ser el autor del crimen, agregando haberlo cometido como reacción a la infidelidad de su amante, quien dizque "venía de amanecer con otro muchacho de nombre O." (folios 61 y 66 a 70). En esa misma diligencia, sin uniformidad en sus dichos y cayendo en ostensibles contradicciones, delatorias de su mendacidad, asegura que la interfecta iba a su alojamiento con el fin de complacerlo sexualmente y de labios de ella supo que tenía amoríos con otros hombres y era adicta al "basuco", olvidando que ese lamentable hábito, la fama de ladrón y ocioso se lo atribuyen a él distintas personas que lo describen como sujeto antisocial, violento e indeseable (folios 9, 11, 13, 14, 18, 19 y 25 a 28). Describe, en fin, a su manera desde luego, distintos cuadros o episodios de traición o desafecto, naturalmente brotados de su imaginación, que lo impulsaron a sacrificarla, móvil pasional que reitera al contestar el interrogatorio de la vista pública del juicio: "no me pude contener, estaba con mucha rabia, ella venía de amanecer con otro hombre, yo la chucé, la maté... yo me enloquecí, sentí rabia y no me pude contener..." (f/s. 173 a 175).

En el auto vocatorio a juicio, ejecutoriado en la primera instancia, se hizo al inculcado el específico cargo de ser autor de un delito de homicidio previsto en el art. 323 del estatuto represor, sin agravantes porque, se lee a folios 130, "si el móvil del homicidio fue la reiterada negativa de O. a seguir conviviendo con M. P. y eso desató la impaciencia del procesado, la primariedad (sic) que acompañó el hecho impide la ponderación y reflexión mínima que han entendido la ley y la doctrina para que se sostenga que estaba prevista esa indefensión como circunstancia aprovechable en la búsqueda del resultado muerte".

En el término probatorio de la causa se practicó por iniciativa del inculcado y de la Fiscalía del Juzgado el examen psicológico de M. P., que obra de folios 142 a 147, dirigido a evaluar la personalidad de este y a establecer si había lugar o no a exploración psiquiátrica para descubrir alguna probable enfermedad o trastorno mental a tiempo del suceso, capaz de repercutir en el escrutinio de su comportamiento. Así, con base en las demostraciones del informativo, en la entrevista y los tests realizados por la psicóloga forense del Instituto de Medicina Legal, dijo la experta en lo básico de su trabajo: "La conducta celotípica exhibida por el examinado se explica como reacción defensiva ante la amenaza de la pérdida afectiva por hecho que parte de la realidad exterior y no interior. La respuesta defensiva tan profusa y violenta encaja dentro de su capacidad mental y su medio sicosocial, con los consabidos patrones culturales del hombre frente a la mujer en el aspecto sexual. Es decir, su desarrollo mental y sus patrones culturales le permitían entender la desmotivación sexual de su compañera, como causada en la infidelidad" (folios 146).

Se trata, es obvio, de individuo imputable y capaz de obrar libremente "al momento de los hechos", cumplidos por él "sabiendo que su conducta era reprochable".

El veinticuatro (24) de junio último fue celebrada la audiencia pública del caso, oportunidad que utilizaron la fiscalía y el señor defensor para exponer de manera amplia sus criterios acerca de las probanzas y del alcance jurídico de la conducta debatida, el primero de ellos para solicitar veredicto afirmativo del cuestionario que resume el cargo, luego de advertir que el acusado, hombre de oscuros antecedentes, de censurable comportamiento familiar y social, abusivo como el que más con la occisa, no podía acusarla verazmente de infidelidad ni invocar en su beneficio siquiera la atenuante de la provocación grave e injusta. Se ocupó del fenómeno de los celos para decir que quien actuaba bajo esa pasión, así tuviese ira por la

negativa a ser complacido sexualmente, era responsable del homicidio.

El segundo de los oradores, haciendo gala de admirable honradez no solo aceptó que M. era el autor inconfundible del homicidio sino que a través del proceso incurrió en abultadas mentiras porque en el informativo no se acreditó "comportamiento grave e injusto" imputable a ella en materia sexual. Se refirió a los distintos ultrajes del inculcado para con la humilde mujer, describiéndolo como "persona disminuida mentalmente y de conducta celotípica", y después de analizar el art. 60 del Código Penal abogó por la admisión de la atenuante allí consagrada, explicando al *juri* que si en realidad O. no fue infiel, en la "mente de Héctor y de acuerdo con su estructura" síquica esa ofensa tomó existencia subjetivamente, es decir, que nació de un error en la apreciación de los acontecimientos.

Tras la deliberación del caso, los señores jueces de conciencia contestaron así, por unanimidad de votos, el interrogatorio que les formulara con estricta sujeción a las pautas del art. 533 del C. de P. P.: "Sí, pero con atenuantes (celotipia), pues obró con ira e intenso dolor" (folios 181).

*El veredicto y su interpretación.* Desde hace muchos años enseña una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando el ámbito que enmarca las atribuciones del *juri* y el sistema de interpretación de su veredicto, que "si no se le exige más que la convicción íntima sobre los hechos", y no atender voz distinta de la personal conciencia, según el art. 560 de la ley de procedimiento, es claro que el intérprete está obligado a consultar las cuestiones discutidas, y no otras, el plano en que fueron ubicadas en la audiencia, la jerarquía que se les dio, el detenimiento y profundidad con que se presentaron, el énfasis de las proposiciones, los puntos de contacto entre ellas, y, de ser posible, la síntesis a que llegaron las partes en sus alegatos. Así debe entenderse el art. 519 del estatuto procesal cuando dice que en los juicios con intervención de jurado "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que

aquel diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Es, pues, el debate un momento culminante que la ley señala y, consecuentemente con ella, las materias planteadas entonces y el modo como se tratan son decisivas para interpretar el pensamiento de los jueces de hecho" (casación penal, mayo 17 de 1973, Ediciones Crítica Jurídica, *Jurisprudencia penal*, semestre enero-junio de 1973, págs. 59 y 60, subrayas del Tribunal). En igual sentido las sentencias de casación penal de 9 de noviembre de 1970, 31 de agosto de 1972 y 31 de mayo de 1983, esta última de ostensible importancia, como que estudia el problema de la interpretación de veredictos incompletos en su redacción y casa la sentencia que entendió como simple afirmación de responsabilidad la siguiente respuesta: "Es responsable, pero actuó en estado de ira e intenso dolor", para admitir que el acusado actuó en las circunstancias del art. 60 del Código Penal.

Entonces, si el acta de audiencia y los datos del proceso son la fuente pristina para desentrañar el sentido o alcance del veredicto cuando sus términos no se ajustan de manera estricta al lenguaje utilizado por el legislador, es necesario, a fin de no desconocer la voluntad de los jueces de conciencia, admitir el reconocimiento de la atenuante específica que les propuso la defensa y en la cual insistió el mandatario de M. a lo largo de su intervención oral, haciendo especial énfasis en el error que condujo al inculpatado a entender que su amante, con quien aún le ligaban nexos de afecto a través de sus hijos, se conducía de manera infiel, ultrajando a su propia familia.

Es que la defensa no se refirió a la genérica circunstancia de atenuación punitiva del art. 64-3 del C. P., ni hizo el necesario deslinde entre esta y la modificadora o específica del art. 60 *ibidem*, texto cuya aplicación demandó en forma expresa, utilizando, además, terminología incompleta al sugerir como fórmula de veredicto que se dedujera responsabilidad al homicida, pero agregando que obró "en

estado de ira", expresiones reproducidas y completadas por el *juri* para dar cuerpo a la citada diminuyente.

No se olvide, de otro extremo, que en el sistema jurídico nacional las atenuantes putativas deben acogerse cuando obedecen a factores externos que el agente interpreta en forma equivocada, es decir, que sin existir provocación objetiva, lo putativo equivale a lo real, o sea que lo pensado o supuesto se valora como si hubiera ocurrido.

Si aquel juicio equivocado, expuso sabiamente la Corte Suprema de Justicia en el fallo de 8 de junio de 1972, es base de la defensa putativa inculpable por error de hecho, según el art. 23 del Código Penal (art. 40 del estatuto represor vigente, aclara la sala), también puede serlo de la atenuante descrita en el art. 28 (entiéndase ahora 60). Nuestra ley no impide favorecer con ese instituto a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos. Con todo, es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad (magistrado ponente, dr. LUIS CARLOS PÉREZ).

Ahora bien, el recentísimo abandono o ruptura del trato entre los amantes, el lugar mismo donde ella se había instalado a laborar (un lupanar o meretricio), la negativa de O. a rehacer la vida extramatrimonial y a complacer sexualmente a M. P., lo mismo que algunos signos externos que lo inducían a pensar en amoríos con otros hombres, conducta de la cual dizque lo informó la misma occisa, sirvieron de sustento a las alegaciones del acusado, la defensa invocó la provocación subjetiva y el *juri* admitió esa causa de atenuación, así parezca un tanto forzado el acto externo o comportamiento que pudiese ser la fuente del error.

En estricto derecho tal vez repugne a los jueces letrados o profesionales aquella causa subjetiva de atenuación del ilícito, más en el ámbito de las decisiones que emite el cuerpo de ciudadanos que accidentalmente adminis-

tran justicia después de "examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa que se hagan al acusado, sin atender voz distinta de la de su personal conciencia" e íntimamente convencidos "sobre los hechos respecto de los cuales se les interroga" (C. de P. P., art. 560), resulta imposible inadmitir el veredicto.

Ninguna duda existe, de otro lado, en torno a la ejecución del hecho punible o legalmente descrito (cuerpo del delito), de su autor y del dolo que revistió la conducta del homicida.

En efecto, la diáfana confesión de M. P. acerca de su proceder encuentra lógico respaldo en los antecedentes mismos de la tragedia, fortalecidos por la declaración del niño J. W. M. H., testigo directo de la mortal e injustificada agresión, y en los gravísimos indicios del móvil para delinquir, la presencia del actor en el escenario del crimen, las voces de auxilio de la indefensa víctima, sacrificada en recinto cuya puerta de acceso se cerró previamente y sin posibilidades de eludir el fiero ataque, y la huida o fuga del agente, como se infiere sin dificultades de los testimonios de M. E. V. V., L. H. P., M. D. R. de P., M. M. H. M., J. J. y M. C. C. H., M. C. P. C., G. de J. M. e I. de J. C. M. (folios 3 a 7, 9 a 14, 18, 19 v., 25, 26 v. 27 v. y 103).

Las actas de levantamiento judicial del cadáver, necropsia y defunción, unidos a los testimonios de quienes hablan de la presenidad de la víctima, lo mismo que el croquis del escenario del delito y las impresionantes fotografías allí captadas, demuestran que O. de J. H. recibió múltiples lesiones con arma

cortopunzante, algunas de ellas de tal magnitud que hubo herida de pulmón, sección de vena yugular externa izquierda, de médula clavical y se afectó la tiroides, sobreviniendo la muerte por choque traumático (folios 1, 2, 23, 33 v. y 41 a 51).

