

NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

Leihgabe Prof. Ambos

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

DOCTRINA

Un panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina.
Roberto Bergalli

Sobre la Reformatio in Pejus y otros Temas Procesales.
Luis Eduardo Mesa Velásquez

El Trastorno Mental Transitorio.
Fernando Velásquez Velásquez

La Responsabilidad Médica en la Antigua Legislación Penal China.
Luis Alberto Kvitko

JURISPRUDENCIA

Interpretación del artículo 39 del C. P. P. - Dolo de Impetu y dolo indeterminado - Inhabilidad como consecuencia de sanción disciplinaria; Rehabilitación. - El Mandrax y el Decreto 1188 de 1974. La presunción de Responsabilidad del Art. 233 del C. P. P. - Robo agravado.

FORO HISTORICO

Petición de Contraevidencia de unos veredictos.
Guillermo Escobar Mejía.

CO/XIV
F/Z

2345

FEBRERO

MARZO

1980

NUEVO FORO PENAL

Grupos de Estudio de Derecho Penal

Nódir Agudelo Betancur

Director

AÑO II — Nº 5 — Enero - Febrero - Marzo de 1980

— Licencia en Trámite —

Auxiliares

Guillermo Villa Alzate

Patricia Guarán Duarte

Ricardo Hoyos Duque

Jaime Posada Orrego

Luis Miguel Marín Gaviria

Gustavo Ruiz Correa

Medellín - Colombia

1980

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

PRESENTACION

Ya en el número anterior habíamos publicado un excelente trabajo del investigador Dr. ROBERTO BERGALLI, quien ahora se desempeña en el Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona el que, a juzgar por los comentarios, bastante bien recibido fue entre nuestros estudiosos. En este número publicamos otra de sus investigaciones, "Un panorama actual de la cuestión penitenciaria de la Argentina", la cual esperamos tenga tan buena acogida como la primera. Estos trabajos son tanto más importantes cuanto que en nuestro medio, por falta de una verdadera investigación criminológica y penitenciaria, son estos temas casi por completo desconocidos.

En este número aparece también un concepto del Profesor LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ sobre algunos temas procesales, de sumo interés práctico y teórico. La aparición del mismo quiere mostrar que nuestra publicación no es excluyente sino que por el contrario, pretende abarcar más que los simples campos de la Teoría del Delito para contribuir al estudio de otros sectores cercanos a nuestra ciencia.

Del Dr. LUIS ALBERTO KVITKO, de quien ya habíamos publicado un trabajo en la REVISTA NUEVO FORO PENAL Nº 2, publicamos otro tema relacionado con aspectos históricos de la Responsabilidad Médica en la Legislación Penal China.

Finalmente, en esta sección de Doctrina, reseñamos la investigación del Dr. FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ acerca del Trastorno Mental Transitorio, tema que ha ocupado la atención de nuestra Revista en varias oportunidades. La importancia del tema es innecesario relíevarla frente al nuevo Código Penal, estatuto que lo consagra como causal de inimputabilidad.

En la Sección de Jurisprudencia, hemos hecho lo posible por publicar algunas de las más importantes decisiones de nuestro Tribunal, las que esperamos sean de utilidad práctica.

En el Foro Histórico, presentamos un acalorado alegato del Dr. GUILLERMO ESCOBAR MEJIA solicitando la contraevidencia de

unos veredictos condenatorios, alegato no solo útil a los estudiantes que hacen el Seminario de "Casuística Penal" en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia donde él se desempeña como Profesor de esa materia, sino para todo aquel que se interese en materias probatorias. Ha sido su maestría en el tratamiento de la prueba indiciaria amén de su brillante estilo ya poco común en quienes se ocupan en estos menesteres, lo que nos ha hecho pensar en la importancia de su publicación.

Hoy como siempre, esperamos se nos siga deparando la misma acogida.

NODIER AGUDELO BETANCUR

Director

PRIMER CONGRESO LATINOAMERICANO DE MEDICINA LEGAL

Medellín - Colombia - 1980

Habrán trabajos libres, mesas redondas y cursillos intensivos sobre
TOXICOLOGIA MEDICO FORENSE, BALISTICA FORENSE
PSIQUIATRIA FORENSE Y PATOLOGIA.

Será dictado por los Profesores:

LUIS ALBERTO KVITKO (Argentina)

RAMON FERNANDEZ (México)

RICARDO MORA (Colombia)

EDUARDO VARGAS ALVARADO (Costa Rica)

INFORMACIONES

Instituto Seccional de Medicina Legal,
Medellín, Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

DOCTRINA

Un panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina <i>Dr. Roberto Bergalli</i>	Página 11
Sobre la Reformatio in Pejus y otros Temas Procesales <i>Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez</i>	Página 38
El Trastorno Mental Transitorio <i>Dr. Fernando Velásquez Velásquez</i>	Página 51
La Responsabilidad Médica en la Antigua Legislación Penal China <i>Dr. Luis Alberto Kvitko</i>	Página 72

JURISPRUDENCIA

Interpretación del artículo 39 del C. P. P. - Dolo de Impetu y dolo indeterminado - Inhabilidad como consecuencia de sanción disciplinaria; Rehabilitación - El Mandrax y el Decreto 1188 de 1974 - La presunción de Responsabilidad del art. 233 del C. P. P. - Robo agravado.	Página 76
---	-----------

FORO HISTORICO

Petición de Contraevidencia de unos veredictos <i>Dr. Guillermo Escobar Mejía</i>	Página 131
--	------------

UN PANORAMA ACTUAL DE LA CUESTION

PENITENCIARIA EN LA ARGENTINA

Doctor Roberto Bergalli *

En agradecimiento a Frau Prof. Dr. Jur. Hilde Kaufmann.

Sumario: Introducción.

- I) Generalidades.
- II) Marco legal de la ejecución penal;
 - a) Disciplina;
 - b) Trabajo;
 - c) Educación e instrucción.
- III) El problema de los procesados detenidos.
- IV) Estructura y orientación del Servicio Penitenciario Federal.
- V) El estado de sitio y la cuestión penitenciaria.

La versión en idioma alemán de esta contribución ha aparecido en el respectivo cuaderno para América del Sur de la Revista, "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", de Friburgo, que dirige el Profesor Doctor H. JESCHECK, en el tomo 91 de 1979, páginas 499 a 531.

* Instituto de Criminología de la Universidad de Colonia, República Federal de Alemania.

INTRODUCCION

Es la República Argentina el primer país en el mundo que puso en práctica la criminología clínica en el ámbito penitenciario (Pinatel 1970, t. III, 482). Eso ocurrió gracias a la encomiable labor del entonces director de la Penitenciaría Nacional Antonio Ballvé, quien propuso al gobierno la fundación de un gabinete de psicología clínica y experimental, dedicado al estudio de los delincuentes y a la busca de fines científicos de carácter general. Dicho organismo se creó el 6 de junio de 1907 y comenzó a funcionar en el interior de la propia Penitenciaría nacional en Buenos Aires con el nombre de "Instituto de Criminología" y bajo la dirección de José Ingenieros.

La obra de este sabio y múltiple hombre de ciencias, cuya memoria e influencia nacional no son en la actualidad motivo de recuerdo¹, ha trascendido los límites de sus trabajos criminológicos y se considera como muy profunda la huella que ha dejado en lo humano y lo moral de toda la cultura hispanoamericana (Sánchez Vianonte y otros 1955; Solari 1956). Lo que se propuso erigir Ingenieros fue, precisamente, una filosofía científica, o más concretamente, una filosofía de la psicología. Los resultados de las ciencias psicológicas y biológicas permiten, según Ingenieros, emitir hipótesis legítimas sobre problemas filosóficos de primer orden, tales como la formación de la materia viviente, de la personalidad consciente y de la misma función de pensar (Soler 1967, 96).

Ingenieros constituye uno de los picos del tímpano que representó el positivismo evolucionista y monista de la Argentina de principios del siglo XX. Esta orientación de la filosofía adquiere una fuerza incontenible en el país provocando una anegación de diversos ámbitos culturales. Por eso, la interdependencia existente entre el pensamiento filosófico y sociológico del positivismo argentino y las doctrinas sociales y políticas imperantes en la época, es un dato que no debe descuidarse a la hora de querer encontrar una justificación al pujante desarrollo de esa corriente (Perelstein 1952, 8).

En el dominio que el positivismo ejerció sobre las ideas penales y criminológicas en la Argentina, debe distinguirse la influencia particular que tuvo la escuela italiana. Testimonio de ello es la "Criminología" del propio José Ingenieros, obra en la que se condensaron la mayoría de las contribuciones de esta disciplina, aunque bien pronto él mismo adoptó un acento de crítica constructiva frente a dicha escuela (Jiménez de Asúa 1927 y 1976, 6). En efecto, el positivismo penal, no obstante que contribuyera a despertar un nuevo interés

en conocer la realidad estudiando al delincuente y tratando de modificarlo, no encaró el examen de la ley penal. Esta ley penal consiste en la realidad establecida, la realidad oficial que se le ha dado. Como en todos lados donde se desarrolló el positivismo penal, pero mucho más en la Argentina, la criminología de ese cuño encaró el estudio de esa realidad sin cuestionarla, sin criticarla. La ley, se dice, refleja los intereses de grupo, y por lo tanto, quien no cumpla la ley debe tener rasgos patológicos, no es una persona normal; es una persona que hay que estudiar como un objeto extraño, como se estudia a un enfermo (Aniyar de Castro 1977, 13).

La mejor y más clara confirmación de cuanto acaba de decirse se encuentra en los preceptos de la llamada Ley Penitenciaria Nacional (LPN), de la cual, más adelante, se hará un análisis para comenzar con esta sucinta presentación de la actualidad ejecutivo-penal en la Argentina.

1) GENERALIDADES

El sistema penal argentino emplea prácticamente un único medio para llevar a cabo su programa político criminal: la pena privativa de libertad (Bacigalupo 1973, 146). De aquí nace la justificación de querer formular un cuadro de situación de la ejecución de semejantes consecuencias jurídicas y del sistema penitenciario en general. Esta explicación será más firme, si se tiene en cuenta la orientación que la política criminal ha seguido en la Argentina en los últimos años. En efecto, si se deja de lado la característica ya de por sí gravativa que revela el sistema de penas previsto por el Código Penal de 1921 —actualmente vigente—, cuyo núcleo central se mantiene intacto, debe tenerse en cuenta la profusión de reformas parciales que han acentuado esa tendencia (Schiffrin 1978a, 311). De tal modo, con excepción del Proyecto de Reformas de la Parte General del Código, de 1974, que intentó romper con esa tradición punitiva en la busca de una clase de reacciones que efectivamente tendiera al postulado de la resocialización (Proyecto de la Parte General del Código Penal 1975, 60), las demás reformas efectivas y proyectos de reforma persistieron en la agravación de las penas como única dirección. En consecuencia, el rasgo fundamental de las penas privativas de libertad en la Argentina es el de constituir unos medios de aislamiento y segregación (Bacigalupo 1977, 3) que, en definitiva, se basan en el principio de retribución.

Debe atenderse también a la cuestión de la duración de los procesos que, por diversas razones, llegarían a prolongar la detención y la prisión preventiva de los acusados, provocando daños y consecuencias irreparables. Se dice, que el punto de vista dogmático según el cual la prisión preventiva no es un "anticipo de pena" en razón de la afirmada inocencia del imputado hasta la sentencia de culpabilidad, sino un instituto que permite preservar la realización efectiva del proceso penal, evitando la rebeldía del encausado y la desaparición de rastros del hecho debido a su actividad, ha quedado en pura afirmación doctrinaria (Maier 1978, 199).

1. Los únicos hechos memorativos que tuvieron lugar con motivo de haberse cumplido el 31 de octubre de 1975 los cincuenta años de la desaparición de José Ingenieros, fueron el acto académico que organizó el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y la publicación de colaboraciones de un número de científicos argentinos dedicadas al sabio y a su obra, por parte de la revista "Nuevo Pensamiento Penal", (5) 1976, págs. 7-42.

Es asimismo oportuno señalar la persistente propensión de emitir leyes penales, destinadas a punir el disenso político mediante el empleo de la privación de libertad. Y, si por último, se observa el uso permanente que, sobre todos los gobiernos "de facto", han hecho de la posibilidad de arrestar o trasladar a las personas de un lugar a otro del país, otorgada por el art. 23 de la Constitución Nacional (CN) durante situaciones de conmoción interior o ataque exterior, entonces se tendrá una idea bastante clara acerca de la utilización de la prisión en la Argentina. Empero, no vaya a creerse que cuanto se acaba de decir constituye un caso singular en América Latina. Una historia común, con variados ejemplos de inestabilidad institucional y frecuente empleo del sistema penal como instancia fundamental del control social, permiten afirmar que el caso argentino es sólo un modelo del abuso de la privación de libertad por el Estado.

Antes de exponer el marco legal dentro del cual tiene lugar el cumplimiento de las penas de prisión y la detención de personas sometidas a proceso, conviene aclarar que el panorama penitenciario argentino ofrece un perfil doble. Esto se debe a la especial característica que brinda un sistema federal de gobierno impuesto por la Constitución. La consecuencia en el campo ejecutivo penal se refleja, por un lado, en la existencia de un Servicio Penitenciario Federal (SPF)², dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, encargado de cumplir las disposiciones de la ley de ejecución (LPN) que es complementaria del Código Penal (decreto-ley 412/58, ratificada por la ley 14.467). Una división de tal tipo ha dado lugar a la existencia de establecimientos penitenciarios federales y provinciales. La minoría de los estados provinciales posee una ley propia de ejecución y un sistema institucional autónomo (Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Tucumán y Santa Fe). El mayor número de ellos depende del sistema federal (Chaco, Misiones, Chubut, Río Negro, etc.), celebrando convenios con la Nación para transferir condenados de sus propias jurisdicciones a los establecimientos federales —en lo que la LPN denomina "Integración del sistema penitenciario nacional" (Capítulo XVI, art. 124)—, o bien casi no poseen establecimientos mínimamente útiles.

La estructura penitenciaria de la Argentina, expuesta así en términos generales, tiene sinónimos en otros países latinoamericanos. En México, por ejemplo, desde el 19 de marzo de 1971, existe lo que se denomina la "Ley de

2. "El Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor" (art. 1). "La Dirección Nacional es el organismo técnico responsable de la conducción del Servicio Penitenciario Federal, el que tiene a su cargo los Institutos y servicios destinados a la custodia y guarda de los procesados y a la readaptación social de los condenados a sanciones penales privativas y restrictivas de libertad en el territorio de la Capital Federal y de las provincias, dentro de la jurisdicción del Gobierno de la Nación, y el traslado de los internos de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias". (art. 3). "Ley" Orgánica de Servicio Penitenciario Federal, No. 20.416, del 1. VIII. 1973.

Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados". La ley está destinada a regir en el Distrito y Territorios Federales, en los reclusorios federales y respecto de condenados por el fuero federal en toda la República. Sin embargo, también pretende que sus normas lleguen a adquirir vigencia en toda la República en relación a condenados por el fuero común (de cada Estado), mediante los convenios de coordinación entre el Ejecutivo federal y las entidades federativas (Estados), cuya celebración prevé la propia ley (art. 3). No obstante, esa ley respeta las prerrogativas concedidas a los Estados por el art. 18 de la Constitución federal, de establecer y organizar el sistema penitenciario en sus respectivas jurisdicciones. De aquí parte el que todos los Estados tengan su propia ley de ejecución y la mayor cantidad de ellos la poseen desde hace pocos años.

En Venezuela, por el contrario, puede hablarse de la existencia de un sistema penitenciario centralizado. Eso tiene lugar formalmente, a partir de la promulgación de la Constitución Nacional el 5 de junio de 1947, la cual atribuyó a la competencia del Poder nacional "la administración de Justicia, el Ministerio Público y el régimen de cárceles y penitenciarías" (art. 138, ord. 4º). Con la creación del Ministerio de Justicia, mediante el Estatuto Orgánico de Ministerios (v. Gaceta Oficial, N° 23.418, Caracas 30. XII. 1950), y las posteriores reestructuraciones orgánicas que se produjeron, la Dirección de Prisiones es la dependencia "desde la cual se proyecta, hacia el país, la política penitenciaria y correccional orientada hacia la resocialización del delincuente, mediante la aplicación de modernas técnicas de tratamiento aconsejadas por la ciencia criminológica" (v. Dirección de Prisiones: Boletín N° 1). La ley de Régimen Penitenciario (1961) vigente ha ratificado la centralización operada en el sistema penitenciario venezolano³. Empero, toda esa centralización, la burocracia ministerial, los aumentos presupuestarios dispersos y, en general, la tendencia hacia la involución, han recibido críticas muy severas (Linares Aleman 1977, 75-78).

El carácter de esta contribución; la circunstancia que ella se escribe fuera de la República Argentina, lo que determina la imposibilidad de disponer de la literatura y el material pertinentes; las múltiples facetas que habría que abordar si se intentara un estudio total de la realidad penitenciaria argentina; las variadas situaciones que provoca el funcionamiento más bien confuso de ambos sistemas a la vez —el federal y el provincial—; la presente situación político-social que vive la nación, la cual acarreó otrora, por ejemplo, lo que se denominó "Control operacional de las Fuerzas Armadas sobre unidades carcelarias para detenidos procesados o condenados por actos subversivos" (v. llamada "ley" 19.594, B.O. 5.V.1972) y, entre otras razones más, el que ya se

3. "Corresponde al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Justicia, la organización y el funcionamiento de los servicios penitenciarios para el cumplimiento de las penas restrictivas de libertad que impliquen internación y hayan sido impuestas por los Tribunales de la República" (art. 1).

haya realizado hace pocos años dos análisis completos del panorama penitenciario nacional (Marcó del Pont 1974, t. II; García Basalo 1975), sugieren que la exposición siguiente se focalice sobre el sistema penitenciario federal.

II) MARCO LEGAL DE LA EJECUCION PENAL

Disposiciones legislativas tendientes a regular la actividad penitenciaria en la Argentina existieron mucho antes de la creación de la originaria Dirección General de Institutos Penales. Sin embargo, la primera estructura orgánica de la ejecución penal en el orden nacional la suministró la ley 11.833 de 3 de octubre de 1933, denominada de "Organización carcelaria y régimen de la pena". Veinticinco años después se dictó la ya aludida LPN que es la que actualmente tiene vigencia y que ha sido positivamente reputada pues reconoce como fuente legislativa el "Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", aprobado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra 1955).

El objeto de la readaptación social que según la LPN (art. 1) tiene la ejecución de las penas privativas de libertad, será buscado mediante la imposición de un tratamiento. Así manifestado puede presumirse que, tal como se enuncia, el régimen penitenciario en la Argentina emplea "los medios de prevención y tratamiento curativo, educativo, asistencial y de cualquier otro carácter de que puede disponerse de conformidad con los progresos científicos que se realicen en la materia" (art. 1, seg. párrafo). Se verá más adelante que este enunciado queda en la práctica simplificado a tres medios, cuales son: la disciplina (Cap. IV, art. 39 y ss. LPN), el trabajo (Cap. VI, art. 54 y ss. LPN) y la educación (Cap. VII, art. 77 y ss. LPN).

La progresividad del régimen penitenciario (Cap. II LPN), que la ley divide en los períodos de Observación, Tratamiento y Prueba, debería depender enteramente de la valoración que el Instituto de Clasificación del SPF, a través de su Centro de Observación y Clasificación o de los Servicios Criminológicos que posean los establecimientos (estos son los "organismos técnicos criminológicos" a que alude la LPN, art. 7, inc. 10° "D" y 14), hagan del "proceso de readaptación social" respecto de cada interno sometido a tratamiento. Mas estos organismos, que como se verá luego, han adquirido una estructura propia en el ámbito del SPF, despliegan en la realidad una actividad sólo preponderante en el período de Observación. Su tarea consiste en un examen médico-psicológico y del mundo circundante del sujeto que va a sufrir la pena privativa de libertad, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológicos (art. 6, inc. 1°). Con esos datos clasifican al condenado "según su presunta adaptabilidad a la vida social", indican el establecimiento o sección del mismo a que el individuo debe ser destinado, fijan el programa de tratamiento a que debe ser sometido y determinan el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento instituido (art. 6, incs. 2°, 3°, 4°, 5° LPN). Es decir, que los servicios criminológicos,

los cuales ya en algunos casos cuentan con un personal especializado y competente para realizar una tarea interdisciplinaria, practican sólo un tipo de criminología "aplicada o administrativa" (López Rey). La "clínica criminológica" • "antropología criminal", que a nivel penitenciario —como se dijo— orientara a principios de siglo Ingenieros en la Argentina, es la que todavía actualmente se lleva a cabo en el ámbito del SPF. Es esta una actividad científica neutra, incide levemente sobre los pasos ulteriores de la ejecución penal toda vez que la intervención en los períodos de Tratamiento y Prueba se limita sencillamente a que el correspondiente servicio criminológico emita una opinión sobre el proceso de readaptación social —a fin de conceder al interno salidas transitorias del establecimiento (art. 7, inc. 10° "D" LPN)— y a la "verificación y actualización del tratamiento" (art. 14 LPN).

Sobre el concepto contemporáneo del llamado "proceso de readaptación social", formas de llevarlo a cabo y crisis en que se encuentra dentro del pensamiento ejecutivo-penal ortodoxo, ha sido ya formulada una amplia exposición (Bergalli 1976). Allí fueron también analizadas, a la luz de la LPN, las contradicciones en que incurrió el enunciado fin de la ejecución de las penas privativas de libertad con las disposiciones que regulan la vida institucional de los condenados en la Argentina. Por ello, aquí será oportuno señalar sólo los contrastes más agudos y críticos que revela la ley.

Frente a la vieja concepción de la ejecución penal de custodia, la ley argentina enuncia la readaptación social como objeto primario. No hace alusión a la "protección del común de las gentes frente a ulteriores hechos penales" (auch dem Schutz der Allgemeinheit von weiteren Straftate, § 22 StVollG). Por lo tanto, se afilia a una prevención especial que persigue un único objeto.

La inexistencia absoluta de investigaciones empíricas en la Argentina sobre el control de resultados que se obtengan mediante la aplicación del tratamiento previsto en la LPN, impide confirmar con cifras la siguiente reflexión: puede presumirse que la ausencia de disposiciones en el ordenamiento jurídico-penal y penitenciario que prevean intervenciones de terapia social, conspira contra la reforma del comportamiento ulterior de quienes han sufrido una pena privativa de libertad, tal como lo pretende la propia ley. Cuando se habla de *terapia* en el ámbito de la ejecución orientada por el tratamiento, ya no se hace referencia a la simple atención médica, psicológica e, incluso, psiquiátrica que, como son concebidas aún en la Argentina, tienden a la cura de algún mal contraído por el condenado durante la detención. Cuando hoy se hace referencia, en la moderna literatura ejecutivo-penal, al tratamiento o terapia, se entiende como tal una gama de métodos de infinita extensión. Por lo común, terapia se define como "la ayuda para la solución de problemas que lleva a cabo mediante la realización metódica del conocimiento" (Kaufmann 1977a, 66). La terapia social es el último medio idóneo concebido por la ciencia ejecutivo-penal como método de tratamiento hacia la readaptación social (Kaufmann 1977, 152) y pese a las serias objeciones que ha levantado, por el temor que de lugar a

ona "ideología del tratamiento" (Peters/Peters 1970, 144 y ss; Hilbers/Lange 1973, 52 y ss), es considerada como la tentativa más positiva de la concepción humanizadora de la ejecución penal. Si por resocialización debe entenderse la aptitud que el detenido tiene que desarrollar para no caer en la reincidencia (Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, führen", § 2, 1 StVollG.), no podrá sostenerse seriamente entonces que la recaída en el delito se evita mediante intervenciones dirigidas a corregir simplemente la conducta del condenado en el establecimiento, a suministrar una ocupación de labor manual y a suplir una insuficiente o ausente formación escolar, como lo dispone la LPN. Sobre estos tres aspectos, muy sintéticamente, se va a concentrar, a seguido, la exposición sobre la LPN.

a) *Disciplina*: la idea de que los hombres que van en prisión están necesitados de una disciplina férrea, que implique medidas de carácter retributivo, está hoy totalmente excluida; cualquier intervención debe ser únicamente de orden pedagógico (Callies 1978, 161). Por lo tanto, la minuciosidad de la LPN en fijar medidas disciplinarias de aislamiento riguroso por más que se haya enunciado que las reglas de conducta se dictan "para promover la readaptación social" (art. 39 LPN), el énfasis puesto en que "el orden y la disciplina se mantendrán con decisión y firmeza" y que las restricciones que se impongan están destinadas a "mantener la seguridad y una correcta organización de la vida de sus alojados (en el establecimiento)" (art. 40 LPN), la decidida atribución del poder disciplinario sólo al director del establecimiento —cuya imposición no admite control judicial ni reposición (arts. 41, 42 y 43 LPN)— alejando toda posibilidad de generar procesos de autodisciplina (Busch 1974, 133), autorizan a opinar que la LPN no dirige sus normas disciplinarias a robustecer el tratamiento e impulsar el proceso de readaptación social, sino, más bien, únicamente a mantener el orden y la seguridad institucional. En lugar de propiciar un régimen disciplinario que prepare a los individuos para asumir responsabilidades posteriormente en la vida comunitaria, con el sistema de la LPN se desarrollan favorablemente las posibilidades de un "poder carcelario" (Bergalli 1978, 80) que facilita el sometimiento y el trato arbitrario. Para contrarrestar las influencias negativas que ejerce el establecimiento penal como "institución total", es imprescindible abolir todos los medios de coerción y limitación de derechos fundamentales, salvo aquellos cuya privación o restricción constituyan precisamente el contenido de la pena impuesta (Bergalli 1978a, 7). Las sanciones de internación —en propia celda (art. 45, c LPN) y en celda de aislamiento (art. 45, d LPN)— constituyen una reducción progresiva, hasta la completa destrucción, de todas las estructuras de "sí mismo" (Goffman 1961-1972, 56) y representan una prolongación de la antigua hipótesis penitenciaria canónica (ergastulum) que revive en la técnica cuáquera del sistema filadelfiano (Melossi/Pavarini 1977, 211).

La caracterización efectuada demuestra de por sí el rasgo retributivo que identifica las medidas disciplinarias previstas por la LPN y revela el daño psicológico que ellas aún pueden contribuir a agravar.

b) *Trabajo*: "El trabajo penitenciario será utilizado como medio de tratamiento y no como castigo adicional" (art. 54 LPN). "La capacitación laborativa del interno será objeto de especial cuidado y se realizará de acuerdo con los métodos empleados en los institutos o escuelas de formación profesional del medio libre, (...)". (art. 59 LPN).

Esas dos afirmaciones programáticas establecen, según la LPN, la orientación que el trabajo y la formación profesional deben seguir como instancias del proceso de readaptación social. Es decir, la ley argentina de ejecución penal se adhiere a la concepción que desde la secularización de las penas privativas de libertad y desde el abandono del principio "ora et labora", introdujo al trabajo y a la formación profesional como medios del proceso de resocialización" (Callies 1978, 91). En esta línea de pensamiento, empero, ellos no asumen por sí solos el carácter de factores decisivos en el espectro total del tratamiento para prevenir la reincidencia (Koch 1969, 65; Heierli 1973, 31). Es necesario que se complementen con otras intervenciones de naturaleza terapéutica, si se considera que las dificultades en el campo laboral que exhiben muchos detenidos constituyen un síntoma de diferentes conflictos psico-sociales (Heierli 1973, 63; 37, 5 StVollG). El sistema de la ley argentina, como ya se ha dicho, no prevé un plan de tratamiento terapéutico de carácter científico; por lo tanto, las ulteriores disposiciones de la LPN sólo sirven para regular, en un nivel idealista, las condiciones pedagógicas y psicotécnicas en que debería desenvolverse la capacidad laborativa de los detenidos (art. 59 LPN). Por lo demás, la ausencia de investigaciones empíricas de control impide demostrar la contribución que el trabajo y la formación profesional brindan al proceso de readaptación social.

Si, por otro lado, se atiende al servicio que el trabajo y la formación profesional deberían prestar como factores de futura integración social (Kerner 1977, 247), es necesario resaltar entonces la contradicción en que incurre la LPN al afirmar que la organización del trabajo penitenciario deberá regirse por las exigencias técnicas y las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre (art. 61 LPN), mientras, por otro lado, establece una regulación para la remuneración que verdaderamente disminuye en el condenado toda aptitud futura para administrar sus ingresos (art. 64 y ss. LPN). En efecto, si se parte de la propuesta que cualquier modelo de retribución del trabajo penitenciario debe satisfacer tres criterios fundamentales, a saber: encontrar una solución al problema material general que ella debe remediar, ser convenientemente adecuada al aspecto pedagógico y poseer un significado para la financiación de los establecimientos (Heierli 1973, 175), entonces existe motivo para suponer que el régimen establecido por la LPN no aporta, en la actualidad, satisfacción alguna a cualquiera de los tres criterios. Aún si se diera por supuesto que el SPF logra cumplir el deber (art. 55 LPN) de proporcionar trabajo a todo individuo que se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad —lo cual es muy dudoso teniendo en cuenta algunas circunstancias, como por ejemplo:

la muy distinta proveniencia de los detenidos (campo-ciudad) en establecimientos urbanos o de campaña, que hace imposible en unos proveer fuente de trabajo industrial y en otros de carácter agrícola; que resulta muy difícil lograr que ese trabajo sea útil para el condenado, es decir, verdaderamente educativo, que no adolezca del defecto de una excesiva especialización o, por el contrario, de una extrema amplitud (como con las tareas agrícolas de las llamadas "colonias penales" y la producción de ladrillos para construcción, trabajos penitenciarios típicos en la Argentina), pues en ambos supuestos resultara poco práctico para el individuo cuando recupere su libertad, por la dificultad de encontrar el mismo trabajo, en el primer caso, y por la orientación de la industria moderna hacia la especialización, en el segundo (Fontán Balestrá 1970, t. III 329-30); etc.— no puede presumirse que la remuneración que hoy se abone alcance para cubrir siquiera uno de los aspectos previstos para su distribución: indemnización de daños y perjuicios causados por el delito, prestación de alimentos, gastos que causare el interno en el establecimiento y formación de un fondo propio o peculio (art. 11 Cód. Pen. y art. 66 LPN). Semejante afirmación va también hecha considerando fundamentalmente la remisión de la LPN a la "Proporcionalidad que la retribución debe guardar con los salarios de la vida libre" (art. 64 LPN). Si se tiene en cuenta el juicio emitido por un organismo internacional, en el sentido que "el sector real de la economía argentina (durante 1976) siguió experimentando graves problemas que resultaron en una disminución del producto interno bruto y en una pronunciada caída de la actividad industrial y los salarios reales" (C.E.P.A.L. 1977, 25); no podrá pretenderse una remuneración suficiente del trabajo penitenciario que cubra las necesidades materiales que enumera la propia LPN. De cualquier manera, no cabe duda, que tampoco el tema de la financiación de los establecimientos es un criterio satisfecho por la retribución del trabajo penitenciario en la Argentina. A ese fin puede oponerse el postulado de que: "Eine Anstalt soll dem Staat keinen direkten Ertrag abwerfen müssen; das Kriterium für den Erfolg einer Anstalt ist die Resozialisierungsquote. In diesem Sinne ist eine langfristige Rentabilität auszustellen" (Heierle 1973, 112). Frente a semejante afirmación parece perder sentido la oposición productividad-rentabilidad que fija los puntos extremos de la doctrina ejecutivo-penal acerca del sentido que debe tener la organización del trabajo penitenciario (Kerner 1977, 247 y ss.). Si para la Argentina ha sido posible presumir una escasa o limitada retribución del trabajo penitenciario, es también aceptable suponer entonces que ella no posee significado alguno para la cuestión financiera de los establecimientos, los cuales dependen por entero del presupuesto oficial⁴.

4. Incidentalmente, estos aspectos del trabajo penitenciario promueven la curiosidad por verificar la teoría que ha sostenido que las variaciones del mercado del trabajo libre determinan el mayor o menor empleo de la mano de obra penitenciaria (Rusche/Kirchheimer 1931/1968). Si bien esta teoría fue formulada en relación a las sociedades europeas de capitalismo avanzado y hasta los prolegómenos de la Segunda Guerra Mundial, no se puede prescindir hoy de una valoración sobre su actualidad (Melossi/Pavarini 1978, 26), tal como acaba de ser hecho críticamente en relación al desarrollo

Si a la relación de trabajo penitenciario pretende aplicarse el mismo esquema que rige en el ámbito del trabajo dependiente pero libre, como en el aspecto de las indemnizaciones por accidentes o muerte lo ha hecho la propia LPN (arts. 74, 75 y 76) equiparando esas indemnizaciones que deberá abonar el Estado a las que tienen vigencia en la legislación laboral argentina sobre la materia, es necesario extender la protección jurídica a todos los aspectos de semejante relación. La defensa de los intereses objetivos de los trabajadores es un punto que debe tenerse muy presente en el régimen penitenciario institucional. Por eso, admitir la intervención de las asociaciones obreras (sindicatos) en el campo de realización del trabajo penitenciario, mediante su labor de solidaridad y apoyo profesional, puede reportar sensibles ventajas tanto en el plano de la propia actividad laboral como en el de la formación y en el de la preparación para el retorno a la comunidad libre. Mas, si el trabajo penitenciario asume las características que se le han atribuido en el ámbito de competencia de la LPN, no es arriesgado decir que él se convierte en un instrumento de la función disciplinaria y se inserta como momento de una ejecución penal represiva.

c) *Educación e instrucción*: la LPN establece que, desde el comienzo del régimen penitenciario y como parte del programa de tratamiento, se adoptarán las medidas necesarias para mejorar la educación e instrucción de todo interno capaz de asimilarlas (art. 77 LPN). Lo curioso del método educativo que se impone es que debe orientarse "hacia la reforma moral del interno, especialmente para la comprensión de sus deberes sociales" (art. 78 LPN). Esta característica adjudica "a priori" a todo condenado a una pena privativa de libertad, un rasgo estigmatizante, que pone en evidencia la marcada fundamentación positivista del sistema ejecutivo-penal argentino. La consideración genérica de que quien queda sometido a la ejecución penal es un sujeto que revela una cierta degradación o envilecimiento moral, es por lo menos falsa. Ella señala, de un lado, el desconocimiento de todos los avances que la psicología ha hecho en las últimas décadas, y en particular la psicología profunda, los cuales han puesto de manifiesto que en las manifestaciones de conducta desviada intervienen factores que nada tienen que ver con la moral (Kaufmann 1971, 56 ss. y bibliografía cit.; Göppinger 1971, 104). Por otro lado, al asumir la alternativa maniqueísta en el sentido que quien delinque representa el mal y la sociedad constituida al bien, se enrola en la ideología de la defensa social, hoy puesta en duda tanto por la orientación crítica de la criminología como hasta por la propia teoría funcionalista de la anomia (Baratta 1975, 13 y ss.).

"La enseñanza será obligatoria para los internos analfabetos y para quienes no hubieran completado el ciclo primario" (art. 79 LPN), mas los analfabetos que no hayan puesto empeño en superar su situación no podrán gozar ínte-

del problema punitivo en los Estados Unidos entre 1926-1974 (Jankovic 1977). En el caso de la Argentina, semejante investigación es, de momento, irrealizable por parte del SPF, puesto que sólo contando con esos elementos se podría confrontar la validez de la hipótesis en relación a la situación del mercado de trabajo en una economía de características particulares como la argentina.

gralmente de los beneficios o mejoras reglamentarias (art. 82 LPN). El aislamiento y la desventaja social que el analfabetismo acarrea pueden muy fácilmente ser interpretadas como falta de voluntad cuando en realidad lo que demuestran es un desconocimiento del propio sujeto acerca de la situación subalterna en que se encuentra. Por lo tanto, semejantes casos merecen una atención pedagógica de mucha mayor intensidad y la réplica retributiva no servirá más que para agravar los males de la carencia educativa.

La LPN contiene otras disposiciones que procuran una mayor formación de los condenados, como la referida a los métodos de enseñanza para quienes no posean las condiciones intelectuales mínimas (art. 79 LPN), la de los planes de enseñanza institucional coordinados con los del sistema de instrucción pública (art. 80 LPN), la referida a los certificados de estudios que serán expedidos por la autoridad educacional competente sin contener indicación alguna referente a la permanencia en un establecimiento penitenciario (art. 81 LPN), la del impulso a las actividades recreativas y culturales (art. 84 LPN) y la de la organización de programas de recreación con propósitos educativos (art. 85 LPN). La realidad institucional, por lo que se sabe, revela que en los establecimientos dependientes del SPF sólo está asegurada la enseñanza primaria, mientras que la secundaria y la terciaria reciben muy pocas facilidades para ser impartidas; en el caso de estudios universitarios, prácticamente no es posible cumplirlos por las dificultades burocráticas que impiden la constitución de tribunales examinadores en el interior de los establecimientos y la negativa de las autoridades a conceder permisos a los internos para presentarse a exámenes o asistir a clases en las respectivas facultades, aún cuando el penado se encuentre clasificado en el período de "Prueba" de su tratamiento.

Con lo dicho hasta aquí debe terminarse el análisis de las contradicciones más evidentes de la LPN con su enunciado fin de readaptación social. Una conclusión que puede formularse es la que revela que el marco legal dentro del que se lleva a cabo la ejecución de las penas privativas de libertad en el sistema federal argentino, establece un modelo reeducativo definido. Este presupone un sujeto-objeto de su aplicación que está necesitado de disciplina, que carece de trabajo y de aptitud laboral y, asimismo, de un nivel de instrucción apropiado. La LPN está destinada a aplicarse siempre sobre individuos que deben ser sometidos a control, o sea, aquellos sujetos cuya criminalidad encuentra su raíz en la marginación social y en la desocupación. Esta característica viene a ratificar un hecho que a esta altura del desarrollo histórico de las penas privativas de libertad no necesita mayor corroboración: que los establecimientos penales son un lugar de encuentro de aquellas personas que se hallan en una situación social subordinada (Baratta 1976; Rüther 1978, 107). En consecuencia, si la LPN prevé en general su aplicación a individuos cuyas formas de criminalidad responden sólo a su pertenencia a un sector social no está únicamente ignorando otras manifestaciones de conducta delictiva sino que está también denotando una tendencia, cual es, el de su empleo con un sentido de

discriminación social. En estas condiciones, el problema de la resocialización está destinado a resolverse en un mero enunciado formal. Si es verdad que en determinados contextos sociales el sistema penitenciario es funcional a los grupos dominantes, es también verdad que no se puede transformarlo sólo sobre el plano de las ideas (Loi/Mazzacuva 1977, 103).

III) EL PROBLEMA DE LOS PROCESADOS DETENIDOS

Si bien la prisión preventiva o la detención que ciertos acusados deben sufrir durante el proceso, no constituye una cuestión que técnicamente pertenezca a la ejecución penal, si en cambio le acarrea pesadas consecuencias. No es esta una situación que afecte sólo a la República Argentina o a los países latinoamericanos (López-Rey y Arrojo 1977); también la sufre la República Federal Alemana (Schöch 1977, 76).

Es necesario explicar que en la Argentina, de acuerdo con el sistema político adoptado por la CN, el procedimiento penal constituye una materia legible por las provincias (arts. 5; 67, 11 y 104 CN), mientras el derecho material penal es de competencia de la nación (art. 67, 11 CN). En semejantes condiciones, es sólo apropiado para esta ocasión, tomar como modelo el sistema procesal que impera en la llamada Justicia federal (de aplicación en los tribunales federales, los ordinarios de la Capital Federal y los del único territorio federal: Tierra del Fuego). Este sistema está regido por un Código (Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional federal-CPC) que ya posee noventa años de vida (ley 2.372) pues fue puesto en vigencia el 1º de enero de 1889, el cual sólo ha sufrido pequeñas reformas parciales. El proceso penal bajo este sistema, denominado mixto preparatorio-acusatorio, consta de dos etapas —instrucción y plenario— que tienen lugar ante dos jueces distintos en el fuero ordinario de la Capital Federal, mientras en el federal y en el penal-económico (que existe sólo en Buenos Aires) es un magistrado único el que entiende. Se trata de un procedimiento casi íntegramente escrito y durante él un procesado puede permanecer detenido, siempre y cuando su excarcelación no sea posible. El régimen de esta excarcelación ha sido varias veces modificado y en la actualidad es bastante complejo, aunque básicamente responde a la idea según la cual por el tipo de delito y el número de hechos que se imputa, su gravedad, la llamada "repercusión social" que genera, la pena en que el acusado puede incurrir y si el tiempo transcurrido en detención supera la condena que el Fiscal ha requerido, el individuo puede recuperar su libertad (Libro II, Tít. XVIII, art. 376 y ss. CPC). La forma de legalizar la detención es mediante una resolución de prisión preventiva (art. 366 CPC), que se dicta cuando existan ciertos presupuestos procesales.

La permanencia de personas bajo proceso en un establecimiento penitenciario genera dos tipos de problemas. Uno vinculado a la superpoblación que provocan y, dos, relativo a las reglas de trato que los empleados peniten-

claros deben observar a su respecto. Asimismo, se afirma, la duración de los procesos es tiempo perdido para el trabajo de resocialización, pues en muchos casos impide la aplicación de un tratamiento adecuado (Schöch 1977, 76). Esto ocurre principalmente cuando los procesados terminan su condena antes del tiempo, muchas veces porque la pena impuesta se dio por cumplida con la prisión preventiva o muy poco después de su condena.

La LPN establece que en los establecimientos para condenados no podrán alojarse procesados, salvo el caso de aquellos condeñados que tengan otra causa pendiente anterior o posterior a su ingreso (art. 105 LPN). Inversamente, los establecimientos destinados a procesados no podrán alojar condenados (art. 106 LPN). Ahora bien, no se cuenta con información precisa que permita verificar actualmente hasta qué punto el SPF puede cumplir con esas normas. Hace seis años, en que dicho Servicio contaba con 18 establecimientos en jurisdicción federal, en uno de los mejores análisis de los métodos y medios del sistema penal argentino (Baigún 1973, 189), se calculaba que en todos ellos —a excepción de 4— se encontraban alojados procesados, y en algunos en cantidades apreciables, que igualaban o superaban a las de los condenados —v. gr. la Prisión Nacional de la Capital Federal (U-16), donde sobre una población de 691 internos, 348 eran procesados—.

Las últimas estadísticas publicadas por la Dirección Nacional del SPF (Revista Penal y Penitenciaria 1971-73, 293-306) a las que se puede acceder, no suministran los elementos suficientes como para hacer un análisis preciso de la población penitenciaria que alojan los 22 establecimientos actualmente dependientes del SPF. Empero, sí puede saberse que en el año 1972, el SPF alojaba en sus 18 establecimientos a 2.418 condenados (2.344 hombres y 74 mujeres) y a 3.429 procesados (3.253 hombres y 194 mujeres). Los datos no permiten conocer la situación particular de cada establecimiento, por lo cual no es posible corroborar el cálculo referido en el párrafo anterior. Sin embargo, las cifras totales que emergen de la estadística permiten dar fe a esa suposición e, incluso, sugerir, que posiblemente en la mayoría de los establecimientos, hasta en los de mínima seguridad, el nivel de confusión de las dos categorías de internos ha sido muy elevado. En julio de 1971, empero, el SPF alegaba (Revista Penal y Penitenciaria 1971-73, 327) que, en virtud de una nueva política instaurada respecto de la clasificación de los internos y la diferenciación de los establecimientos penitenciarios, se contaba para esa fecha con 9 unidades penales destinadas únicamente a condenados, que eran:

- Prisión de la Capital Federal; Campamento laboral agrícola de Ezeiza; Prisión Regional del Norte; Colonia penal de Presidencia Roque Sáenz Peña; Colonia Penal de Candelaria; Colonia Penal de Santa Rosa; Instituto Correccional abierto de General Pico; Prisión Regional del Sud e Instituto de Seguridad y Resocialización (Rawson).

En virtud también de esa orientación y pese al elevado número de personas procesadas detenidas en la Capital Federal, sigue diciendo el SPF, se encaró en esa área la reclasificación de la población penal y la diferenciación de los establecimientos. Como consecuencia de ello, el Instituto de Detención (U-2) pasó entonces a ser el único que recibía procesados del sexo masculino y la Prisión de la Capital (U-16), secciones separadas, a condenados en primera instancia y a condenado en definitiva a penas de corta duración o que tengan procesos pendientes. Como se advierte, esta afirmación del SPF se contradice con los resultados de la investigación a que se aludió antes (Baigún 1973, 189).

Una valoración semejante puede hacerse respecto del año 1973 (Revista Penal y Penitenciaria 1971-73, 307-319). Entonces las cifras totales han arrojado también una apreciable diferencia en favor de los internos procesados —2.155 (2.069 hombres y 86 mujeres)— que de los condenados —1.356 (1.332 hombres y 24 mujeres)—. Si estos números se sumaran a los correspondientes a cada provincia argentina —aunque los resultados estén fuera de la consideración de este trabajo— los totales del país indicarían que los procesados —8.767 hombres y 510 mujeres— constituyen el 62,1% de los internos en establecimientos de toda la República Argentina, mientras los condenados —5.376 hombres y 141 mujeres— sólo el 37,9%. No obstante, debe recordarse que los establecimientos federales alojaron el 23,3% de todos los internos penales del país, mientras el resto de las provincias argentinas recibieron el 76,7% de ellos.

Frente a esta situación de casi ausencia de datos empíricos que permitan valorar la incidencia de la duración de los procesos penales sobre el aumento de la población penitenciaria, se alzan los resultados de una reciente investigación llevada a cabo por científicos que no pertenecen al área del SPF. Este trabajo (Tozzini/Arqueros 1978), realizado en el ámbito de los tribunales penales de la Capital Federal, entre los muchos hallazgos criminológicos importantes viene a aportar una contribución decisiva a la siempre renovada polémica que, de hecho, en la Argentina, enfrenta a los jueces penales con los funcionarios del SPF. El punto en cuestión es el relativo a si ciertos casos de reincidencia ocurren porque la duración de los procesos insume todo el tiempo de la pena finalmente aplicada, con el sujeto como mero procesado-detenido, con lo cual no hay posibilidad de ningún tratamiento resocializador (tesis penitenciaria), o si, a la inversa, la falencia radica en cómo se efectiviza la pena ulteriormente aplicada (tesis judicial). En la investigación aludida, se ha puesto de manifiesto que existen muchas causas que actuando en forma conjunta con el tiempo de duración procesal, permiten explicar, siquiera parcialmente, por qué ocurren las situaciones del todo anómalas que aparecen en significativos porcentajes de procesados que, o bien agotan su condena en un régimen de mera prisión preventiva, o sino, en cambio, permanecen detenidos sin ser finalmente condenados, o, por último, son condenados a cumplir una pena privativa de libertad después de gozar de libertad provisional durante períodos más o menos largos de tiempo de duración del proceso. En tales casos, no cabe duda, seme-

jantes situaciones pueden obstar a una adecuada readaptación social y, al contrario, fomentar de alguna manera la reincidencia (Tozzini/Arqueros 1978, 58). Mas el análisis realizado en esta investigación, en la que fueron tomados en cuenta la situación procesal con respecto a diversos tipos de delitos, muestra, en términos generales, que los procesos escritos *no son* de tan larga duración como para influir de modo decisivo, *por sí solos*, en la ejecutoriedad de las penas privativas de libertad impuestas para su cumplimiento efectivo (Tozzini/Arqueros 1978, 57), con lo cual viene a robustecerse la tesis judicial arriba mencionada.

Pese a no poder formularse entonces un juicio definitivo, sobre datos ciertos y concretos, debería decirse que, en los hechos, la mayor promiscuidad de procesados y condenados se da en los establecimientos ubicados en los lugares de mayor concentración urbana. Teniendo esto en cuenta, no cabe duda entonces, que la conjetura transcrita más arriba (Baigún 1973, 189), puede ser trasladable a la actualidad con bastante fidelidad, sobre todo si se atiende al proceso de acrecentamiento de la delincuencia urbana, en especial en las llamadas áreas metropolitanas (Baigún 1973, 178).

Con semejante panorama parecería que, de un lado, pierde todo sentido la previsión de un régimen especial de trato para los procesados detenidos. Mientras, por otro lado, se hace necesario revisarlo, toda vez que el sistema de "privilegios" que establece para las personas en esa condición crea no sólo una difícil situación que genera graves inconvenientes frente a los condenados sometidos a tratamiento, sino también un problema de seguridad que las autoridades penitenciarias tienen que resolver. En efecto, todo procesado detenido en establecimientos dependientes del SPF queda a cargo de éste, que tiene el deber de custodia y guarda (art. 1, "Ley" Orgánica del SPF, N° 20.416), en tanto no se decida sobre su situación procesal definitiva. Esta condición concede, entonces, cierta protección y la seguridad de respeto a la voluntad del individuo, salvo en lo que hace al mantenimiento de la convivencia durante el encierro. Por ello la higiene, la disciplina y el orden de un establecimiento donde se alojan procesados siempre le impondrán el cumplimiento de algunos deberes a ellos (art. 34, Reglamento para procesados, decreto 10.240 de junio de 1956) y ciertas sanciones disciplinarias (art. 53 Regl. procesados) si no los cumplen, en cuyo caso el Juez de la causa debe ser informado inmediatamente (art. 64 Regl. procesados). Si la disciplina y la instrucción elemental (art. 26 Regl. procesados) le son impuestas obligatoriamente, no ocurre lo propio con el trabajo. En efecto, el procesado que se encuentra detenido debe manifestar su voluntad de trabajar, si quiere hacerlo, en cuyo caso percibirá una remuneración (arts. 29 y 31 Regl. procesados). Este aspecto, pese a la positiva expresión del Reglamento, no tiene mayor trascendencia en la práctica por cuanto, en general, los procesados detenidos no trabajan, tanto por la falta de lugares apropiados como por la ausencia de una incitación concreta de parte del SPF.

En definitiva, debe aceptarse que el alojamiento de procesados detenidos es una cuestión de verdadera preocupación que, por lo menos, debe enfrentarse con un cambio en el régimen de trato. En efecto, si el hacinamiento y el ocio son las principales consecuencias de su alojamiento en establecimientos que están destinados sólo a su confinamiento, debe empezar a combatírselos con un sistema que, dejando de lado la falsa interpretación del principio de presunción de inocencia del procesado, permita al individuo detenido la continuidad en el desarrollo de las actividades ocupacionales normales (en sentido amplio) en la vida de relación (Tozzini/Arqueros 1978, 62) y, al propio tiempo, sugiera a las autoridades penitenciarias una actitud distinta frente a este problema que no sea aquella de una mera custodia disciplinaria.

IV) ESTRUCTURA Y ORIENTACION DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL

Se dijo antes que en la Argentina existen establecimientos penales de carácter federal y otros pertenecientes a cada provincia. Ocupándose este trabajo únicamente de ciertas cuestiones que afectan al SPF es justo, entonces, que a continuación se exponga un panorama de la infraestructura de ese sistema y de su último desarrollo.

A partir de 1967 y por virtud de la llamada "Ley" Orgánica del SPF, N° 17.236⁵, comenzó a ponerse en práctica un proceso de regionalización del sistema penitenciario que, intentando mantener una unidad de criterio en lo que la LPN denomina el "tratamiento penitenciario", permitiera la descentralización en su ejecución. En el ámbito de la Dirección Nacional del SPF se descentralizaron ciertas funciones ejecutivas. En el campo de lo que se conoce como "técnico criminológico" (diagnóstico y pronóstico criminológico, evaluación del proceso de readaptación social) se creó, por un lado, la Junta de Egresos Anticipados y, por el otro, los servicios criminológicos del interior del país. Ambas clases de organismos producen, en sus respectivas jurisdicciones, los dictámenes respectivos en los pedidos de libertad condicional y en relación a la llamada "progresividad" del régimen penitenciario (periodos de Observación, Tratamiento y Prueba). En lo relativo a los establecimientos en sí, la regionalización tuvo lugar mediante la creación de los denominados "complejos penitenciarios" que están constituidos por un conjunto de establecimientos y servicios criminológicos diferenciados. Cada uno de esos "complejos" cuenta, en principio, con una institución cerrada —de máxima seguridad—, otra semi-abierta —de mediana seguridad— y una sección o establecimiento abierto —de mínima seguridad—. En la actualidad funcionan los siguientes "complejos" penitenciarios, que

5 El Poder Ejecutivo nacional, asumido "de facto" por las Fuerzas Armadas el 28 de junio de 1966, asumió también el Poder Legislativo. Por este motivo, toda la legislación dictada durante el periodo que transcurre hasta el 25 de mayo de 1973 no reunió los requisitos para su formación y sanción que fija la Segunda Parte, Cap. V (arts. 68-72 de la CN. De ahí que la denominación de "ley" se formula con reservas.

teniendo en cuenta la dilatada geografía vertical de la República Argentina, se dividen en:

Zona Norte - Zona Centro - Zona Sud⁶.

La "Junta de Egresos Anticipados", cuya jurisdicción está circumscrip-ta a los establecimientos del área de la Capital Federal y el llamado Gran Buenos Aires, y los servicios criminológicos, constituyen instancias en las que se lleva a cabo lo que se ha denominado criminología aplicada o administrativa. Si bien están dirigidos a cumplir con una actividad interdisciplinaria, que debería tener la mayor incidencia en el tratamiento penitenciario no ejercen toda la importancia que la LPN les asigna. La Junta está compuesta por el Director de Régimen Correccional del SPF, como presidente, el Director del Instituto de Clasificación, un profesor universitario de Derecho Penal, un representante del Patronato de Liberados y Excarcelados de la Capital Federal y por el director del establecimiento que corresponda. Cada servicio criminológico debe poseer, como mínimo, un médico psiquiatra con versación en criminología, un psicólogo de nivel universitario y un asistente social diplomado. Hasta mediados del año 1978, ya 13 establecimientos del SPF contaban con sus respectivos servicios criminológicos⁷, pero su funcionamiento no ha alcanzado aún la eficiencia pre-

6. ZONA NORTE — Prisión Regional — Institución cerrada (máxima seguridad) — Resistencia (Chaco). — Colonia Penal — Institución semi-abierta (mediana seguridad) — Pcia. Roque Sáenz Peña (Chaco). — Colonia Penal — Con una sección abierta (mínima seguridad). — Colonia Penal — Institución semi-abierta (mediana seguridad) — Candelaria (Misiones). — Cárcel — Institución cerrada — Ciudad capital (Formosa). **ZONA CENTRO** — Colonia Penal — Institución semi-abierta (mediana seguridad) con una sección abierta en San Uberto (a 40 km. de Santa Rosa), Santa Rosa (La Pampa). Instituto Correccional abierto — Institución abierta (mínima seguridad) con el anexo Campo laboral abierto "El Fortín" — Gral. Pic (La Pampa). — Cárcel — Institución cerrada (máxima seguridad) — Santa Rosa (La Pampa). **ZONA SUD** — Prisión regional — Institución cerrada (máxima seguridad) — Ciudad capital (Neuquén). Colonia Penal — Institución semi-abierta (mediana seguridad) — Gral. Roca (Rio Negro). — Cárcel — Institución cerrada — Viedma (Rio Negro).

7. En la Capital Federal tienen su asiento los siguientes Servicios Criminológicos, en las Unidades que a continuación se detallan:

Prisión de la Capital Federal (U-16): cuenta con 1 psicólogo y 1 médico psiquiatra. En dicho establecimiento funciona, además, el Centro de Observación y Clasificación Instituto Correccional de Mujeres (U-3), que cuenta con 1 médico psiquiatra; 1 psicólogo y 1 asistente social.

En el Gran Buenos Aires, la Colonia Penal de Ezeiza (U-19).

Las unidades del interior del país que poseen servicios criminológicos son las sigtes.: Colonia Penal de Santa Rosa (U-4): 1 médico psiquiatra, 1 asistente social y 1 ayudante técnico.

Colonia Penal de Gral. Roca (U-5): 1 médico psiquiatra, 1 psicólogo y 1 asistente social.

Colonia Penal de Gral. Rawson (U-6): 1 médico psiquiatra y colabora 1 asistente social.

Esta unidad ha sido destinada en la actualidad al alojamiento de los detenidos políticos.

Prisión Regional del Norte (U-7): 1 médico psiquiatra, 1 psicólogo, 1 asistente social y 1 ayudante técnico.

Cárcel de Formosa (U-10 y 8): 1 médica psiquiatra.

Colonia Penal de Presidente Roque Sáenz Peña (U-11): 1 asistente social.

Prisión Regional del Sur: 1 médico psiquiatra, 1 psicólogo, 1 asistente social y personal administrativo.

Colonia de Viedma (U-12): 1 médico psiquiatra y 1 asistente social.

Cárcel de Esquel (U-14): 1 abogado y sociólogo.

Cárcel de Río Gallegos (U-15): 1 abogado y 1 asistente social.

Colonia Penal de Candelaria (U-17): 1 abogado y 1 psicólogo.

tendida y las razones que se alegan para ello son de diversa índole (Topic/Mammy 1978, 59). Esas razones son: la enorme distancia que separa a los centros responsables de la conducción criminológica (ubicados desde siempre en la Capital Federal), de los servicios instalados en los establecimientos del interior del país, lo que impide la relación continuada y efectiva en las discusiones de casos, el asesoramiento frente a casos complicados y el apoyo técnico profesional específico; la dificultad para incorporar especialistas a esos servicios que posean versación en criminología, especialmente en poblaciones pequeñas, lo cual influye en perjuicio de la integración de los planteles técnicos y, en consecuencia, en la calidad de sus dictámenes; ciertos motivos de seguridad provocan a veces traslados masivos de internos de los distintos establecimientos lo cual perturba la tarea del respectivo servicio criminológico que estaba realizando el estudio de los individuos trasladados; etc. Pero lo cierto es que, en razón de la preeminencia que últimamente han recibido los aspectos del orden y la seguridad, la tarea de clínica criminológica recibe mucho menos atención en la política del SPF.

En el año 1975 se dicta otra "Ley" Orgánica del SPF. Con ella, si bien se mantiene inmutada la infraestructura institucional del Servicio, se remarcen y exaltan otros aspectos de su organización. El poder político de la Nación, ejercido "de facto" por las Fuerzas Armadas, puso en desarrollo lo que se denomina doctrina de la seguridad nacional; a ella fue incorporada, como una de las instancias de ejecución, la función que debe cumplir el SPF ("El Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor", art. 1), cuya dirección se puso en manos de un funcionario militar ("El nombramiento del Director Nacional deberá recaer en un Oficial Superior de las Fuerzas Armadas de la Nación, del Escalafón Comando (...)", art. 10). Si se atiende, además, a otras disposiciones de la "Ley" Orgánica ("La misión de los agentes penitenciarios comprende las realizaciones de seguridad y defensa asignadas por el art. 3 a la Dirección Nacional del SPF", art. 30; "Son obligaciones de los agentes penitenciarios (...), g) usar el uniforme y el correspondiente armamento provistos por la Institución (...), art. 35), a la rígida jerarquía que fija entre los funcionarios como a la denominación de los grados con que agrupa al personal penitenciario (Tít. Cap. VII "Organización del Personal") y al tipo de formación, perfeccionamiento e información que dispone para dicho personal" (Tít. III, Cap. VII), entonces se hace evidente que el proceso de "militarización" sufrido por el SPF constituye un hecho muy concreto. Ciertamente que esta situación debe ser contemplada dentro del marco de medidas adoptadas en esa época que extendieron la competencia militar a un sinnúmero de actividades penitenciarias e, inversamente, aplicaron la tarea específica del SPF a funciones de seguridad interna en lugares de custodia de detenidos por razones políticas —por ej. la ya citada "ley" 19.594 de Control

operacional sobre unidades carcelarias para detenidos procesados o condenados por actos subversivos— y en ámbitos especialmente habilitados para ese fin —v. decreto 2296 por el que el control operacional aludido se concretó sobre las unidades carcelarias de Rawson (U-6), de Resistencia, Chaco, (U-7) y sobre el buque “Granadero”— (Bacilgalupo 1972, 458).

V) EL ESTADO DE SITIO Y LA CUESTION PENITENCIARIA

Formular una exposición respecto de la evolución de la doctrina nacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) acerca de la cuestión que provoca la interpretación de la teoría del estado de sitio en la Argentina, es una materia ajena a este trabajo. No obstante, para los lectores no argentinos, el tema del estado de sitio, aunque sea para referirlo a sus consecuencias en el campo penitenciario, merece alguna explicación previa.

La problemática del estado de sitio en la Argentina envuelve aspectos históricos, políticos, sociales, económicos, constitucionales y, por supuesto, penales. No puede olvidarse que desde el año 1930, en que se produjo la primera interrupción por la fuerza de la vía democrática en la Argentina desde que rige la Constitución Nacional (CN), el país ha padecido, en distintos períodos, casi 27 años de estado de sitio.

El estado de sitio es un instituto de emergencia, o sea, un remedio que el orden normativo de la CN formal ha previsto para casos excepcionales o críticos en la dinámica constitucional del Estado (Bidart Campos 1975, 11)⁸. Entonces, como instituto de emergencia que es, posee dos características: una, la de constituir un remedio excepcional que produce el acercamiento de los poderes existentes en el orden constitucional en la cabeza del Poder Ejecutivo (PE), y, dos, la de ser, en consecuencia, una medida interina y temporal. Ahora bien, la historia nacional más reciente ha demostrado cómo los técnicos del saber teórico han sido superados por sus colegas del saber práctico.

El estado de sitio, como medio que el PE tiene para ejercer de modo más intenso los poderes que tiene concedidos, aparece en su desarrollo histórico y en el derecho comprobado, como demasiado impregnado de una concepción absolutista del poder, que se desliza casi insensiblemente a través de sus mecanismos (Schiffrin 1978a, 165). En el caso argentino, una infortunada redacción del artículo de la CN que lo establece y una complaciente jurisprudencia de la CS, han dado pie a una aplicación ejecutiva desnaturalizada. La “anormalidad” que supone el ejercicio del gobierno mediante el uso del

8. “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la Provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión, no podrá el Presidente de la República condenar por sí, ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino” (art. 23 CN).

estado de sitio, ha asumido en las últimas décadas un tono normal aunque con ello se haya mantenido permanentemente debilitadas las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

El concepto de estado de sitio que puede extraerse de la CN es el siguiente: se trata de una situación jurídico-política, declarada por el Congreso (art. 67, inc. 26) o por el PE (art. 23) en los casos constitucionalmente previstos, en territorio determinado y por tiempo limitado, provocada por graves motivos (conmoción interior o ataque exterior) que ponen en peligro la seguridad común (ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella), produciendo restricciones a la libertad individual (arresto o traslado de las personas) como facultad excepcional del Presidente de la República. Ahora bien, precisamente la determinación de los efectos concretos de la declaración del estado de sitio es lo que ha provocado una larga elaboración de la doctrina nacional y los vaivenes en que ha caído la jurisprudencia de la CS. En efecto, la desafortunada expresión de “suspensión de garantías constitucionales” que emplea el art. 23 CN, ha producido diversas posiciones interpretativas en la busca de un límite a semejantes efectos, toda vez que se entiende que, además de la posibilidad de arresto o traslado de las personas, el poder del Presidente de la República puede extenderse sobre todos los derechos consagrados por la CN. Mas, de lo que nunca han surgido dudas es de aquella facultad presidencial por la cual, siempre que “el Presidente no condene por sí, ni aplique penas” (art. 23 CN) o ejerza funciones judiciales (art. 95 CN), puede arrestar a las personas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino —denominado “derecho de opción”— (art. 23 CN).

El arresto que puede disponer el Presidente de la República en virtud del estado de sitio no constituye ninguno de los casos de detención, previstos por el Código de Procedimientos en lo Criminal federal y los Códigos procesales de las respectivas provincias argentinas. Por eso, genera un tipo de problemas que no tienen solución en el ordenamiento penal común. Esos problemas pueden concentrarse sobre tres aspectos esenciales a los que se aludirá a seguido y como síntesis de esta parte de la exposición; ellos son: la motivación o presupuestos del arresto, el tiempo de duración y las condiciones en las que debe llevarse a cabo el encierro.

a) Respecto del primer aspecto es necesario afirmar dos puntos: 1) que el acto por el cual el Presidente de la República dispone el arresto o el traslado de una persona, debería contener un fundamento, no sólo implícito sino explícito y formal para que la opinión pública lo valore. Se debería dar fundamentación, razón y motivación concreta, no genérica; o sea, el decreto del Poder Ejecutivo respectivo debería expresar qué actividad convierte a una persona en peligrosa para el ejercicio de la Constitución o de las autoridades que ella establece, o para el mantenimiento del orden que se ve perturbado (Bidart Campos 1975, 19). Si el estado de sitio es un remedio excepcional destinado

a defender la Constitución y el orden establecido por ella, los actos dictados por las autoridades, en aplicación del estado de sitio, deben expresar su motivación pues de lo contrario el control judicial de razonabilidad se vería difícilmente realizable (Schiffrin 1978, 174). 2) Que todas las medidas adoptadas pro el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio deben ser revisables judicialmente y ello no sólo en cuanto a su razonabilidad, sino también a que deben guardar relación con la finalidad del art. 23 CN (Rossi 1975, 46). Este principio nace de la propia Constitución y precisamente en la garantía a que todos asiste de defender su derecho en juicio (art. 18 CN). Este último criterio ha sido sostenido, en alguna ocasión, por una minoría de jueces de la CS. En efecto, se ha dicho que es indudable la atribución de los jueces para ejercer el control de legitimidad y verificar si en cada caso media exceso en los límites trazados por el art. 23 CN. Lo contrario significaría dar pie a la instauración de un régimen discrecional, inconciliable con la idea de república y estado de derecho (Fallos CS: 147; 708 caso "Zárate"). Empero, la mayoría del más alto Tribunal argentino ha sostenido y así ha sido reiterado en muchas oportunidades, que en los supuestos de ejercicio de la facultad de arrestar a las personas durante el estado de sitio, no cabe ningún control de la adecuación de la medida a la finalidad del estado de sitio, aunque ese control resulte admisible respecto de otras libertades (Fallos CS: 247; 708 caso "Zárate"; 278: 37 caso "Canovi"; 179: 205 caso "Holle" y 283; 425 caso "Pirogowsky", entre muchos. En consecuencia, no siendo posible, según lo tiene establecido la CS, ejercer, a través del "habeas corpus", la revisión judicial de las detenciones administrativas, entonces decae la exigencia en cuanto a la necesaria fundamentación que debería contener el acto que las dispone. Esta idea sólo ha servido para transformar los arrestos y traslados de las personas durante el estado de sitio en una facultad del presidente de la República absolutamente discrecional.

b) La prohibición de condenar por sí, de aplicar penas (art. 23 CN) y de ejercer funciones judiciales (art. 95 CN), que la Constitución impone al Presidente de la República, puede verse burlada si el arresto dispuesto en el estado de sitio se prolonga en el tiempo, indefinidamente. Una afirmación muy atinada estableció un claro principio de limitación del tiempo que la medida no debería exceder: la privación de libertad no debe sobrepasar o simplemente alcanzar la extensión de la pena mínima establecida en las leyes de carácter penal (Sánchez Viamonte 1954).