Dentro del límite de cuarenta y cinco meses de prisión que señala el art. 323 del C. P., en armonía con el art. 60 *ibidem*, la pena privativa de la libertad que merece el infractor se fija en sesenta (60) meses teniendo en cuenta su mala conducta anterior, la personalidad del mismo (ver folios 37, 91 y 106), quien registra varias sindicaciones e ingresos a la cárcel y una condena por delito contra el patrimonio económico, y las graves modalidades ejecutivas del hecho delictuoso (art. 61 *ibidem*). Por igual lapso regirá la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas (art. 52 *ib.*).

Ninguna objeción merece la condena en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la ilicitud, ya que no se regularon ni existen otros factores para regular su cuantía (arts. 103 y 105 de la obra citada).

Sin necesidad de otras consideraciones y en acuerdo parcial con el ministerio público, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia de que se hizo mérito, con la *reforma* de que H. de J. M. P. (usa otros nombres) queda condenado a sesenta (60) meses de prisión y por el mismo término a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

## CONSIDERACIONES DEL JUZGADO SEXTO SUPERIOR DE MEDELLÍN\*

Sin embargo fue la atenuante del estado de ira e intenso dolor, causada por grave e injusto comportamiento ajeno, la adición que el *jury* le hiciera al veredicto de responsabilidad, acogiendo así el pedimento que les formulara el señor defensor; estado de ira que explicara el representante judicial del acusado a través de un error de apreciación por parte del señor H. de J. M. P. y es evidente que el jurado tomó bases para su determinación en las alegaciones del jurista, ya que su respuesta es "Sí, pero con atenuantes (celotipia), pues obró con ira e intenso dolor", y obsérvese que la expresión entre paréntesis "celotipia" es indicador de la aceptación del estado de ira alegado por el abogado y basado justamente en el dictamen psicológico, ya que en las conclusiones de la perita forense se le da relevancia a la celotipia, pues así se deduce del dictamen, según se aprecia a folios 145 a 146: "1) La evaluación clínica y paraclínica permite descartar trastornos mentales de tipo sicótico y confirmar el diagnóstico de retardo mental leve asociado a trastorno de personalidad. 2) Estos trastornos de personalidad encajan dentro de la clasificación de conducta sicopática con el área de la sicosexualidad más afectada. 3) No se encontró estructura de personalidad paranoide en la evaluación clínica y paraclínica que explique la dinámica de la conducta celotípica. 4) La conducta celotípica exhibida por el examinado se explica como reacción defensiva ante la amenaza de la pérdida afectiva, por hecho que parte de la realidad exterior y no interior. La respuesta defensiva tan profusa y violenta encaja dentro de su capacidad mental y su medio sicoso-

cial, con los consabidos patrones culturales del hombre frente a la mujer en el espacio sexual. Es decir, su desarrollo mental y sus patrones culturales le permitían entender la desmotivación sexual de su compañera, como causada en la infidelidad. 5) No se le aplicó el cuestionario multifásico de la personalidad, el M.M.P.I., ya que este tiene limitaciones para su aplicación en cuanto a la escolaridad, anotándose que esta prueba no evalúa estructura sino funcionamiento de personalidad. 6) Conceptúo que la evaluación realizada no amerita la evaluación psiquiátrica".

De manera, pues, que el error de inculpabilidad consagrado en el art. 40 numeral 3° del Código Penal, no solo hace referencia a la base de la culpabilidad con respecto al error del sujeto actor frente a las causales de justificación, sino que también puede respaldar, lógico, como en el caso presente, que ese error sea frente a una causal de atenuación como es el estado de ira de que trata el art. 60 del Código en referencia, pues si así lo entendió el jurado y lo puso de manifiesto en su veredicto, cuando el abogado defensor explicó de manera elocuente esta causal, al juzgado no le queda posibilidad de poner en tela de juicio esa veredicción, no solo por las amplias facultades con las que el legislador ha investido al jurado de conciencia, sino porque también consulta la lógica la estimativa del popular con respecto a la conducta del señor M. P.; de ahí que habrá de acoger el veredicto y en base a él emitirse fallo condenatorio en contra del aludido H. de J. y como responsable de haber dado muerte injusta a su *barragana* O. de J. H. El veredicto es acogible por

que se amolda al cúmulo probatorio y por lo tanto, en conformidad con el art. 519 del Código de Procedimiento Penal, el juzgado pasará a dictar el fallo y a deducir la pena en la estricta medida a la veredicción.

### *Dosificación de la pena*

Con fundamento en el auto de proceder, en el veredicto emitido por el jurado y en las consideraciones que acabamos de exponer, se pasará a cuantificar el monto de la pena a que se ha hecho acreedor el señor M. P. al haber sido hallado penalmente responsable y declarado como tal por el jurado, de haber dado muerte violenta e injusta a quien en vida se conociera con los nombres de O. de J. H.

Entonces, siendo acogible el veredicto en donde se le dedujo responsabilidad por homicidio y bajo circunstancias de atenuación por estado de ira e intenso dolor, y de otro lado, revisando el auto de proceder en el cual se le llamó a juicio por el "delito de homicidio consagrado en el art. 323 del Código Penal, esto es, simplemente intencional, sin que concurren circunstancias de agravación punitiva..." (folios 130), lo cual significa que para deducir la pena a que se ha hecho merecedor el acusado tendremos que hacerlo de acuerdo a los arts. 61, 67, 323 en concordancia con el 60 del Código Penal; de ahí que a pesar de figurarle en la hoja prontuaria al implicado un número plural de entradas al establecimiento penitenciario y que de otro lado fue condenado a 24 meses de pena privativa de la libertad por el Juzgado 7° Penal Municipal (folios 29), tenemos que entender que la última detención, anterior a la que sufre por este proceso, fue en el año de 1976, en tanto que tampoco se cuenta con copias de sentencia condenatoria en su contra, situación esta que a la luz de la filosofía del art. 61, ya citado, no sirve de óbice para tildar la personalidad de M. P. como perversa, de donde se infiere que como tampoco le fueron deducidos en el auto de cargos agravantes genéricos de res-

ponsabilidad, por tal razón es factible que la pena a imponer sea el mínimo legal ya que así lo manda el art. 67 ídem.

En este orden de ideas encontramos que el justiciable viene respondiendo por el delito de homicidio simple que conforme al art. 323 del estatuto penal es sancionado con pena de prisión de diez a quince años, de donde se colige que para cuantificar el monto de la sanción habrá de partirse de diez años, sanción esta que se disminuirá de conformidad con el contenido del art. 60 de la obra en cita que alude a que si el hecho se comete en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, la pena será no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, lo que quiere decir que M. P., por ser acreedor a los mínimos legales se le deducirá como pena principal la tercera parte de diez años de prisión (120 meses), lo cual da un total definitivo de cuarenta meses de prisión. Como pena accesoria se le impone la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y en abstracto al pago de los daños y perjuicios, morales y materiales causados con el delito. Como parte de la pena impuesta se le impone, o mejor, se le abona el tiempo que ha permanecido en detención y por razón de este proceso; en consideración al monto de la pena que ha sido deducida no es acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, motivo por el cual deberá permanecer en cautiverio.

En razón y mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Superior de Medellín administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

*Primero.*—Acógese el veredicto emitido por el jurado de conciencia, conforme se indicó en la motiva.

*Segundo.*—Con fundamento en el veredicto y lo expuesto en las consideraciones, con-

\* Los siguientes son algunos apartes de la providencia del a quo, que fue confirmada por el Tribunal.

dénase a H. de J. M. P. o H. P. M., de notas y condiciones civiles conocidas en el proceso, a pagar en el establecimiento penitenciario que le designe el gobierno nacional por medio de la Dirección General de Prisiones, la pena principal y privativa de la libertad de *cuarenta (40) meses de prisión* por haber sido hallado penalmente responsable del delito de homicidio agotado en detrimento del derecho a la vida de O. de J. H.

Tercero.—Como pena accesoria se le impone la interdicción en el ejercicio de dere-

chos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Cuarto.—En abstracto se le condena al pago de los daños y perjuicios causados con el delito, previa la acción civil correspondiente.

Quinto.—El procesado no tiene derecho a excarcelación y como parte de la pena impuesta se le abona el tiempo que ha estado en detención preventiva y por razón de este proceso.

Ejecutoriado este fallo se dará cumplimiento a lo dispuesto en el art. 43 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y consúltese.

\*\*\*

### COMENTARIO

Son varios los aspectos que merecen destacarse de las providencias objeto de este comentario:

En primer lugar, lo más significativo es el gran respeto que en ellas se da a la veredicción del jurado de conciencia, cuando señalan que al no exigirse a este más que la convicción íntima sobre los hechos, al juez *de iure* para inferir su auténtico pensamiento le es obligado consultar las cuestiones debatidas en el curso del debate oral de la audiencia pública. De allí que cuando la Fiscalía del Tribunal solicita que se profiera sentencia condenatoria por homicidio simple, con base en que el veredicto no se ajustó en forma *stricta e integral* a la fórmula jurídica prescrita en el art. 60 del C. P., el Tribunal Superior impugna este planteamiento de la Fiscalía y procede a ratificar la sentencia del Juzgado Superior, en cuanto afirma que el auténtico sentido de la veredicción fue reconocer esta circunstancia atenuante de la punibilidad, inferencia que hace con ayuda del acta de la audiencia pública y del acopio probatorio integrado al proceso. En apoyo de esta decisión se citan reiterados y uniformes fallos de la Corte Suprema de Justicia, que indican criterios democráticos para la interpretación de la veredicción de los jueces populares.

Digno de destacarse también es que en ambas providencias se prohíja el error sobre los elementos objetivos que configuran una causal de atenuación, concretamente la contenida en el art. 60 del Código Penal. Y en respaldo de ello, gracias a un documentado conocimiento de nuestra jurisprudencia, se menciona un insular fallo de la Corte Suprema de Justicia del 8 de junio de 1972, que tuvo como magistrado ponente al profesor LUIS CARLOS PÉREZ.

Con esto se le rinde tributo a la justicia y a la norma rectora que consagra el principio de culpabilidad (art. 5° del C. P.), porque para efectos de la culpabilidad, han de equipararse la existencia real a la existencia presunta de las circunstancias que configuran un tipo atenuado—que es el caso motivo de análisis—o un tipo privilegiado, pues en ambos, la exigibilidad de una conducta conforme a derecho es menor, y por ende, es menor el reproche de culpabilidad que le compete al procesado y consecuentemente con ello, menor la pena imponible<sup>1</sup>.