El aspecto que se está considerando ha tenido en este último tiempo una relevancia notable en la Argentina. En efecto, por medio de lo que se llamó un "Acta Institucional", el gobierno, asumido "de facto" por las Fuerzas Armadas el 24 de marzo de 1976, dispuso la suspensión del llamado "derecho de opción" establecido por el art. 23 CN y concedido a las personas detenidas durante el estado de sitio para salir del país, si así lo prefiriesen. Muchos individuos que ya estaban arrestados en esa condición desde antes vieron pos-

tergados sus deseos y debieron quedar arrestados por un largo período. Recién el 1º de septiembre de 1977, mediante el Anexo 1 de la Junta Militar (v. Boletín Oficial del 27.IX.77), se levantó la aludida suspensión del derecho de opción que, más tarde, fue reglamentado y en la actualidad se concede en los casos que determine el Poder Ejecutivo. Debe decirse, empero, que en el tiempo intermedio se dictaron algunos decretos autorizando a salir del país a algunas personas, aunque no en goce de la opción fijada por el art. 23 CN. En consecuencia, dejando de lado los casos en los cuales existe un debido proceso penal, en los que el acusado puede verse al mismo tiempo sometido a arresto por el Poder Ejecutivo, se comprueba hasta qué punto la facultad concedida por el art. 23 CN puede convertirse en una imposición de penas.

c) Las condiciones en las que debe realizarse el arresto dispuesto por el Presidente de la República en estado de sitio, es el aspecto que más atañe a la cuestión penitenciaria en la Argentina. Si bien no tiene un tratamiento directo por la CN, es un tema que con bastante asiduidad ha sido motivo de examen jurisprudencial y objeto de reglamentaciones.

En 1933, en una tentativa de reglamentación legislativa de los efectos del estado de sitio, un proyecto presentado ante la Cámara de Senadores de la Nación proponía la siguiente limitación: "No se podrá arrestar a las personas sino en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes (Proyecto Palacios/Bravo).

Hace ya tiempo la CS estableció que "la manera como el P.E. ejerce su facultad privativa de arrestar o trasladar a las personas durante el estado de sitio, no está sujeta al control de los Tribunales de Justicia, salvo las francas transgresiones a los límites constitucionales (...)" (Fallos CS: 197: 483 caso "García" del 17.III.1943). Hasta entonces había sido habitual encerrar a los arrestados a disposición del P.E. en establecimientos dependientes de las Fuerzas Armadas (como la isla Martín García, en el Río de la Plata, caso "Fronidizi"). Es en las últimas décadas que los establecimientos penitenciarios comunes han sido empleados para internar a quienes sufren arresto según el art. 23 CN. Sin embargo, tampoco han sido dejados sin utilizar algunos buques cuyo empleo tiene cierta tradición en la Argentina; debe recordarse los casos de los barcos "París" y "Bruselas". En el año 1972 y a raíz de que el buque "Granadero", anclado en la dársena norte del Puerto de Buenos Aires, había sido habilitado a tal fin designándosele como Unidad-8 dependiente del SPF, fue reiteradamente cuestionado su destino y sus condiciones de habitabilidad. Un fallo de la Cámara Federal de La Plata, Prov. de Buenos Aires, decidió que "en modo alguno (el buque "Granaderos") puede ser admitido como cárcel de la Nación porque es a todas luces evidente que no reúne las exigencias mínimas requeridas por el art. 18 de la CN" ("(...) "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas (...)).

La CS tenía decidido que tal como el P.E. tiene la facultad de arrestar y trasladar a las personas durante el sitio, también puede determinar las medidas de orden y disciplina que deben observar los detenidos en los establecimientos respectivos, con la limitación de que ellas no han de ser a tal punto afflictivas que importen de por sí la aplicación de una pena (Fallos CS: 236: 632 caso "Iscaro y otros", 28.XII.1956). No obstante, las condiciones de detención de personas sometidas a arresto por causas políticas fueron por primera vez reglamentadas por el P.E., mediante el establecimiento de un régimen mucho más riguroso que para el de los detenidos comunes, a través del decreto 5051 de 1963, que nunca fue oficialmente publicado.

En el año 1972, el Presidente de la Nación designado por las Fuerzas Armadas, dictó una "ley" 19.863 con la cual se estableció un "Reglamento de Detenidos de Máxima Peligrosidad". Sus disposiciones se aplicaron a los procesados y a las personas puestas a disposición del P.E. que revistieran ese carácter. Los condenados que también fueron considerados de "máxima peligrosidad" cumplieron sus penas bajo el régimen de LPN siempre y en todo aquello que no se opusiera al Reglamento en cuestión. Las desviaciones de orden constitucional, de carácter penitenciario y de rango político criminal en que incurrió ese Reglamento fueron oportunamente analizadas (Bergalli 1972, 471-475). Dos años después el P.E. dictó un "Reglamento para procesados y condenados de establecimientos de máxima seguridad", decreto 2023/1974 (v. Boletín Oficial 6.V-1975) que, repitiendo las severas condiciones que imponía el anterior, extendía su aplicación a los arrestados a disposición administrativa. Este Reglamento ha sido completado por el decreto 955 de 1976 que, aparte de confirmar la aplicación del 2023/74 a los detenidos a disposición del P.E., "alojados en cualquier establecimiento dependiente del SPF" (art. 1), aportó algunas correcciones, como ser la limitación a las detenidas-madres de poder retener los hijos menores hasta los seis meses de edad, un nuevo régimen de visitas semanales y de censura de correspondencia.

No puede dejar de mencionarse el criterio que adoptó la CS durante el período previo de vigencia de la última legalidad constitucional en la Argentina. En efecto, ese alto Tribunal consideró que era violación de la Constitución aplicar el régimen de "máxima peligrosidad" a las personas arrestadas en virtud del estado de sitio, puesto que a pesar que el P.E. podía determinar las medidas de orden y disciplina que las personas en esa condición deben observar, se excedía la facultad establecida por el art. 23 CN cuando se procede de modo semejante (Fallos CS: 285: 267 caso "Pujadas y otros", 13.IV.1973).

No obstante, las condiciones en que se sigue sometiendo a los arrestados por el P.E. continúan siendo de la máxima rigidez. Lo que es más grave, mediante la "ley" 21.650 (v. Boletín Oficial 27.IX.1977) se ha dispuesto que: "En el decreto que disponga el arresto de una persona en virtud de las facultades conferidas al Presidente de la Nación por el art. 23 de la CN, se determinará la forma en que el mismo será cumplido. En cualquier momento, el

Presidente de la Nación podrá disponer la modificación de la forma de cumplimiento del arresto" (art. 1). "Las personas que cumplan el arresto en establecimiento penal o carcelario quedarán sometidas al régimen vigente en ellos" (art. 2). "Las personas que cumplan el arresto en establecimiento militar o de fuerzas de seguridad, quedarán sujetas al régimen que establezca la autoridad competente para dictarlo" (art. 4).

Los establecimientos dependientes del SPF que actualmente están destinados al alojamiento de arrestados a disposición del P.E. son: el Instituto de Detención U-2 (exclusivamente para mujeres), el Instituto de Seguridad y Resocialización U-2 de Rawson (Chubut) y la Prisión Regional del Norte U-7 de Resistencia (Chaco). La cantidad de establecimientos penitenciarios ubicados en cada provincia y el posible número de arrestados a disposición del P.E. que se encuentran en ellos, es absolutamente impreciso (Amnesty International 1978).

Todo lo expuesto en este apartado pretende demostrar hasta qué punto el arresto que puede disponer el Presidente de la Nación durante el estado de sitio (art. 23 CN) se ha transformado en un medio de represión incontrolada y, por otro lado, de qué manera en forma paulatina, el SPF ha sido alejado de su función de custodia y guarda de procesados y de busca de readaptación social del condenado mediante la ejecución de las penas privativas de libertad.

— BIBLIOGRAFIA —

- AMNESTY INTERNATIONAL (1978), "Argentinien: Bericht über eine Mission", Amnesty International Publications, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2a. Auflage.
- ANIYAR DE CASTRO, L. (1977), "Criminología de la reacción social", Universidad del Zulia, Maracaibo (Venezuela).
- BACIGALUPO, E. (1972), "Reforma procesal y política criminal", in: Nuevo Pensamiento Penal (1), S. 454-463.
- BACIGALUPO, E. (1973), "Evolución de los métodos y medios del Derecho Penal", in: Nuevo pensamiento Penal (2), S. 145-165.
- BACIGALUPO, E. (1977), "Reflexiones sobre el sistema de las reacciones penales ejemplificadas en el Derecho penal argentino", in: Nuevo Pensamiento Penal (6), S. 3-14.
- BAIGUN, D. (1973), "Evolución de los métodos y medios del Derecho penal", in: Nuevo Pensamiento Penal (2), S. 165-193.
- BARATTA, A. (1975), "Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale", in: La Questione Criminale (1), S. 1-68.
- BARATTA, A. (1976), "Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento", in: La Questione Criminale (2), S. 237-261. Spanisch: "Marginalidad y justicia. Informe general sobre los aspectos jurídicos", Beitrag IX "Congreso Internacional de Defensa Social", Caracas in: Juridica (5) 1977, No. 7, juni, Mérida (Venezuela), S. 45-74.
- BERGALLI, R. (1972), "Nuevo régimen carcelario para detenidos de máxima peligrosidad", in: Nuevo Pensamiento Penal (1), S. 471-475.
- BERGALLI, R. (1976), "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?", Instituto de Criminología (Universidad Complutense), Madrid.
- BERGALLI, R. (1978) "Política criminal y ejecución penal en América latina", in: Revue International de Droit Pénal, 49 année No. 1, S. 77-90.
- BERGALLI, R. (1978a), "Oposición entre el sistema democrático futuro y la actual legislación penitenciaria en la Argentina". Beitrag: Semana Universitaria latinoamericana, Universidad de Barcelona, octubre.
- BIDART CAMPOS, G. (1975), "Estado de sitio" in: Revista del Colegio de Abogados (7), No. 10 März, Rosario — S. Fe (Argentinien), S. 11-24.
- BUSCH, M. (1974), "Die Binnensstruktur einer effektive Jugendstrafanstalt", in: G. Delm-

- ling y J. M. Häussling (Hrsg.), "Erziehung und Recht im Vollzug der Freiheitsstrafe", Hammer Verlag, Wuppertal, S. 117-137.
- CALLIES, R.-P. (1978), "Strafvollzugsrecht", Rowohlt, Reinbek/Hamburg.
- C.E.P.A.L. (1977), "Estudio Económico de América latina", Comisión Económica para América latina, Naciones Unidas, Stgo. de Chile, E/CEPAL/1026/Rev. 1 Verkauf Nr. S. 78 II G. 1.
- FONTAN BALESTRA, C. (1970), "Tratado de Derecho Penal", B. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- GARCIA BASALO, C. (1975), "El sistema penitenciario argentino", Librería El Jurista, Buenos Aires.
- GOFFMAN, E. (1961), "Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other inmates", Garden City, New York. Italienisch: "Asylums: Le istituzioni totali, I meccanismi dell'esclusione e della violenza", Einaudi, Torino 1968, 4. Auflage 1975. Deutsch: "Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderen Insassen", Suhrkamp, Frankfurt/M. 1972.
- HEIERLI, U. (1973), "Gefangenearbeit, Entöhnung und Sozialisation. Fakten und Möglichkeiten", st. Gallen Schriften zum Strafreform, Band 3, Fieber, Zurich.
- HILBERS, M./LANGE, W. (1973), "Abkehr von der Behandlungsideologie?", in: Kriminologisches Journal (5), S. 52-59.
- JANKOVIC, I. (1977), "Labor Market and Imprisonment", in: Crime and Social Justice, (VIII), S. 17-31.
- JIMENEZ de ASUA, L. (1927 u. 1976), "José Ingenieros: al aniversario de su muerte", in: "Política, figuras, paisajes", Madrid u. in: "Nuevo Pensamiento Penal" (5), S. 3-6.
- KAUFMANN, H. (1977), "Kriminologie III. Strafvollzug und Sozialtherapie", Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz.
- KAUFMANN, H. (1977a.), "Principios para la Reforma de la Ejecución Penal", Depalma, Buenos Aires.
- KERNER, H. J. (1977), "Grundgedanken der Sozialtherapie", in: G. Kaiser, H. J. Kerner u. H. Schöck, "Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlagen", 2. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe.
- KOCH, P. (1969), "Gefangenearbeit und Resozialisierung (Beiträge zum Strafvollzugswissenschaft, H. 4)", Stuttgart.
- LINARES ALEMAN, M. (1977), "El sistema penitenciario venezolano", Universidad Central de Venezuela, Fac. de Ciencias Jurídicas y Política, in: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas.
- LOI, E./MAZZACUVA, N. (1977), "Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario", in: F. Bricola (Hrsg.), "Il carceriformato", Il Mulino, Bologna, S. 63-103.
- LOPEZ-REY y ARROJO, M. (1977), "Teoría y práctica en las disciplinas penales", in: Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Naciones Unidas, San José, Costa Rica.
- MAIER, J. B. (1978), "Política criminal y Derecho procesal penal", in: Revue Internationale de Droit pénal, 49 année, Nr. 1, S. 181-200.
- MARCO del PONT, L. (1974), "Penología y sistemas carcelarios", B. II, Depalma, Buenos Aires.
- MELOSSI, D. (1978), "Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale. Una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer", Einleitung z. Ital. Aufgabe von: "Penia e struttura sociale" von G. Rusche/O. Kirchheimer, Il Mulino, Bologna. Auch in: La Quasione Criminale, (IV), Nr. 1, 1978, S. 11-38.
- MELOSSI, D./PAVARINI, M. (1977), "Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario", Il Mulino, Bologna.
- PERELSTEIN, B. (1952), "Positivism und antipositivism in la Argentina", Procyon, Buenos Aires.
- PETERS, D./PETERS, H. (1970), "Therapie ohne Diagnose. Zur soziologischen Kritik am Kriminologischen Konzept sozialtherapeutischer Anstalten", in: Kriminologisches Journal (2), S. 114-120.
- PINATEL, J. (1970), "Criminologie", in: P. Bouzat/J. Pinatel, "Traité de Droit Pénal et de Criminologie", B. III, Librairie Dalloz, Paris.
- PROYECTO DE LA PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL (1974), Redactado por la Comisión de Reformas al Código Penal, creada por el P. E. (ley 20.509 y dec. 480/73, in: "Nuevo Pensamiento Penal" (4) 1975, S. 55-99.
- REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA (1977), Órgano oficial de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, República Argentina, Jahrgang. XXXVI - XXXVII - XXXVIII, Jan. dez. 1971/1973, Nrs. 139-148.

- ROSSI, E. (1975), "El estado de sitio. Fundamentos para la derogación del art. 23 de la C.N. y proposiciones para una eventual reglamentación legislativa del estado de sitio", in: "Revista del Colegio de Abogados", März Jahrgang 7, Nr. 10 Rosario (Santa Fe), S. 25-67.
- RUSCHE G./KIRCHHEIMER, O. (1968), Punishment and Social Structure Columbia University Press, New York, Neudruck. Originalausgabe: 1939. Deutsch: "Sozialstruktur und Strafvollzug", EVA, Frankfurt/M. Köln 1974. Italienisch: "Penia e struttura sociale", Il Mulino, Bologna 1978.
- RUTHER, W. (1978), "Selektion und Zuschreibung im Strafvollzug. Zur Praxis der Auswahlanstalten im Vollzug des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW)", in: Kriminologisches Journal (10) 2, S. 107-117.
- SANCHEZ VIAMONTE, C. (1954), "El constitucionalismo y sus problemas", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- SANCHEZ VIAMONTE, C./AGOSTI, H./PEREZ JAUREGUI, J.C. /GIUSTI, R. u.a. (1955), in: Zeitung "La Nación", 30.u.31. oktober, Buenos Aires.
- SCHIFFRIN, L.H. (1978), "Constitución real de la Argentina y la supresión de las garantías constitucionales durante el estado de sitio", in: "La reforma penal en los países en desarrollo", Universidad Autónoma de México (UNAM), S. 164-182.
- SCHIFFRIN, L. H. (1978a.), "La política criminal autoritaria en la Argentina y las garantías constitucionales del Derecho penal", in: Revue internationale de Droit Pénal, 49 année, Nr. 1, S. 311-324.
- SHOCH, H. (1977), "Allgemeine Grundsätze des Strafvollzugsrechts", in: G. Kaiser/H. J. Kerner/H. Schöck, "Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlage", C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe.
- SOLARI J.A. (1956), "La lección de José Ingenieros", Artes Gráficas Modernas, Buenos Aires.
- SOLER, R. (1967), "El positivismo argentino", Paidós, Buenos Aires. Panamenische Ausgabe: ohne Verlag, 1959.
- TOPIC, S.A./MAMMY, C.G. (1978), "Servicios criminológicos en el Servicio Penitenciario Federal de la Rep. Argentina", Manuskript ohne Veröffentlichung.
- TOZZINI, C./ARQUEROS, M. de las M. (1978), "Los procesos y la efectividad de las penas de encierro", Biblioteca de Ciencias Penales, Depalma, Buenos Aires.

SOBRE LA REFORMATIO IN PEJUS Y OTROS

TEMAS PROCESALES

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

Medellín, julio 28 de 1979

Doctor

Alberto Jaramillo M.

Ciudad.

Muy apreciado doctor y amigo:

Con todo gusto absuelvo la consulta que usted se dignó formularme en su comunicación de fecha 25 de los corrientes, sobre cuestiones de derecho procesal penal.

Desea usted saber mi opinión sobre los siguientes asuntos:

- I. Naturaleza del auto que niega la declaración de una nulidad.
- II. Si tal providencia debe ser notificada y, en caso afirmativo, ¿qué consecuencias se derivan de la omisión de ese requisito?
- III. Si se resuelve, en segunda instancia, una petición de nulidad con auto de "cúmplase", y se devuelve el proceso al juzgado de origen sin notificar la providencia, ¿cómo se puede remediar esa irregularidad?
- IV. Si procede algún recurso contra el auto que, en segunda instancia, deniega una declaración de nulidad.

* Al Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez le fué solicitado, por el Dr. Alberto Jaramillo Mira, abogado en ejercicio, y a propósito de un proceso, un concepto por escrito sobre algunos puntos procesales reseñados al principio del concepto. Por la seriedad académica del autor y la importancia del escrito, no hemos vacilado en presentarlo a nuestros lectores. Vaya aquí a él nuestro reconocimiento por su contribución.

- V. ¿Cuáles son los alcances del art. 197 bis del C. de P. P., o sea de la *reformatio in pejus*?
- VI. Si puede el fallador condenar, a título de dolo, es decir, por delito intencional de lesiones personales, al procesado contra el cual se dictó auto de proceder por lesiones personales culposas.
- VII. Si no fuere posible lo anterior y llegare a presentarse el caso en sentencia de segunda instancia, ¿cómo se podría enmendar el error?
Siguiendo el orden del cuestionario, procedo a exponerle mi concepto sobre los puntos propuestos, así:

I. El auto que niega la declaración de nulidad de la actuación o de parte de ésta es, sin lugar a la más leve duda, de carácter interlocutorio, a tenor de lo dispuesto en el art. 169, num. 2, del C. de P. P., puesto que resuelve un "incidente o cuestión del proceso", de interés para la actuación y para quienes intervienen en el proceso, particularmente para quien **hubiere** invocado la nulidad.

La ameritada providencia, vale decir, el auto que deniega la existencia de la nulidad, contiene una decisión o resolución trascendente y **no una** simple orden de trámite para dar curso legal a la actuación, circunstancia esta última que imprime connotación al auto de sustanciación, con arreglo a lo previsto en el numeral 3 del citado artículo 169.

Las providencias que dicta el juez y que sean "Simple órdenes de trámite" se denominan autos de sustanciación, dice DEVIS ECHANDIA. El mismo autor enseña que los autos interlocutorios son decisiones judiciales "sobre puntos que no sean de simple trámite sino que contienen alguna cuestión de fondo", como es el auto que decreta o niega una nulidad. (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, p. 335). En igual sentido se pronuncia HERNANDO MORALES (ver Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, sexta edición, ps. 459 y 460).

II. Siendo, como en verdad lo es, el auto que niega la declaración de una nulidad de naturaleza interlocutoria, necesariamente tiene que ser notificado a las partes, por expreso mandato del artículo 179, inciso 1º, parte final, del C. de P. P., notificación que debe hacerse en la forma contemplada en el art. 180 ibidem.

La omisión de la notificación de la providencia que niega la nulidad, proferida en el curso del juicio, impide la ejecutoria de la misma, de conformidad con lo establecido en los arts. 208 y 209 del C. de P. P., y no surte efecto hasta cuando se cumpla ese requisito y venza el término legal para interponer el recurso o los recursos que procedan sin que se haya usado de ellos, o cuando se hayan resuelto aquellos si hubieren sido interpuestos.

"Si una de las finalidades de la notificación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, es buscar la perfección del acto, si con ella se pretende dar estabilidad a las resoluciones del juzgador para imprimirle efectos compulsivos y de ejecución, es obvio que esos resultados no pueden llevarse a término sino mediante el conocimiento que de esas providencias se da a las partes interesadas por el acto de la notificación. Es en este evento, cuando los particulares lesionados, deben, oportunamente y dentro de los términos legales, hacer sus reclamos para que sus derechos no sufran quebrantos y menoscabo" (Sentencia de la Sala Penal, de 11 de junio de 1947, G.J. LXIII, p. 744).

III. La solicitud de nulidad de lo actuado formulada por alguno de los sujetos procesales no se puede resolver válidamente sino mediante auto interlocutorio, sometido en su forma y en el fondo a las exigencias del art. 172 del C. de P. P. La providencia que decide sobre una petición de nulidad tiene que ser motivada; debe constar de una parte expositiva y de otra dispositiva. Por consiguiente, el auto en mención debe ser notificado a las partes, tal como se explicó atrás, aunque no se hubiera dispuesto expresamente la notificación, esto es, a pesar de que en el proveído solamente se haya ordenado su cumplimiento, pues la notificación no deviene de la voluntad discrecional del juez sino que es imperativo de la ley.

A tono con lo anterior, si por inadvertencia se devuelve del juzgado o tribunal de segunda instancia, al juzgado de primer grado, un proceso en el que no se haya ejecutoriado en debida forma el auto que denegó la demanda de nulidad, como que ni siquiera se notificó esa providencia, el remedio procesal para subsanar la omisión no es otro que el de solicitar al juzgado de primera instancia, de oficio por el *ad quem* o a petición de parte, el reenvío del respectivo proceso, para cumplir el requisito esencial de la notificación omitida. Este procedimiento no está expresamente instituido en el estatuto procesal, pero es legítimo, por las siguientes razones:

El derecho procesal, según unánime consenso, tiene un carácter accesorio o instrumental, no finalista, como que presupone la existencia del derecho sustancial que ha de realizarse por las causas y con las formalidades establecidas por aquél. El ordenamiento jurídico procesal no se concibe sin la previa existencia del derecho material, al cual sirve para su aplicación.

Por su naturaleza instrumental, no es posible que se presenten lagunas, vacíos o situaciones que no puedan ser resueltas por el juez, pretextando silencio de la ley o ausencia de norma para decidir una determinada cuestión o para corregir una irregularidad cualquiera en que se haya incurrido. Refiriéndome a la interpretación de la ley procesal penal observo en mi Derecho Procesal Penal lo que a continuación reproduzco:

"...importa destacar que las lagunas de la ley procesal penal, o sea las cuestiones que se suscitaren en el proceso y para cuya solución no existiere disposición expresa, hay que resolverlas por vía de integración, así:

"a) Aplicando las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil para situaciones análogas. Sobre el particular establece el art. 7º (hoy 8º) del C. de P. P.:

"Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil".

"b) A falta de disposición en el Código de Procedimiento Civil, el vacío debe ser llenado por analogía, que consiste en aplicar a la situación no regulada en la ley, una norma prevista para otra situación similar.

"c) En ausencia de toda norma positiva, es menester llenar el claro por el procedimiento denominado de "concreción", que consiste en seleccionar una norma extraída de los principios generales que informan el sistema jurídico del Estado, como dice ODERIGO. Así lo previene el art. 8º de la ley 153 de 1887.

"Dedúcese de lo expuesto que en el proceso penal no puede haber problemas formalmente insolubles. Toda cuestión tiene que tener solución, pues en último término, si en el ordenamiento se carece de disposición legal referente al caso y ni siquiera existe norma que reglamente situación análoga, se acude a normas de otra rama del derecho, "regulado con ellas, oportunamente adaptadas, las relaciones que, de no hacerlo así, quedarían sin disciplina" (obra citada, ps. 7 y 8).

Recogiendo el principio doctrinario que se deja expuesto, prescribe el art. 4º del Código de Procedimiento Civil, aplicable también en el proceso penal (art. 8º del C. de P. P.) que "Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes". Y el artículo siguiente, el 5º, establece que "Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a faltade éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal".

Las lagunas de la ley procesal, o sea los casos o cuestiones que no tienen regulación legal, deben llenarse o resolverse, en última instancia, dice el profesor Gerardo Monroy Cabra, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, acudiendo a los principios de derecho procesal universalmente aceptados, tal como lo dispone el art. 5º del C. de P. P. (Principios de Derecho Procesal Civil, ps. 38 y ss.).

Sinceramente creo que se violaría el ordenamiento jurídico procesal que nos gobierna, presidido por el artículo 26 de la Constitución Política, si se mantiene una irregularidad de tanta entidad como es la falta de notificación del auto que niega la declaración de nulidad impetrada, pretextando ausencia de disposición legal para enmendar el yerro, pues la solución, en casos como el que plantea la pregunta a la cual estoy dando respuesta, se encuentra sin dificultad por la vía antes indicada, vale decir, reclamando al *a quo* el reenvío del expediente para subsanar la omisión, esto es, para proceder a la notificación, que abre el camino a la parte interesada para interponer el recurso de reposición, que es procedente, como se verá más adelante.

“Cuando falta la notificación y la ley la exige (como ocurre con los autos interlocutorios), sea porque no se hizo o porque resultó incompleta o le faltaron requisitos, la providencia no adquiere firmeza, es decir, no se ejecutoria”, anota el expositor HERNANDO DEVIS ECHANDIA en su Compendio de Derecho Procesal, T. I, p. 450. Siendo ello así, la omisión de la notificación del auto que deniega una nulidad invocada por parte legítima impide la terminación del proceso y debe corregirse, ideando el mecanismo si fuere necesario, como acontece en el supuesto de la pregunta a que me refiero, para no vulnerar el sagrado derecho al remedio del recurso legal.

IV. Contra el auto que niega la existencia de una nulidad, como también el que la decreta, procede siempre el recurso de reposición, es decir, que tal providencia es atacable a través de ese medio de impugnación sea que se dicte en primera o en segunda instancia, o en desarrollo de los recursos extraordinarios de casación o revisión. Abonan el aserto las siguientes consideraciones:

El art. 194 del C. de P. P. dice que “el recurso de reposición se interpondrá y sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil”, estatuto éste que se ocupa de la materia en sus artículos 348 y 349.

Hace sí el Código de Procedimiento Penal dos salvedades, que tocan con la reposición, a saber:

- a) Que los autos de sustanciación no enumerados en el inciso 1º del art. 179 “Serán de cumplimiento inmediato y contra ellos no procede recurso alguno” (inciso 2º del mismo artículo).
- b) Que tampoco procede recurso alguno contra los autos interlocutorios dictados por la sala de decisión de un tribunal superior y que “deciden la apelación, la consulta o el recurso de hecho” (art. 202, inciso final).

Armonizando las mencionadas disposiciones del estatuto procesal penal con el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que el recurso de reposición procede, en materia penal, contra las siguientes providencias:

1. Contra los autos de sustanciación o simple trámite señalados en el inciso 1º del art. 179 del C. de P. P.
2. Contra todos los autos interlocutorios que dicen los jueces “*en ambas instancias*”, como observa DEVIS ECHANDIA (obra citada, p. 456).
3. Contra los autos interlocutorios dictados por la Sala de Casación de un Tribunal Superior de Distrito, en asuntos de los cuales conoce en primera instancia.
4. Contra los autos interlocutorios dictados por sala de decisión de Tribunal Superior de Distrito en segunda instancia y que no decidan la apelación, la consulta o el recurso de hecho, como sería el caso del auto que decreta o niega una nulidad.
5. Contra los autos interlocutorios proferidos por la Sala Penal de La Corte Suprema de Justicia, en asuntos de que conoce en única instancia o en segunda instancia siempre que en este último caso no decidan la apelación, la consulta o el recurso de hecho. Y,
6. Contra los autos interlocutorios dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de los recursos extraordinarios de casación y revisión.

A la luz de las citadas disposiciones de la ley procedimental penal, es evidente que el auto que deniega la existencia de una nulidad es pasible del recurso de reposición, sea que se dicte por un juez singular, por un Tribunal Superior o por la Corte Suprema, lo mismo en primera instancia que en la segunda, pues la decisión que contiene es distinta a la que resuelve de fondo la apelación, la consulta o el recurso de hecho, evento éste en el cual la providencia no admitiría ese recurso si se pronuncia por una sala de decisión de Tribunal Superior o por la Corte Suprema.

Importa observar que el recurso de reposición debe ser interpuesto “dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto”, y mediante escrito motivado (art. 348, inciso 2º, del C. de P. C., al cual remite el art. 194 del C. de P. P.). Es claro que el término de tres días señalado para la interposición del expresado recurso empieza a correr al día siguiente de aquel en que se haya cumplido en legal forma la notificación respectiva. actuación procesal ésta indispensable para la perfección del acto y que señala el punto de partida para el ejercicio del recurso a la parte que se considera agraviada por la resolución judicial y que tiene razones para oponerle.

V. El art. 197 bis del C. de P. P. fue introducido al estatuto por disposición del art. 3º de la ley 17 de 1975, para poner fin a controversia que tuvo el honor de plantear (Derecho Procesal Penal, tomo I, ed. U. de A., 1963, ps. 231 y ss.), en el sentido de si en el proceso penal podía el juez

ad quem, al decidir una apelación interpuesta por el procesado o por su apoderado o defensor, modificar la providencia recurrida empeorando la situación del procesado, es decir, si en el proceso penal existía o no, al igual que en el proceso civil, la prohibición de la *reformatio in pejus*, que impide al juez de segunda instancia, en tal caso, reformar la providencia impugnada agravando la condición del inculcado, puesto que, cuando existe la prohibición de la *reformatio*, "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso", como lo establece el art. 357 del C. de P. C.

El art. 197 bis del estatuto procesal penal, bajo el epígrafe "*Reformatio in pejus*", prescribe: "El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".

La no muy afortunada redacción de esta norma podría hacer pensar a quien no sea versado en derecho procesal y desconozca los antecedentes de la ley 17 de 1975 que la apelación otorga al *ad quem* competencia discrecional y poderes absolutos para decidir a su arbitrio. Semejante interpretación no puede darse al art. 197 bis, pues la *reformatio in pejus* permite al juzgador de segunda instancia hacer reformas, enmiendas o sustituciones de la providencia apelada aún con perjuicio de los intereses del apelante, es decir, también en lo que la providencia apelada pudiera ser favorable al procesado, pero siempre y en todo caso "*dentro de los límites de la ley*", como enseña MANZINI (Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. IV, p. 354).

En virtud de la *reformatio* no puede el juez o tribunal *ad quem*, al decidir la apelación, adoptar decisiones que rompan la armonía del proceso, que "desfiguren su esquema", que pugnen con el ordenamiento jurídico a que aquel está sometido, que vulneren preceptos superiores como es el art. 26 de la Constitución Nacional. No podría el superior, *vr. gr.*, revocar la sentencia pronunciada por el delito de hurto, que fue la infracción imputada en el auto de enjuiciamiento, y condenar por el delito de robo, pues la sentencia no estaría en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, como lo ordena el art. 171, regla 6ª, del C. de P. P. y lo corrobora el art. 580 *ibidem* al señalar en su numeral 2 esa circunstancia como causal de casación.

La locución "sin limitación alguna", empleada en el art. 197 bis que se comenta, significa que la apelación se entiende interpuesta no solo en lo desfavorable al apelante sino también en lo que la providencia impugnada pueda serle favorable, vale decir, que mediante la fórmula legal de la *reformatio in pejus* el superior puede modificar la providencia en forma que haga más grave la situación del recurrente, siempre que no desborde las normas rectoras del proceso, esto es, dentro de los parámetros legales.

Es conveniente ilustrar el concepto con algunos ejemplos:

1. Se pronuncia en determinado caso sobreseimiento temporal, y el

apoderado apela porque estima que el sobreseimiento debió ser definitivo.

Bien puede el superior que conoce del recurso revocar el sobreseimiento temporal y, en su lugar, dictar auto de proceder por la infracción de que se trate, pues se está dentro de la fase de calificación legal del sumario, y el superior no tiene limitación legal para adoptar la decisión que estima acertada para la correcta definición del sumario.

2. Se profiere por el *a quo* sentencia condenatoria por la infracción que motivó el llamamiento a juicio, y el defensor apela porque considera que la sentencia debió ser absolutoria o, en subsidio, condenatoria a pena menor a la impuesta. Bien puede el juzgador de segunda instancia en tal supuesto confirmar la sentencia condenatoria pero modificándola en el sentido de aumentar la pena señalada en el fallo recurrido, porque encuentra circunstancias de mayor peligrosidad que no fueron tenidas en cuenta o por cualquier otro motivo de los contemplados en el art. 36 del C. P.
3. El juez de primera instancia dicta sentencia condenatoria y decide suspender la ejecución del fallo dando aplicación al art. 80 del estatuto represor. No conforme el defensor con la condena interpone el recurso de apelación. Bien puede el superior, al decidir en segunda instancia, aumentar la pena y revocar el subrogado penal de la condena condicional, porque encuentra demostrada, *vr. gr.*, una reincidencia que pasó inadvertida para el *a quo*.

En los casos de los dos últimos ejemplos no podría el juez *ad quem*, pretextando la atribución que le confiere la *reformatio in pejus*, cambiar en la sentencia la denominación jurídica de la infracción imputada al proceso en el auto de proceder, que al ejecutoriarse se hizo ley del proceso, pues se violaría flagrantemente el art. 171 del C. de P. P., según el cual en la parte resolutive de la sentencia "se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas" (regla 6ª, con subrayas del suscrito). Y, consecuencialmente, el fallo de segunda instancia que variará la infracción deducida en juicio, de ser pronunciado por un Tribunal Superior, sería atacable ante la Corte Suprema a través de la causal segunda de casación, por desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder (art. 580 del C. de P. P.).

En las legislaciones que consagran la prohibición de la *reformatio in pejus*, como acontece en la alemana (art. 331) y en el Código de Procedimiento Civil colombiano (art. 357), se describe claramente que la resolución apelada solo puede examinarse por el superior en lo desfavorable al apelante, sin que pueda ser "modificada en disfavor del reo". El *ad quem* debe ocuparse tan solo de si la providencia impugnada grava al recurrente, no si le es demasiado

favorable, pues como dice BELING, "lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución" (Ernst Beling, Derecho Procesal Penal, p. 256). Sobre el tema puede consultarse, entre nosotros, a HERNANDO DEVIS ECHANDIA. Compendio de Derecho Procesal, T. I, ps. 459 y 460, y a HERNANDO MORALES, Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, p. 568.

Refiriéndose a la prohibición de la *reformatio in pejus* anota Manzini: "Sobre la apelación del imputado, o de su defensor, y cuando no haya apelado en vía principal o incidental el ministerio público o se haya declarado inadmisibles la apelación de este último, no puede el juez infligir una pena más grave en especie o cantidad, ni revocar beneficios" (Derecho Procesal Penal, T. V, ps. 139 y 140).

Pues bien: el art. 3º de la ley 17 de 1975, que introdujo al Código de Procedimiento Penal el art. 197 bis, estableció la posibilidad de la reforma en perjuicio o con empeoramiento de la situación del procesado, cuando éste o su representante judicial interpongan la apelación. Quiere ello decir que en el proceso penal colombiano no hay prohibición de la *reformatio in pejus*, sino todo lo contrario: facultad del juez de segunda instancia para enmendar los posibles errores del juez de primer grado. Pero esta facultad no es absoluta y total, como que debe ser ejercida dentro de los precisos límites legales, de tal manera que la resolución no quebrante ninguna norma. Sería absurdo y monstruoso que, alegando el poder de reforma *in pejus*, el superior no se limitara a confirmar el auto de detención apelado sino que, además, decidiera llamar a juicio al sindicado, sin haberse cerrado la investigación y sin mediar la obligada calificación del sumario por parte del juez del conocimiento.

VI. Jurídicamente no es posible, ni en primera ni en segunda instancia, dictar sentencia condenatoria edificando la responsabilidad sobre el dolo, cuando en el auto de proceder se formuló la incriminación en la modalidad de la culpa, porque se rompería la necesaria armonía o consonancia que debe existir entre el "pliego de cargos" y la sentencia, impuesta como de imperativa observancia en el art. 171, numeral 6, del C. de P. P., y se violaría de modo manifiesto el artículo 26 de Carta, particularmente en lo concerniente al sagrado derecho de la defensa, que no podría ejercitarse debidamente en el juicio, ya que la contradicción defensiva se contrae, por necesidad lógica y jurídica, al cargo deducido contra el imputado en el auto vocatorio a juicio, tal y conforme se hubiere especificado en esa pieza, y no puede ni debe extenderse a situaciones más graves no comprendidas en el enjuiciamiento. ¿Cómo comprender que el defensor de quien ha sido llamado a responder en juicio por homicidio culposo, por ejemplo, plantee la defensa alegando que su representado obró sin dolo, cuando esta forma más grave de culpabilidad fue expresamente descartada en el auto de proceder?

Abundante y uniforme es la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que abona la tesis que vengo de exponer.

Aun a riesgo de pecar por extensión, importa reproducir aquí algunos trozos de aquellas decisiones de la Corte, y que cita Ortega Torres en su Codificación al pie del art. 483 del C. de P. P.:

"El auto de enjuiciamiento es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda" (Sentencia de 5 de noviembre de 1947, C.J. LXIV, p. 156; auto de abril 26 de 1972, CXLII, p. 328).

"Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el art. 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio" (Sentencia de 13 de agosto de 1940, G.J. L., 532).

"El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que las especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas *modificadoras* que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas *modificadoras* favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia... al penar al procesado por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio" (Casación de 19 de febrero de 1941, LI, p. 85).

"Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación, si ella no se le atribuyó en el auto de proceder" (Casación de 5 de noviembre de 1947, G.J. LXIV, 156; auto de abril 26 de 1972, CXLII, 328).

"Si en un fallo condenatorio se dedujeran circunstancias especiales de agravación de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que, por no haberse formulado oportunamente, mal podía, respecto de ellos, adelantar su defensa" (Cas., 12 de agosto 1965, CXIV y CXIII, 316).

En sentencia de casación de 23 de enero de 1970, de la cual tuve el honor de ser Magistrado Ponente, dijo la Corte:

"El auto de proceder, llamado también de enjuiciamiento o de vocación a juicio, "es el pliego de cargos" que el Estado, a través de un órgano jurisdiccional competente, presenta al procesado para que se defienda por los me-

dios lícitos que era conveniente. En él se formula al procesado una determinada acusación, por uno o varios delitos; se concreta el objeto de la relación jurídica; se delimita el ámbito del juicio, y se sientan las bases de la sentencia, que ha de decidir el asunto condenando o absolviendo al inculcado por las infracciones que en él se le hayan atribuido". (G.J., Tomo CXXXIII, p. 179).

Finalmente, en sentencia de 22 de mayo de 1970, también con ponencia del suscrito, expresó la Sala Penal de la Corte:

"...si en el fallo se contemplan, verbigracia, modalidades que den al hecho materia del enjuiciamiento una tipicidad de mayor entidad, esto es, en especie reprimida con pena más alta, o se deducen circunstancias de agravación de la infracción no señaladas en el auto de proceder, se lesiona el primordial derecho de defensa del acusado, ya que en esa parte no fue oído y vencido en juicio. Ningún acusado puede ser condenado excediendo los límites de la imputación formulada en el pliego de cargos, como lo tiene dicho esta corporación". (G.J., Tomo CXXXIV, p. 346).

Ante jurisprudencia tan nutrida, constante y diáfana, no puede haber la menor duda de que no es posible condenar a título de dolo a quien se le ha formulado en el auto de proceder una infracción meramente culposa, pues de hacerlo se quebrantaría en forma ostensible el artículo 26 de la Constitución.

VII. Si, por errónea interpretación del art. 197 bis del C. de P. P., con la consiguiente aplicación indebida del mismo, en sentencia de segunda instancia, se llegare a condenar por delito doloso al procesado a quien se hubiere enjuiciado por delito culposos, el error puede y debe enmendarse, por distintos mecanismos, según la categoría del juez *ad quem*, así:

- a) Si la sentencia fue dictada por la sala de decisión de un Tribunal Superior de Distrito, por delito que tenga señalada una sanción privativa de libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, debe impugnarse ante la Corte Suprema de Justicia, mediante el recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 569 y 580, num. 2, del C. de P. P., por cuanto la sentencia no estaría en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.
- b) En los demás casos, por ejemplo, cuando el fallo de segundo grado se hubiere dictado por Juez Penal de Circuito, el error se corrige a través de la nulidad, de rango constitucional o supralegal, concretamente por ser la sentencia violatoria del art. 26 de la Carta Política, nulidad que debe ser alegada antes de la ejecutoria del fallo, pues este momento, el de la ejecutoria de la sentencia, señala el término preclusivo de toda nulidad procedimental.

Respecto de la oportunidad para demandar las nulidades preceptúa el art. 213 del C. de P. P.:

"Salvo disposición legal en contrario, las nulidades establecidas en los arts. 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

Prima facie, podría parecer que es el momento en que se dicta la sentencia de segundo grado el que marca el final del plazo extintivo o preclusivo de la nulidad. Sin embargo, no es esa, a mi entender, la interpretación correcta del citado artículo 213 de la ley procesal penal. Este debe ser interpretado, a la luz de la doctrina jurídica, en el sentido de que cuando la sentencia sea susceptible de casación, tomando en cuenta lo dispuesto en el art. 569 del C. de P. P., una vez dictada la sentencia de segunda instancia, la alegación de nulidad debe hacerse ante la Corte Suprema, a través del expresado recurso extraordinario y con invocación de la causal 4ª del art. 580 del mismo estatuto.

Sobre el punto en cuestión anoto en mi Derecho Procesal Penal, página 259:

"Ejecutoriada la sentencia no puede el juez decretar nulidades, ni las partes pueden alegarlas. Así se colige palmariamente del art. 201 (hoy 213) conforme al cual dictada la sentencia no se pueden alegar causas de nulidad sino en el recurso extraordinario de casación. Por manera que si se deja ejecutar el fallo, caduca la facultad de demandar la declaratoria de nulidades, en lo cual la ley está en consonancia con la doctrina, que enseña que la cosa juzgada es norma preclusiva para las nulidades. "La autoridad de cosa juzgada se presenta, dice MANZINI, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento" (Derecho Procesal Penal, V. IV, p. 522). En el proceso penal, expresa FLORIAN, la *exceptio rei judicatae* debe ser siempre norma de preclusión absoluta para la nulidad formal, para la tutela racional y necesaria del interés colectivo (Elementos de Derecho Procesal Penal, p. 121)".

"Sin embargo —enseña LEONE—, también las nulidades absolutas están sometidas a límite temporal en orden a la deducibilidad y denunciabilidad de ellas, y ese límite es la cosa juzgada. Una vez que la sentencia pronunciada en un proceso viciado de nulidad absoluta haya adquirido el carácter de la irrevocabilidad (art. 576), queda precluida toda denuncia de la nulidad. La fuerza preclusiva de la cosa juzgada es indicada por algunos como una sanatoria general de la nulidad absoluta" (Giovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, ps. 713 y 714).

"La sentencia firme sobre fondo, desarrolla un efecto preclusivo", dice BELING, quien agrega que a la firmeza de la sentencia se une el efecto de cosa juzgada y, en consecuencia, producido ese fenómeno, "el condenado injustamente queda condenado; el absuelto injustamente queda absuelto" (Derecho Procesal Penal, p. 325).

Mientras la sentencia no esté en firme, por no haberse causado su ejecutoria, verbi gratia, cuando apenas se está en proceso de notificación del fallo, no existe cosa juzgada y debe mantenerse expedito el camino de la nulidad, para evitar el escándalo que produciría una resolución judicial contraria a derecho y manifiestamente injusta.

En los términos anteriores le dejo expuesto, doctor Jaramillo, mi honesto criterio con respecto al cuestionario que usted se dignó proponerme. Hice algunas citas de mi obra sobre derecho procesal, como también de jurisprudencia en cuya elaboración intervine, no por ostentación sino para poner de resalto la constante del pensamiento, la convicción que siempre he tenido sobre los asuntos materia del presente concepto.

Con sentimiento de consideración y aprecio, me suscribo de usted, muy atentamente,

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

T.P. 11875

EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO:

Su Origen y Evolución.

A Propósito de la Reforma Penal

Dr. Fernando Velásquez V.

"...hasta una LOCURA TRANSITORIA puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos" (F. CARRARA, Programa, párrafo 249).

INTRODUCCION

En las modernas codificaciones penales, encontramos como causal de exclusión de la imputabilidad, al lado del trastorno mental permanente, el trastorno mental transitorio.

Considerar el trastorno mental permanente como causal de inimputabilidad, no es sin embargo novedoso en las actuales legislaciones, si se tiene en cuenta que ello era la norma en el Derecho Romano. En efecto, el Digesto o Pandectas de la época de Justiniano, contemplaba la inimputabilidad de los alienados, y no solo esto, se contemplaban ya, las que aún hoy son situaciones fundamentales del Derecho Penal: la alienación y el delito, la simulación de la alienación, el delito cometido en estado de lucidez, el estado de peligrosidad, las medidas de seguridad y la existencia de peritos médicos¹.

Las Siete Partidas, el más importante de los códigos españoles, publicadas en 1265 a instancias de Alfonso X "El sabio", reconocían también la

1. Luis Alberto Kvitzko: Alienación y Delito en Roma, en Revista Nuevo Foro Penal, No. 2, Medellín, Colombia, 1979, págs. 36 a 39.

inimputabilidad de los alienados; esto no es extraño, si se tiene en cuenta que dicha codificación bebió de las fuentes justinianeas.

El Código Penal Francés de 1810, eximía de responsabilidad al agente que al momento de la comisión del hecho delictuoso, se encontrase en "estado de demencia"; codificaciones posteriores, como la española de 1870 y la colombiana de 1890 eximían al "loco" y al "imbécil"; en antiguas leyes mglesas y norteamericanas, se eximía a los "lunáticos".

Fue, sin embargo, el Código Penal Alemán de 1871, convertido posteriormente en Código Imperial de 20 de marzo de 1876, el primero en eximir de responsabilidad al agente que al momento de la comisión del acto punible, sufriendo de una PERTURBACION MORBOSA DE LA ACTIVIDAD MENTAL, o se encontrase en ESTADO DE INCONSCIENCIA. A esta formulación la sucedieron las de la Unión Soviética de los años 1922 y 1927, y las mejicanas de 1929 y 1931, que reconocían la existencia de perturbaciones transitorias de la actividad psíquica, como causal de inimputabilidad o eximente de responsabilidad.

Pero, solo en el año de 1932 y a instancias del legislador español, se estructuró orgánicamente el trastorno mental transitorio como causal eximente de responsabilidad². Desde entonces, tal formulación ha hecho carrera.

La consagración española ha sido recogida por diversas legislaciones y proyectos de código, entre las que se destacan: la colombiana de 1936, que trajo en esta materia de manera casi textual los artículos 19, 32 y 33 del Proyecto Ferri de 1921; la cubana y la guatemalteca también de 1936; el Proyecto Peco para la Argentina de 1941; el Proyecto López-Rey Arrojo para Bolivia en 1943; las Bases de Legislación Penal de la U. R. S. S. de 1958; el Proyecto Soler para la Argentina de 1960 y la actual legislación de este país; el Código Penal Tipo para Latinoamérica; el Código Penal Alemán reformado en 1969 y finalmente, el Anteproyecto colombiano de 1974 y los Proyectos de 1976 y 1978.

El propósito del presente trabajo, es mirar el desenvolvimiento histórico de la figura del TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, cometido que logramos al realizar una descripción más o menos detallada de las legislaciones anotadas, partiendo de la alemana de 1871 y culminando con los proyectos colombianos.

Con esto, queremos contribuir en algo, al debate que se adelanta en nuestro país a raíz de la proyectada reforma penal.

2. De "eximente" habla el Código Español de 1932, sin embargo, debe observarse, que hablar de exención o eximente es suponer la responsabilidad y quitarla (EX y ONUS-ONERIS: carga, quitar una carga), lo que precisamente a nuestro modo de ver, no ocurre aquí, por la razón de que la responsabilidad ni siquiera surge; esto en virtud de que la culpabilidad supone la imputabilidad, que justamente descarta el trastorno mental transitorio. Empero, como los trabajos consultados, hablan indistintamente de "eximente", aquí lo utilizaremos así, pero la entenderemos en el sentido de exclusión de la imputabilidad.

I. CODIGO ALEMAN DE 1871

Fue esta la primera legislación, que reconoció la no punibilidad del acto, cuando el agente al momento de la comisión del hecho delictuoso, se encontraba en situación de perturbación transitoria de la actividad psíquica; en el parágrafo 51 se hacía la siguiente declaración:

"No hay acto punible cuando el autor en el momento de la comisión del acto se encontraba en estado de (inconsciencia) perturbación morbosa de la actividad mental por el que quedase excluido el libre ejercicio de la voluntad"¹.

La amplitud de la formulación era tal, que dentro de las expresiones PERTURBACION MORBOSA DE LA ACTIVIDAD MENTAL y ESTADO DE INCONSCIENCIA, cabían la mayoría de los fenómenos que el legislador español de 1932, denominó "trastorno mental transitorio"².

Los estados de inconsciencia patológica incluidos en el parágrafo 51, eran definidos por R. VON KRAFFT-EBING, como una serie de perturbaciones psíquicas, que se distinguen de las enfermedades mentales crónicas y que pueden caracterizarse: 1º Por la fugacidad de sus síntomas. 2º Por la gravedad de la perturbación de la conciencia, que llega hasta su supresión. 3º Por la coincidencia de la confusión con la falta completa de memoria para los hechos pasados durante el estado de enajenación. Esos estados serían los siguientes: embriaguez del sueño; sonambulismo; manía transitoria; raptus melancólico; estados de intoxicación producto del alcohol y otras sustancias tóxicas; estados de delirio febril y delirio por inanición; estados patológicos de cólera, bajo la influencia de estados cerebrales morbosos, congénitos o adquiridos³.

En reforma introducida al Código Alemán, mediante Ley 24 de 1933, se redactó el parágrafo 51 de la siguiente manera:

"No existe acción punible cuando el autor, en el momento del acto, a causa de la perturbación de la conciencia, de perturbación morbosa de la actividad del espíritu, es incapaz de comprender lo ilícito de su acto o de proceder con arreglo a tal comprensión".

1. Franz Von Liszt: Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1927, pág. 393

2. La expresión perturbación morbosa de la actividad mental, según Von Liszt, "comprende no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también los retrasos en el desarrollo (idiotismo, imbecilidad) y los estados de degeneración mental (debilidad senil), así como las enfermedades corporales en sentido propio, que van acompañadas de perturbaciones mentales (delirio febril, enfermedades nerviosas) y finalmente las perturbaciones morbosas y transitorias de la actividad mental (estado de intoxicación, etc." (págs. 393 a 394).

En cuanto a los estados de inconsciencia, manifiesta que "en caso de trastorno profundo de la conciencia, a causa de la cual la asociación de los sucesos exteriores con la conciencia propia solo se realiza imperfectamente, se perturba la capacidad de determinarse regularmente por representaciones, y, por consiguiente, queda excluida la imputabilidad. A esta categoría pertenecen el desmayo, el sueño y el amodorramiento, la sugestión hipnótica y la embriaguez" (pág. 395).

3. R. Von Krafft-Ebing: Medicina Legal, Tomo II, Ed. España Moderna, sin fecha, pág. 155.

Lo novedoso de la nueva formulación, es que en ella no se habla más de "estado de inconsciencia", sino de *perturbación de la conciencia*, locución que se mantiene en el artículo 20 del actual Código, aprobado por el parlamento alemán el 4 de julio de 1969 y que rige desde 1975.

II. ANTECEDENTES EN LA URSS Y MEJICO

Fue el Código Penal de la Rusia socialista de 1927, el primero en consagrar la eximente por trastorno mental transitorio de una manera expresa⁴. El artículo 11 de la mencionada codificación, que entró en vigencia el 1º de enero de 1927, era del siguiente tenor:

"Las medidas de defensa social correspondientes a la especie de medidas correccionales, no pueden ser aplicadas a las personas que han cometido un delito en estado de enfermedad mental crónica o de *trastorno mental transitorio* o en algún otro estado patológico, si no han podido darse cuenta de sus actos o no estaban en circunstancias de dirigir sus acciones, ni a las personas que, habiendo obrado en estado de salud mental, padecen una enfermedad de la mente en el momento de pronunciarse la sentencia.

A estas personas les serán aplicadas exclusivamente medidas de defensa social de naturaleza médica.

Nota: La aplicación de este artículo no se extiende a aquellas personas que han ejecutado un delito en estado de embriaguez"⁵.

La disposición no habla de penas, sino de MEDIDAS DE DEFENSA SOCIAL, siendo éstas de dos tipos: Las de naturaleza correccional y las de naturaleza médica; pues bien, las personas que a la luz de esta disposición, cometen un delito en estado de TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, son sujetos pasibles de medidas de defensa social del segundo tipo.

El trastorno mental transitorio, debe tener base patológica, pues la disposición al hablar de "algún otro estado patológico", está descartando el que no tenga base patológica.

Por su parte, el legislador mejicano de octubre 5 de 1929, es a nuestro modo de ver, el primero que en lengua castellana reconoce la eximente. En el artículo 45 de la codificación expedida en tal año, se consagra:

"Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación legal son:

4. Sin embargo, ya el código de 1922, conocido como Código Penal de los Soviets, hablaba de una "perturbación momentánea de la actividad psíquica".

5. Puede consultarse, El Nuevo Código Penal de la Rusia Soviética, traducción de Jiménez de Asúa y José A. Rodríguez Muñoz, Ed. Reus, Madrid, 1927. Véase también: Derecho Penal Soviético, tipográfica Editora, Buenos Aires, 1947, págs. 189 y 190 del mismo Luis Jiménez de Asúa.

I. . .

11. Encontrarse el acusado en un estado psíquico anormal, pasajero y de orden patológico, que perturbe sus facultades o le impida conocer la ilicitud de su acto u omisión de que se le acusa, con tal que, ese estado no se lo haya producido conscientemente el paciente"⁶.

Como puede verse, no se consigna expresamente la locución, pero se habla de un ESTADO PSIQUICO ANORMAL, PASAJERO Y DE ORDEN PATOLOGICO, refiriéndose a lo que el legislador ruso denominó "trastorno mental transitorio"⁷.

En el año de 1931 se expidió en Méjico el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que en la fracción segunda de su artículo 15, consagra la eximente en los siguientes términos:

"Excluye la responsabilidad penal: hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario, de sustancias tóxicas embriagantes o enervantes, o por un estado toxiinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio"⁸.

Habla la disposición, de un TRASTORNO MENTAL INVOLUNTARIO DE CARACTER PATOLOGICO Y TRANSITORIO, como causa eximente de responsabilidad, lo que nos ofrece algunos reparos:

Exige, en primer lugar, el origen patológico de la perturbación, desconociéndose la existencia de perturbaciones que no tienen base patológica, como lo han reconocido numerosas codificaciones.

En segundo lugar, consagra como eximente genérica el "estado de inconsciencia", siendo el trastorno mental transitorio una de sus formas, lo cual es improcedente. En cuanto a la exigencia de que el trastorno mental transitorio, sea involuntario, se quiere releva, que el trastorno no debe provenir de dolo ni de culpa del agente.

Como se puede apreciar, es notable la ausencia de técnica legislativa en la elaboración de esta norma, la que fue conservada en la reforma que se introdujo en 1953.

6. Colección de Códigos y Leyes Federales, Ed. Herrero Hnos., México, 1930.

7. Resulta extraño, sin embargo, que comentaristas y estudiosos de este apasionante capítulo del Derecho Penal y la Criminología, no se hayan detenido por lo menos, a hacer una enunciación de esta codificación, que a nuestro modo de ver, reporta un antecedente histórico fundamental dentro de las codificaciones del habla castellana, que han consagrado o reconocido la eximente. Tal vez se deba dicho olvido, a la corta vigencia de esta codificación remplazada en 1931.

8. Cita de Evelio Tablo Y Castro Palomino: Memoria I Cong. Panamericano de Med. Legal, Odont. Legal y Criminología, recopilación de Jorge A. de Castroverde, La Habana, Cuba, 1947, pág. 273.

Con el ánimo de derrotar de la legislación y doctrina española el concepto de inconsciencia, y, en vez de considerar como eximentes la "locura" y la "imbecilidad", que datan del viejo código de 1870, se compusieron reformas al Código Penal Español de 1928 o código de la dictadura, que había derogado el de 1870, que a su turno tenía origen en el de 1848. La comisión estaba presidida por LUIS JIMENEZ DE ASUA, y formaban parte de ella, los destacados psiquiatras JOSE SANCHIS BANUS y J. LOPEZ IBOR. El nuevo Código se expidió el 27 de octubre de 1932, presentando como novedad fundamental, el reconocer como eximente de responsabilidad el TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, eliminando de la nueva formulación, lo que otras legislaciones habían denominado estado de inconsciencia.

JIMENEZ DE ASUA, había redactado la disposición, consagrando como eximentes la "enajenación" y la "inconsciencia"⁹, propuesta que fue encarada por SANCHIS BANUS de la siguiente manera:

"La nueva formulación del artículo 8º nada tiene que discutir en su párrafo segundo (que sería luego párrafo tercero, al introducirse como segundo el relativo a la embriaguez).

La primera parte del párrafo primero ("están exentos de responsabilidad criminal: 1º El enajenado ...) tampoco tiene objeción posible —dentro de las limitaciones que nos señaló JIMENEZ DE ASUA para la posibilidad de innovaciones en este Código de urgencia—.

Hasta la elección de la palabra (enajenado) me parece especialmente afortunada. Esta fórmula está destinada a sembrar concordia entre médicos y juristas.

Pero la segunda parte ya no me parece tan afortunada. Me refiero al giro "y el que se halla en situación de inconsciencia". Conozco la "necesidad legal" y la tradición de esta frase. Pero colocada en este lugar deja un portillo abierto a las dudas y a las discordias. En efecto:

a) La conciencia es una noción particularmente imprecisa; y por justa razón lo es tanto como ella misma el término contrario de la inconsciencia, con la agravante de que las definiciones positivas (la conciencia es...) son mucho más fáciles de construir que las negativas (la inconsciencia es falta de...).

b) No hay "situación de inconsciencia". Hay "grados de conciencia". La perturbación de la conciencia no es nunca pura, además, sino que se acompaña de una perturbación global del psiquismo. Definir un estado mental como una "situación de inconsciencia" es como definir una pulmonía como una "situación de fiebre".

9. Luis Jiménez de Asúa: Trastorno Mental Transitorio. El Criminalista, Tomo II, Buenos Aires, 1950, págs. 297 a 299.

c) Los médicos no saben psicología. Los juristas no saben medicina; el tribunal no podrá nunca ser seriamente ilustrado sobre situaciones de inconsciencia.

Yo pregunto, ¿por qué separar la situación de inconsciencia de la enajenación? Ni es, ni supone otra cosa sino una enajenación de cierto tipo.

A poco que se medite, se comprenderá enseguida que la diferencia que se quiere llevar al Código entre el "inconsciente" y el "enajenado", representa la expresión del giro vulgar "no saber lo que hace" aplicado a un hombre que, desaparecidas las circunstancias que le colocaron en situación de "no saber lo que hace", volverá a ser normal. En principio, el enajenado, afecto a una enfermedad, sólo será normal cuando se cure.

El estado de inconsciencia supone, pues, la necesidad de admitir una perturbación transitoria del psiquismo, ligada a la acción de causas exógenas inmediatas, como motivo de exención, al lado de la enajenación, que a su vez es un trastorno duradero y principalmente ligado a causas endógenas.

Pero desde un punto de vista pragmático, si la exención alcanza a esa situación que se llama "estado de inconsciencia" (tomando la parte por el todo) es justamente por lo que ese "estado de inconsciencia" se parece a la enajenación en sus efectos sobre la conducta.

"Yo buscaría un giro que asimilara los "estados de inconsciencia" a la enajenación; sobre la realidad de una enajenación, aunque sea de causa exógena y transitoria, siempre podrá el tribunal ser informado por un médico. Sobre el "estado de inconsciencia" nunca.

Claro es que en este caso habría que orillar la dificultad que supone el párrafo segundo (entiéndase párrafo tercero) del artículo, para que no vayan al manicomio los casos que no deben ir.

Yo me permito someter a la crítica de mis compañeros el siguiente giro: "... y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido provocado por el autor, culpable o intencionalmente".

La propuesta formulada por SANCHIS BANUS, fue acogida con las modificaciones siguientes¹⁰:

1º Modificar las últimas palabras, porque el trastorno mental transitorio provocado por "culpa" del agente no debe eliminar la eximente.

2º Admitir que la fórmula también cabe a situaciones conscientes, siempre que el sujeto "no pueda dirigir sus acciones".

3º Considerarla como referida a situaciones totalmente transitorias, como el sonambulismo, el estado crepuscular del sueño, el delirio de la fiebre, la sugestión hipnótica y hasta multitudinaria, etc.

10. Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 299 y 300.

4º Como se trata de un trastorno mental transitorio, no hay lugar a medidas de seguridad, a no ser que el trastorno se origine en un sujeto con base psicopática y de índole peligrosa, caso en el cual debe ser recluso en un hospital mental.

La fórmula fue redactada finalmente de la siguiente manera:

"Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito.

Para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita.

Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal".

En 1944 se refundió nuevamente el Código, estableciéndose que "Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir"¹¹.

Como puede apreciarse, el legislador pretendió aclarar el precepto con la expresión "PARA DELINQUIR", lo que originó en un comienzo, dificultades interpretativas y confusas decisiones de los tribunales¹².

En marzo 28 de 1963 se expidió nueva reforma al Código, conservándose la eximente tal como se había redactado en 1944, en el numeral 1º del artículo 8º.

En la actualidad, se adelanta la elaboración de un Proyecto de Código que pretende modificar toda la parte general, sin que sepamos cual va a ser el tratamiento que se le dará al trastorno mental transitorio.

11. Puede consultarse de Alfonso Arroyo de Las Heras y José Ma. Luzón Cuesta: Código Penal, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1984. J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo: Comentarios al Código Penal, Tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 204 y ss.

12. Córdoba Roda, op. cit., sostiene al respecto: "el trastorno mental transitorio no ha de haber sido buscado de propósito para delinquir; esto es, la perturbación psíquica no ha de haber sido preordenada a la infracción criminal cometida, va al objeto de procurarse una situación propicia para efectuar el delito, ya con el fin de poder invocar una causa de exención. Vr. Gr., la perturbación ha sido provocada por ingestión de alcohol.

La ley, al configurar dicho requisito habla abstractamente de "propósito de delinquir" y no de propósito para realizar un determinado delito.

Existirá pues literalmente un trastorno mental transitorio buscado con propósito de delinquir, en quien provoca la perturbación psíquica para cometer unos daños, produciendo en esta situación la muerte de una persona... El "propósito de delinquir" ha de ser restrictivamente entendido, como propósito de realizar un delito cometido" (pág. 221).

A la formulación española, podemos hacerle las siguientes observaciones:

1º La formulación del artículo 8º, comprende una extensiva enumeración de las causales de exclusión de la responsabilidad penal, lo que hace que se convierta en una fórmula psiquiátrica pura o biológica según otros¹³. JIMENEZ DE ASUA, uno de sus propulsores, se pronunciará posteriormente y de manera reiterada por una fórmula psiquiátrica-psicológica-jurídica.

2º Establece en su párrafo tercero, el régimen de las medidas de seguridad para los enajenados, no así, para el que se hallare en estado de trastorno mental transitorio.

3º La formulación no exigía la índole patológica, a diferencia del Código Ruso y el Mejicano. La jurisprudencia y doctrina española se dividen en este punto.

4º Cabe a situaciones conscientes, pues la irresponsabilidad no debe basarse en la inconsciencia únicamente; por lo demás, ya SANCHIS BANUS, sostenía que no hay "situación de inconsciencia", sino "grados de conciencia"

5º Es de destacar la novedad de esta formulación, que vincula al legislador con los desarrollos de las ciencias médicas y de la criminología, las que venían propugnando hasta entonces por la exención de responsabilidad o la atenuación, en favor de los que trastornados transitoriamente en sus facultades psíquicas, realizaren comportamientos delictuosos. Tiene además el mérito de servir como puente, entre las antiguas y ya vetustas formulaciones y las modernas, asentadas sobre sofisticados conceptos de imputabilidad.

13 A Quintilliano Saldaña: La psiquiatría y el Código, Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 49 y ss., se debe la paternidad de la clasificación de las fórmulas de incapacidad mental, en tres tipos:

1. FORMULAS BIOLOGICAS. Pueden ser:

- a. *Puras*. Aquellas que eximen o atenúan la responsabilidad en favor del niño y del anciano, abundan en los antiguos códigos de la humanidad.
- b. *Mixtas*. Aquellas en que aparte de la eximente por la edad, que viene desde el Derecho Romano, se funda la irresponsabilidad psíquica en motivos biológicos, como la deficiencia en el desarrollo mental; pueden ser:
 - 1) *Biopatológicas*. Por haber aproximación de materias, conllevan disyuntiva, lo biológico, se opone como normal, a lo patológico.
 - 2) *Bio-psíquico-jurídicas*. En ellas se hace triple alusión al grado de desarrollo mental, al límite de determinación de la voluntad libre y al discernimiento.

2. FORMULAS PSICOLOGICAS. Pueden ser:

- a. *Puras*. En ellas, a la condición de carencia de una facultad psíquica —Inteligencia, sensibilidad, voluntad— no se añade expresamente la causa o motivo. Esa carencia puede ser de origen biológico, fisiológico o patológico, pero nada consta.
- b. *Psicológico-psiquiátricas*. Son fruto de la componenda entre doctrinas inconciliables: la anormalista o psicopatológica y la normalista o voluntarista. El sentido y el valor de éstas fórmulas es el de un sincretismo práctico, que funde en un nuevo molde de fórmula legal, viejos motivos de irresponsabilidad, médicos y psicológicos.