Del pensamiento jurídico universal, es oportuno mencionar que desde hace más de una centuria el maestro FRANCESCO CARRARA, con acierto y claridad, daba plena relevancia

jurídica a estos casos de error, fundado en que en dichos eventos el dolo era menor, y, por justicia, menor habría de ser la pena para el individuo que actuase en dichas circunstancias; por ser, entonces, el precursor, veamos lo que el citado maestro dice sobre el particular:

“Es invariable el principio de que al hombre no se le puede hacer responsable de los errores del entendimiento, excepto, en casos oportunos, en razón de culpa. Pero cuando el error ha inducido al hombre a creer que no delinque o que delinque menos, su dolo se debe juzgar según el estado de su entendimiento, y no según la verdad de las cosas, ignorada u olvidada por él en el momento de la acción.

”Esto conduce al principio de que tanto en la coacción, como en la provocación y en el justo dolor, no debe buscarse la *justicia* de la ira o del temor en la verdad de las cosas, tal como se ha revelado a la fría investigación del juez, sino en la *razonable opinión del acusado*. Así, por ejemplo, si alguno apaleó a un hombre que encontró de noche en su casa, debido a que creyó que era el amante de su esposa, cuando en realidad era el amante de su criada, *in rei veritate* su dolor y su enojo fueron injustos. Pero también sería injusto negarle la excusa, ya que tuvo *causa razonable* para caer en su falsa credulidad...”<sup>2</sup>.

Siguiendo esta fuente de inspiración, pero desde la moderna dogmática penal que tiene como norte el principio de culpabilidad, un vasto sector de nuestra doctrina también avala la tesis de la relevancia del error que versa sobre las circunstancias configuradoras de un tipo más benigno o que dan lugar a la atenuación de la punibilidad. Entre los autores que así proceden, tenemos a: LUIS CARLOS PÉREZ<sup>3</sup>, NÓDIER AGUDELO BETANCUR<sup>4</sup> y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>5</sup>.

Pasando ya al aspecto de la tasación dosimétrica de la pena, manifestamos que estamos de acuerdo con la decisión del Juzgado Superior, no así con el Tribunal que, en nuestro sentir, vinculó criterios para incrementar la pena inicialmente fijada por aquel—de 40 a 60 meses de prisión—que riñen con los principios de *acto* y de *culpabilidad*, normas rectoras de la legislación penal colombiana. Pasamos entonces a ocuparnos en forma sistematizada de las razones de nuestro disenso, para cada uno de dichos criterios:

a) *Personalidad del procesado*. Compartimos el pensamiento del profesor LUIS CARLOS PÉREZ<sup>6</sup>, cuando asevera que es necesario excluir el concepto de “personalidad” en la graduación de la pena, por ser este un juicio incierto, aventurado, que desconoce garantías de la Carta (arts. 26 y 28) y lesiona normas rectoras de la legislación penal (arts. 1 y 3 del C. P.). Sobre estos presupuestos, concluye este autor, debe recurrirse a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el art. 216 de la Constitución, cuando las normas acuden a la “personalidad” para graduar o determinar la pena.

Conjuntamente con lo anterior, para este caso concreto, la personalidad del procesado no puede erigirse en factor agravante de la pena, porque estamos en presencia de una persona

<sup>2</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1956, § 331, págs. 224-225.

<sup>3</sup> Cfr. *Derecho penal*, partes general y especial, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1982, § 717, págs. 176 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. “El error sobre circunstancias atenuantes y disminuyentes. Sugerencias para la reforma penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 3, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 62 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 456. Este autor sostiene que el “error sobre circunstancias atenuantes”, debe recibir igual trato que las eximentes putativas, “atenuando la pena por analogía in bonam partem”.

<sup>6</sup> Ob. cit., §§ 745 a 751, págs. 205 y ss. Cfr. también, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: “La noción del delito en el Código Penal de 1980”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, 1981, págs. 14 y ss.

<sup>1</sup> Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. v, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1963, § 1529, pág. 263; t. vi, 1ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1962, § 1744, págs. 303 y ss.

con *imputabilidad disminuida*, si nos atenemos a lo que dice el dictamen psicológico rendido por el perito forense (“retardo mental leve asociado a trastorno de la personalidad”); “las actitudes asumidas antes y después de los hechos... permiten conceputar que la actuación de H. de J.P.M., corresponden a su conocimiento de la realidad dentro de una capacidad mental disminuida levemente, con trastornos de personalidad ya descritos -celotipia-”), lo que como mínimo determina a dejar la pena en la magnitud inicialmente fijada por el Juzgado Superior.

Tanto la intervención responsable de la defensa como la veredicción, hicieron referencia muy clara a la raíz celotípica que tuvo el error sobre los hechos y por ende, la conducta, que fue finalmente sancionada con una penalidad atenuada por concurrir en ella una motivación (art. 61 del C. P.) digna de menor reproche. Resulta paradójico, entonces, que el homicidio —cuando se hace alusión a “las graves modalidades ejecutivas del hecho delictuoso”—, o la actividad desplegada con anterioridad a este —golpes y herimientos a la compañera, sustracción del hijo para obligarla a la convivencia, etc.—<sup>7</sup>, se tengan en cuenta para agravar la pena, sabiéndose —o al menos no pudiéndose descartar— la relación de estos factores con la personalidad traumatizada por la celotipia y con retardo mental.

b) *Condena anterior por delito contra el patrimonio económico*. Si se agrava la pena, aunque sea dentro del marco punitivo fijado por el mismo tipo penal, atendiendo a que el procesado con anterioridad ha sido condenado por otro hecho delictuoso, con ello, sin la más mínima duda, se revive la política criminal que daba sustento a la agravación genérica de pena por la reincidencia, que con sobradas razones hubo de desaparecer de nuestra actual codificación punitiva<sup>8</sup>. Sobre este particular, quien con mayor tino y solvencia se ha pronunciado, ha sido el desaparecido profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS:

“La reincidencia, pues, bien sea como circunstancia de agravación punitiva o bien para cualquier otro efecto, es un mecanismo jurídico que al aumentar el término de privación de libertad, paralelamente incrementa las probabilidades de desarrollo de las funciones no declaradas o eleva su intensidad.

“...entre las circunstancias allí taxativamente previstas —art. 66 del Código Penal—, hay algunas que inequívocamente tienen su justificación en las tesis peligrosistas y así mismo actúan como mecanismos jurídicos generadores de funciones no-declaradas de la privación de libertad.

“La relación con el desarrollo de tales funciones, es especialmente evidente cuando la circunstancia agravante se fundamenta en los llamados «antecedentes penales» del procesado, puesto que suelen constituir una forma encubierta y ampliada de la reincidencia. Y aunque el concepto de «antecedentes penales» puede entenderse en dos formas: en cuanto condenaciones anteriores que haya experimentado el individuo o como meras acusaciones o sindicaciones hechas contra él en ocasiones precedentes, ambas formas constituyen mecanismos aptos para coadyuvar y estimular el repudio social...”<sup>9</sup>.

Sumado a lo anterior, cualquier incremento punitivo en virtud de una condena anterior, hace que la pena que se adicione por tal motivo, resulte violatoria del principio *non bis*

<sup>7</sup> No hacemos mención aquí a conceptos como “vago”, que en última instancia encubren a través de esta etiqueta, problemas de causalidad compleja como lo es el *desempleo*, generados más por la incapacidad del sistema socioeconómico imperante de satisfacer el derecho constitucional al trabajo, que a factores imputables al procesado, que lo determinan a incumplir con sus obligaciones económicas para con la familia.

<sup>8</sup> Cfr. sobre este particular a ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte general, 11ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 276-277; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte especial, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 269-270; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, cit., págs. 43-44 y 119.

<sup>9</sup> Ob. y págs. cit.

*in idem*. Además, tampoco por ninguna parte las normas que fijan los criterios para graduar la pena (cfr. arts. 61 y 66 del C. P.), hacen alusión a “condenas anteriores”, como factor que legitima la imposición de una penalidad agravada.

c) “*Sindicaciones e ingresos a la cárcel*”. Más palmaria es la improcedencia de agravar la pena por estos conceptos, porque les son válidos los cuestionamientos formulados en el anterior acápite, y, además, carecen absolutamente de toda entidad para demostrar cualquier cosa del procesado. Si la administración de justicia no ha logrado concluir el proceso con sentencia definitiva, por las deficiencias estructurales que secularmente padece (asignación de un presupuesto cicatero por el ejecutivo y el Congreso, carencia de una policía judicial técnica y científica, desproporción abrumadora entre el número de jueces disponibles y el número de procesos existente, etc.), sería injusto tener en cuenta dicho proceso para agravarle la pena o para limitar cualquier derecho procesal (Ej. libertad condicional). Además, obrando así se lesiona la garantía constitucional de la *presunción de inocencia*, que nunca podrá desvirtuar una mera “sindicación” o el “ingreso a una cárcel”.

Damos por concluido así este comentario, inspirado en la convicción de que con él nuestro deber es defender y apuntalar lo que rinde tributo al *hombre*, a la *justicia* y al *Estado de derecho*, e impugnar lo que los desconoce, porque solo así revestimos de dignidad y sentido a esta labor.

# Tribunal Superior de Medellín

## EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PROCESAL

El grado jurisdiccional de consulta que consagraba el derogado decreto 3664 de 1986 en sus arts. 4° y 5° debe surtirse a pesar de la declaratoria de inexecutable de dicha regulación, no solo porque opera el principio constitucional de la preexistencia de la ley procesal penal, sino porque en el caso concreto por tratarse de una sentencia condenatoria, es ley más favorable. Situación bien distinta se presentaría, si se tratara de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria, caso en el cual la ley más favorable sería el derogado Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal revoca una condena por porte ilegal de armas, proferida por la justicia penal militar, en virtud de que no se configuraba la antijuridicidad material de la conducta imputada.

Magistrado ponente: Dr. MARIO SALAZAR MARÍN  
Julio 1° de 1987

COMENTARIO: Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

VISTOS:

El Comando de la Cuarta Brigada, con sede en Medellín, mediante sentencia del 18 de febrero último condenó a un año de prisión a C. E. M. P. por haber violado el art. 1° del decreto 3664 de diciembre 17 de 1986, a quien impuso además la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad por igual término, como penas accesorias.

Esa sentencia, en obediencia a lo dispuesto en los arts. 4° y 5° del citado decreto, fue sometida a consulta ante el Tribunal Superior Militar, entidad que el 12 de marzo de 1987, fecha en que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable tales normas, había ordenado la sustanciación previa de la consulta. En consecuencia, los jueces castrenses perdie-

ron la competencia para juzgar las conductas de los particulares sobre armas y de ahí la remisión del proceso a la justicia ordinaria.