El Código Penal Colombiano de 1936, no consagró de manera expresa la eximente por trastorno mental transitorio, que si la reconoció. Esta afirmación, tiene su fundamento en los textos de los artículos 23 y 29. El primero de los mencionados, consagra como eximente de responsabilidad, la "sugestión hipnótica o patológica", siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometer el acto.

La sugestión hipnótica, es una de las formas de trastorno mental transitorio reconocidas por el legislador español de 1932; en cuanto a la patológica han sido múltiples las interpretaciones que se le han dado, desde los que fundados en una interpretación restrictiva de la locución, hablan de HETEROSUGESTION, hasta los que consideran que cabe también la AUTOSUGESTION. Otros, interpretando ampliamente el concepto SUGESTION PATOLOGICA, sostienen que lo que realmente se consagró, fue una fórmula de trastorno mental transitorio¹³ bis.

El artículo 29 por su parte, sostiene que "Cuando al tiempo de cometer el hecho de hallarse el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro". Es decir, a más de las perturbaciones permanentes de las facultades mentales, se reconocen las transitorias, que constituyan "grave anomalía psíquica". Dentro de esa última expresión cabrían muchos estados de los que tradicionalmente se han considerado como trastorno mental transitorio, casos en que el sujeto estaría sometido a medidas de seguridad.

Por nuestra parte, creemos que el trastorno mental transitorio, se puede ubicar en nuestra legislación, partiendo de la distinción entre el que deja secuelas y el que no las deja, no necesitando tratamiento estos últimos. Es decir, cuando el trastorno no deje secuelas se ubicaría en el artículo 23, dentro de la locución "sugestión patológica"; cuando las deje, se ubica en el artículo 29, dentro de la locución "grave anomalía psíquica".

- c. *Psicológico-jurídicas*. En ellas ha desaparecido el criterio psiquiátrico, no se alude a noxas psiquiátricas determinadas; importa es la deficiencia grave, o la grave perturbación de la conciencia, no la causa posiblemente psiquiátrica, que deben indagarla los peritos con el juez.

3. FORMULAS PSIQUIATRICAS.

- a. *Puras*. Consisten en una declaración legal de irresponsabilidad a la que sigue una enumeración larga o sucinta de formas o estados de irresponsabilidad.
- b. *Psiquiátrico-fisiológicas*. No es ya la deficiencia mental, es la detención o suspensión de su función, a consecuencia de fenómenos fisiológicos de la vida diaria. Tal sería por ejemplo la eximente del sueño.
- c. *Psiquiátrico-jurídicas*. El sujeto es irresponsable, no ya por el hecho de su estado, anomalía o enfermedad, sino por los resultados psicológicos de ese estado; resultarlo de alcance moral y jurídico, cuya consecuencia es el delito.

13 bis. Véase al respecto. Revista Nuevo Foro Penal, No. 4, Julio, Agosto, Septiembre, Medellín, 1979 pág. 102 y ss.

Esta codificación de amplia inspiración positivista y que debe su elaboración al notable jurista cubano JOSE A. MARTINEZ, consagró como causal de inimputabilidad el trastorno mental transitorio, siguiendo muy de cerca los pasos dados ya por el legislador español¹⁴. El artículo 35 del citado Código, el cual rige desde 1938 es del siguiente tenor:

"Art. 35. Son inimputables:

A) El enajenado y el que se halle al tiempo de cometer el delito en estado de trastorno mental, aunque fuere de carácter transitorio.

En estos casos el Tribunal decretará su internamiento en un hospital destinado a la observación o tratamiento de los enfermos de aquella clase, del cual no habrá de salir sin previa autorización del mismo Tribunal sentenciador, oído el informe de los médicos psiquiatras encargados de su observación o curación, de acuerdo con lo que se previene en el libro IV"¹⁵.

Siguiendo a JIMENEZ DE ASUA¹⁶, podemos caracterizar esta fórmula en relación con la española de la siguiente manera:

1º Elimina la última parte del párrafo 1º del artículo 8º del Código Penal de España que dice: "a no ser que éste haya sido buscado de propósito", refiriéndose al trastorno mental transitorio. Se afirma, que no basta con la autoproductión de dicho estado, como sin distinción alguna lo hace el Código Español, ya que es posible que el trastorno mental transitorio haya sido provocado, generando la inhibición de la voluntad de una manera absoluta, situación que no puede ignorarse¹⁷.

2º Tal como está redactada la fórmula, da a indicar que a los trastornados pasajeramente, se les somete a medidas de seguridad; lo anterior, porque el artículo no dice expresamente "el enajenado" como el español, sino que dice "en estos casos". Esto nos sitúa ante dos alternativas: o el legislador

14. También Guatemala, en Código promulgado en 1936, reconoció el trastorno mental transitorio, en su artículo 21.

15. Armando M. Raggi: Derecho Penal Cubano, Tomo I, Cultural S. A. La Habana, 1938, pág. 92.

16. Luis Jiménez de Asúa: El Trastorno Mental Transitorio en la Legislación y en la Práctica Judicial de Cuba, El Criminalista, Tomo VII, Buenos Aires, 1947, pág. 189 y ss.

17. Evelio Tabio, ya citado, criticando el precepto español, manifiesta: "la excepción contenida en el aludido precepto o sea que ese estado de anormalidad haya sido buscado de propósito, no nos parece muy acertado, porque, aunque el trastorno mental transitorio haya sido provocado, si éste se produce, y la voluntad queda inhibida de manera absoluta, no es posible desconocer esta situación de la mente en esa oportunidad, aunque se haya producido, por el propio sujeto activo del delito.

En primer lugar porque la misma provocación, de ese trastorno, está demostrando una anormalidad en el individuo, que ha de estudiarse detenidamente, para poder predicar su responsabilidad. Por otra parte, aunque lleguemos a la imputabilidad... siempre sería, indispensable, un tratamiento más benigno" (pág. 260).

cubano solo reconoció el trastorno mental transitorio con base patológica, o admite el que no tenga base patológica, pero también lo somete a medidas de seguridad, situación francamente injusta.

3º La jurisprudencia cubana ha reconocido la existencia de los dos tipos de trastorno que acabamos de mencionar, la dificultad que anotamos, se obvia, afirmando que en el acápite que consagra las medidas de seguridad, se establece claramente que éstas sólo se aplican "a los socialmente peligrosos". El hecho, es que la jurisprudencia y la doctrina reconocen la existencia del trastorno mental transitorio sin base patológica como causal de inimputabilidad, aunque en el mes de octubre de 1963, el Tribunal Supremo de La Habana, reconoció por vez primera como atenuante este último tipo de trastorno¹⁸.

4º Los literales B y C del mismo artículo 35, reconocen otras situaciones que también configuran trastorno mental transitorio, nos referimos a los casos de embriaguez o de inyección o ingestión de sustancias narcóticas o estupefacientes, siempre que la perturbación mental sea plena, fortuita, no habitual, ni preordenada.

Digamos finalmente, que en la actualidad se adelanta la elaboración de un nuevo Código Penal para la República Socialista de Cuba, sin que podamos aún precisar las reformas que se introducen en las materias que hoy nos ocupan.

VI. PROYECTO PECO PARA LA ARGENTINA 1941

Al jurista JOSE PECO, le fue encomendada la misión de elaborar un Proyecto de Código para la Argentina, el que presentó en 1941, en el artículo 26 dentro de las causales de inimputabilidad, consagró el trastorno mental transitorio SIN BASE PATOLOGICA, en los siguientes términos:

"El hecho es inimputable cuando el autor obrare:

1º ...

2º En situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos".

El artículo 30 consagra el trastorno transitorio de INDOLE PATOLOGICA, en los siguientes términos:

"El que en el momento de cometer el hecho padeciera de enajenación mental, o de trastorno mental patológico, o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento especial por tiempo indeterminado.

18. Eduardo de Acha: Trastorno Mental Transitorio, en Revista Criminalista, año XXX, 1984, pág. 602 y ss.

La medida curativa cesará judicialmente, con audiencia del Ministerio Público, previo dictamen de peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros".

Según el profesor PECO¹⁹, a dos direcciones apunta esta fórmula, tanto desde el punto de vista psiquiátrico como desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista psiquiátrico, mientras las legislaciones española y cubana no requieren necesariamente la base patológica, la exigen de modo expreso la soviética y la mejicana. Desde el punto de vista jurídico, en tanto que la legislación soviética coloca como condición psicológica, que a consecuencia del trastorno mental el sujeto no hubiera conocido la responsabilidad, las demás legislaciones no ponen ninguna condición psicológica. Esta fórmula presenta los siguientes caracteres:

1º Consagra el trastorno mental transitorio, tenga o no base patológica, pues si parece ser necesaria la base patológica en las reacciones paranoicas, no lo es en estados de sueño, sugestión hipnótica, emociones violentísimas, delirio de fiebre.

2º Elimina el denominado "estado de inconsciencia" y hace resaltar más claramente la distinción entre las perturbaciones permanentes de las facultades mentales y las transitorias, pues lo que expresa indirecta y mediatemente la inconsciencia, lo hace expresamente el trastorno mental transitorio.

3º Reconoce que hay casos en los que habiendo consciencia, puede darse el trastorno mental transitorio, como el caso típico del terror o de la emoción violentísima.

4º Se consagra la posibilidad de establecer una doble clasificación de trastorno mental transitorio: según su significado clínico, puede ser patológico o no patológico; según su trascendencia criminológica, puede ser peligroso y no peligroso^{19 bis}.

19. José Peco: Proyecto de Código Penal para la Rep. Argentina, Instit. de Altos estudios Jurídicos - Instit. de Criminología de la Univ. de La Plata, 1942, pág. 106 y ss.

(19 bis). La influencia del Proyecto Peco, se observa en la reforma penal adelantada en muchos países del habla hispana, así por ejemplo: En el Proyecto de Código Penal para Bolivia, elaborado por Manuel Lopez-Rey Arrojo, Vol I, publicado por la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia, La Paz, 1943, se reconoce la inimputabilidad por trastorno mental en el art. 20: "Son inimputables: Quien en el momento de su acción u omisión y a causa de una enfermedad o de trastorno mental o por evidente insuficiencia intelectual, es incapaz de comprender lo antijurídico de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento" (pág. 7).

El Anteproyecto de C. P. para El Salvador, en su art. 20: "Se consideran no imputables: 1o. El enajenado y el que obra en estado de trastorno mental transitorio sin carácter patológico" (véase Código Penal, Exposición de Motivos y Anteproyectos, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, sin fecha, pág. 15).

VII. BASES DE LEGISLACION PENAL, LA URSS 1958

Comenzando la década de 1950, la U.R.S.S. emprendió la reforma en el campo penal, en el procedimiento criminal, en la organización judicial. Después de amplios estudios y discusiones, se adoptaron las BASES DE LA LEGISLACION PENAL DE LA URSS Y DE LAS REPUBLICAS FEDERALES, aprobadas por el Soviet Supremo el 25 de diciembre de 1958. Estas bases son una concreción de los lineamientos generales a los que han de ajustarse los diversos estatutos penales de las Repúblicas Federales²⁰.

El artículo 11 de las Bases de Legislación Penal, intitulado "la inimputabilidad", reconoce la exención de responsabilidad criminal cuando la persona al momento de cometer la acción delictiva, sufre de una "perturbación transitoria de la actividad psíquica"; la norma es del siguiente tenor:

"Está exenta de responsabilidad criminal la persona que durante la comisión de la acción socialmente peligrosa, se hallaba en estado de inimputabilidad, es decir, no podía darse cuenta de sus acciones ni dirigirlas a causa de enfermedad mental crónica, perturbación transitoria de la actividad psíquica, debilidad mental o de otro estado morbos. Por prescripción del tribunal a esta persona pueden aplicársele las medidas coercitivas de carácter médico que se establecen por la legislación de las Repúblicas Federales.

No está sometida tampoco a castigo la persona que, habiendo cometido un delito en estado de imputabilidad, antes de pronunciar el tribunal la sentencia enferme de mal síquico, que le priva de la posibilidad de darse cuenta de sus acciones o de dirigirlas. Por determinación del Tribunal se puede aplicar a esta persona medidas coercitivas de carácter médico, y cuando sane podrá ser sometida a sanción penal"²¹.

Si nos detenemos a hacer un análisis comparativo del nuevo artículo 11 con el de 1927, llegamos a las siguientes conclusiones:

1º Reconoce la eximente, pero no habla ya de "trastorno mental transitorio", sino de PERTURBACION TRANSITORIA DE LA ACTIVIDAD PSIQUICA.

2º No hay la posibilidad de hacer la distinción entre perturbación transitoria de la actividad psíquica con base patológica de la que no la tenga, pues la disposición expresamente exige la base patológica, cuando dice "o de otro estado morbos", tal como acontecía con el Código de 1927.

20. Sobre el tema, puede verse la Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, No. 5, La Plata, 1961, pág. 144 y ss.

21. Bases de Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la U.R.S.S., Ed. Progreso, Moscú, sin fecha, págs. 6 y 7.

3º Es de elogiar la amplitud de que goza el Tribunal, para determinar la aplicación de medidas de carácter médico a los inimputables, y decimos esto, porque nuestras legislaciones tienden generalmente, a fijar términos mínimos de internamiento en hospitales o anexos psiquiátricos sin hacer distinciones de ninguna clase. Así, el Proyecto colombiano de 1978 impone un mínimo de seis meses de internamiento a los inimputables.

4º A nivel de técnica legislativa, el nuevo artículo es mejor logrado que el del año 27. Se organiza la fórmula dándole una nueva fisonomía; se define el concepto de inimputabilidad; las excluyentes no se agrupan en la sección tercera o "Principios Generales de Política Criminal", como en el antiguo texto, sino en la sección segunda, que trata "Del Delito".

5º No se hace la discriminación del viejo texto, en lo tocante a los delitos cometidos en estado de embriaguez, para los cuales no se reconocía la eximente del artículo 11.

6º Según ZDRAVOMISLOV y otros²², de conformidad con el artículo 11 del Código Penal de la RSFSR, el criterio jurídico de la inimputabilidad, se caracteriza por dos peculiaridades:

1) La intelectual, esto es, la INCAPACIDAD DE LA PERSONA DE DARSE CUENTA DE SUS ACCIONES.

2) La volitiva, es decir, LA INCAPACIDAD DE DIRIGIR SUS PROPIAS ACCIONES, SABIENDO LO QUE ESTA PASANDO.

En lo que toca a esta formulación al igual que la de 1927, nos queda la duda cuando del paranoico o del cleptómano se trata, pues ellos, no solo comprenden la índole ilícita de su acto, sino que dirigen sus acciones para lograr lo que quieren, aunque sepan que es ilícito, y sin embargo son inimputables. Desde este punto de vista, el nuevo texto no se ajusta a las más modernas concepciones y tal parece que formula una nueva concepción sobre la imputabilidad²³.

VIII. LEGISLACION ARGENTINA Y PROYECTO SOLER

El actual Código Penal Argentino en su artículo 34 N° 1, establece que no es punible:

"1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por

22. Zdravomislav, Schneider, Kelina y Rashkovskaia: Derecho Penal Soviético, Temis, Bogotá, 1970, pág. 145.

23. La imputabilidad se asienta sobre bases materialistas, pues como dice Zdravomislav, "la consciencia y la voluntad de la persona están condicionadas por la realidad objetiva, por las condiciones de la vida económica de la sociedad, y ante todo por el medio social en el cual se forma la personalidad humana. Sin embargo, esta dependencia del medio exterior no excluye en forma alguna el papel activo de la consciencia y la voluntad de la persona. ni determinan totalmente su conducta" (pág. 143).

estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Esta formulación, ha dado lugar a arduas polémicas en lo que toca al trastorno mental transitorio. Así, CARLOS FONTAN BALESTRA²⁴, sostiene que puede ser sin duda alguna causal de inimputabilidad, siempre y cuando sea capaz de impedir comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Que el texto de la ley argentina, impone una limitación cuando se trata de la alteración de las facultades, es decir, que el trastorno SEA DE ORIGEN PATOLOGICO, pues de no ser así, no podría afirmarse que constituye una alteración morbosa de las facultades; sin embargo, él termina aceptando la eximente cuando no hay base patológica, siempre y cuando el acusado reúna las condiciones del estado mental de inconsciencia, particularmente el caso de la amnesia lacunaria.

Por su parte SEBASTIAN SOLER²⁵, sostiene que el trastorno mental transitorio puede constituirse en causal eximente, siempre que reúna los presupuestos exigidos por el artículo 34 N° 1; considera sin embargo, un craso error frente a la ley argentina, admitir un trastorno mental transitorio puro sin base patológica, pues la ley establece que la incapacidad de comprender o de hacer, debe provenir de una insuficiencia o alteración morbosa.

A SOLER correspondió elaborar un Proyecto de Código, el cual presentó en 1960, consagrando en su artículo 24 la eximente que nos ocupa, en los siguientes términos:

“No es punible el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o una grave perturbación de la conciencia”²⁶.

Como puede apreciarse, se trata básicamente de la misma fórmula del artículo 34 N° 1, sólo que organizada y anexándole la expresión “alteración morbosa, aunque sea transitoria”.

Es nuestro parecer, que el Código de la República Argentina, está clamando una reforma sustancial en este punto; hoy, cuando todas las legislaciones han desterrado el anticientífico y anticuado criterio del “estado de inconsciencia”, no podemos concebir que aún se conserve en dicha legislación²⁷. Al Proyecto Soler, hay que abonarle la corrección del “estado de inconsciencia”, pues para este autor es muy claro que lo que cuenta es la perturbación de la conciencia y no su ausencia total.

IX. ANTEPROYECTO JIMENEZ DE ASUA PARA VENEZUELA, 1967

LUIS JIMENEZ DE ASUA, en compañía del profesor venezolano JOSE A. MENDEZ, elaboró un Anteproyecto de Código para la República de Venezuela, en el cual se reconoce el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad, en su artículo 12, así:

“No es imputable quien, a causa de las perturbaciones morbosas, de su insuficiencia psíquica o de trastorno mental transitorio, no ha podido, en el momento en que ejecutó el hecho, comprender la ilicitud de su acción o regular su conducta conforme a normas de derecho hay”²⁸.

El artículo 120 de este Anteproyecto, hace la distinción entre el trastorno mental transitorio, con o sin base patológica, en los siguientes términos:

“Cuando fuere absuelto el inimputable según las disposiciones del artículo 12, del párrafo último del artículo 14 y del artículo 16, salvo si el que se hallare en trastorno mental transitorio careciese de base patológica”.

El mencionado Anteproyecto no se adoptó; en la actualidad rige, el Código de 22 de junio de 1964, el cual reconoce el trastorno mental transitorio, tal como se desprende de la redacción de su artículo 62, inc. 1°:

“No es punible el que ejecuta acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos”²⁹.

El artículo 63 consagra la atenuación en los casos del artículo anterior, pudiendo allí ubicarse la eximente incompleta.

X. CODIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA

Este Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, es un fruto más, de la creciente integración latinoamericana iniciada a partir de la década del sesenta. El mérito de esta codificación, es el de haber contado con la colaboración de los más grandes penalistas del continente.

Después de elaboradas las ponencias y realizadas las sesiones correspondientes, se aprobó en San José de Costa Rica el texto definitivo, en abril de 1972; en el artículo 19 se lee la siguiente declaración:

“No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

28. Anteproyecto de Código Penal de 1967 y Exposición de Motivos, por Luis Jiménez de Asúa y José A. Méndez, Publicaciones de la Secretaría del Senado de la República, Caracas, 1967.

29. Código Penal Venezolano, Editorial La Torre, Caracas, sin fecha, pág. 18.

24. Carlos Fontán Balestra: Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, pág. 146.

25. Sebastián Soler: Derecho Penal Argentino, Tomo II, Buenos Aires, 1973, pág. 53.

26. Véase a OSCAR C. BLARDUNI: El Problema de la Imputabilidad Disminuida, en Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, No. 5, La Plata, 1961, pág. 40.

27. En 1951, se había elaborado el Proyecto Oficial Argentino, que admitía la eximente por trastorno mental transitorio.

El Tribunal ordenará el sometimiento del agente a una medida de seguridad curativa, salvo el caso de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, en que no se aplicará ninguna medida" ³⁰.

Como caracteres de esta fórmula tenemos:

1º Enumera las entidades nosológicas que constituyen causas de inimputabilidad: Enfermedad mental, Desarrollo psíquico incompleto o retardado, Grave perturbación de la conciencia. Desde este punto de vista, se trata de una fórmula psiquiátrica o biológica.

2º Soluciona el problema que presentan legislaciones inclusive muy modernas, las que excluyen las eximentes con respecto a personas, que comprendiendo la finalidad de sus actos y pudiendo dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, son inimputables por no poder regular su conducta conforme a derecho. El Proyecto utiliza la expresión "determinarse de acuerdo con esa comprensión", comprendiendo entonces al paranoico y al cleptómano ³¹. Se siguió en este punto condificaciones como la yugoeslava de 1951 y las checoslovacas de 1952 y 1962.

Mirada la fórmula por este segundo aspecto, concluimos que es psicológica, pues se requiere de la carencia de las facultades psíquicas, para que se pueda predicar la inimputabilidad.

3º La expresión GRAVE PERTURBACION DE LA CONCIENCIA es suficientemente comprensiva del "trastorno mental transitorio".

4º En el inciso 2º del artículo se distingue entre grave perturbación de la conciencia con o sin base patológica, estableciéndose que cuando no se presente tal base, no hay lugar a medidas de seguridad.

5º La fórmula es mixta, es decir: psiquiátrica-jurídica-psicológica.

XI. CODIGO PENAL DE LA R.F.A. Y PROYECTO ALTERNATIVO.

En la República Federal Alemana, rige actualmente una nueva legislación penal, que es en realidad una nueva reforma al ya tradicional Código de 1871.

Las comisiones de reforma bajo el Bundesrepublik, se instalaron en 1953 y 1954 con la "Gran Comisión de Derecho Penal", sucediéndose trabajos y proyectos que culminaron en 1962, con la presentación del Proyecto Oficial. Una disidencia de notables juristas que disintían de la base político-criminal del Proyecto, culminó con la elaboración del Proyecto Alternativo; en fecha 4

30. Código Penal Tipo para Latinoamérica, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973. Texto y recopilación de actas por el profesor Francisco de Grisolia.

31. Las discusiones que concluyeron con la aprobación del artículo 19 de la sexta sesión, el 22 de octubre de 1965, pueden consultarse en el Tomo II de la recopilación hecha por el Prof. Grisolia, op. cit., pág. 141 y ss.

de julio de 1969 el Bundestag (parlamento), aprobó la reforma, tildada por muchos de transaccional. El artículo 20 de dicha codificación, reconoce el trastorno mental transitorio, en los siguientes términos:

"Art. 20. INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR PERTURBACIONES ANIMICAS. Actúa sin culpabilidad quien, en la ejecución de un hecho, por una perturbación de la conciencia o por debilidad mental u otros disturbios anímicos, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de conducirse conforme a esta comprensión".

Como puede apreciarse se habla de "perturbación de la conciencia" y de "disturbios anímicos", lo que da gran amplitud a la fórmula, pudiendo ubicarse allí cualquier tipo de trastorno mental, llámese psicopatía, reacción psíquica anormal-reacción psicógena, o de enfermedades psíquicas debidas a procesos cerebrales, siempre y cuando el sujeto sea incapaz de comprender lo injusto del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, como dice el artículo.

El Proyecto Alternativo por su parte ³², trae una fórmula que consideramos mejor elaborada, la misma que no acogió el legislador alemán; dice así el artículo 21:

"Art. 21. INCAPACIDAD DE CULPABILIDAD POR PERTURBACION ANIMICA. Actúa sin culpabilidad el que, al tiempo del hecho, por una perturbación psíquica morbosa o de gravedad comparable, por una profunda perturbación de la conciencia o por debilidad mental, es incapaz para comprender lo injusto del hecho o para comportarse conforme a esta comprensión".

XII. ANTEPROYECTO COLOMBIANO DE 1974,

PROYECTOS 1976 Y 1978

En Colombia se ha venido agitando la reforma penal desde hace varios años, fruto de este movimiento renovador es la elaboración del Anteproyecto de 1974 y del Proyecto 1976 modificado al ser presentado para primer debate, ante la Comisión Primera del Senado de la República. Como es conocido, esta ponencia concluyó con la concesión de facultades al gobierno nacional, el cual bajo la égida del Congreso se propone poner en vigencia el nuevo Código Penal.

El Anteproyecto de 1974, reconoció el trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en su artículo 38, al declarar:

"Concepto. No es imputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de de-

32. Véase Parte General del Código Penal de la República Federal Alemana, en Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, serie Legislación Extranjera/1, traducción y presentación de Raúl E. Zaffaroni, 1975, págs. 12 y 54.

terminarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”³³.

Se trata de una fórmula bastante moderna, acorde con las más modernas tendencias de la dogmática jurídico-penal; que habla del “trastorno mental” como causal de inimputabilidad.

Por su parte, el artículo 39 distingue entre el trastorno mental transitorio con base patológica y sin base patológica, en los siguientes términos:

“Medidas aplicables. En los casos contemplados en el artículo anterior, se aplicarán las medidas de seguridad que establece este Código.

Salvo los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufra de anormalidad psíquica, y no quedaren como secuela de él perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil”.

A su turno el Proyecto de 1976 sostiene en su artículo 33 que:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho, no tuviere capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria”.

La concepción de imputabilidad esbozada no ofrece mayores dificultades, salvo en lo relativo al “determinarse de acuerdo con ese conocimiento”, que sería mejor expresarlo como el Anteproyecto del año 74 lo hace: “determinarse de acuerdo con esa comprensión”. El término “enfermedad mental”, se nos hace bastante impreciso y hasta vago, nos parece más acertado hablar de “trastorno” o de “perturbación”.

El Proyecto sin embargo, incurre en imprecisiones al establecer en el art. 110 las medidas que se han de imponer al inimputable, veamos:

“Al inimputable de que trata el artículo 33, cuando la enfermedad mental fuere transitoria, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.

Esta medida tendrá un mínimo de seis meses de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha dejado de constituir un peligro para sí o para otros”³⁴.

Esta última norma vuelve nuevamente a hablar de “enfermedad mental” pero calificándola como “transitoria”, dando a entender que se refiere al trastorno mental transitorio; sin embargo, a este tipo de inimputables, se les somete siempre a medidas curativas y se fija un arbitrario término de internamiento, esto, sin hacer distinciones de ninguna clase. A nuestro modo de ver, se des-

conoce la posibilidad de enmarcar en tal norma los trastornos mentales transitorios sin base patológica, lo que constituye una situación francamente injusta, a no ser que se entienda, que todo trastorno mental transitorio es patológico, es decir, deja secuelas.

De otro lado, se establece un mínimo de internamiento para el inimputable, el que hemos calificado como “arbitrario”, pues creemos que la recuperación de la salud mental, no pende de la voluntad omnipotente del legislador; se nos puede argüir que tal mínimo se establece para efectos de “política criminal”, a lo que hemos de responder que la “política criminal” no se puede confundir con la *arbitrariedad*.

El Proyecto de 1978, es decir, el de 1976 con algunos retoques, define así la imputabilidad en su artículo 34:

“Es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho, tuviere la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ese conocimiento”.

El art. 35, en extraño malabarismo lógico y con ausencia de técnica legislativa, dice quien es inimputable:

“No es imputable quien al tiempo de ejecutar el hecho no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ese conocimiento, por padecer de enfermedad mental permanente o transitoria”³⁵.

Como se puede apreciar, se define doblemente el concepto de imputabilidad, y se vuelve a utilizar la genérica expresión “enfermedad mental”, cayéndose en el artículo 114 del Proyecto en las mismas impropiedades en que incurrió el art. 110 de 1976, en donde, como vimos, no se distingue entre trastorno mental transitorio que deje secuelas y el que no las deja.

Digamos finalmente, que creemos muy conveniente conservar la formulación del Anteproyecto de 1974, ya que se trata de una regulación muy sabia y ajustada a la realidad, la que evitaría interpretaciones amañadas y equívocos de no poca monta.

33. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, marzo de 1977, pág. 164.

34. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano, op. cit., págs. 33 y 46.

35. Véase el Proyecto de Código Penal Colombiano, Publicación del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1978.

LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN LA ANTIGUA

LEGISLACION PENAL CHINA

*Dr. Luis Alberto Kvitko**

INTRODUCCION

Es evidente que la legislación penal china antigua en general es prácticamente desconocida por la gran mayoría de los estudiosos del Derecho y, dentro de ella es aún mayor la falta de información en lo que se refiere a la Responsabilidad Médica desde el enfoque penal.

El presente es un breve estudio de la legislación penal china al respecto practicado sobre el "TA TSIN LEU LEE" ó "LEYES FUNDAMENTALES DEL CODIGO PENAL DE LA CHINA"¹.

La legislación china, al igual que las demás (romana, española, etc.), fue evolucionando en etapas. El origen de las leyes penales chinas que han llegado hasta nuestros días parte de la llegada al trono del famoso Emperador fundador de la dinastía Tsin que ocupó el trono en el año 249 antes de Jesucristo. Hay referencias que nos informan que este Emperador encomendó a Lée Quéé, un famoso personaje de la época —que no era legislador ni compilador célebre— para que hiciera el primer Código de leyes penales chinas. Pero, estamos autorizados a pensar que, pese a ser el más viejo Código escrito que

* Dr. Luis Alberto Kvitko. Médico Legista, Médico Psiquiatra. Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Medicina Legal y Deontología Médica. Docente Adscripto a la Cátedra de Medicina Legal y Deontología Médica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

1. Ta Tsin Leu Lec ó Las Leyes Fundamentales del Código Penal de la China. Traducido del Chino al Inglés por Jorge Thomas Staunton. Puesto a Francés por Mr. Félix Renouard de Sainte Croix (Paris 1812). Traducido al Español (del Francés) por el Dr. D. Juan de Dios Vico y Brabo. Publicado en Madrid en 1884 por Imprenta de la revista Legislación.

llega a nuestras manos en el presente, con anterioridad haya habido, sino Códigos, por lo menos leyes escritas que bien pudieron haberse perdido ó por el contrario haber sido mandados destruir por el propio Emperador Tsin ó sus colaboradores a fin de aumentar su fama.

Las sucesivas dinastías dominantes fueron modificando el Código original. De esta forma, la civilización china, con milenios en su haber, prácticamente desvinculada de Occidente hasta la llegada de Marco Polo, evidentemente fue moldeando sus normas jurídicas basándose en las diversas situaciones que se iban planteando sucesivamente en su medio y, sin tomar antecedentes de otros pueblos ó civilizaciones. De allí su extraordinario valor y, por ello este trabajo.

CODIGO PENAL DE LA CHINA ó TA TSIN LEU LEE

Sexta División — Capítulo III — Del Homicidio

Sección 297. "De las personas que, ejerciendo la Medicina, cuidan mal ó matan los enfermos".

"Cuando los que ejercen la medicina ó la cirugía sin entenderlo, administren drogas ú operen con instrumentos punzantes ó cortantes contrarios a los que la práctica tiene establecidos, y por consiguiente contribuyan a la muerte del enfermo, los Magistrados llamarán a otros hombres del mismo arte para que examinen la naturaleza del remedio que han propinado ó de la herida que han hecho, y a los que han seguido la muerte del enfermo. Si se reconoce no puede acusársele sino de haber obrado con error, sin deseo de perjudicar, el médico ó cirujano podrá rescatar la pena señaladas para el homicidio del modo establecido para los casos en que se mata por accidente, pero quedarán obligados a ABANDONAR LA PROFESION PARA SIEMPRE.

Si parece que un médico ó cirujano no han seguido las reglas establecidas por la práctica, separándose de ellas con intención y diciendo buscar el medio de alejar el peligro de la persona a quién cuida, y por el contrario, la empeora, porque de esta manera la curación le produce más dinero, la suma que tome por este medio se considerará robada, y la pena se le impondrá en proporción a los honorarios recibidos.

Cuando muera una persona y, el médico ó cirujano que le hayan asistido en su enfermedad sean convictos de haber causado daño en su salud con intención, sufrirán la MUERTE POR DEGUELLO, después de estar en prisión hasta la estación ordinaria".

Cuarta División — Capítulo II

Sección 163. "De la preparación de las medicinas y platos destinados al Emperador".

"Si un médico compone por inadvertencia para el Emperador bebidas purgantes que no autoriza la práctica ordinaria, ó al mismo tiempo de la descripción de las drogas que entran en su composición, con la manera de administrarlas, será castigado con 100 (cien) golpes. Si aun siguiendo el uso acostumbrado, los ingredientes empleados por este médico no son ni de buena calidad ni mezclados con cuidados, recibirá 60 (sesenta) golpes".

CONSIDERACIONES

- a) Lo primero en evidenciarse —no podía ser de otro modo— es la diferencia en lo que hace a la atención médica entre los médicos del Emperador y los del resto de la población.
- b) Cita y diferencia a los *médicos y cirujanos*. Al respecto hacemos notar que otras legislaciones —Código de Hammurabi por ejemplo— citaban solamente a los cirujanos.
- c) Determina la *IMPERICIA* al decir "Cuando los que ejercen la medicina ó la cirugía sin entenderlo...".
- d) Determina la *NEGLIGENCIA ó la IMPRUDENCIA* según el caso al decir "... administren drogas ú operen con instrumentos punzantes o cortantes contrarios a los que la práctica tiene establecidos...".
- e) Determina el *DELITO CULPOSO* al decir "... si se reconoce no puede acusársele sino de haber obrado con error, sin deseo de perjudicar...".
- f) Determina el *DELITO DOLOSO* al decir "... si parece que un médico o cirujano no han seguido las reglas establecidas por la práctica, separándose de ellas con intención...".
- g) Determina la *IATROGENIA DOLOSA*. Recordamos que se denomina iatrogenia a toda alteración patológica del cuerpo o de la salud que se agrega a una determinada persona por el tratamiento médico que se le efectúa. La gran mayoría no acepta la variante dolosa de la iatrogenia, considera a esta como culposa únicamente y, en caso de existir se trata de un delito simplemente (lesiones u homicidio) agravado. Sin volcarnos por ninguna de las dos opiniones es evidente que los chinos aceptaban y, en consecuencia determinaron —fueron los primeros— esta situación en sus normas jurídicas.
- h) Se presentaban varias posibilidades en cuanto a las *PENAS* a aplicar:
 - 1) *INHABILITACION ABSOLUTA Y DEFINITIVA.*
 - 2) *CASTIGO CON SESENTA ó CIEN GOLPES.*
 - 3) *CONSIDERACION DEL HECHO COMO ROBO.*
 - 4) *PENA DE MUERTE POR DEGUELLO.*

- 1) Se determina ya la existencia de *PERITOS MEDICOS* al decir "... los Magistrados llamarán a otros hombres del mismo arte para que examinen la naturaleza del remedio propinado ó de la herida que han hecho...". Es importante aclarar que en otras legislaciones antiguas la existencia de peritos médicos se presume pues no se hace mención precisa de ellos en sus normas, como en el caso chino.

Agreguemos que se vuelve sobre el tema de los peritos médicos en la Sexta División, Capítulo XII "De la prisión, del juicio y de la ejecución de los criminales" en su Sección 412 al tratar de la inspección del cuerpo de las personas muertas.

CONCLUSIONES

Como se puede fácilmente apreciar la antigua legislación penal china, que evolucionó independientemente de las demás conocidas de la antigüedad, tenía ya perfectamente determinadas todas las variantes que hoy, después de varios milenios contemplan las legislaciones más avanzadas y que, otras civilizaciones contemporáneas y posteriores ni siquiera consideraron. Así estaban precisadas con exactitud la responsabilidad mediando culpa, dolo, la iatrogenia dolosa, diversos tipos de penas —desde el simple castigo por golpes hasta la muerte pasando por la inhabilitación absoluta y definitiva—. También distinguieron entre las variantes de la culpa, la impericia, la imprudencia y la negligencia. Es importante consignar ya en esas lejanas épocas la existencia de los peritos médicos —que no existe en el Código de Hammurabi—.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NUEVA INTERPRETACION DEL ARTICULO 39 DEL C.P.P.

Comentario: Dr. J. Héctor Jiménez Rodríguez

La Corte Suprema de Justicia cambia su interpretación del artículo 39 del C. de P. P. y sostiene ahora, en resumen, como se desprende del salvamento de voto, que el conocimiento para investigar y juzgar en forma unitaria varias infracciones, algunas de ellas sometidas a distintas competencias, exige que el delito de mayor gravedad mantenga su posible punibilidad hasta el momento de pronunciarse la sentencia de primer grado. Ello indica, por tanto, que si tal evento no origina auto vocatorio a juicio o sobreseimiento de índole temporal, la competencia se dispersa y surge la separación de los procesos.

Estudiando el aspecto de la competencia para el conocimiento de ilicitudes conexas, fenómeno que debía mantenerse hasta la culminación del proceso, sin que importara la exclusión del delito de mayor gravedad a través del auto de cesación del procedimiento o del sobreseimiento definitivo, la jurisprudencia que la Corte modifica radicalmente expuso el sólido criterio de que "Cuando para mejor conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso y su real o aparente relación con otros igualmente ilícitos las circunstancias aconsejan aprehender su investigación y fallo, en conjunto, así deberá hacerse. Sin que importe el caso que, a la postre y como lo demuestra la práctica diaria, uno o varios de los hechos que en el comienzo se ofrecieron a la vista del juzgador con tales características, no las conserven hasta el final, lo cual no muda la competencia del juez que inició su conocimiento, si como en el caso colombiano al tenor del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal la competencia deviene inmodificable, hasta la culminación del proceso, sin que importen los resultados diferentes que cada uno de los delitos conexos obtenga en la sentencia judicial, o en acto procesal distinto que dicte el juez con fuerza parcial o totalmente decisoria". (Casación penal de 19 de agosto de 1976).

Las opuestas tesis que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han defendido acerca de tan ardua materia, y las proyecciones de uno u otro criterio en el ámbito de la competencia por el factor conexión (artículos 39 y 168 del

C. de P. P.), con sus inevitables secuelas de ineficacia del procedimiento y nulidad de la actuación cuando se admite que más allá de la calificación del mérito de la sumaria (artículo 480 ibídem) *es imposible sostener la unidad del proceso*, pues el conocimiento conjunto reclama que el delito de mayor entidad persista como tal, han tenido saludable eco en el pensamiento de los expertos elegidos en distintas épocas para la elaboración de un nuevo Código de Procedimiento Penal. Así, en el proyecto del año de 1977, artículo 87, el controvertido tema encuentra esa solución legislativa: "*Rompimiento de la conexidad*. Cuando el juez que conoce de hechos punibles conexos profiera auto de cesación del procedimiento por el delito o delitos que le den competencia (no se olvide que en el sistema diseñado en ese estatuto el auto de cesación del procedimiento se extiende a nuevas causales y queda eliminado el auto de sobreseimiento definitivo, artículos 454 y 460 ibídem), deberá enviar el proceso al funcionario a quien corresponda de conformidad con las reglas generales sobre competencia".

"El rompimiento de la conexidad no anula la actuación cumplida".

Se insertan a continuación algunos apartes de la nueva jurisprudencia:

"CAUSAL CUARTA: Cargo Unico. Lo enuncia el demandante diciendo, en síntesis, que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez ya que el Primero Superior de Medellín no podía conocer del delito de estafa por cuanto el conocimiento en este caso de tal ilícito penal estaba reservado exclusivamente a los jueces penales del Circuito y que, habiéndose declarado por el Tribunal, al revocar el auto de detención, que no existía el delito de falsedad documental, que era el que le daba competencia al Juez Primero Superior de Medellín, no ha debido seguir el proceso en manos de éste sino pasar a uno de los Penales de Circuito.

Replica el Procurador que, habiéndose iniciado el proceso tanto por el delito de estafa como por el de falsedad y fijada, por razón de este último ilícito, la competencia en el Juez Primero Superior de Medellín éste debía seguir conociendo de ambos, no obstante la desaparición del de falsedad, por cuanto así lo dispone el art. 39 del Código de Procedimiento Penal al estatuir que "cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de él hasta su terminación, el juez de mayor jerarquía".

En este caso tal jerarquía la tenía el Juez Superior quien por lo tanto tenía que conocer del proceso hasta la sentencia definitiva de primera instancia

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

CAUSAL CUARTA. Cargo Unico. Resulta incuestionable que la existencia de un delito de falsedad fue descartada en el proceso luego de haberse dictado, tanto por este ilícito como por el de estafa, auto de detención contra

los tres sindicatos iniciales, a saber, Angela Arango viuda de Jaramillo, Federico Sierra y el abogado Diofanor Sánchez Velilla.

Y también es verdad que al calificarse el mérito del sumario el Juzgado Primero Superior de Medellín, no obstante sobreseer definitivamente por el delito de falsedad en documentos, llamó a juicio por el de estafa.

Posiblemente siguiendo el Juez la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 19 de agosto de 1978, determinó seguir conociendo de este último ilícito pese a haber desaparecido el de falsedad que era el que le daba competencia para conocer de ambos.

Ocorre, empero, que esa doctrina fue rectificada por la Sala al hacer una nueva interpretación del art. 39 del C. de P. P., especialmente de la frase "hasta su terminación" que en la sentencia mencionada por la Procuraduría había sido entendida en el sentido de que no importa en cuál momento procesal se rompiera la conexión entre los diversos delitos sometidos al conocimiento del juez competente para conocer del más grave, permanecería, en cabeza de éste la facultad de juzgarlos a todos aún cuando hubiera desaparecido aquel que lo hizo competente.

Esa situación se prestaba a irregularidades especialmente a que, aún cuando antes de calificarse el mérito del sumario hubiera desaparecido el ilícito que daba la competencia al Juez de mayor jerarquía, éste tuviera que seguir conociendo no de ese ilícito sino de otros sometidos a la competencia de jueces inferiores, lo que, en verdad, resultaba por lo menos insólito.

Pero si se piensa que el objeto de esa disposición es el de facilitar el juzgamiento tanto por posibilidad de juzgar varios delitos cuyas pruebas, por ejemplo, sean comunes, o en que existan relaciones de causa a efecto o viceversa, etc., y que a esa economía procesal y ventaja de juzgamiento conjunto se opone el frecuente cambio de juez dentro del proceso, ambas conveniencias, a saber, la que acaba de indicarse y la de que se puedan juzgar número plural de delitos en un mismo proceso pueden conciliarse si la frase en mención se interpreta en el sentido de que sólo cuando el auto de proceder ha quedado en firme si desaparece después el delito que ha dado competencia al juez de mayor jerarquía, éste puede seguir conociendo de los demás hasta la terminación del proceso aunque no estén sometidos a su específica competencia.

Si al llegar el momento de calificar el mérito del sumario el juez sobreseer definitivamente por el delito que le ha dado competencia debe disponer también que el proceso pase al juez competente para que siga conociendo de él.

En caso de que no disponga tal cosa, usurpa competencia e incurre en la causal de nulidad procesal contemplada en el numeral primero del art. 210 del C. de P. P.

Esa nulidad se presentó desde el auto de cierre de la investigación ya que éste no podía ser dictado sino por el juez competente y por eso al casar la sentencia, como es necesario hacerlo, se debe retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal, o sea que desaparece lo actuado desde tal providencia, inclusive, en adelante.

Aceptada la causal de casación que se menciona, resulta inoficioso examinar las demás que fueron alegadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR la sentencia recurrida.

En consecuencia el proceso queda en el estado que se deja dicho al final de la parte motiva de la presente sentencia, o sea en el de investigación y el Tribunal de origen deberá proceder, por lo tanto, con arreglo a dicha determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen". (Sentencia de casación penal de 10 de octubre de 1979, Magistrado ponente, Dr. Luis Enrique Romero Soto, salvó el voto el Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

DOLO DE IMPETU Y DOLO INDETERMINADO. FORMAS IMPERFECTAS DEL DELITO.

Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Ortiz Rodríguez

El dolo de ímpetu no puede confundirse con el dolo indeterminado. El dolo de ímpetu y el dolo indeterminado corresponden a clasificaciones diferentes del dolo. El dolo de ímpetu no pertenece a la categoría del dolo indeterminado y en estas condiciones no es cierto que el dolo de ímpetu se determine por el resultado. Lo que sucede es que cuando hay duda acerca de si hubo en un caso intención de matar o de lesionar, ante

la duda, se debe optar por la intención más benigna. Nada impide la existencia de una tentativa de homicidio realizada con dolo de ímpetu.

Comentario: Presentamos apartes de un auto del Tribunal Superior de Medellín en el que se plantea la tesis arriba reseñada. El auto lleva fecha 9 de diciembre de 1970. A pesar de que no es reciente, como no tenemos conocimiento de que tal providencia haya sido publicada, pensamos que bien vale la pena que ella se conozca dada su importancia.

En su auto de noviembre 20 del año en curso y a fs. 183, el señor Juez Cuarto Superior de esta ciudad escribe:

"Partiendo del estado anímico reconocido a N.N., el examen de la intención que tuvo al lesionar a Z.Z. debe hacerse teniendo en cuenta dicho estado y no únicamente de la eficacia del arma empleada, de la región en la cual se infirieron las lesiones, o de la repetición de los disparos porque, esta última consideración pierde validez cuando el sujeto agente obra durante un estado emocional plenamente justificado y demostrado, como es la ira".

Así, luego de citar la triple distinción de dolo de ímpetu, dolo deliberado y dolo premeditado a que se refiere FERRI, transcribe apartes de la obra del profesor MESA VELASQUEZ en cuanto al dolo de ímpetu se refiere en los cuales se indica que no pueden existir, "Ordinariamente las formas imperfectas de tentativa y frustración con el dolo de ímpetu". Transcribiendo al mismo profesor que cita a ALTAVILLA, DEL GIUDICE y ALIMENA, acepta la tesis de que el dolo de ímpetu es dolo indeterminado. Y en apoyo de esas tesis transcribe a CARRARA y a FINZI. De esta manera llega a la conclusión de que al señor N.N. solo puede imputársele (sic) un delito de lesiones personales cometido en estado de ira grave e injustamente provocada por la víctima.

En otras palabras: El señor Juez Cuarto Superior en cita razona así: En los casos en que el agente activo obra con dolo de ímpetu no es dable hablar de tentativa. N.N. al lesionar a Z.Z. obró con dolo de ímpetu. Luego, no es dable hablar de tentativa de homicidio. Pero también, su raciocinio puede presentarse como sigue: El dolo de ímpetu es indeterminado y se determina por el resultado obtenido. N.N. obró con dolo de ímpetu. Luego, el dolo se determina por el resultado obtenido.

ANÁLISIS DE LA TESIS MENCIONADA

La validez de la tesis en mención depende de la validez de la otra que dice que el dolo de ímpetu es dolo indeterminado y que la tentativa y la frustración no pueden darse cuando el sujeto activo obra con dolo de esa clase. Pero antes de referirse a este punto, la Sala se referirá al origen de la incompatibilidad entre dolo de ímpetu y tentativa.

DEL ORIGEN DE LA TESIS

La tesis de la incompatibilidad entre el dolo de ímpetu y la tentativa es originaria de los prácticos italianos aunque algunos remontan sus orígenes al derecho romano. Y como tantas otras, fue elaborada y precisada por el incomparable maestro FRANCISCO CARRARA. Este, en su "Programa de Derecho Criminal", volumen I, artículo 368, afirma respecto del tema lo siguiente:

De la idea de que "en cualquier duda se debe suponer en el agente la intención más benigna y menos perversa, se deduce el principio de que la noción tentativa no puede aplicarse a hechos cometidos por repentino ímpetu de pasiones". Expresa además que, "En los delitos cometidos por ímpetu de cólera no puede darse la noción de la tentativa". Sin embargo, el mismo maestro afirma: "La intención positivamente dirigida a la muerte requiere que, en el individuo al cual se le pretende atribuir la tentativa de homicidio, resulte de circunstancias que muestre que a la inteligencia del agente se le presentó en forma explícita la idea del homicidio, y que aquel la prefirió a la idea de la simple lesión".

Así, pues este es el núcleo de la tesis en cuestión que puede concretarse a la regla de que cuando exista duda respecto de la intención especial con que obró el sujeto activo debe acogerse la más benigna y menos perversa. Pero si sobre el particular no existe duda alguna, si las pruebas demuestran la intención positiva dirigida a la muerte, la tesis no puede ser aplicable. Por ello hay que convenir en que solo es relativamente válida y por tanto no puede aplicarse en forma rígida y dogmática cada vez que se está en presencia de un caso de dolo de ímpetu.

Pero desde otro punto de vista, el fundamento de la tesis en examen se encuentra en la noción de dolo de ímpetu.

QUE SE ENTIENDE POR DOLO DE ÍMPETU

El italiano MAGGIORE enseña que: "Hay dolo de ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo notable), sea que uno obre por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega".

Y el español CUELLO CALON dice que el de ímpetu es "el dolo irreflexivo en el que la acción sigue inmediatamente al surgimiento de la intención". "El dolo de ímpetu, como lo enseñan numerosos autores, entre ellos los colombianos LUIS CARLOS PEREZ y AGUSTIN GOMEZ PRADA, es una clase de dolo mirado desde el punto de vista del contenido, el dolo puede ser indeterminado, el cual se subdivide en alternativo y eventual. Esto significa, siguiendo la doctrina de grandes maestros, que el dolo de ímpetu no pertenece a la categoría del dolo indeterminado. Y esto lo confirma la experiencia. Un hombre, ante una provocación grave e injusta o no, puede reaccionar y de

hecho ha ocurrido, dando muerte al provocador con intención de hacerlo. Negar esta verdad de perogrullo es negar la realidad misma.

De lo expuesto la Sala colige que el dolo de ímpetu no es indeterminado y por tanto es erróneo afirmar que tal intención irreflexiva se determina por el evento o resultado obtenido.

Otra cosa muy distinta es que en un caso de dolo de ímpetu la prueba de la intención homicida sea suficiente para afirmarla. En caso de esta naturaleza es justo que se escoja la intención más benigna y menos perversa, pero no porque dicho dolo sea indeterminado sino porque las dudas probatorias deben resolverse en favor del sindicado cuando no hay modo de eliminarlas.

En resumen, la forma rígida y dogmática como el señor Juez Cuarto Superior ha aplicado la tesis de CARRARA en esta materia es totalmente inadmisibile.

TAMPOCO ES ENTERAMENTE VALIDA LA AFIMACION O JUICIO DE QUE LA TESIS DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL DOLO DE IMPETU Y LA TENTATIVA ES ACEPTADA UNIFORMEMENTE POR LA DOCTRINA.

La uniformidad doctrinaria sobre este particular está muy lejos de alcanzarse. El italiano FERRI expresa que "La tentativa es posible, en principio, en todos los delitos dolosos que no consisten en una sola palabra instantánea: cuando hay un ITER CRIMINIS, aunque imprevisto y rápido, cabe la posibilidad de separación entre actos ejecutivos y actos consumativos. Por lo que ES CIERTO QUE EN LOS DELITOS DE IMPETU ES POSIBLE LA TENTATIVA. (Las mayúsculas no son del texto). El maestro CARLOS LOZANO Y LOZANO al respecto enseña: "Respecto de los delitos de ímpetu, cometidos de manera súbita sin deliberación previa, se sostiene también que no admiten tentativa, es decir, que debe aceptarse siempre el concepto de que el agente no deseaba producir resultado alguno más grave del que realmente obtuvo.

Este punto es interesante sobre todo cuando se presenta una riña violenta durante la cual los que en ella participan se hallan agitados y no alcanzan a reflexionar. Creemos que el problema indicado no puede resolverse sino de acuerdo con las circunstancias concretas, pues se trata de una cuestión de hecho y no de derecho". Y el profesor AGUSTIN GOMEZ PRADA dice que "En los delitos de ímpetu puede admitirse también que exista la tentativa".

De manera que no puede afirmarse de buenas a primeras que en los casos de dolo de ímpetu haya que excluirse la tentativa de delito.

De todo lo hasta ahora expuesto, la Sala concluye:

El dolo de ímpetu no es un dolo indeterminado. Por tanto su contenido no se concreta o determina con base en los resultados obtenidos por el

agente. En todo caso de dolo de ímpetu es posible la tentativa y particularmente la tentativa de homicidio. En todo caso el homicidio intentado o frustrado, así se haya obrado en forma súbita o por impulso de una pasión ciega como la ira o el temor, la intención homicida se resuelve con base en las pruebas, en las circunstancias de cada caso concreto, y no mediante la aplicación de una regla doctrinaria general y abstracta como la de CARRARA. Por todo ello, la Sala desechará las tesis expuestas por el señor Juez Cuarto Superior en su auto ya citado.

QUE ES EL DELITO TENTADO O INTENTADO

El italiano BETTIOL enseña que delito tentado es aquel en el cual el sujeto activo "Ha ejecutado intencionalmente un acto idóneo para la consumación, pero ésta no se ha verificado por falta de cumplimiento de la acción o por falta de realización del evento, a consecuencia de las razones independientes de su voluntad". Y el artículo 16 de nuestro C. Penal consagra la tentativa de delito en los siguientes términos:

"El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

De las anteriores nociones y particularmente de la noción legal, resulta que los elementos de la tentativa son, como ha enseñado la Corte Suprema de Justicia en numerosas ocasiones, los siguientes:

- a) El propósito de cometer un delito determinado.
- b) Actos de ejecución en orden a realizar el fin propuesto, y
- c) Falta de consumación del delito principiado a ejecutar por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

El dolo o propósito que se exige para la tentativa no es distinto del que se exige para el delito consumado. Así, el profesor ROMERO SOTO enseña que "el elemento psicológico de la tentativa no difiere en nada del correspondiente al delito doloso consumado". Esta es la misma opinión del alemán MEZGER y otros. Y como el dolo es el delito del homicidio intencional no requiere ninguna característica especial, como puede ser de ímpetu, deliberado, eventual, etc. Así el dolo en la tentativa de homicidio intencional puede ser de cualquiera de esas clases. Igualmente, la prueba del dolo en la tentativa de homicidio es la misma que la del dolo en el delito consumado. Sin embargo en la forma imperfecta, "El carácter necesario de una voluntad intencional se deduce de la dirección inequívoca que deben tener los actos idóneos para construir el delito tentado" como enseña BETTIOL. De modo que la intención

explícita de cometer homicidio se manifiesta por el acto o actos que recaen directamente sobre la persona cuyo derecho se trata de conculcar. Esa intención criminosa se manifiesta con actos positivos. Por ellos la Sala, al resolver sobre la apelación del auto de detención en este caso, tuvo notoriamente en cuenta los actos que recayeron sobre Z.Z.

Los actos de ejecución deben ser inequívocos. Esto es, deben dirigirse a la consumación del delito propuesto por el agente activo.

Pero esos actos no consuman el delito concebido por el sujeto activo por circunstancias independientes de su voluntad como por ejemplo: que se le hayan acabado los proyectiles del revólver, por haberlos disparado todos contra la víctima.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

El Magistrado, (Fdo.) *Alfonso Ortiz Rodríguez.*

El Magistrado, (Fdo.) *Gustavo Peláez Vargas.*

El Magistrado, (Fdo.) *Hernán H. Restrepo.*

El Secretario, (Fdo.) *Enrique Correa Montoya.*

INHABILIDAD COMO CONSECUENCIA DE SANCION DISCIPLINARIA: REHABILITACION:

La inhabilidad o impedimento para el desempeño de ciertos cargos, a raíz de una sanción disciplinaria, tiene carácter temporal. Según el Decreto 1660 de agosto 4 de 1978, el término de la inhabilidad, para ser designado como funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público o de la Dirección de Instrucción Criminal, es de 5 años. Una vez transcurrido tal término, se restablece en el sujeto la habilidad para ser nombrado, sin que para ello se necesite pronunciamiento judicial. Esto, por cuanto el término de la inhabilidad está expresamente previsto y una vez el término transcurre, se produce entonces el restablecimiento por imperio de la ley.

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Taborda Pereáñez

VISTOS:

El doctor N.N., mediante escrito dirigido al señor Presidente de la Sala Penal, solicita, "la concesión de la rehabilitación de derechos y funciones pú-

blicas con base en lo preceptuado en el art. 707 y concordantes Capítulo VI del C. P. P. y art. 113 del C. Penal, inciso tercero". Para fundamentar la solicitud acompañó, en copia, la sentencia de este Tribunal, —Sala Especial Disciplinaria— en virtud de la cual se le condenó a la pena de **DESTITUCION** como ex-juez penal de Ciudad Bolívar, providencia que tiene fecha de 27 de julio de 1974 y que quedó ejecutoriada el 6 de febrero de 1975.

Como argumentos para su pretensión expuso:

"La rehabilitación de derechos y funciones públicas puede pedirse según el art. 707 del C. P. P. una vez transcurrido el tiempo consagrado en el art. 113 del C. Penal inciso tercero. La fecha de imposición de la pena (en que quedó ejecutoriada febrero de 1975) a la cual, han transcurrido más de cuatro (4) años, cumpliéndose así la exigencia del art. 113 inciso tercero del C. Penal" (fls. 31).

La petición inicialmente fue repartida como asunto penal de primera instancia, pero luego se enmendó el error por el señor Presidente del Tribunal, pues que tratándose de asunto penal disciplinario debe ser una Sala de Decisión Disciplinaria, en la misma forma como se sancionó. Ello explica el nuevo repartimiento y la decisión que a continuación se toma previas las siguientes consideraciones:

Tal como lo afirma el peticionario Dr. N.N., fue sancionado en sentencia de 27 de julio de 1974, visible a fls. 2 y siguientes de estas diligencias, que quedó ejecutoriada el 6 de febrero de 1975 (fls. 30), por una Sala de Decisión Disciplinaria de este Tribunal, a lo siguiente: "Se condena al doctor N.N., ex-Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar, a la pena de **DESTITUCION**, la cual será anotada en la hoja de vida del sancionado, para que surta sus efectos como impedimento. Dese cumplimiento a lo ordenado en el artículo 122 del Decreto 250 de 1970". La sanción fue impuesta por haber sido hallado responsable de las faltas disciplinarias señaladas en los ordinales 1º, 4º y 7º del artículo 94 del citado decreto que es el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público.

Según lo dispuesto en el capítulo 2º, artículo 97 de ese estatuto, las sanciones a imponer a los funcionarios y empleados judiciales y del Ministerio Público por faltas cometidas al régimen disciplinario, —independientes de las sanciones penales a que hubiere lugar—, son las de multa, suspensión del cargo y destitución. Precisamente esta última fue la impuesta al Dr. N.N. que trae como consecuencia inmediata la pérdida del empleo o cargo y la anotación en la hoja de vida del sancionado para que surta sus efectos como impedimento ¿A cuál impedimento se refiere la ley? Muy claramente lo dice el artículo 16 del Decreto 250 de 1970: "Artículo 16. No podrán ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional ni del Ministerio Público, a cualquier título 1º...2º...3º...4º...5º...6º... Quienes como funcionarios o empleados públicos de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público y por falta discipli-

naria, hayan sido *destituidos*, o suspendidos por segunda vez por falta grave, o sancionados por tres veces cualquiera que sean las sanciones”.

Por modo, pues, que el Dr. N.N. fue sancionado con destitución, por una falta disciplinaria que contemplaba el derogado Decreto 250 de 1970 y que solo traía como consecuencia (fuera de la pérdida del empleo) el impedimento ya anotado para desempeñar algún cargo en la rama jurisdiccional o del Ministerio Público. Pero es evidente que a él no se impuso, ni como pena principal ni accesoria, la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas.

En otras palabras, la sanción de destitución del derogado Decreto 250 de 1970, al igual que el Decreto vigente —1660 de 1978—, como se verá más adelante, no significa la pérdida o suspensión de los derechos políticos: ni el de participar en las elecciones (*ius suffragii*), ni el de ocupar cargos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, ya sea por elección o nombramiento (*ius honorum*), limitándose únicamente a crear, como consecuencia mediata, un impedimento o inhabilidad para el ejercicio de cargos en la rama jurisdiccional o del Ministerio Público. En este orden de ideas, bien puede afirmarse, entonces, que aquí no se trata de la rehabilitación mencionada en el art. 707 del C. de P. P., sino de la cesación o extinción de la consecuencia de la sanción disciplinaria, —impedimento o inhabilidad— situación que se rige en la actualidad por el Decreto 1660 de agosto 4 de 1978, decreto que es el que se debe aplicar en este caso, pues que aún cuando es posterior al 250 de 1970, le es más favorable al reo. En efecto, en el anterior decreto (250 de 1970) el impedimento para ejercer cargos en la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, como consecuencia de la destitución, era según ese estatuto, de duración indefinida y, desde luego, torna a decirse, no era una sanción a interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Dentro del régimen del mencionado decreto, para armonizarlo con la Constitución Nacional era necesario adoptar un procedimiento para hacer cesar esos indefinidos efectos de la sentencia disciplinaria, y por ello era procedente acudir por aplicación analógica a la rehabilitación, a fin de impedir que la sanción, contrariando la Constitución en su artículo 37, se convirtiera en irredimible o perpetua.

Pero en la actualidad la inhabilidad o impedimento que como consecuencia se desprende de una sanción disciplinaria para el desempeño de ciertos cargos, *tiene ya un término fijo*, establecido en el Decreto 1660 de agosto 4 de 1978, en su artículo 8°. Allí se consagran las inhabilidades para ser designados como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público o de la Dirección de Instrucción Criminal, a ningún título a quienes... “6° como funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del Ministerio Público o de las Direcciones de Instrucción Criminal, y por faltas disciplinarias, hayan sido destituidos, o suspendidos por segunda vez, o sancionados por tres veces cualquiera que sean las sanciones”. El párrafo de este artículo dispone:

“El término de las inhabilidades a que se refieren los numerales 5°, 6° y 7°,

será de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que dispone la destitución, o de la expiración del término de suspensión”.

Lo anterior significa que en el nuevo régimen de este Decreto la duración de la inhabilidad pasó a ser de *indefinida* como la contemplaba el D. 250 ya citado, a *temporal*, vale decir, que ella tiene un término de duración, —5 años— y que al transcurso del mismo cesa en sus efectos.

En relación con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, la H. Corte dejó dicho en su decisión de 15 de febrero de 1973 lo siguiente: “La pena de interdicción de derechos y funciones públicas, principal o accesoria, de que se ocupan varias disposiciones legales, particularmente el artículo 113 del Código Penal, tiene en cuanto a su duración y a las condiciones para ponerle fin, un doble sentido: el de la pérdida de tales atributos ciudadanos, y el de la simple suspensión de los mismos, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución. Cuando se pierden, o cuando se establece la pena como perpetua, según el artículo 45 del Código Penal, el condenado debe pedir la rehabilitación al Tribunal Superior del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia de primera instancia, por mandato expreso del artículo 707 del estatuto procesal, acompañando los medios demostrativos de las condiciones a que se refiere el artículo 709 de la obra últimamente citada. Pero cuando se trata de simple suspensión de derechos y funciones públicas, tal como lo puntualiza el artículo 56 del Código Penal, hay que distinguir: a) Si se ha cumplido íntegramente esta sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana opera por imperio de la ley, a tono con el fallo, como que transcurrido el término interdictivo señalado en éste, no podría extenderse la inhabilidad a un tiempo mayor. Si se exigiera también en este caso la rehabilitación judicial, la duración de esa medida, en la práctica no resultaría temporal sino indefinida, exceso no autorizado en la ley. b) Si no se ha satisfecho el plazo de la interdicción, el sancionado tiene derecho a pedir igualmente su rehabilitación, exactamente igual a como sucede cuando ha perdido la ciudadanía, y esto en cuanto haya transcurrido por lo menos cuatro años a partir de la ejecutoria de la sentencia, según el art. 113 del Código Penal, si, de otra parte, cumple las condiciones establecidas y las demuestra en la forma de que trata el artículo 709 del Código de Procedimiento Penal. No puede imponerse en todas las circunstancias al condenado la obligación de demandar el restablecimiento de sus derechos y funciones públicas, porque ello sería tanto como darla a la pena interdictiva un carácter absoluto que no siempre tiene. De acuerdo con el artículo 113 del Código Penal, el condenado puede pedir que se le rehabilite siempre que haya observado buena conducta y que hayan transcurrido cuatro años a partir del día en que haya cumplido la pena principal o a partir del día de la ejecutoria del fallo condenatorio, según el caso. Pero esto no es un deber, sino una facultad que puede ejercitarse mientras no se haya cumplido totalmente la sanción”.

Lo que viene de decirse tiene aplicación en los casos de rehabilitación

para que cese la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo que pretende el Dr. N.N. que no es otra cosa que la cesación de la *inhabilidad temporal* para ocupar cargos en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, ese restablecimiento opera por imperio de la ley una vez que haya transcurrido el término de extinción de esa consecuencia de la sanción de destitución, o sea, una vez pasados cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que dispuso esa sanción, conforme lo indica el parágrafo del artículo 8º del Decreto 1660 de 1978. En otras palabras: como el término de la inhabilidad está expresamente consagrado en ese decreto reglamentario del Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, no es menester para que ella cese de un pronunciamiento judicial. Y como la sentencia que impuso la sanción quedó *ejecutoriada el 6 de febrero de 1975* (fls. 30), es a partir de esa fecha de donde se empiezan a contar los cinco años de inhabilidad. En el evento de que el peticionario fuere designado en propiedad para un empleo cuyo ejercicio exija requisitos y calidades, deberá para obtener la confirmación, presentar las pruebas que acrediten las calidades que la ley y la Constitución demandan, y, además, entre otras, "declaración juramentada sobre la ausencia de impedimentos e inhabilidades para el desempeño del empleo" (art. 67, numeral 5º del D. 1660 de 1978). Y si contraviniere lo dispuesto en el artículo 8º *ibídem* por subsistir la inhabilidad, "el nombramiento deberá declararse insubsistente" conforme lo dispone el artículo 49 de ese Estatuto. En este orden de ideas, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno en relación con la petición a que se ha hecho mérito, presentada por el Dr. N.N.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión disciplinaria, administración justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE NO ES DEL CASO HACER PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL en esta petición de cesación de una inhabilidad temporal, que ha presentado el Dr. N.N.

Aprobado en la fecha, según acta N°

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.

23 de abril de 1979.

Los Magistrados,

Jaime Tabor Pérez

Publio Trujillo Fernández

Rubén Velásquez Londoño.

Harlén Uribe Suárez

Secretario.

EL MANDRAX Y EL PROBLEMA DE SU TIPIFICACION COMO "SUSTANCIA QUE PRODUZCA DEPENDENCIA FISICA O SIQUICA

La parte final del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, cuando alude a "cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica", contiene una norma penal en blanco, o sea parcialmente indeterminada y por esto mismo, por virtud del principio constitucional de legalidad estricta de los *hechos* susceptibles de *pena criminal*, menesterosa de *legal* complementación. Sin este complemento legal, que el juez no puede suplir, la norma penal en blanco deviene norma penal indeterminada que en el fondo contiene una cláusula de analogía contraria a la Constitución Nacional y no puede por esto aplicarse judicialmente. El mentado complemento no se obtiene con el artículo 4º del mismo Decreto, aunque esta norma sí señala parámetros irreflexibles para la integración, al indicar su lleno con estas dos exigencias perentorias y conjuntas: que la sustancia produzca realmente dependencia física o síquica, no bastando, pues, la posibilidad de producirla, y que al mismo tiempo se encuentre incluida en las listas oficiales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o el Ministerio de Salud Pública. Cualquiera de estos dos requisitos que falte hace atípica y por tanto legalmente impunible la realización, sobre la respectiva droga o sustancia, de alguna de las conductas enunciadas al comienzo del citado artículo 38.