El Tribunal dispuso por consiguiente el trámite propio de la consulta, en cuyo decurso el señor fiscal 7° de la corporación estima que la Sala debe pronunciarse por virtud del art. 8° del decreto 565 de marzo 26 de 1987, norma que únicamente dispone que los procesos en curso por armas pasen a los jueces del circuito en lo penal. Pero el ministerio público no toca lo atinente al principio rector del debido proceso, ni el fenómeno del tránsito de leyes frente a él.

PLANTEAMIENTO PREVIO:

Existe en este momento una controversia en la jurisprudencia sobre el tránsito de leyes

procesales, en la cual sobresalen dos conclusiones:

Una es que las normas referidas a la competencia y a la ritualidad de los procesos se aplican desde el momento en que entran a regir tanto a los procesos nuevos como a los que venían en curso, criterio que se ha sostenido con fundamento en el art. 40 de la ley 153 de 1887 y 6° del Código Procesal Penal de 1971. Sin embargo se respetan los derechos que había adquirido el procesado frente a la ley procesal anterior.

Y la otra, con esta base, es que todos los trámites posteriores se cifan a la nueva ley, sin detenerse a pensar que con esta simple idea se pueden desconocer garantías que existían en la ley procesal vigente en el momento de la comisión del hecho.

El principio de legalidad no solo está referido a la ley sustancial, puesto que el derecho penal es concepto que comprende los dos frentes. La Corte Suprema ha dicho esto en varias decisiones importantes, entre las cuales se destaca la de marzo 15 de 1961, con ponencia del dr. GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, donde se lee, v. gr.:

“Lo que la carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende *por igual* los preceptos sustantivos y los procedimientos, dejando a salvo, eso sí, el canon fundamental de la retro-actividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito. Sería contrario a la Constitución Nacional (art. 26) imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, *si cuando ese acusado delinquirió* regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa. El *juicio previo debe descansar* en la ley anterior al hecho del procesado, y la aplicación de una ley posterior a ese evento *está condicionada* a su carácter permisivo o favorable para el acusado...” (Gaceta Judicial, núm. 2238, t. XCV, marzo de 1961, págs. 173 y ss.).

Es verdad que algunos tratadistas sostienen que las normas procesales son de orden público, y de ahí se explica por qué nuestra ley disponga su aplicabilidad inmediata en materia de ritos y juez competente a través de normas (arts. 40, ley 153-87, 6°, dto. 409-71 y 5°, dto. 050-87) cuya constitucionalidad algunos han discutido, porque la Carta, respetando en su integridad el principio de *legalidad del delito* y del *proceso*, dispone perentoriamente que el juzgamiento debe ser conforme “a las leyes preexistentes”, comprensivas obviamente de lo sustancial y lo procesal.

Pero “aun frente a ese supuesto —continúa el citado fallo de la Corte— que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto (el referente a la ley permisiva), hace imperativo en lo sustantivo y en lo procesal, en caso de tránsito de legislaciones, aplicar la ley más favorable”.

En otros términos: si por razones de política criminal, de orden público, de defensa social, o como se quiera decir, se tomara en cuenta la tesis extrema de que la ley procesal es retroactiva (se aplica también a los casos que venían en curso), contrariando la naturaleza pura y propia del principio de legalidad, la excepción referida a la aplicación de la ley más favorable sí es insoslayable.

Es que sobre la materia se puede afirmar que hay tres tesis:

La de la defensa social o positivista, que en Colombia la adopta BERNARDO GAITÁN MAHECHA, quien para sustentarla repite algo que dijo alguna vez la Corte (sentencia de junio 12 de 1945 en “G. J.”, núms. 2019 a 2021, págs. 26 y ss.):

“Acerca de la irretroactividad de la ley en materia criminal no rigen los mismos principios en lo referente a los delitos y a las penas y en lo que concierne al procedimiento para reprimirlos. Respecto de lo primero (delitos y sanciones), las normas penales solo operan para el futuro y no tienen efecto retroactivo, a menos que beneficieren la situación jurídica del procesado. En cambio, las leyes de proce-

dimiento son retroactivas y de aplicación inmediata, aun a los negocios iniciados con anterioridad a su vigencia, si la misma ley nada establece sobre el particular. Esto, porque tales leyes de procedimiento son de un elevadísimo interés público, ya que ponen en práctica el ejercicio de la acción penal y hacen realizable, junto con la ley sustantiva, la defensa de la sociedad contra los delincuentes, mediante la organización de las jurisdicciones, las formas procesales y la garantía de los derechos y prerrogativas de las personas que intervienen en el asunto, de tal modo que la represión se haga ajustada a la verdad histórica o material de los hechos punibles y al criterio de equidad. En este sentido, el procesado asume la calidad de sujeto pasivo de la acción penal y él no puede, por lo mismo, invocar derechos adquiridos en contra de la sociedad y la justicia, ni quejarse de que esta sea administrada por medio de mejores e innovados sistemas de procedimiento, sencillamente porque con ello se busca el bienestar común, pero asegurando también el adecuado juzgamiento del culpable, que es cuestión de interés público" (*Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1958, págs. 61 y 62 y DOMINGO SARASTY, *Jurisprudencia de la Corte Suprema*, t. IV, Bogotá, Edit. Horizontes, 1971; pág. 178).

Según este punto de vista el procesado C. E. M. no tendría derecho a que la sentencia a él impuesta fuera consultada, porque si bien ese grado de jurisdicción existía en el momento en que supuestamente cometió el hecho, fue suprimido luego con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que lo ordenaba.

La segunda tesis, que es la contraria, es la atinente a la puridad misma del principio de la legalidad del proceso, según el cual, valga repetir, las normas procesales que existían en el momento del hecho son las que deben regir el proceso respectivo. Con base en este principio, según el cual "Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se imputa, ante juez com-

petente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso" (art. 1º, dto. 050/87, Const. Nal., art. 26), sería viable la consulta, que en este caso ya se había empezado a tramitar.

Más aún. Si se entiende vigente la segunda parte del art. 40 de la ley 153 de 1887, también será procedente la consulta, por tratarse de una actuación "ya iniciada" que debe regirse "por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Y conforme a la tercera tesis, que sin duda es intermedia y es la adoptada por la ley, se respeta el principio del debido proceso, salvo en cuanto al juez competente y en lo que concierne a la sustanciación y ritualidad del proceso, como rezan los arts. 6º del decreto 409 de 1971 y 5º del decreto 050 de 1987.

Debe quedar en claro que las normas que determinan los procedimientos no son todas adjetivas, pues las hay también sustantivas, y no están exclusivamente destinadas a señalar las ritualidades del proceso y a fijar los jueces competentes. Hay muchas de ellas que por comportar recursos, grados de jurisdicción, términos, situaciones de mayor beneficio, etc. (libertad provisional, detención parcial, caución más benigna, trámites con más garantías, v.gr.), repercuten en pro de los derechos del procesado y en tal sentido tienen un carácter más sustancial que instrumental. De suerte que si estas normas existían cuando el sujeto ejecutó la condena, deben preferirse en su aplicación, no solo en obediencia al debido proceso sino en acatamiento a la favorabilidad, dos principios rectores que se imponen por sobre toda otra consideración.

Para hacer compatible entonces el principio de la legalidad del proceso con las excepciones legales en materia de juez competente y ritualidad procesal, se estima que el nuevo juez debe aplicar las formalidades de la nueva ley, pero respetando los derechos que ya tenía el procesado, que son todos los que existían en las normas vigentes en el momento de la infracción, derechos que si se quiere pueden mirarse de cara a la ley sustancial, así estuvieren contemplados en normas de un estatuto

"procesal". Esta sería una salida de compromiso en busca de la coherencia entre los intereses generales (orden institucional en los trámites de todos los procesos) y los intereses del justiciable previamente establecidos.

Ahora bien. Como el decreto 3664 de 1986 fue declarado contrario a la Constitución Nacional, algún sector de la jurisprudencia ha sostenido que en tal caso la ley inexecutable solo puede aplicarse a las situaciones que se hubiesen consolidado durante su vigencia, si para el procesado es más favorable, pero no a los demás eventos.

Pero como la regla general absoluta debería ser la ley procesal previa y no la posterior con efectos retroactivos, mientras la excepción sería la favorabilidad, lo cierto es que podría aplicarse —por mandato legal— la mera ritualidad de la norma posterior, pero respetando las garantías que contemplaba la ley anulada, sin acudir a la curiosa y heterodoxa distinción entre derechos adquiridos y en vía de consolidación. Pues cómo saber cuándo se trata de algo ya establecido, o en vía de lograrse, ante normas que simplemente consagraban una institución de mayor ventaja para el procesado? La diferencia no puede ser más veleidosa y hasta caprichosa.

Tiene toda la razón la Corte cuando en providencia del 11 de noviembre de 1986, con ponencia del magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, expuso:

"...debe decirse que este estatuto sobre captura, detención preventiva, excarcelación, etc. (se refiere al 1853/85), traduce, en estos aspectos, una legislación más benigna que su antecedente, la ley 2ª de 1984; de ahí su inmediata vigencia, la cual debe perdurar en los casos que recibieron o debieron recibir su benigno influjo, por encima de reformas posteriores que vuelvan al mismo o más riguroso tratamiento del acordado por la citada ley 2ª. Y la conclusión es la misma así se haya declarado inexecutable el mencionado decreto 1853. Esto porque la Constitución Nacional no distingue para imponer el dictado de la ley más favorable..." (*Jurisprudencia penal*

1986, compilación de J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, pág. 21).

El argumento de la aclaración de voto del magistrado GUILLERMO DUQUE RUIZ, según el cual no se puede pretender que una ley, retirada expresamente de la vida jurídica por ser contraria a la Constitución, siga teniendo efectos después de su retiro, so pena de permitir que siga siendo contraria a la Carta, con claro desconocimiento del fallo de inexecutable, resulta contradicho por el razonamiento siguiente conforme al cual es "clara y pacífica la doctrina... cuando sostiene que el fallo de inexecutable no tiene efectos retroactivos, sino hacia el futuro" (idem, pág. 25).

Es verdad. La sentencia surte efectos para el futuro, pero únicamente para las conductas realizadas a partir de allí, nunca para las infracciones cometidas durante la vigencia de la ley declarada inconstitucional, pues sus efectos ultraactivos tienen que ser respetados por los principios del debido proceso y de favorabilidad. En efecto, el fallo no retroactúa para estos casos por el principio inquebrantable de la legalidad, que es el principal sostén de un Estado de derecho liberal y democrático.

Es cierto que no se puede prorrogar la vigencia de una norma declarada inexecutable, pero por prórroga se entiende el ejercicio de su influjo frente a nuevos hechos, en tanto los anteriores tenían ya las reglas del juego establecidas (ibidem, pág. 25).

LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO hace notar que la ley penal intermedia cuando favorece al justiciable habrá de aplicarse aun después de su declaratoria de inexecutable (Rev. "*Derecho Penal y Criminología*", núm. 7, Bogotá, 1977, pág. 14). Y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, con indubitable lógica jurídica, apunta —en sentido contrario a lo expuesto en proveído de la Corte de mayo 3/79, mag. p. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, conforme a lo cual una norma declarada inexecutable "es como si nunca hubiera existido"— que un fallo de inconstitucionalidad no ha de ser retroactivo, ni "tiene por qué obstaculizar la aplicación ultraactiva

de la ley por el *favor rei*”, puesto que no puede tener efectos más profundos que los de una norma derogada (“Estudios de Derecho”, U. de A., núm. 99, marzo de 1981).

Así, entonces, instituciones como la libertad provisional, consulta, subrogados y en general trámites con mayores garantías, preexistentes pero suprimidos o reformados en lo peor, seguirán aplicándose para esos eventos pendientes. La excarcelación, por ejemplo, nunca será situación consolidada en un proceso como institución que siempre será transitoria, pero que no se podrá desconocer mientras la actuación esté en curso y pervivan las exigencias que la hagan viable; la doble instancia no ha de mirarse exclusivamente de cara a la apelación sino también ante la consulta; y en fin, el principio de la legalidad del proceso presupone el órgano jurisdiccional y el trámite procesal, con la única excepción de la favorabilidad, que hace que la ley instrumental ejerza su influencia más allá de su vigencia (ultraactividad para casos ocurridos bajo su imperio) o frente a casos ya sucedidos en el momento de entrar a regir (retroactividad).

Este enfoque lejos está de ser novedoso. Criterios análogos aparecen expuestos por la Corte en julio 17 de 1915, septiembre 14 y octubre 29 de 1945, septiembre 29 de 1950 y julio 7 de 1961, con reiteración posterior (cfr. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Sala Penal, ts. III y IV, compilación de DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, Bogotá, Ed. Horizontes, 1971, págs. en su orden, 224, 226, 227, 176, 177, 178 y 186).

También la doctrina entiende el principio de legalidad previa tanto en el sentido sustantivo como en el adjetivo (Cfr. JUAN FRANCISCO LINARES: *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ed. Jurídica Argentina, 1943, págs. 12 y 13).

Un Estado de derecho no puede imponerles y desconocerles al mismo tiempo a sus súbditos la ley previa escrita, porque con ello incurriría en grave contradicción filosófica y

política y estaría escogiendo la vía de la arbitrariedad y el capricho.

Se ha dicho que la orden legal de aplicar inmediatamente las normas que regulan el procedimiento no puede ser desconocida so pretexto de la favorabilidad, con el argumento atrayente de que el juez *apriorísticamente* no puede saber si la decisión por consulta vaya a favorecer o a hacer más perjudicial la situación del procesado. Pues bien:

Con algunas excepciones (la supresión de un hecho como infracción penal es una de ellas) la favorabilidad no es principio aplicable a priori. Generalmente el juez debe examinar primero el caso concreto frente al fenómeno del tránsito legislativo con miras a saber cuál es el ordenamiento aplicable por su mayor benignidad. En el evento de las armas es bien fácil distinguir: si la providencia que se consulta es un sobreseimiento definitivo o una absolución, la nueva ley —que suprime la consulta— es sin duda la más favorable, en cuyo caso el juez *ad quem* debe abstenerse de conocer. Si en cambio el proveído consultado es, v.gr., una sentencia condenatoria, el funcionario de segunda instancia debe conocer, si después de examinar las leyes concluye que la última comporta mayor benignidad en el caso concreto. Si bien la consulta es garantía procesal *erga omnes*, que supone un juicio *a priori*, su consideración ante la favorabilidad impone el juicio *a posteriori*.

El planteamiento conforme al cual el porte de arma de fuego de defensa personal, sancionado con pena máxima de cuatro años de prisión, ha sido sustraído de la consulta por el resurgimiento para el caso del art. 1º de la ley 17 de 1975, que dispone tal grado de jurisdicción solo para conductas con pena restrictiva de la libertad que exceda de cinco años, no puede tener validez para los casos que ocurrieron bajo la vigencia del citado decreto 3664 de diciembre 17 de 1986.

Como al procesado de autos C. E. M. se le atribuye el decomiso de un trabuco en mal estado, según procedimiento realizado por el cabo 2º de la policía G. A. A. G. a las once

de la noche del 31 de diciembre del mismo año de 1986, en un bar instalado en la calle 107 por la carrera 42-B de esta ciudad, es obvio que por virtud del criterio de la Sala procede la consulta, que se pasa a despachar con base en las siguientes consideraciones:

El único testigo que lo acusa es el mismo cabo A. G. que hizo el decomiso, quien afirma que C. E. arrojó el “arma” entre una bolsa, debajo de la mesa donde se encontraba solo tomándose una cerveza. El procesado admite haber visto lo que la policía recogió, pero niega que él haya sido el autor del porte. Y el señor fiscal del Tribunal estima, con tino indudable, que la prueba es francamente deficiente para condenar.

Es que en caso de que el testigo esté actuando de buena fe, no puede descartarse que se haya equivocado en cuanto al sujeto que arrojó el arma, como expresó la defensa, pues el inculcado ha expuesto —sin prueba en contrario— que allí había unas seis personas y a nadie más —ni siquiera al cantinero— se escuchó en el proceso. De manera que por el aspecto de la insuficiencia de la prueba cabe la revocatoria de la sentencia del juez castrense.

Pero lo que más persuade en orden a la absolución es la naturaleza del instrumento incautado, pues no merece el nombre de *arma de fuego*, que supone la idoneidad de su funcionamiento como tal. El dictamen del sargento mayor G. A. M. nombrado para ello, es bien elocuente: “se encuentra en mal esta-

do de funcionamiento,... el mecanismo del mismo está en mal estado, ya que no ajusta ni cierra,... dado el caso puede servir como defensa personal siempre y cuando esté bueno, pero como está malo *no sirve para nada*” (fl. 11).

De suerte que si C. E. supuestamente hubiera llevado consigo ese trabuco, tal vez por ser “inhábil” y “porque ha sido víctima constantemente de los atracadores y maleantes”, según expresión de su señora madre y sus vecinos (fl. 21), dado el sector peligroso donde vive, la antijuridicidad de su comportamiento no desputa siquiera con el perfil de lo potencial. Un instrumento que no es intrínsecamente arma, constituye un medio completamente inidóneo y su porte a lo sumo será una conducta inocua, alejada de toda dañosidad, pues no alcanza siquiera lo injusto potencial.

En vista, pues, de que la antijuridicidad es la esencia del delito y no se da en el caso examinado, se procederá a la revocatoria de la sentencia.

Por consiguiente, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, de acuerdo con la previa opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia de febrero 18 de 1987, por cuyo medio la Cuarta Brigada del Ejército Nacional condena en primera instancia a C. E. M. P. de quien *ordena su libertad inmediata e incondicional*, pues se le *absuelve*.

\*\*\*

#### COMENTARIO

Dos son los problemas que la providencia en comentario aborda con propiedad: De un lado, el *principio de favorabilidad* en materia de tránsito de leyes procesales penales en el tiempo y, del otro, la *ausencia de antijuridicidad cuando no alcanza a configurarse lesión real o potencial para el bien jurídico*.

En cuanto al primer aspecto, y luego de precisar que el principio de legalidad no solo tiene alcances sustantivos sino procesales (aunque olvida la ejecución penal), el Tribunal afirma que al declararse inexecutable el decreto 3664/86 y entrar a regir de nuevo la ley procesal ordinaria (en este caso el derogado decreto 409 de 1971 o ley 2ª de 1982), dicha normatividad debe continuarse aplicando ultraactivamente para cobijar hechos sucedidos

durante su vigencia en virtud del principio de preexistencia de la ley procesal penal, y por ende de la favorabilidad, en materia del grado jurisdiccional de consulta.

En lo atinente al ámbito de validez temporal de la ley procesal penal, es bueno recordarlo, impera el *postulado general* de que la ley rige desde que se promulga debidamente hasta que es derogada o se extingue (*tempus regit actum*); como consecuencia de ello la ley procesal solo gobierna los hechos sucedidos durante su vigencia, sin que pueda aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad o con posterioridad a la misma. De ello se infieren, entonces, dos consecuencias: la irretroactividad de la ley procesal nueva (prohibición de la aplicación retroactiva), y la no ultraactividad de la ley procesal derogada<sup>1</sup>.

Que la preexistencia de la ley procesal penal impera entre nosotros, se desprende sin lugar a dudas del art. 26-1 de la Constitución Nacional: "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*"; y lo repetía el art. 1° del derogado C. de P. P., vigente a la época en que se sucedieron los hechos, y lo establece el art. 1° del decreto 50 de 1987, vigente desde el 1° de julio fecha en la cual se profirió la providencia: "*Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso*".

Concretándonos al caso juzgado, tenemos: el día 12 de marzo terminó la vigencia del decreto 3664, que había sido expedido el 17 de diciembre de 1986 y consagraba la consulta en sus arts. 4° y 5°; entre el 13 de marzo y el 30 de junio de 1987 rigió el decreto 409/71 modificado por la ley 17/75, reimplantado por la ley 2/82, que no consagraba la consulta para un evento como el que se examina (art. 195); y, el 1° de julio entró a imperar el decreto 50 de 1987 (fecha del fallo), que tampoco consagra la consulta en evento semejante (art. 210).

Hay, pues, un tránsito de tres leyes procesales penales en el tiempo, durante el cual se ritúa el proceso a raíz de hechos acaecidos bajo la vigencia de la primera de ellas. Ahora bien: si razonamos acorde con el principio general tendríamos que el decreto 3664, no podía ser aplicado el 1° de julio, pues ya no estaba vigente; sin embargo, en virtud del principio de la preexistencia de la ley esa era la normatividad que se debía aplicar el día de la decisión, pues mal se podría invocar una ley no preexistente. Además, como la vieja ley (el decreto 3664) es más favorable se debía aplicar de manera ultraactiva, puesto que ella consagraba el grado jurisdiccional de consulta que, no debe olvidarse, ya había empezado a surtirse.

Hasta aquí no habría ninguna dificultad, y el Tribunal lo único que ha hecho es invocar normas de raigambre constitucional y legal que recogen las doctrinas vigentes en este campo. Bastaría con invocar las normas ya transcritas, agregando el art. 26-2 de la Constitución: "En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", cuyo tenor literal recoge el art. 1 del actual C. de P. P.