Ese "blanco" o indeterminación de la norma comentada no se puede suplir, de las fuentes indicadas en el artículo 4º del mismo Estatuto, sino con las listas oficiales de las Naciones Unidas, contenidas en la Convención Unica de Ginebra que ratificó la Ley 13 de 1974. Ello porque las amplias listas de la OMS, que incluyen el alcohol, no han sido adoptadas por la legislación nacional; porque el legislador colombiano no ha ratificado el Convenio de Viena sobre sicotrópicos, y, en fin, porque el Ministerio de Salud Pública no ha expedido ninguna lista oficial de estupefacientes, sino un listado de drogas y sustancias "de control especial" entre las que se incluyen algunas que nada tienen que ver con la materia de la farmacodependencia, como ser los antihe-morrágicos uterinos y ocitocitos (Grupo V de la Resolución 10 de 1977). De no ser esto así, toda violación de las exigencias administrativas de dicha Resolución daría lugar a una punible manipulación de "estupefacientes", lo que resulta inverídico desde que se confronta que tal Resolución prevé para sus infractores sanciones pecuniarias sin carácter penal. En esto la Resolución concuerda perfectamente con el Decreto 1188 de 1974, en el que se contemplan

algunas contravenciones de índole similar. Sin embargo, esto sería absolutamente inexplicable si fuese cierto que toda operación "ilegal" con "drogas de control especial" tuviese carácter delictivo. De otra parte, resulta incontrovertible que un mismo hecho no puede al tiempo, en Colombia, constituir delito y contravención, que esta clasificación legal de las infracciones, contenida en el artículo 2º del C.P., tiene carácter excluyente, como toda verdadera división.

Magistrado Ponente: Dr. Juan Fernández Carrasquilla

VISTOS:

Por el grado jurisdiccional de la consulta, conoce el Tribunal de la sentencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Bello (Ant.), mediante la cual se condenó, por el supuesto delito tentado de suministro de unas pastillas de "Mandrax" a un preso, a las penas principales de 18 meses de presidio y dos mil quinientos pesos de multa a favor del Fondo Rotatorio de Estupefacientes, mas las accesorias de rigor, a la proccsada detenida MARTHA ISABEL VELEZ Vda. de VELEZ. El a-quo consideró de tal manera infringido el artículo 38, inc. 1º, del Decreto 1188 de 1974, autodenominado "Estatuto Nacional de Estupefacientes".

Para todos los funcionarios que hasta el presente han intervenido en el proceso, ha resultado evidente de suyo que las pastillas comercialmente conocidas como "Mandrax", compuestas a base de metacualona y universalmente clasificadas como meros tranquilizantes, se acomodan a la previsión genérica de la última parte de la norma citada, cuando habla de coaminar con igual pena a quien cometa cualquiera de las conductas allí indicadas con respecto a "*cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica*".

Obrando en total acuerdo con el señor Fiscal 3º de la Corporación, la ponencia original relataba del siguiente modo los hechos procesales y su ubicación como materia punible:

"Los hechos fueron narrados en la sentencia revisada, de este modo:

"...En las horas de la mañana del día 25 de mayo del año en curso (1979), la señora Martha Isabel Vélez de Vélez intentó entrar como de costumbre a la cárcel de varones del Distrito Judicial de Medellín, sita (sic) en este municipio, con el fin de visitar a su hijo RAUL DARIO y al individuo DARIO DE JESUS COLORADO FRANCO, detenido a la sazón, mas no logró su propósito porque en la sala de requisa fue sorprendida en posesión ilícita de 45 tabletas de Mádrax, ocultas —debidamente envueltas— en la cavidad vaginal, las cuales tenían como destinatario al sujeto que se viene de mencionar..." (folio 68)

"El Estatuto Nacional de Estupefacientes, Decreto 1188 de 1974, en su artículo 38, postula: "El que sin permiso de autoridad competente introduzca

al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o *cualquiera otra sustancia* que produzca dependencia física o síquica, incurrirá en presidio de tres a doce años y en multa de cinco mil a quinientos mil pesos".

"Y, la Resolución número 00010 de enero 17 de 1977 del Ministerio de Salud Pública por la cual se establece nueva lista de *drogas y medicamentos* de control especial, los requisitos para su producción, distribución y consumo y se dictan otras disposiciones, dictada en desarrollo de las atribuciones consagradas en el Capítulo IV de dicho Estatuto y dadas para "Control de fabricación y distribución de sustancias que *producen dependencia física o síquica*". anota en el Grupo IV de Tranquilizantes e hipnóticos no barbitúricos bajo el número 18 el producto Mádrax.

"El Departamento de Estudios Criminológicos e Identificación —Decypol— del Municipio de Medellín, por medio de su Laboratorio Criminológico, ratifica que "...Una vez efectuados los análisis del caso, se estableció que dichas tabletas corresponden a una asociación de la Metacualona con la Difenhidramina; fármaco que se vende con el nombre comercial de Mádrax y que está controlado según resolución 00010 de 1977..." (folio 18 frente)".

Para la mayoría de la Sala tal punibilidad no resulta en modo alguno clara, como se verá. En sus posturas procesales, tanto el a-quo como el primer Ponente parecen seguir como indiscutible la tesis del doctor MIGUEL SANCHEZ MENDEZ en su libro sobre "ESTUPEFACIENTES. Comentarios a la legislación colombiana", en cuya pág. 44 se lee que el artículo 4º del E.N.E., al definir las drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, contiene una norma en blanco que ha de integrarse con las listas de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o el Ministerio de Salud Pública, de tal suerte que una sustancia no puede ser punible como estupefaciente sin estar incluida en alguna de esas listas, y, a la inversa, basta la inclusión en ellas para ser punible y estar sujeta a fiscalización o control especial. Sin duda es el artículo 4º del Decreto el encargado de llenar parcialmente el blanco del artículo 38, pero aquel exige perentoriamente la concurrencia de dos requisitos indispensables, de tal manera que cualquiera de ellos que falte torna impunible la conducta: (1) que se trate de fármacos que generen dependencia síquica o física porque al ser "introducidas al organismo vivo, poseen una acción sicotóxica que se manifiesta por alteración del comportamiento del individuo", y (2) que "*además* deben ser objeto de fiscalización, según las Listas Oficiales..." ya citadas. Es además razonable que se exija la convergencia de ambas circunstancias, pues las Listas Oficiales no sólo se refieren a drogas cuyo comercio, elaboración o porte debe ser penalmente castigado, sino también a otras que sólo deben estar sometidas a control de fabricación, distribución y consumo por parte de instituciones administrativas que en caso de infracción impondrán la sanción administrativa correspondiente.

Para llegar a tan clara conclusión basta leer el texto de la Ley 13 de 1974, aprobatoria de la Convención Unica sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación, en cuyo artículo 1º, literal j) se define la palabra "estupefacientes" como relativa a "cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas", limitando a ellas, en su artículo 36 y en el 14 del Protocolo, la represión penal. Y no podría ser de otra manera, ya que en las listas globales se incluyen drogas verdaderamente nocivas o peligrosas y otras que apenas deben ser objeto de ciertas restricciones y observaciones porque sus secuelas no son aún bien conocidas o pacíficamente admitidas. Este tratamiento discriminatorio es por lo demás también el único que está en desacuerdo con las conclusiones más firmes y respetables de la ciencia. "Muchas de estas sustancias son auténticos medicamentos psicotrópicos que han transformado la evolución de ciertas enfermedades mentales. Otras, por el contrario, son venenos, sin utilidad, cuyo empleo es un absurdo biológico y psicológico", enseñan PELICIER y THUILLIER (La Droge, pág. 15). En este orden de ideas declaraba GABRIEL GUTIERREZ TOVAR, al criticar la legislación vigente sobre la materia en 1973 y participar en su modificación, que en ella "se reprimen ciertas conductas del traficante, cultivador o portador de sustancias, sin consideración a la sustancia misma. Entiendo que las drogas de que se ha venido tratando no poscen iguales consecuencias. Por tanto, si algunas llegaren a ser inocuas, no resulta admisible sancionar igualmente a quien las produce que a quien hace otro tanto con sustancias realmente dañinas. Es tanto como castigar con una misma disposición al que vende pan y al que vende veneno" (Reseña de la Legislación Penal sobre Drogas, Rev. Temas de Derecho Penal Colombiano, Nro. 12, pág. 12).

El distingo precedente, con todo y su importancia judicial, es todavía simplista, la que patentiza que la evolución jurídica sobre la materia apenas si comienza. En su breve estudio en torno a "la verdad sobre la droga", publicado nada menos que por la UNESCO, dice HELEN NOWLIS que "la mayoría de la gente, incluidos quienes juzgan, legislan, etc., sobre drogas, sus efectos y sus consumidores, suelen tener un criterio simplista al respecto. La mayoría cree que todas las drogas pueden quedar divididas en dos categorías que se excluyen mutuamente: buenas o inocuas y malas o peligrosas. Se tiende a considerar las drogas así clasificadas como similares, cuando no equivalentes, y del mismo modo a conceptualizar a quienes las usan. Las drogas calificadas de peligrosas y cuyo uso ha sido declarado ilícito son designadas con el título de "estupefacientes", y se tiende a minimizar las diferencias entre ellas, a pesar de que casi siempre concierne sustancias que surten efectos diametralmente opuestos" (págs. 11-12).

Sobre la razón del aludido tratamiento discriminatorio, expuso el doctor REYES en la Comisión Redactora del E.N.E. lo siguiente:

"Finalmente, quiero referirme al problema que me planteaba respecto de si hay sustancias estupefacientes que no pro-

ducen dependencia física o síquica y de acuerdo con lo que he escuchado la conclusión es que sí existen tales sustancias con esas características, es decir, que no producen dependencias pero que son estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Entonces, sí parece necesario señalar la doble delimitación como está en el proyecto por mí presentado sobre el objeto material del ilícito" (Acta Nro. 39, Rev. cit. pág. 94).

En la misma sesión expresó seguidamente el doctor ROMERO SOTO: "hay algo que consideramos inevitable y es que estos procesos no se pueden adelantar sin la intervención de peritos" (ib., 95). Pues bien: en este caso los peritos intervinieron, pero la ponencia original, al transcribir el dictamen, omitió la esencial parte final: "*El Mandrax es un hipnótico-sedante no barbitúrico, el cual puede inducir dependencia psíquica y física*" (fls. 18). Aparte de que, según los entendidos, son muy escasas las sustancias que causan ambos tipos de dependencia, la conclusión del dictamen no es terminante, pues no afirma que el Mandrax *produzca* dependencia física o síquica, como lo exige el Estatuto punitivo en mención, sino tan sólo que "*puede inducir*". No dice, sin embargo, bajo qué condiciones y dosis puede advenir la "mandrax-dependencia". Curiosamente, la comisión redactora rechazó expresamente la expresión "susceptible" de causar dependencia física o psíquica, prefiriendo la redacción "produzca", que pasa la exigencia de la posibilidad del acto, o basta la posibilidad de que una droga cauce farmacodependencia, aunque esté incluida entre las drogas sujetas a control especial, sino que para su punibilidad es necesaria la certeza de que la produzca efectivamente. Sólo las sustancias expresamente nombradas en la parte inicial del artículo, gozan de presunción *juris et de jure* como generadores de tal dependencia.

Suponiendo, pues, que la parte final del inc. 1º del artículo 38 citado sea una norma en blanco que obtenga debido complemento en el artículo 4º del mismo Decreto y las listas de drogas allí referidas, en este proceso no se podría condenar por no estar completamente probada la materia de la prohibición, vale decir, la tipicidad. En efecto, el Mandrax, aunque está incluido en el grupo IV de la Resolución 10 de 1977 (Minsalud), bajo el rubro "Tranquilizantes e hipnóticos no barbitúricos", al lado de medicamentos tan populares e inofensivos como el Mogadón, el Nobrium, el Noctec y el Valium, según los peritos no produce dependencia física o síquica, sino que tan sólo "puede inducir" ambas dependencias. Extender la punición de las drogas que producen dependencia a las que sólo pueden producirla o no, es dar a la norma un alcance que no tiene, otorgarle una aplicación analógica desfavorable al reo y arrasar de paso los fundamentales principios de legalidad que por virtud de la C.N. rigen en materia de delitos y penas en nuestro país. Por esta sola consideración, la procesada tendría que ser absuelta, pues el hecho por ella realizado no está *expresamente definido* en la ley penal como delito.

Pero hay otros varios aspectos de fundamental importancia que la mayoría de la Sala quiere al menos plantear:

Primero. El Decreto 1188 de 1974 lo expidió el Gobierno Nacional en uso de las precisas facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 17 de 1973 (como reza su encabezamiento), cuyo artículo 9º, ord. 1º circunscribe esas facultades presidenciales a "Elaborar un estatuto que regule íntegramente el fenómeno de las drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica (estupefacientes y sicotrópicos), en sus aspectos de control, prevención, represión y rehabilitación". (El paréntesis es del texto legal). Con base en esas facultades, el gobierno no podría, pues, declarar punibles drogas que no sean ni estupefacientes ni sicotrópicos y que además no produzcan dependencia física o síquica. De otra parte, la citada Ley 13 de 1974 ratificó la Convención Unica de Ginebra sobre Estupefacientes, pero no el convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas, como se aprecia de su simple lectura, ya que el texto del último no se transcribe allí. En este último convenio —bueno es aclararlo— sí figura la Metacualona, en el renglón 6 del grupo IV. Pero, se repite, tal sustancia no aparece enlistada en la Convención Unica de Ginebra, que es la imperante en Colombia por haber sido legalmente ratificada.

Entre las facultades que el citado E.N.E. confirió al Ministerio de Salud figura la de ejercer control sobre la fabricación y expendio al público de las drogas o sustancias que figuren en las Listas de la Convención Unica de Ginebra, "o en las que elabore el Ministerio de Salud Pública" (artículo 22). En uso de tales facultades se dictó la Resolución 10 de 1977, "por la cual se establece nueva lista de drogas y medicamentos de control especial", lista distribuida en los siguientes grupos: I, Estupefacientes y Analgésicos Especiales; II, Barbitúricos o Medicamentos que contienen barbitúricos; III, Anfetaminas, Anorexiantes y Similares; IV, Tranquilizantes e Hipnóticos no barbitúricos (en cuyo renglón 18 se incluye el Mandrax); V, Ocitocitos y Antihemorrágicos Uterinos. Claramente se ve que la resolución no señaló lista alguna de las sustancias que producen dependencia física o síquica, sino de medicamentos sometidos a control especial. Por tan potísima razón no puede esa Resolución llenar el blanco de las normas penales contenidas en los artículos 4º y 38 del Decreto 1188 de 1974. Eso quiere decir que tal blanco permanece indeterminado en el ámbito nacional o interno, no pudiendo por ahora ser integrado sino con las listas I y II de la Convención Unica de Ginebra, según la Ley 13 de 1974, entre las cuales no figura la droga de autos. No puede acudirse de momento, para los indicados fines, a las listas de la OMS o del convenio de Viena, pues no han sido adoptadas por el legislador como decreto interno de la Nación. Es ello una razón más para revocar la sentencia que se revisa, por ser ésta contraria al constitucional principio "nullum crimen sine lege".

Segundo: Las leyes penales en blanco se dividen, según la doctrina, en las que contienen un reenvío y las indeterminadas. Las primeras son susceptibles de completarse en textos extrapenales que integran el sentido del tipo, no

quedando, al leer ambas disposiciones, duda alguna sobre la prohibición y punibilidad del hecho. Las leyes penales indeterminadas, en cambio, no remiten a ningún complemento normativo, sino que intentan identificar la materia punible a través de juicios vagos que en el fondo no son otra cosa que cláusulas de analogía contrarias a la Constitución, en cuyo artículo 28 se exige perentoriamente que la ley previa prohíba expresamente *el hecho* y determine la pena. Ese hecho no es otro que la conducta humana señalada por los verbos y las modalidades de la acción y la ley que lo determina es el tipo. Sobre el particular escribe WELZEL, a tono con la doctrina liberal:

"Bastante difícil es el problema de saber cuándo la punibilidad está legalmente determinada... El verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas. Una "ley penal" que "determina": será castigado quien lesiona los principios del orden social democrático (o socialista o cualquier otro), no es conciliable con la idea de Estado de Derecho; no es una ley penal en sentido substancial, como presupone el artículo 103 de la ley fundamental... La columna vertebral de la determinación legal en un Estado de Derecho reside en la descripción típica mediante la mención de "circunstancias de hecho" y de "características de autor". Esta descripción típica tiene que ser tan clara y determinada que el juicio de antijuridicidad del legislador sea, señalado inmediatamente a través de ella ("indiciado"). Características normativas del tipo demasiado generales como "puesta en peligro del bienestar moral" o "puesta en peligro de los intereses públicos más importantes" o "desorden grave" anulan esta función del tipo" (Derecho Penal Aleman, 40-1).

Lo propio puede decirse de la mencionada cláusula "cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica", en tanto esas drogas o sustancias no estén específica y expresamente señaladas, porque se trata de términos muy amplios y vagos que tan pronto se pueden aplicar a los estupefacientes, narcóticos, anfetaminas, barbitúricos y alucinógenos, como al alcohol, el tabaco, la kola, el café, el té, el mate y los tranquilizantes. A cualquiera se le ocurre que es ir demasiado lejos, pero la aplicación *literal* del precepto lo permitiría. También se iría muy lejos limitando el alcance a las drogas señaladas en la Resolución 10 de 1977, pues allí se incluyen algunas de muy dudosa nocividad y otras que francamente no tienen nada que ver con farmacodependencia (Grupo V), respondiendo su inclusión tan sólo a una pretensión de control administrativo de los abortos ilegales.

Aplicar la misma pena de tres años de presidio al que compra, vende o porta una porción de cocaína, heroína, morfina, marihuana y similares, que a quien realice tales conductas con respecto a la aspirina o los tranquilizantes puros, es hacer por completo ininteligible el sentido de la justicia. Este exige, en efecto, que la pena criminal, de suyo grave, sólo se conmine y aplique para las formas más graves del injusto y que no se puede conminar y aplicar la

misma pena para un injusto grave y uno leve, o para un injusto grave y un hecho inocuo. El derecho penal no está para reprimir bagatelas, porque entonces la ley penal pierde su prestigio, su grandeza y su poder intimidatorio. El delito como ente jurídico que lesiona o amenaza el derecho ajeno (los bienes jurídicos), es lo único que según CARRARA permite distinguir "los códigos penales de las tiranías de los códigos penales de la justicia" (Prefacio a la 5ª Edición de su Programa de Derecho Criminal, I, 5). Por lo mismo acotaba BECCARIA que "Quien declara infames acciones que son indiferentes, disminuye la infamia de las que verdaderamente lo son" (De los delitos y de las penas, 127). Tocando el problema en sus más hondas raíces filosóficas, advierte DEL VECCHIO que "las compensaciones que la justicia penal, lo mismo que la civil, pueden imponer, aun respondiendo a una fundamental exigencia, que es la esencia de la justicia misma, encuentran un límite tanto en las condiciones del hecho, cuanto también en la necesidad ética de no cometer un nuevo delito, como duplicación del primero, al querer cancelarlo" (Sobre el fundamento de la justicia penal, 17). En conclusión, al *nulla poena* no le basta con que una ley haya erigido ciertas conductas en delito, sino da cuenta, al propio tiempo, de cuáles son ellas mediante una descripción abstracta de sus rasgos esenciales. Naturalmente, esto puede hacerlo también remitiéndose a los esquemas contenidos en otros textos legales, incluso de jerarquía inferior, pero siempre que ellos satisfagan los requisitos indispensables para dar certeza a los destinatarios respecto a lo que les está impuesto o vedado" (Enrique Cury, Contribución al estudio de las leyes penales en blanco, en Rev. Derecho Penal y Criminología, Nro. 4, pág. 15).

Se impone, pues, en estas materias, la distinción entre injusto penal e injusto administrativo. Este último se limita a la violación de las normas sobre control de fabricación, distribución y consumo de ciertas drogas, pero no implica la comisión de un grave delito contra la salud pública. La misma Resolución 10 prevé, en su artículo 29, sanciones para sus propios infractores por "*mal manejo de productos de Control Especial*", sanciones de multa que, aunque severas, distan mucho de la drasticidad del presidio previsto para los narcotraficantes. El propio Decreto 1188 discrimina las infracciones, pues en su Capítulo VI prevé unas Contravenciones y en su artículo 22, letra f) otorga competencia a los Jefes de Control de Drogas y Estupefacientes Departamentales y Municipales, para imponer sanciones "en los casos en los cuales los actos ejecutados por los transgresores no caigan bajo las sanciones contempladas en los Capítulos V y VI", vale decir, no tengan el carácter penal de delitos ni de contravenciones.

Bien puede concluirse con OCTAVIO APARICIO que "Clínicamente se habla de que (los tranquilizantes) producen hábito, crean dependencia y, por lo tanto, entran en el campo de las toxicomanías. Sin embargo, según opinión de Selbach, estos psicofármacos no conducen en general al hábito y los individuos sanos rechazan su empleo a causa de su efecto, al principio disfórico,

así como por ocasionar indiferencia emocional, apatía y pobreza en las intenciones. En cambio, pueden ser peligrosos en las personas psíquicamente inestables, en los psicóticos y neuróticos. Pero estas personas están propensas, a causa de su personalidad, a adquirir un hábito aún más pernicioso. En suma, el peligro de los tranquilizantes reside en que, como la hidra fabulosa, se compone de dos mil cabezas, lo que hace muy difícil su regulación" (Drogas y toxicomanías, 579-80).

Las anteriores razones también bastarían para la absolución. Pero puede aún esgrimirse una más.

Tercero: Como aún los estupefacientes (muchos de ellos) son medicamentos necesarios en la lucha de la humanidad contra el dolor, según lo reconoce la propia Convención Unica de Ginebra, lo que está en juego es la discriminación entre su uso lícito y su abuso. Al respecto la doctrina distingue entre el uso terapéutico y el uso voluptuoso. El primero es el que tiene una finalidad medicamentosa, terapéutica o curativa, bajo control médico (que es lo regular), o sin éste (en cuyo caso se estaría frente a un ilícito administrativo por "mal manejo de drogas de control especial"). En este campo se habla de simple *farmacomanía* que, todo lo inconveniente que se quiera, no es gravemente ilícita y por ende tampoco punible. En el campo del uso voluptuoso se habla, en cambio, de *toxicomanía*, la cual implica un abuso muy distinto de las drogas especiales o controladas, cuyo fin no es ya la remisión de un síntoma sino la búsqueda de extraños estados placenteros (Pélacier y Thuillier, ob. cit., 43). Este es también un principio rector de la hermenéutica que el doctor SANCHEZ MENDEZ menciona en su citada obra, aunque pocas veces lo aplica consecuentemente. (Ob. cit., págs. 43 y 59).

En el caso de autos puede, también con la ayuda de este último principio de discriminación, llegarse a la absolución de la procesada, en quien no se probó que quisiera fomentar el uso voluptuoso de drogas controladas y nocivas, sino paliar con tranquilizantes la angustia de su hijo encarcelado. Eso es muy distinto —cualquiera tendrá que reconocerlo— que intentar suministrarle marihuana o heroína. Sin embargo, en este proceso se ha obrado como si las dos conductas fueran de todo punto de vista equiparables.

El carácter fragmentario del derecho penal, destacado por Binding, hace del mismo un "sistema discontinuo de ilicitudes" (Soler), porque sólo las más graves se incluyen en los tipos. En éstos no entran las "conductas socialmente adecuadas", aunque no sean ejemplares (Welzel), ni las insignificancias (Roxin). Ya que la pena es un mal grave y de ella no se hace uso sino cuando es indispensable, "las acciones que no producen un daño social no deben ser prohibidas por la ley", decía ya Carmignani en los albores de la ciencia penal liberal (Elementos de Derecho Criminal, 38). Y parece una obviedad de perogrullo que a ninguna sociedad causa daño el que sus miembros menos serenos estén

tranquilos, supuesto que este sea el benigno efecto de los tranquilizantes (ansiolíticos e hipnóticos no barbitúricos).

En esta forma, la mayoría de la Sala rectifica el criterio de anterior providencia (llamamiento a juicio de mayo 21 de 1979 contra Olga Peláez Serano y otra, Primera instancia en el mismo Juzgado Penal del Circuito de Bello, mismo ponente Dr. Julián Muñoz Sánchez), en la que se dio por supuesto lo que había que probar: la inclusión del "Mandrax" entre las drogas que producen dependencia física o síquica y que además están incluidas en la lista oficial de la Convención Unica de Ginebra ratificada por la Ley 13 de 1974. Como se vio, ninguna de esas dos exigencias se satisface en la hipótesis debatida, completamente similar a la otra.

Así, entonces, en desacuerdo con el señor Fiscal, y por mayoría, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia de fecha origen y contenido indicados y en su lugar SE ABSUELVE a la procesada MARTHA ISABEL VELEZ DE VELEZ por el cargo que en esta causa se le formuló. Se ordena su libertad inmediata, incondicional y definitiva.

El presente proyecto de resolución fue discutido y aprobado en sesión de la Sala, según consta en el acta Nro. 37 de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Los Magistrados:

Juan Fernández Carrasquilla

Fernando Gómez Gómez

Julián Muñoz Sánchez

Alberto García Quinero
Secretario.

MEDELLIN, treinta de julio de mil novecientos setenta y nueve.

SALVAMETO DE VOTO

Dr. Julián Muñoz Sánchez

La justicia judicial que garantice el efectivo y real cumplimiento en los casos concretos sometidos a ella, respecto a todos los ajusticiados y en toda clase de procesos, de los principios fundamentales y obvios de todo Estado de Derecho, lleva indudablemente el sello de una verdadera democracia y sobre todo, cuando se tiene en cuenta que el debido proceso lo fallan los jueces naturales del Estado, en aplicación del principio constitucional de que "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (Art. 2º).

Pero, además, para que tales principios sean realidad es indispensable que se apliquen en los Códigos y demás leyes y normas que regulen los procedimientos y en la conducta permanente y fiel de los funcionarios encargados de realizarla, en cada caso y para toda persona.

Para conocer si en un determinado país se cumplen o no esos principios fundamentales de civilización judicial, no basta con comparar el sistema que se practique con el tenor literal de las normas constitucionales que consagran aquellos y no encontrar una violación clara de sus textos; sino que es indispensable investigar si se cumplen o por el contrario se desconocen los principios generales que en esas normas se encierran, cualquiera que sea su redacción; es el contenido jurídico-político de las normas y no su letra lo que debe ser tenido en cuenta.

Tales son las dos maneras, no solo diferentes sino opuestas, que existen para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes y decretos y saber si alteran o no el normal desempeño de los poderes jurisdiccionales del Estado. Y "sería inadmisibles desde todo punto de vista la doctrina que conviniera en la posibilidad de un poder con facultades suficientes para suspender las normas constitucionales (supralegalidad constitucional) en su conjunto o en aquellas disposiciones que contienen decisiones orgánicas fundamentales, pues de lo contrario habría que suponer la existencia de un poder superior al de la Constitución" (Carlos Peláez Trujillo, ex-magistrado de la Corte, "Estado de Derecho y Estado de sitio", pág. 157); en otras palabras, ello constituiría un golpe de estado a la democracia y a la justicia, lo cual degeneraría en una desprotección del Estado para los habitantes de su territorio, por falta de soberanía.

Estas previas consideraciones servirán entonces de introito para discrepar comedidamente de la anterior decisión mayoritaria, la cual, en un ingente esfuerzo por desligar la conducta sub-judice del tatbestand que ha sido considerado contrario a vitales intereses sociales, ha incurrido en afirmaciones tales, como la de que el término "estupefacientes" solo hace relación a las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas, conforme a lo estipulado en la Convención Unica sobre estupefacientes y su protocolo de modificación, limitando ellas en su artículo 36 y en el 14 del Protocolo, la represión penal; que fuera de que los fármacos deben ser objeto de fiscalización, según las listas oficiales, deben generar dependencia síquica o física..., pues que las Listas Oficiales no sólo se refieren a drogas cuyo comercio elaboración o porte debe ser penalmente castigado, sino también a otras que sólo deben estar sometidas a control de fabricación, distribución y consumo por parte de instituciones administrativas que en caso de infracción impondrán la sanción administrativa correspondiente; que "las drogas de que se ha venido tratando no poseen iguales carac-

terísticas ni producen idénticas consecuencias, y que en el campo penal un tratamiento igualitario respecto a ambas sustancias, sería tanto como castigar con una misma disposición al que vende pan y al que vende veneno (acogiendo alguna tesis sobre el particular); que si hay sustancias estupefacientes que no producen la susodicha dependencia, pero que de todas maneras son estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y que por ello —yéndose igualmente con el criterio de la necesidad de la doble delimitación— acoge el pensamiento del doctor Alfonso Reyes, miembro de la Comisión Redactora del E.N.E., que es el que acaba de consignarse; que la conclusión del dictamen pericial ("El mandrax es un hipnótico-sedante no barbitúrico, el cual puede inducir dependencia psíquica o física") no es terminante, pues tan sólo afirma que *puede inducir* y no, como lo exige el Estatuto, que *produzca dependencia* psíquica o física, pero que —además— no dice bajo qué condiciones y dosis puede advenir la "mandrax-dependencia"; que no está probada la tipicidad, como consecuencia de su última anotación, y, así, que el hecho realizado por la procesada no está expresamente definido en la ley penal como delito; que la Ley 17 de 1973 sólo otorgó precisas facultades al Gobierno Nacional, en cuyo artículo, ord. 1º, las circunscribe a los estupefacientes y sicotrópicos, y que —entonces— el Gobierno no podría declarar punibles drogas que no sean ni estupefacientes ni sicotrópicas y que además no produzcan dependencia física o psíquica y que además la Ley no aprobó el Convenio de Viena sobre sustancias sicotrópicas, en el que sí figura la Metacualona, en el renglón 6 del Grupo IV, pero que es inoperante en Colombia; que la Resolución 10 de 1977 no señaló lista alguna de las sustancias que producen dependencia física o síquica, sino de medicamentos sometidos a control especial, y que por esa razón no puede esa Resolución llenar el blanco de las normas penales contenidas en los artículos 4º y 38 del Decreto 1188 de 1974, y que eso quiere decir que tal blanco permanece indeterminado en el ámbito nacional o interno, no pudiendo por ahora ser integrado sino con las listas I y II de la Convención Unica de Ginebra, entre las cuales no figura la droga de autos; que entonces debe distinguirse entre injusto penal e injusto administrativo pues que el último no implica la comisión de un grave delito contra la salud pública, y que la misma resolución prevee en su artículo 29 sanciones para sus infractores que no pasan de la multa; que pese a una seria opinión de Octavio Aparicio en el sentido de que los tranquilizantes producen hábito y crean dependencia, y por lo tanto entran en el campo de las toxicomanías, sin embargo, según opinión de Selbach, éstos (los fármacos) no conducen en general al hábito y los individuos sanos rechazan su empleo a causa de su efecto, al principio disfórico, así como por ocasionar indiferencia emocional, apatía y pobreza en las intenciones. En cambio, pueden ser peligrosos en las personas psíquicamente inestables, en los sicóticos y neuróticos...; y, finalmente, trata el caso como una simple farmacomanía y distinta a la toxicomanía, que sí lo es, como también, que no quedó probado en autos que el justificable quisiera fomentar el uso voluptuoso de drogas controladas y nocivas, "sino paliar con tranquilizantes la angustia de su hijo encar-

celado", y, en fin, que se trata de una conducta que *no produce daño a la sociedad* y que, en consecuencia, no debe ser prohibida por la Ley, para rematar diciendo: "A ninguna sociedad causa daño el que sus miembros menos serenos estén tranquilos, supuesto que este sea el benigno efecto de los tranquilizantes (antisolíticos e hipnóticos no barbitúricos)".

Pero el verdadero sentido de la Ley hace afirmar, en oposición al aparte precedente, que el término "Estupefacientes", si bien agrupa solamente a los euforizantes y sicodialépticos y es importante en la medida que comprende los llamados arquetipos (opiáceos, cocaína y marihuana), en el E.N.E. se usa indudablemente en forma indiscriminada para designar todo tipo de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, que son aquellas que introducidas al organismo vivo, poseen una acción sicotóxica que se manifiesta por la alteración del comportamiento del individuo, conforme al artículo 4º del mencionado Decreto, pero además, que dichas sustancias o drogas sean objeto de fiscalización, según las listas oficiales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud o el Ministerio de Salud Pública. Es decir, que el Estatuto en referencia, cumpliendo los postulados de la Ley 17 de 1973 que le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para su elaboración, quiso abarcar en la definición que profirió sobre estupefacientes, los *sicotrópicos*, más los estupefacientes propiamente dichos, y entre aquellos (los sicotrópicos) se hallan ubicados, sin discusión seria, a) Los Hipnóticos, b) Los Sedantes y c) Los *Tranquilizantes*, sicofármacos todos ellos que ejercen una acción directa sobre el sistema nervioso central, ya como depresores, ora como estimulantes. Los tranquilizantes, a su vez, están clasificados dentro del grupo de las sustancias depresoras.