Pero así a la larga no tuviera mucha incidencia para resolver el caso concreto, el Tribunal discurre sobre un punto que ha sido objeto de honda controversia entre nosotros, y toma partido. Nos referimos a las dificultades que suscita la consagración del art. 5° del C. de P. P., en cuanto establece:

La ley "que fije jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir", que es fiel reproducción del derogado C. de P. P. (art. 6°) y de la aún vigente ley 153/87 en sus arts. 40 y 43. La

primera de estas disposiciones reza: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

La segunda norma establece: "Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos (se refiere a la preexistencia de la ley, agregamos), pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan los procedimientos, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

¿Qué significa lo anterior? Sencillamente que los textos legales mencionados le dan un alcance restrictivo al texto constitucional que este no tiene; en otros términos, que tales disposiciones pugnan con la Carta Fundamental. Esta situación se aprecia con mayor claridad en el decreto 50/87 que, luego de establecer con toda claridad el principio de la preexistencia de la ley procesal, pareciera introducir la mencionada excepción.

Semejante conflicto legal, nos puede llevar a asumir diversas posiciones:

1°) Sostener que prima el texto constitucional sin restricciones de ninguna índole, por lo cual, en ninguna circunstancia y en ningún caso, es posible desconocer el postulado de la preexistencia de la ley procesal penal. Semejante planteamiento implica que los textos que pugnan con la Carta sean inexequibles y por ende inaplicables en cada caso concreto, pues no es posible hacer excepciones en materia de leyes atinentes a la sustanciación y ritualidad del proceso; dentro de esta misma perspectiva cabe analizar el art. 677 del nuevo C. de P. P. sobre "aplicación del procedimiento anterior".

Acorde con ello, en el caso que fue objeto de estudio por el Tribunal, son perfectamente aplicables los arts. 4° y 5° del decreto 3664.

2°) Afirmar que las leyes procesales concernientes a "la sustanciación y ritualidad de los juicios" (ley 153/87, art. 20), o bien las que "establecen los tribunales y determinan el procedimiento" (art. 43 ídem), se aplican *ipso facto* desde que entran a regir cobijando los procesos que se encuentren en marcha al momento de su expedición, con lo cual se aplicarán retroactivamente así sean más desfavorables para el reo y así se viole el principio constitucional y legal de la preexistencia de la ley.

Esta sería la *versión estricta* de tal tesis que impediría, en el caso concreto, invocar el decreto 3664 aunque con la posibilidad de hacerlo pues ya se había iniciado el trámite de la consulta al momento de declarar la inexecutable (ley 153/87, art. 43).

Sin embargo, hay una *versión limitada* que parece imponerse de manera general, de la que no está muy lejos la posición del Tribunal, según la cual deben quedar a salvo "las garantías sobre la libertad individual o derecho de defensa". Con lo cual, curiosamente, se respeta el postulado general pero se le introducen excepciones, y a su turno se da cabida a la favorabilidad (verdadera excepción a la norma general)<sup>2</sup>.

Con tal variante no habrá dificultad en invocar el decreto 3664 como norma más favorable, pues aseguraría el derecho de defensa al permitir desatar la consulta.

3°) Finalmente, podría pensarse por vía meramente interpretativa que el legislador no ha querido decir que las leyes aludidas sean una excepción al postulado general, sino una

<sup>2</sup> Así HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 11. También, aunque con inclinaciones no muy precisas hacia la versión estricta, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, para quien "en tales casos no hay duda de que normas de la antigua ley que sean más favorables deben seguir rigiendo, respecto del proceso ya iniciado" (*Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1958, pág. 65).

<sup>1</sup> Cfr. GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, Buenos Aires, EJE, 1963, pág. 83.

reiteración del mismo. Así las cosas, cuando el art. 5° del C. de P. P. afirma que la ley “que fije jurisdicción y competencia ó determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir”, lo que está diciendo es que se respeta el principio de preexistencia que ha sido estatuido por el art. 1° del C. de P. P. (Const. Nal., art. 26) y que la nueva ley se aplica a los casos que se realicen durante su vigencia (Principio general de la irretroactividad de la ley procesal penal); similar interpretación cabría con los arts. 40 y 43 de la ley 153/87. No habría, entonces, contradicción alguna entre los textos legales y los resultados serían los mismos que se derivan de la aplicación de la primera tesis<sup>3</sup>.

La posición que el Tribunal califica como “intermedia” por ser la “adoptada por la ley”, no parece plenamente coherente, pues, como se ha demostrado, no hay armonía entre el texto constitucional y el legal, con lo cual la tesis a adoptar era la primera máxime si se apoya en la decisión del magistrado RENDÓN GAVIRIA que transcribe la cual, como ninguna otra, clarificó el punto tomando partido por la tesis inicial<sup>4</sup>.

Pero si son discutibles los planteamientos encaminados a introducir las aludidas excepciones, más cuestionable es agregarles a las mismas los eventos atinentes al “juez competente”. A poco que examinemos los textos legales verificamos que solo el art. 43 de la citada ley 153 habla de las “leyes que establecen los tribunales”, y que el art. 1° del decreto 50/87 (ley posterior y que, todo lo indica así, derogó tal disposición en este punto por ser “contraria”: art. 678) vigente a la fecha de expedición de la providencia habla perentoriamente de “...juez competente previamente establecido...”, al consagrar el principio rector del debido proceso.

De todas maneras, así discrepemos de algunos planteos contenidos en la providencia, esta decisión del Tribunal Superior de Medellín tiene una señalada importancia porque hasta ahora se venía desconociendo, no solo por esta corporación sino por otros despachos judiciales y tribunales del país —nos atrevemos a decir que por todos—, algo de tanta trascendencia como el postulado del *favor rei*, en buena hora reivindicado cuando de tramitar procesos como el aludido se trate. Gracias a ello, pues, los casos de consulta de sentencias dictadas bajo el régimen de excepción en materia de armas, deben desatarse para poner fin a numerosas arbitrariedades cometidas, todo porque se sustrajo a los ciudadanos de su juez legal, de su juez natural condenándolos, como en el presente caso, a espaldas de los principios que inspiran nuestro derecho penal.

Es tan atinada la decisión que, como señalamos en un comienzo, se ha dado aplicación al principio de *lesividad* (C. P., art. 4°) para revocar una sentencia injusta que condenaba a un humilde ciudadano por portar un instrumento que ni siquiera merece el nombre de “arma de fuego” porque, como lo planteó con acierto el perito militar que no fue escuchado por el tribunal sentenciador de primera instancia (Comando de la IV Brigada), “no sirve para nada”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Así lo hemos sugerido en “Consideraciones sobre los Principios Rectores del nuevo Código Procesal Penal” en *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Señal Editora, 1987, pág. 21.

<sup>4</sup> Cfr. *Gaceta Judicial*, núm. 2238, decisión de marzo 15 de 1961, pág. 163 y ss.

<sup>5</sup> Con anterioridad a esta decisión tuvimos oportunidad de plantear que en situaciones como la que decidió el Tribunal se incurre en transgresión de las “normas rectoras de la ley penal colombiana”: “En tales casos por imperio del principio de *lesividad* o del bien jurídico, contemplado de manera expresa en el artículo 4° del Código

De destacar también la toma de posición que hace el H. Tribunal en frente al problema de la aplicación más favorable de la ley declarada inexecutable, cuestionando con rigor lógico una reciente “aclaración de voto” a una decisión sobre el punto, emanada de nuestro más alto tribunal de justicia.

Detrás de esta decisión, pues, yace todo un ideario político-liberal encaminado a defender sin ambages postulados como el del juez natural, el debido proceso legal, y el de lesividad.

Que esta decisión sirva de ejemplo para toda nuestra judicatura llamada por su sacerdocio, no a maltratar al hombre, sino a rescatarlo de las oscuras garras del olvido, y de la arbitrariedad desquiciadora de los postulados que se supone inspiran una sociedad civilizada. Mucho ganaríamos si nuestros jueces antes que convertirse en las “bocas de la ley”, según la conocida expresión de MONTESQUIEU, tomaran consciencia de su compromiso histórico e imitaran ejemplos como el que hoy ofrecemos a nuestros lectores.

Penal, se impone la absolución por ausencia de conducta antijurídica; solo una adecuada valoración de los hechos puede impedir condenas absurdas y arbitrarias”. Véase FERNANDO VELÁSQUEZ y otros (*Regulación sobre armas y estupefacientes*, Medellín, Colegas, 1987, pág. 85).

**SECCIÓN  
DE  
BIBLIOGRAFÍA**

*Revista Poder y Control*: núm. 1, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.

No obstante habernos referido anteriormente a la aparición de este importante órgano de difusión, con la reseña al número extraordinario "O" presentada en *Nuevo Foro Penal* 33, es en esta oportunidad cuando damos la bienvenida a la publicación periódica y ordinaria de la revista "Poder y Control", que habrá de convertirse, seguramente, en terreno fértil de discusión científica y vaso comunicante entre Latinoamérica y Europa, permitiendo la concreción, creación y exposición de conocidas y nuevas teorías que, sin olvidar las características propias de cada comunidad, tengan un mismo objetivo: revelar la realidad oculta por el poder a través de sus diferentes formas y mecanismos, propendiendo siempre por el logro de una sociedad más democrática.

La idea de un poder que traspasa los límites formales del Estado y sus aparatos, inmediatamente por los mecanismos de control (formales e informales), y que busca siempre el ajuste ideológico del grupo con quienes tienen la aptitud de imponerlo, marca la pauta en la primera sección *Estudios* desarrollada en cuatro trabajos:

UJLSA ZVECKIC - MARK FINDLAY: *Para un análisis de los mecanismos informales de control social*.

CARLA PASQUINELLI: *Poder sin Estado*.  
JOCK JUNG: *Más allá del paradigma consensual: Una crítica al funcionalismo de izquierda en la teoría de la comunicación de masas*.  
DOLORES JULIANO: *De la desviación social a la cultura popular*.

En la sección *Informe Especial*, con el nombre "Control y Liberación en A. L.", se presentan las ponencias al III encuentro de criminología crítica en A. L., realizado en Managua los días 18 y 19 de septiembre de 1985.

Muy significativo resulta este apartado, en el que europeos y latinoamericanos, con un interés común, se acercan al análisis de la cuestión criminal en A. L., ubicándola históricamente desde la óptica de sus luchas internas y externas, recordándonos además, que una teoría de la liberación debe conducir necesariamente a la búsqueda de un hombre nuevo cuyo valor principal sea la dignidad humana (BARATTA).

El *Informe Especial* incluye estas ponencias:  
ROBERTO BERGALLI: *Introducción*.

ALESSANDRO BARATTA: *Notas para una teoría de la liberación*.

LOLA ANIYAR DE CASTRO: *Orígenes, fundamentos, aportes y líneas de desarrollo de una criminología de la liberación en A. L.*

MASSIMO PAVARINI: *El sistema penal entre abolicionismo y reduccionismo*.

ROBERTO BERGALLI: *Historia y proyección de la cuestión judicial en A. L.*

JESÚS A. MUÑOZ GÓMEZ: *Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos en Colombia*.

RAMÓN DE LA CRUZ: *Sobre la cuestión criminal en A. L.* (Ponencia cubana).

W. GORDON WEST: *El terror internacional en Nicaragua*.

Conforman la sección *Una sentencia histórica*, la sentencia de la Corte Internacional de La Haya (parte dispositiva), proferida en junio 22 de 1986 en contra de los EE.UU. de América por actividades militares y paramilitares realizadas en Nicaragua, y un comentario "Sentencia del Tribunal de La Haya y delito internacional", donde HUMBERTO OBREGÓN AGUIRRE, a más de explicar los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaron, nos da una idea sobre cuáles deberían ser sus consecuencias.

Quizás sea "Crónica de un conflicto anunciado" —el artículo de la sección *Sucesos*—, el que con mayor claridad refleja el punto de encuentro entre nuestras aparentemente disímiles sociedades y la comunión en los mis-

mos problemas y conflictos. Es menester el análisis comparativo a nuestro medio de la, para PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, preocupante independencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad española del control jurisdiccional y aun del mismo ejecutivo, con la subsiguiente reducción de garantías para los ciudadanos y el desprestigio de los jueces, quienes ven desmejorada su imagen y autoridad frente a los desmanes de un poder en franca expansión al margen de la legalidad.

Si la situación es preocupante en sí misma (como lo es en nuestro medio), resulta agravada en España, según lo demuestra IGNACIO MUÑAGORRI en su "comentario a la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", que fomenta la intromisión del ejecutivo en la administración de justicia.

En los últimos apartes se hacen recensiones bibliográficas, se da información sobre el programa de estudios comunes sobre justicia criminal y criminología crítica y se hace un índice de revistas.

Como bien puede observarse es un laudable esfuerzo el realizado por los directores de esta gran publicación, pues no solo será puente sobre el Atlántico sino también, y muy especialmente, foro abierto donde con espíritu crítico se debatan los problemas en sus marcos históricos.

"En definitiva, por aquí van a pasar en un futuro próximo los grandes problemas de la democracia moderna" (palabras del profesor JORDI SOLÉ TURA, al inaugurar las jornadas de junio de 1986, acto en el cual se lanzó la revista).

Gloria González Agudelo  
Abogada de la Universidad de Medellín  
Junio de 1987.

ANTONIO BERISTAIN: *Derecho Penal y Criminología*. Bogotá, Edit. Temis, 1986, 258 págs.

Reseñar la obra de ANTONIO BERISTAIN, además de constituir un placer intelectual, re-

conforta nuestro espíritu, porque los artículos, las conferencias y las ponencias, que reunidos dan vida a su libro, nos revelan su gran talante humanístico y su constante preocupación por un derecho penal más centrado en el hombre que en el delito.

Esta recopilación de sus trabajos, con el prólogo del maestro HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, comprende tres temas centrales: Criminología, Derecho Penal y Política Criminal. Cada uno de los cuales consta de varios escritos, que a pesar de referirse a distintos tópicos, conservan una unidad inalterable, gracias al carácter interdisciplinario de estas ciencias.

En la sección de CRIMINOLOGÍA no solo realiza un estudio pormenorizado acerca de la delincuencia y la inadaptación juvenil, desde sus causas más remotas, concediéndoles una singular importancia a las iniciales relaciones del niño con la madre, como factores etiológicos de futuras acciones y conductas delictivas sino que, ulteriormente, a la luz de la criminología crítica y de la moderna teología moral cristiana, nos brindará posibles respuestas a las infracciones juveniles pretendiendo antes que luchar contra el delito o tratar a los delincuentes, reconstruir las estructuras sociales porque, según sus palabras: "Las sanciones penales, mientras no cambien radicalmente de sentido, producen (casi siempre) más males que bienes. Por eso, deben imponerse y aplicarse solo en casos de ineludible necesidad" (pág. 51).

De ahí que el autor plantee la urgencia de "una revisión y reforma legislativa tendente a conseguir una mejor reglamentación de las relaciones familiares respecto a la función pedagógica que los padres deben ejercer, en relación con sus hijos menores" (pág. 12).

También, en este aparte dedicado a la criminología, señala el discurrir de esta disciplina que, de ser jurídica pasa a ser sociológica para llegar a ser mañana "una Criminología comunitaria, personal, del hombre y de las ciencias del hombre con su centro en la relación interpersonal" (pág. 19); anotando, así mismo, la necesidad de una Criminología ter-

cermundista en pie de igualdad a la de los países en desarrollo, y concluyendo que "la criminología comparada debe aportar a la Política Criminal datos concretos y estudios válidos de esas nuevas perspectivas y realidades" (pág. 22).

En el apartado destinado al DERECHO PENAL comienza con el llamado "Libro Blanco de la Justicia Penal" que ante la crisis de la justicia penal contemporánea, emerge como un resumen o prólogo con miras a crear un derecho penal nuevo, un derecho criminal del futuro, que subsane las actuales deficiencias. BERISTAIN formula, por consiguiente, una nueva denominación, definición, objeto formal y material, sujeto activo y pasivo del derecho represivo, entre otros; igualmente, propone nuevas soluciones a la criminología y, sin olvidar la parte adjetiva, trazará los lineamientos generales de un nuevo proceso porque como bien lo afirma: "el derecho criminal no es una institución esotérica en manos de unos pocos, sino una ciencia, un arte y una praxis que debe cumplir las normas democráticas con fidelidad suma, pues nace del pueblo y para el pueblo" (pág. 72).

En el trabajo siguiente continúa con un prolijo análisis acerca de los fines de la pena, como principio y fin de todo el derecho penal, destacando su trascendencia; y, en contradicción con los que califican como una bagatela detenerse en el estudio de las teorías absolutas y relativas que abordan en notoria oposición la pena, BERISTAIN inferirá que la decisión adoptada respecto a la antinomia castigo-reeducación, constituye toda una toma de posición frente a la eterna disyuntiva justicia-utilidad.

Posteriormente, y en relación con el problema de los accidentes automovilísticos ante la tendencia alemana de objetivación, despersonalización y segregación de los delitos de tráfico del derecho penal ordinario, para integrarlos a la ley de contravenciones administrativas, nos ofrece como alternativa a esta responsabilidad objetiva la estructuración de los delitos culposos en la teoría finalista welfeliana, indicando después de un concienzudo examen, que en esta materia "basta una

evolución del y dentro del derecho penal tradicional, sin necesidad de lanzarnos a una revolución" (pág. 98), rescatando la culpabilidad como fundamento y medida de la pena.

Este acápite culmina con la conferencia "La reforma penal también desde la Universidad" y la ponencia "Derecho penal, teología y desarrollo social", coincidentes ambos en su afán de lograr una reestructuración democrática de la justicia mediante una interacción dialéctica y un trabajo interdisciplinario.

Realmente, es en la sección de POLÍTICA CRIMINAL donde con mayor claridad se refleja el ahínco del autor en "colocar al hombre en su dimensión individual y social y no a la justicia —tipo kantiano— como centro y fin último de toda actividad jurídica" (pág. 184).

Por ello, en la entrevista transcrita "Las cárceles no deben ser cementerios", y en sus artículos: "Pro y contra de la pena de muerte en la política criminal contemporánea"; "Liberación religiosa en las cloacas carcelarias", adopta una actitud totalmente defensora de los derechos del delincuente, convirtiéndose en pregonero de innumerables atropellos de que son objeto, y su vocero ante el mundo para exigir a las autoridades de todos los órdenes: civil, militar, religioso y aun a los ciudadanos, una acción decidida y eficaz, dirigida a menguar las injusticias y dignificar las cárceles, mientras se crean otras respuestas penales menos censurables y estigmatizantes; en consecuencia, rechaza enérgicamente la pena de muerte, pues "media un abismo entre la sanción penal reeducadora-reestructuradora y el castigo mortal irreparable" (pág. 222). Por tanto acoge en su artículo "Estructuración ideológica de la Nueva Defensa Social", los medios que ella propone, ante una nueva valoración de los tres puntos fundamentales de toda teoría penal: el delito, el delincuente y la pena.

Indiscutiblemente, el mensaje legado por ANTONIO BERISTAIN al determinar las pautas generales de un sistema penal garante de la paz y los derechos ciudadanos, verdaderamente humanitario, constituye, hoy por hoy, en las postimerías del siglo XX cuando el derecho penal sigue siendo —por desgracia— indispensable,

un gran faro que se enciende para iluminar los senderos que nos guían hacia la justicia.

SANDRA CRISTINA MORA  
Estudiante de la Fac. de Derecho Universidad  
de Medellín  
Junio de 1987.

*Estudios penales y criminológicos*, vol.  
9, 1986. Santiago de Compostela, Se-  
cretariado de Publicaciones de la U.  
de Santiago, 1986, 282 págs.

Difícilmente una publicación como la que aquí reseñamos, deja de revestir interés para los estudiosos del derecho penal, pues la variada temática que aborda este nuevo volumen de "Estudios Penales y Criminológicos" (presentado por AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, catedrático de la U. de Santiago de Compostela), así como su permanente actualidad, lo hacen un verdadero documento de información y consulta para todos.

A continuación resaltamos los trabajos que más han llamado nuestra atención.

Un tema de indiscutible universalidad es el que presenta ELÍAS NEUMAN, de la U. de Buenos Aires, titulado *Marginalidad y delincuencia*, en el cual exclama, como consecuencia de las visitas que realizó con ánimo crítico a cárceles americanas y algunas europeas por espacio de 20 años: "¡Basta ya a la prisión tradicional!". A tal efecto emprende un análisis de la criminología clásica, en el que cuestiona tanto su objeto de estudio, pues considera que se ha circunscrito al "preso", quien es tan solo "un individuo técnicamente delincuente" (pág. 128), como los métodos empleados por esta disciplina, pues "¡Ya no es posible matar a nadie en una probeta en el mundo actual!... nació el delincuente como hombre..." (pág. 140); evidenciándose así la aspiración de una criminología que reconozca cada vez más las condiciones reales de existencia del hombre actual.

En un estudio que no se aleja del anterior, puesto que igualmente vislumbra la necesidad de defensa del individuo frente a cada vez

más omnimodo poder estatal, el profesor de la U. de Madrid, MARINO BARBERO SANTOS, en su trabajo *El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial*, luego de hacer un seguimiento histórico, corto pero riguroso, de la institución de la policía, en especial de la Guardia Civil española, hace ver la necesidad de que este organismo vuelva a los fines para los cuales fue creado, y que recupere la naturaleza eminentemente civil que tuvo en sus orígenes. Clama así mismo porque se satisfaga la necesidad cada vez más sentida de capacitar sus elementos, llegando hasta proponer la exigencia de título universitario por lo menos para sus cuadros, pues, a su juicio, más que las tres ramas del poder público, la policía es la inmediata defensora de las posibles violaciones a los derechos humanos, especialmente cuando la violación procede de una sobreactuación de esta institución.

De evidente interés político en nuestro medio es el tema tratado por el ministro de Justicia español, quien expresa sus opiniones en torno al tratamiento que se le debe dar a ese flagelo de la sociedad actual que es la drogadicción, y el correlativo tráfico de estupefacientes, tratamiento que en todo caso no debe limitarse a la sola criminalización positiva, pues, como bien lo dice el ministro FERNANDO LEDEZMA, "...la drogadicción no es un problema social sencillo, cuya solución pueda alcanzarse con el recurso a mecanismos fragmentarios y exclusivamente expresivos del rigor estatal" (pág. 81).

De otro lado, comentando un tema que llegó a ser objeto de obligatorio análisis por los doctrinantes españoles, RODRIGO SUÁREZ MONTES encara la "aplicación del nuevo art. 1º del C. P. al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". Al efecto se ocupa de las sentencias de marzo 30 y abril 3 de 1985 en las que el Tribunal Superior español estudió por primera vez lo que se ha considerado por la doctrina, verdaderos casos de delitos calificados por el resultado, introducidos a la legislación española

en la reforma reciente al C. P. (ley 23/6/83) y, concretamente, el estudio del art. 411 último inciso de este estatuto, que tipifica el aborto seguido de muerte.

En síntesis, el Tribunal sostuvo, que el resultado muerte del tipo de que se trata debe haber sido causado al menos con dolo eventual sin que sea suficiente la culpa. El autor, sin desconocer "la plausible finalidad que haya movido a la Sala" señala que son equivocadas y hasta dañinas las decisiones porque "...rozan a nuestro juicio los límites de la aplicación libre del derecho, con el inherente daño para la seguridad jurídica y el principio de legalidad propio del Estado de Derecho" (pág. 209). Su hipótesis la demuestra mediante una hermenéutica minuciosa, en la que hace gala de un manejo extraordinario de la lógica jurídica, aunque tal vez en detrimento de consideraciones de política criminal, de casi general adopción en los círculos intelectuales de vanguardia.

Igualmente, el profesor CARLOS MARTÍNEZ P. cuestiona la jurisprudencia del Tribunal Superior, que desde octubre de 1971 se ha impuesto en España, y según la cual este organismo califica como "apropiación indebida" (C. P., art. 535), la omisión del patrono de remitir a las entidades gestoras respectivas los descuentos efectuados por él del salario de sus trabajadores como cuota de la seguridad social; y paralelamente la conducta de las personas que, después de haber retenido las cantidades de pago a cuenta que manda la Ley de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas (I.R.P.F.), omiten dolosamente hacer el correspondiente ingreso a cuenta del Tesoro Nacional.

El citado jurista analiza de manera detenida y profunda estas conductas, a la luz de criterios eminentemente juridicopenales y encuentra que, contrariamente a lo que opinan el Tribunal y una buena parte de la doctrina, tales conductas son totalmente atípicas, pues no se han dado los presupuestos fácticos de la norma al no haberse configurado el verbo rector del tipo. No obstante, de *lege ferenda*, propugna la criminalización de estas conduc-

tas. Lo que sucede es que la obligación de su consagración positiva es ineludible.

No podríamos terminar esta reseña sin siquiera mencionar los trabajos de los otros distinguidos juristas y profesores que colaboraron en la publicación en comentario, ellos son:

*El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal*, de MIGUEL POLAINO NAVARRETE, catedrático de Derecho Penal de la U. de Córdoba; *La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, de TOMÁS S. VIVES, catedrático de Derecho Penal de la U. de Valencia; y el trabajo, transcrito en portugués, de uno de los más especializados tratadistas del Derecho Penal Económico: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, catedrático de la U. de Coimbra, titulado *Sobre a autonomia dogmática do direito penale económico. Uma reflexao a luz do novo direito penale económico português*.

Estos y los otros artículos del texto que reseñamos, parecen en conjunto inspirar su análisis en un principio que, para ventura de todos, está siendo recuperado con decisión por los estudiosos de vanguardia, cual es considerar el derecho represor como *ultima ratio* del poder estatal en un Estado de derecho.

Francisco Valbuena C.  
Estudiante de Derecho. U. de A.  
Medellín, junio de 1987.

ANTONIO BERISTAIN, *La Droga - Aspectos penales y criminológicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, 187 págs.

El libro es en realidad una compilación de dos conferencias, de 1976 la una ("Dimensiones histórica, económica y política de las drogas"), y de 1984 la otra ("El problema socio-político de las drogas en las instituciones penitenciarias"), a más de un ensayo publicado anteriormente, en esta revista que lleva por título "Delitos de tráfico ilegal de drogas". Teniendo en cuenta que el orden del material en la publicación es a la inversa, comentaremos en primer término, el último en-

sayo citado. Podemos ubicarlo de entrada en el derecho penal especial, ya que gira en torno a las figuras delictivas descritas en la Ley Orgánica 8 del 25 de junio de 1983, que modificó el art. 344 del Código Penal español, y que a su vez está en trance de ser modificada (Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, art. 332); el profesor BERISTAIN, sin descartar el acierto de la fórmula contenida en el Anteproyecto, estima que sería más conveniente elaborar una ley especial, pues mediante esta técnica se hace más ágil y efectiva la regulación politicriminal que plantea la droga y sus aspectos conexos.

Se hace necesario aclarar que este estudio no se agota en los criterios convencionales que son de rigor en el derecho penal especial (tipo objetivo y subjetivo, bien jurídico, objeto material, consumación y formas imperfectas de ejecución, reincidencia, habitualidad, concurso, etc.), sino que además viene reforzado por una concepción politicriminal que reclama atención de los juristas y de los profesionales de otras disciplinas relacionadas, pues pensar en la droga como problema exclusivamente jurídico conduce a abstracciones absurdas y a injusticias monstruosas. Como quiera que la importancia de este trabajo para el medio colombiano es la de proporcionar una base comparativa para el mejoramiento de nuestras leyes, es bueno insistir en la descriminalización de la mera tenencia de drogas para el propio consumo, y la penalización únicamente del tráfico, el cultivo o la fabricación (factor que también se discute en Europa), por razones que con claridad meridiana puntualiza en el prólogo a la obra el dr. HERNANDO LONDOÑO BERRÍO.

En cuanto a la segunda parte del libro, titulada "El problema sociopolítico de las drogas en las instituciones penitenciarias", BERISTAIN, motivado por "...la gravedad del sufrimiento de los drogadictos" (pág. 87) y "...por la mayor facilidad que brinda el "laboratorio" de la cárcel para conocer los principales motivos, efectos y soluciones de la delincuencia, victimación y marginación relacionadas con las drogas" (pág. 87) presenta

una serie de cuadros estadísticos emanados de las autoridades españolas y del Consejo de Europa, que agrupan aspectos como el sexo y las edades de los toxicómanos, la proporción entre estos de los que se encuentran en tratamiento, la clase de sustancias tóxicas consumidas, la magnitud de los delitos cometidos por adictos, los decomisos llevados a cabo por las autoridades, etc., todo ello para concluir que las respuestas al delito son "...poco humanas y científicas" (pág. 119) y que nada se puede lograr en el terreno de las soluciones si no se da una transformación de las injustas estructuras socioeconómicas y tecnológicas de la sociedad actual, así como de las académicas, que precisan de unas investigaciones criminológicas menos superficiales orientadas hacia la necesidad de remozar el derecho penal propio de cada Estado en particular y del internacional en general, introduciendo instituciones de prevención primaria y secundaria básicamente en los aspectos policial y aduanero, y que abarquen a todos los ciudadanos y no solo al delincuente y/o toxicómano.

La tercera sección proporciona el marco teórico adecuado para una visión global del problema. BERISTAIN consigue demostrar cuán poco han sido tomadas en cuenta las dimensiones histórica, económica y politico-social de las drogas, por lo que muchos especialistas llegan a resultados poco científicos y justos, con la consecuencia inmediata de que se hace imposible encontrar una verdadera solución al asunto. Esta demostración la logra el autor echando mano de ciertos principios fundamentales del sistema de la criminología crítica, como son el método, las concepciones de delito y autor del delito y la respuesta de la sociedad a la criminalidad.

Un vistazo al aspecto histórico que pasa por la Europa continental del siglo XIX y la China y la India de los siglos XVIII y XIX, permite concluir que un enfoque al problema de las drogas por el aspecto de la salud individual y la criminalidad, prescindiendo de los antecedentes históricos, degenera en planteamientos equivocados o falsos, pues, en realidad, la historia permite poner al descubierto

(y ello nos sitúa en la faceta económica del tema) que "la dimensión económica ha sido la más influyente para decidir la legalidad o ilegalidad del uso (y del abuso) y del tráfico de todas las drogas" (pág. 160); esta afirmación descansa sobre la comprobación de que en la sociedad capitalista las drogas adquieren el valor de cambio, de mercancía, precisando de una organización empresarial para regular los mecanismos de producción, distribución y venta, precisando, además, que la legalización reduciría sensiblemente las ganancias de quienes se benefician con este comercio. En este punto, el autor señala las ventajas que reporta el consumo de drogas a renglones económicos que se inscriben en la categoría de actividades lícitas (industria discográfica y de la confección, la publicidad, los servicios médicos y sociales, etc.).

En el campo político, las drogas se presentan como "un problema importado, o creado, o impuesto" (pág. 170) que también rinde dividendos, como son el fortalecimiento de la solidaridad social, a costa de un enemigo común, la desviación de la atención de la opinión pública de los problemas económicos y sociales hacia otros ámbitos, el embrutecimiento de los sectores económicamente más débiles, el aniquilamiento de la reacción crítica

en la juventud, etc.; todo lo anterior conduce a concluir la necesidad de una doctrina y una praxis "radicalmente nuevas" que cuestionen la efectividad y los objetivos de los controles sociales existentes, así como la descriminalización de un buen número de conductas consideradas delictivas, la concientización de las autoridades judiciales de su riesgo de partidismo y parcialidad al aplicar la ley, y el encausamiento adecuado de los medios de comunicación, para que no se tornen en instrumentos de un andamiaje comercial y represivo.

Finalmente, es conveniente destacar que las opiniones encontradas que emergen al confrontar ciertos pasajes de la obra (la interpretación que se hace del art. 344 del Código Penal español, no es la misma en las páginas 29 y 143, tampoco el concepto acerca de la conveniencia de una legislación especial en las páginas 81 y 178) se explican por la evolución de las instituciones constitucionales españolas (1978) y el carácter mutante de las situaciones fácticas, ante las cuales la postura del autor necesariamente ha de variar.

HERNÁN DARÍO BENÍTEZ NARANJO  
Profesor de la Universidad de Medellín  
Medellín, junio de 1987.

NOTAS

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES GRÁFICOS DE NOMOS  
IMPRESORES EL DÍA 14 DE  
NOVIEMBRE DE 1987

LABORE ET CONSTANTIA