Y precisamente, el Ministerio de Salud Pública, en uso de sus atribuciones que le confieren los artículos 22 al 36 del E.N.E., englobados en el Capítulo IV, titulado "Control de Fabricación y Distribución de Sustancias que producen Dependencia Física o Síquica", estableció la lista de Control y Fiscalización de Drogas, en cumplimiento del mencionado artículo 4º del Decreto, por Resolución 10 de 1977, dentro de la cual figura la tableta de Mandrax (Grupo IV N° 18). Y como si fuera poco, estableció una segunda lista adicional, compuesta de algunos productos de la primera para que fueran distribuidos exclusivamente por el llamado Fondo Rotatorio de Estupefacientes, dentro de la cual incluyó una vez el Mandrax, y no por los laboratorios productores, por tratarse, evidentemente, de drogas que merecen un control especialísimo, dada la calidad y efectos de las mismas.

Y entonces, dado por sentado que el artículo 38 del Decreto tantas veces anotado puede ubicarse como una *norma en blanco* en su parte final del primer inciso ("...o cualquiera otra sustancia que produzca dependencia física o síquica") y que el alemán Carlos Binding quiere definir como "aquellas en la que está determinada la sanción, pero cuyo precepto no aparece formulado sino como una prohibición genérica que deberá ser concretada y actuali-

zada por un reglamento, una orden de la autoridad o una ley". bien claro resulta que su concreción descansa en los artículos 4° y 5° del Estatuto. tal cual lo anota la mayoría en la Sala, pero además, esa concreción se extiende al espíritu de los artículos 70 y 71 ibídem, que preveen la peritación por el medico legista a fin de que se establezca la *susceptibilidad* de que la droga o sustancia sometida a examen produzca dependencia física o síquica.

En esas condiciones, es erróneo afirmar que el A-quo y la ponencia inicial quisieron reprimir la conducta sin considerar la sustancia misma, porque probado está que el Mandrax sí es objeto de fiscalización por el Ministerio de Salud Pública para los efectos penales del Estatuto (y de especialísima fiscalización, según la lista adicional); como también, que en autos existe el dictamen del médico legista, el cual concreta que las pastillas mencionadas contienen una asociación de metacualona con la Difenhidramina y que corresponde a un producto hipnótico sedante no barbitúrico que *puede inducir* dependencia física o síquica. Y no debe causar extrañeza la expresión de la subraya, si se repara que es la propia Ley 13 de 1974, por la cual se aprueba la Convención Unica de Estupefacientes y la incorpora a su texto, la que en muchas de cuyas normas, en clara referencia a la lista oficial de las sustancias sujetas a fiscalización, habla de la "susceptibilidad de su uso indebido (o no autorizado) y de producir efectos nocivos" (la dependencia, indudablemente), como puede verse por ejemplo en el artículo 4° de la susodicha Convención. Y no podría hablarse más que de esa "aptitud" o "capacidad", porque el organismo humano es bien distinto a los aparatos mecánicos que se reparan o funcionan con piezas standar, y en cambio lo que juega en aquel es la calidad humana en todas sus dimensiones, a puntos tales, que aún los opiáceos, la cocaína y la marihuana, consumidos por médicos y científicos, dedicados al estudio de las drogas, y personas de severa formación hogareña, serían inofensivos para causar los estragos o la dependencia en cualquiera de sus formas, ya que sus principios y su intelecto superado les haría rechazar la continuidad de un consumo mayor que los llevara por el camino de una toxicomanía, o bien de la toxicofilia. De manera que la expresión que más científicamente se acomoda a las drogas o sustancias enlistadas es el de "la susceptibilidad de que su uso indebido produzca efectos jurídicos, como lo deja latente el sentido de la Convención Unica. Y ese fue el pensamiento de nuestro legislador al acoger los términos de la prementada convención, sin reserva alguna que se conozca, y el de muchos médicos legistas al dictaminar como en el caso de autos, y, aún más, el de los distintos laboratorios donde se elabora el producto, como el Rorer que es donde se elabora el Mandrax, con el acostumbrado rótulo en los paquetes de expendio: "Este medicamento es *susceptible* de producir dependencia". Y ese también fue el pensamiento de nuestro legislador, según los atinados criterios del Procurador Delegado para el Ministerio Público doctor Miguel Sánchez Méndez, en sus Comentarios a la Legislación Colombiana sobre Estupefacientes y quien hizo parte nada menos que de la Comisión Redactora

del Estatuto. Por ello, cuando la Ley habla con el verbo "Produzca", se esta refiriendo a la droga o sustancia que si se ingiere "tiene esa aptitud o capacidad" de que produzca los efectos nocivos ya conocidos.

Y extendiendo un poco los hechos debatidos a otro caso similar (decomiso por porte de Mandrax, proceso contra Olga Peláez y otra, en el cual se produjo un llamamiento a juicio, siendo integrantes de la Sala los mismos que ahora, y siendo el fallador de primera instancia el mismo Juzgado Penal del Circuito de Bello), cabe anotar que en la segunda instancia nadie salvó el voto, sino todo lo contrario, que la ponencia fue íntegramente firmada; cuando el suscrito preguntó a la mayoría del porqué de la disparidad de criterios (primero enjuiciar porque el porte del Mandrax sí era una conducta punible, para luego absolver porque no lo es, como en el presente caso), vino esta lija y llana respuesta: Que a veces se respetaba la ponencia inicial, por respetar la emotividad del ponente. Y en este momento puede replicarse a ello diciendo que un juez se guía por evidencias y no por emociones, pues a los funcionarios solo les está permitido lo que la ley ordena.

Mas lo cierto del caso es que en infinidad de ocasiones (como también en el caso de la Olga Peláez) los médicos legistas han ido más allá de registrar esa "susceptibilidad" del Mandrax para producir aquella dependencia y han afirmado —ciertamente— que esta droga "produce" el efecto conocido; lo que quiere decir, que siendo el Mandrax un producto exclusivo del Laboratoric Rorer, cuyos compuestos son invariables para toda ocasión en cuanto a su calidad, cualquier dictamen del experto, o sea, del médico legista, en el sentido de que diga que aquella droga "es susceptible", o que aquella misma droga "produce la dependencia física y síquica", bien vale para que se afirme por parte del funcionario, que el procesado, sí fue sorprendido por la autoridad ejerciendo cualesquiera de las conductas señaladas en el artículo 38, debe purgar la sanción correspondiente a la norma y siempre y cuando la prueba arriada permita conformar realmente esa convicción. Fue lo que ocurrió en autos, según los testimonios de Fanny Flórez (7), Mery Amparo Agudelo (12), Teresa Cadavid (27), Orfa Gaviria (28), Marco E. Saavedra (29) y Darío de Jesús Colorado (29v). Y es más, ni siquiera la inculpada Marta Isabel Vélez de Vélez niega la actividad sicofísica inferida de la elocuentísima circunstancia de haber sido encontrado dentro de su cuerpo el paquete con las formas farmacéuticas, aunque comprensible que trate de aminorar su comportamiento (6-7 y 9-11), pero las exculpaciones que brinda fueron combatidas con ahinco y acertadamente, en la sentencia y en la Vista Fiscal, y esos claros, precisos y atendibles planteamientos hace innecesario que se entre en otra serie de disquisiciones al respecto.

Y sin necesidad de recurrir a autores distintos a los nacionales que bien tratan el tema de la tipicidad, puede decirse que esta es "la coincidencia del acto con la descripción legal del delito, en el conjunto de sus elementos subjetivos y objetivos" (Luis Eduardo Mesa Velásquez). para con esa tesis poder

afirmar que la conducta de la procesada, probada debidamente, afectó en forma precisa la hipótesis contenida en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, tanto subjetiva como objetivamente, o sea, que se trata de un hecho antijurídico y acriminable, aún a la mayoría de la Sala le parezca que no, con el argumento de que la procesada solo buscaba "paliar con tranquilizantes la angustia de su hijo encarcelado". Pero esa argumentación pasa por alto (ya lo había sostenido el suscrito en otra oportunidad) el que "La ley colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan" (art. 10 del C.P.); que "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados" (art. 11 ibídem), y que es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (art. 10 de la Carta), que traduce ni más ni menos el espíritu genérico de la ley, en contraposición a la siempre odiosa discriminación, así se trate del hijo encarcelado. Cumple observar esas normas a jueces y magistrados, que deben obedecer en su integridad. Es mandato de la Ley escrita. "Dura lex, sed lex".

Más aún: El artículo 43 del Decreto 1188/74 agrava las penas respecto a los artículos 37 y 38, cuando el agente realiza la conducta valiéndose de la actividad de menores de veintiún años, de enfermos o deficientes de la mente o de personas habituadas al uso de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, y respecto de los artículos 37 a 42, cuando la conducta se realizare en relación con menores de veintiún años, con enfermos o deficientes mentales o con personas habituadas al uso de drogas o sustancias que producen dependencia física o síquica, o cuando se realizare respecto de personas a quienes se inicie en el uso de tales drogas o sustancias. Y más aún, de acuerdo con la calidad y cantidad de la droga o sustancia a juicio del juez. De manera que en lugar de ser plausible aquella conducta, es por el contrario mayormente reprochable, máxime tratándose de su propio hijo. Sin embargo, para descanso de muchos, esa tampoco es la realidad procesal, porque las 45 tabletas de Mandrax (cantidad bien diciente) iban dirigidas o llevadas "no para su hijo encarcelado", sino para otro individuo, como lo enseña el proceso en sus páginas, y lógicamente que también es el caso de reprimir la conducta, que realmente no se cumplirá porque por resolución mayoritaria se dispuso derogar la ley.

De otra parte tampoco es cierto que conforme a lo estipulado en la Convención Unica y su protocolo de modificación en sus artículos 36 y 14 respectivamente se limite la represión penal que las partes internacionales quieran imponer, porque en ellos lo que queda incólume es su inicial expresión "A reserva de lo dispuesto por su Constitución" (La de las Partes), en su numeral 1º y las que siguen de sus numerales 3º y 4º:

"3º. Las disposiciones del presente artículo estarán limitadas por las disposiciones del derecho penal de la Parte interesada, en materia de jurisdicción".

"4º. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte".

Y más adelante, el artículo 39 de la misma convención postuló:

"Aplicación de medidas nacionales de fiscalización más estrictas que las establecidas por esta Convención. No obstante lo dispuesto en la presente convención, no estará vedado a las partes ni podrá presumirse que les esté vedado, adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en la Convención, y, en especial, que exijan que los preparados de la Lista II o los estupefacientes de la Lista II queden sujetos a todas las medidas de fiscalización de la Lista I o a aquellos que a juicio de la Parte interesada, sean necesarias o convenientes para proteger la salud pública". Con todo lo cual quiso la entidad internacional de que se habla respetar el principio de soberanía de cada nación, como también —por contera— evitar que una supralegalidad constitucional entrara peligrosamente a rivalizar con el urdimbre jurídico de cada Estado.

Finalmente, cómo afirmar que la conducta de autos no produce daño a la sociedad, con el pretexto de que con aquel consumo lo único que se obtiene es que "sus miembros estén más tranquilos", siendo que "a nadie escapa que el uso voluptuoso de drogas no solo determina una serie de trastornos en la conducta del adicto sino que repercute en el ámbito familiar y social por su capacidad disolvente, por la formación de verdaderos grupos subculturales y por su posibilidad criminógena o criminodinámica. Como si esto fuera poco necesidades de variado orden, determinaron la creación sintética de sustancias de efectos parecidos a los de las naturales, que entraron en el criminal comercio en manos de los traficantes organizados que han ido acumulando capitales que en muchas ocasiones sobrepasan a los de las empresas más poderosas, con las consecuencias previsibles y ya palpables en el orden social, económico y político", según el espíritu que animó a la propia Comisión Redactora del Estatuto Nacional de Estupefacientes? Si no fuese así, ¿con qué argumentos entonces habría de aplicarse el Estatuto?

Por las anteriores consideraciones, reitero mi inconformidad con la mayoría de la Sala.

Medellín, Agosto 2 de 1979.

JULIAN MUÑOZ SANCHEZ
Magistrado.

ALBERTO GARCIA QUINTERO
Secretario.

LA PRESUNCION LEGAL DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO. ARTICULO 233 DEL C. DE P. P.*

Magistrado Ponente: Dr. José Aguilar Pardo

Para que la presunción sea plena prueba debe no estar desvirtuada. Si existe alguna duda sobre el hecho presumido debe absolverse con fundamento en el artículo 216 del C. de P. Penal.

VISTOS:

El 30 de mayo de este año, el Juzgado Octavo Superior de Medellín puso fin a la primera instancia en el presente proceso por los delitos de "Falsedad en Documentos" y "Robo" contra HERNAN GARZON HERNANDEZ, condenándolo por el primero de ellos a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión, fuera de las accesorias correspondientes; y absolviéndolo por el segundo de los ilícitos. Al Tribunal fueron remitidos los autos en consulta de la ameritada determinación mixta.

En su concepto de folios 270 a 272, el señor Fiscal 2º de la Corporación demanda la confirmación del fallo de condena; y a la vez, es de parecer que la sentencia absolutoria por el reato de robo debe revocarse, y en cambio condenar a Garzón Hernández también por éste, ya que su personalidad y antecedentes "lo muestran sujeto capaz de un atentado de tanta gravedad".

Durante el trámite regular de la instancia no se presentaron más postulaciones; y, como no se hallan motivos que generen nulidad se va a culminar la actuación.

* Comentario: Dr. Nódier Agudelo Betancur

La importancia de esta decisión del Honorable Tribunal es grande. En efecto: es frecuente, en el medio judicial, que frente a la presunción consagrada en el artículo 233 del C. de P. P., el Juez se cruce de brazos esperando a que el sindicado demuestre su inocencia. También existe la tendencia a ser más riguroso en la aceptación del principio in dubio pro reo consagrado en el artículo 216 del Código Procesal Penal. Ni lo uno ni lo otro es correcto. El artículo 335 manda "investigar con igual celo no sólo los hechos y circuns-

HECHOS

Estos se desarrollaron en dos momentos perfectamente diferenciados témporo-espacialmente, que el a-quo resume así, consultando la realidad procesal:

"Emerge de los autos que el señor Arturo Uribe Arbeláez era propietario del vehículo Renault 4, modelo 1973, color blanco e identificado o distinguido con las placas AI-30-41. En la noche del nueve de octubre de 1975, decidió dirigirse donde la señora Emilia Rincón de Cortés, residencia ubicada en la calle 19 con la carrera 72 de la nomenclatura oficial de esta ciudad, con el fin de hacerle una visita al igual que a sus demás hermanas, por el vínculo de amistad que los unía de tiempo atrás. Una vez arribó a la citada residencia y cuando se disponía apearse (sic) de su automotor fue interceptado por dos sujetos armados de revólver, quienes de inmediato, lo intimidaron y lo despojaron de su coche, aprovechando la soledad del sector, la oscuridad y la avanzada edad del señor Uribe Arbeláez".

"Varios meses después, fue capturado y puesto a disposición de las autoridades competentes el señor HERNAN GARZON HERNANDEZ, por cuanto, tenía en su poder el vehículo objeto de la presente investigación; empero, éste se identificó como Ernesto Castrillón V. y para comprobar fehacientemente la propiedad del automotor, exhibió un contrato de compraventa elaborado a nombre de Castrillón V., al mismo tiempo que exhibía ante las autoridades del orden los documentos de rigor, tales como la cédula de ciudadanía, la libreta militar, licencia para conducir y una matrícula apócrifa correspondiente al automotor incautado" (fs. 254 y 255).

tancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen". Este mandato no cesa ante las presunciones. Por ello no puede afirmarse que exista una inversión en la carga de la prueba. Si de la investigación surge alguna duda razonable sobre el hecho indicado, ella basta para desvirtuar la presunción. Tales son los puntos discutidos en el proceso que culminó con la providencia transcrita. Aunque nada hubo de original en el alegato que como defensor de oficio presentamos en el proceso a que aludimos, nos permitimos transcribir algunos apartes, pues sirven de complemento a la importante decisión del Tribunal:

"La circunstancia de que nada hay aislado en el universo y que entre las cosas todas hay ciertas relaciones por manera que de unas cosas o hechos podemos inferir la existencia de otras cosas o de otros hechos que a aquellas o aquellos estén vinculados bien sea como causas o como efectos, es el fundamento de la prueba indiciaria.

La ley define, en consecuencia, el indicio, como "un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho".

Sea lo primero anotar que por lo que hace al delito de falso documental, la Sala carece de competencia para revisar el fallo de condena a virtud de lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 17 de 1975, que modificó el artículo 199, numeral 1º del C. de P. Penal. En consecuencia, se limitará la Sala a estudiar los fundamentos de la sentencia absolutoria por el delito de robo agravado, cargo que le formuló otra Sala Penal de Decisión de este Tribunal a Garzón Hernández, al momento de revisar por apelación el auto calificador que había convocado a juicio criminal a éste por el delito de falsedad documental —artículo 244 del C. Penal— en la modalidad de continuada; y lo había sobreseído temporalmente por el cargo que ahora fue absuelto. Allí se dijo que, “si bien no existe prueba que indique inequívocamente que tomó parte activa en la sustracción del vehículo, y que fue el motivo que llevó al de instancia a tomar tal decisión, también es cierto, que las demás pruebas están demostrando que fue el autor del ilícito de robo, como se verá a continuación:

“Es indiscutible y no se remite a dudas, que el procesado Garzón Hernández era quien conducía el vehículo que plenamente se identificó como de propiedad de Arturo Uribe Arbeláez”.

“Y también indiscutible que en ningún momento supo dar una explicación satisfactoria al por qué de la tenencia del vehículo que inclusive se valía de documentos falsos para poder conducir”.

Sustancialmente concuerda con la afirmación de FRAMARINO DE MALATESTA, cuando define el indicio como el “raciocinio probatorio indirecto que, mediante la relación de causalidad, deduce lo desconocido de lo conocido” (Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Temis, Bogotá, 1973, p. 255).

Pero sucede que a veces no es el Juez el que infiere o encuentra la relación entre dos hechos o circunstancias sino que es la misma ley la que lo hace. Es esto lo que ocurre en las *presunciones* en las que el legislador, con base en las relaciones constantes o casi constantes que existen entre dos hechos, manda que establecido uno, se tenga a otro por probado.

Lo anterior lo afirmo para recalcar que el indicio y la presunción, participan de la misma esencia. La única diferencia es que en la presunción es la ley la que deduce. En el indicio es el Juez quien lo hace. En general, es esto claro en los autores:

Así por ejemplo, ERNST BELING afirma:

“Las presunciones de Derecho (entiéndase legales) son preceptos que *mandan aceptar* al Juez ciertos hechos como existentes, si se han probado otros hechos. Por lo tanto es precisa la prueba para los últimos, pero no para los primeros. La mencionada reglamentación hace uso de la experiencia de que hechos del tipo b suelen estar relacionados *normalmente* con hechos del

“Y para completar a todo lo anterior, se trata de un procesado con gran capacidad para delinquir, basta mirar los antecedentes que aparecen a fs. 71 vto., donde hay constancia de que fue condenado por el delito de hurto a 8 meses de prisión y 5 años de relegación a Colonia Agrícola, sentencia de la que igualmente hay constancia a fs. 136”.

“Esta constancia de que fue condenado por un delito contra la propiedad, fuera de que el mismo procesado manifestó que portaba cédula y libreta militar falsas porque acababa de salir de la cárcel de pagar 12 años, según él por un delito de robo, unida al hecho de que en su poder fue encontrado el vehículo robado, constituye la presunción legal de responsabilidad contemplada en el artículo 233 del C. de P. Penal” (fs. 162, 163 y 164, en providencia del 28 de julio de 1977).

En esta forma, es evidente que se fundó la responsabilidad de Garzón Hernández es una presunción legal. Pero ésta, para que constituya plena prueba, debe no estar desvirtuada, según la preceptiva del artículo 230 del C. de P. Penal.

Precisamente a crear la duda racional, al menos, orientó su alegato el acucioso defensor de oficio del procesado (fs. 240 a 248). “Bien sabemos —dice—

tipo a. En otras palabras, trátase de casos en los que se plantea la cuestión de si procede una prueba indiciaria. Pero mientras que generalmente el Juez debe examinar en cada caso concreto si la prueba indiciaria es bastante fuerte, la presunción de Derecho *eleva* el indicio a indicio legal forzoso”. (Derecho Procesal Penal, Ed. Labor, Barcelona, 1943, pág. 217”).

Y MIGUEL FENECH dice:

“En cuanto se refiere a las presunciones, debemos distinguir según la norma que contenga la relación jurídica entre dos hechos, de modo que la prueba del primero equivalga a que el segundo se tenga por cierto” (Derecho Procesal Penal, Labor, 2ª Edición, Barcelona, 1952, pág. 733).

Que la presunción legal y los indicios participan de la misma esencia, es decir que en ambos casos se trata de una inferencia que se hace de un hecho a partir de la existencia de otro hecho, y que la diferencia radica solamente en quien hace la deducción, en un caso la ley en otro el fallador, es aceptado expresamente por nuestros procesalistas. Así por ejemplo, dice el profesor MESA VELASQUEZ que “la presunción legal no es más que un indicio grave valorado anticipadamente en la ley como prueba completa del hecho a que se refiere y que trata de probarse”. Derecho Procesal Penal, Ed. U. de A. Medellín, 1963, págs. 289-290. En el mismo sentido, TIMOLEON MONCADA, Comentarios al Código de Procedimiento Penal, Bogotá, 1940, pág. 126.

que uno de los efectos de la presunción es la de que invierte la carga de la prueba. Sin embargo, esto que es de aplicación plena en el ámbito del Derecho Civil, resulta ser peligroso en grado sumo en el Derecho Penal. En el proceso penal, la carga de la prueba corre a cargo del Estado y no debe el Instructor escatimar fuerzas en averiguar por la verdad real, histórica o verdad verdadera, en aras de una verdad formal que puede llegar al castigo del inocente".

Emilia Rincón viuda de Cortés describe a folios 132 vto. a 133 vto. a los individuos que asaltaron a Uribe Arbeláez, y agrega a renglón seguido que está en capacidad de identificarlos. Entonces, "se ordena formar una fila de ocho personas entre las que está incluido el aquí sindicado Hernán Garzón", e inquirida la testigo acerca del cometido de la diligencia, adujo: "No hay ninguno de ellos ni parecidos a los dos señores que me he referido en estas diligencias".

Similar diligencia debió practicarse con el ofendido, en procura de dar cabal cumplimiento a lo ordenado por el artículo 335 del C. de P. Penal, pero no fue así.

El señor Fiscal 8º Superior en el alegato que aportó luego de la audiencia pública, señala:

"Realmente, lo menos que se puede pedir al fallador, puesto que no le es lícito sustraerse a la aplicación de las normas vigentes, es que, cuando haya de enfrentarse a uno de estos cíclopes todavía vivientes, se conduzca con excesiva escrupulosidad en su valoración, y que opte por la senda de la absolución cuando alguna razonable hesitación, por mínima que parezca, germine en su ánimo, aun cuando pudiera alegarse por otros, de pronto válidamente, que la duda carece de entidad suficiente para desquiciar la presunción, porque para absolver basta con que no se tenga certeza acerca de la culpabilidad" (fs. 252).

Pues bien: Nuestra misma ley de procedimiento en su artículo 230, dice que "un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". Empero no dice cómo ha de desvirtuarse esa presunción. Debe entenderse entonces que la presunción puede desvirtuarse por cualquier otro medio probatorio: indicios (lo que sería técnicamente hablando "contraindicio"), testimonios, prueba pericial, etc.

¿Y en qué medida debe quedar la presunción desvirtuada para que no constituya plena prueba? Tampoco lo dice la ley.

Quiero esto decir que el problema queda librado al criterio del Juez, quien en cada caso determinará si las demás pruebas del proceso alcanzan o no a desvirtuar o a debilitar la presunción.

O sea que la ley anticipadamente valora determinados hechos y los tiene como demostrativos de otro u otros, pero no le dice expresamente al

A Garzón Hernández se le está juzgando por lo que hizo, lo que debe aparecer comprobado plenamente en el proceso; y no por su vida pasada, bastante desastrosa por cierto, que a la vez le está abonando una presunción legal de responsabilidad, anticipada por ministerio legal; pero como ésta no tiene la suficiente fuerza de convicción, tal como se deja explicitado, habrá de confirmarse la sentencia absolutoria motivo de consulta, acogiendo la duda consagrada en el artículo 216 del C. de P. Penal, imposible ya de eliminar.

Sobran comentarios para que la presente Sala Penal de Decisión en desacuerdo con su colaborador Fiscal y, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **C O N F I R M E** la sentencia absolutoria dictada en favor de Hernán Garzón Hernández por el delito de robo, de origen y fecha conocidos.

SE ABSTIENE la Sala, por lo dicho en el cuerpo de esta providencia, de revisar la sentencia de condena por el delito de falsedad en documentos contra el mismo Garzón Hernández.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

José Aguilar Pardo

Fernando Coronado Ramírez

Guillermo Duque Ruiz.

Alberto García Quintero

Secretario.

Juez cuándo, a pesar de existir algunos hechos probados, debe considerar la relación como no existente, es decir, desvirtuada la presunción.

Se abre entonces un gran compaz de apreciación por parte del Juez para absolver a pesar de la prueba de los hechos en que la presunción se funda. La duda entra a jugar su papel de decisión, y los artículos 215 y 216 llegan a tener aun en estos casos vigor pleno.

Bien sabemos que uno de los efectos de la presunción es la de que invierte la carga de la prueba. Sin embargo, esto que es de aplicación plena en el ámbito del Derecho Civil, resulta ser peligroso en grado sumo en el Derecho Penal. En el proceso penal, la carga de la prueba corre a cargo del Estado y no debe el Instructor escatimar fuerzas en averiguar por la verdad real, histórica o verdad verdadera, en aras de una verdad formal que puede llegar al castigo del inocente. Dice así el profesor MESA VELASQUEZ:

"La norma del art. 295, (hoy art. 335) que ordena a los funcionarios investigar con igual celo los hechos que establezcan la responsabilidad del procesado y los que tiendan a eximirlo de ella o a atenuarla, no deja de regir frente a las presunciones legales. No se puede pues afirmar que la presunción legal desplaza hacia el sindicado la carga de la prueba de su inocencia. En asuntos penales la presunción no libera a los órganos jurisdiccionales del deber de hacer todas las averiguaciones conducentes para establecer la verdad del hecho investigado". (Op. Cit. Pág. 293).

Y FENECH, ya citado apunta:

"A nuestro entender, el Instructor en la fase sumarial no debe limitarse, sin embargo, a la búsqueda de pruebas que lo convenzan de la certeza del hecho punible, sino que ha de convencerse también de que no existen pruebas que destruyan la intencionalidad del imputado". (Op. Cit. Vol. I. Pág. 734, se refiere a la presunción de "voluntarias" de las acciones u omisiones en la legislación española).

De modo que si la prueba que se ha allegado al proceso demuestra de manera plena la inocencia del sindicado o al menos hace dudosa, con duda razonable, la relación entre los hechos de la relación que fundamenta la presunción, si esto acontece, debe considerarse la presunción como desvirtuada. No es pues necesario una prueba plena de la inocencia del sindicado. Basta que exista una duda razonable basada en alguna prueba del proceso, duda razonable sobre el hecho inferido, para que deba absolverse".

LA IMPOSIBILIDAD DE OBRAR QUE NO SEA AMORDAZAMIENTO O MANIATAMIENTO NO CONSTI- TUYE ROBO AGRAVADO

Ordinal 4º art. 404 del Código Penal

Comentario: Ricardo I. Hoyos, Duque

En el pasado número se publicó en esta revista un artículo respecto de la causal establecida por el ordinal 4º del art. 404 del Código Penal, donde se sostuvo que la parte del ordinal que dice "o las ponga en imposibilidad de obrar" es inconstitucional, en razón de que el gobierno rebasó las facultades conferidas por el Congreso, limitadas a "ordenar su nomenclatura (la del Código) y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía" (art. 434 ibídem).

Si esas fueren las precisas y limitadas funciones concedidas, no podía el ejecutivo cambiar válidamente la expresión "*poniéndolas* en imposibilidad de obrar", aprobada por el Congreso y publicada en el Diario Oficial número 23316 del 24 de octubre de 1936, por la fórmula "*o las ponga* en imposibilidad de obrar", publicada en el Diario Oficial número 23320 del 29 de octubre de 1936.

Se insinuaba allí que uno de los fundamentos para la no aplicación del ord. 4º del art. 404 en lo que dice "*o las ponga* en imposibilidad de obrar" sería el art. 215 de la Constitución Nacional que consagra la inaplicabilidad de una ley por inconstitucionalidad.

Justamente el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín lo ha hecho ya en una oportunidad. Como es el primer caso del que tenemos noticia, verdaderamente vale la pena presentar a los lectores las providencias que resolvieron en tal sentido.

Los hechos que dieron lugar al proceso pueden sintetizarse así:

El señor Luis Alfonso Pérez Rueda, transitaba por una de las calles de la ciudad en las horas de la tarde del veinticinco de mayo de 1978, donde se hallaban situados entre seis y siete individuos ocupándose aparentemente como mecánicos. "Los sujetos lo interceptaron, procedieron a *maniatarlo* (sic) hasta imposibilitarlo para actuar y lo despojaron de diez discos long-play y cuarente (sic) y dos discos de cuarenta y cinco revoluciones, quinientos pesos (\$ 500.00) en efectivo y un reloj de pulso marca Mido, muestrario (sic) blanco, manilla metálica del mismo color, automático con calendario. Logrado el designio criminal huyeron los responsables del escenario".

Sobre las anteriores consideraciones el Juzgado 20 Penal Municipal de Medellín, llamó a responder en juicio criminal por el delito de robo agravado, pues consideró que concurrían las circunstancias agravantes establecidas en el ord. 4º del art. 404 del C.P. Interpuesto el recurso de apelación contra este auto, correspondió al Juzgado Once Penal del Circuito desatar dicho recurso y decidió, mediante el mecanismo que consagra el art. 215 de la Constitución Nacional, no aplicar el artículo tal como aparece en el Diario Oficial N° 23320 en lo que respecta a la expresión "*o las ponga* en imposibilidad de obrar".

Consideró este despacho que las violencias de que fue objeto el sujeto pasivo de la infracción por los agentes del reato, en ningún momento y desde ningún punto de vista configuran "*maniatamiento*", y mucho menos "*amordazamiento*".

Así, en la denuncia, el ofendido afirma: "...me cayeron encima, todos me cogieron del cuello, me trataron de lanzar al suelo, me *maniataron*...". (Fl. 3 fte.) (sin subrayas en el original).

En el auto que resuelve la situación jurídica al inculcado se dice: "En la acera se encontraban seis o siete individuos y al pasar frente a ellos lo interceptaron, *apercuellaron* e imposibilitaron para actuar". (Fl. 11 fte. (sin resaltos en el original).

En la diligencia de confrontación entre el sindicado y el ofendido, este último manifiesta: "Uno de ellos me *abrazó por la nuca*, yéndoseme por la espalda, y otros arremetieron contra mí, a quitarme el paquete que portaba, cuyo contenido eran discos, lo que lograron en muy breve tiempo porque yo no les opuse resistencia". (Fl. 15 fte. y vto.) (sin resaltos en el original).

Puede colegirse, pues, diáfano, que el encuellamiento no constituye maniatamiento, en sentido gramatical, "atar las manos", ni mucho menos amor-

dazamiento, "colocar mordazas". Consecuentemente el ad-que modificó el pliego de cargos en lo que dice relación a la concurrencia de esta circunstancia agravadora. Posteriormente, por el grado jurisdiccional de consulta, hubo de pronunciarse sobre la condena impuesta al inculcado de autos. Presentamos a continuación las consideraciones jurídicas de las respectivas providencias.

JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO

Dra. Tahí Barrios Hernández

AUTO DE PROCEDER

Ahora bien, hecho el comentario pertinente acerca de la prueba relativa a los hechos, y su comisión, y admitiéndose de una vez la depredación de que fuera objeto el ofendido, es preciso considerar la calificación jurídica impartida por el a-quo a esos mismos.

A Fls. 26 Fte. dice el auto recurrido lo siguiente: "Demuestra pues el plexo probatorio cómo ocurrió el violento apoderamiento de cosas ajenas y el mismo coloca penalmente a los autores como responsables del delito de ROBO definido y reprimido en el C. Penal: Libro II, Título XVI, Capítulo II, Art. 404 Numeral 4º que establece: "Cuando la violencia ejercida sobre las personas consista en maniatarlas • amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar". la represión deberá ir sujeta a lo dispuesto en el Nral. 9º de la Ley 21 de 1973".

Y es de recibo, pero ocurre que aunque el llamamiento a juicio, vale decir el numeral 1º de la parte resolutive se ciñe a los requisitos previstos en el Artículo 483 Numeral 4º, la parte motiva de la misma no puede de manera alguna ser recogida por este Despacho, porque el punto de partida del a-quo, el Ordinal 4º del Artículo 404 de la calificación publicada por Diario Oficial Nº 23320 del 29 de octubre de 1936, ordenada por el Decreto 2300 de 14 de septiembre de 1936, no corresponde a la disposición que aprobara el Congreso de la República.

En efecto, a este respecto el Dr. NODIER AGUDELO BETANCUR, en su artículo "La imposibilidad de obrar que no sea maniatamiento o amordazamiento • agrava el robo", (Mimeógrafo, Universidad de Antioquia, 1978), dice lo siguiente:

"Si nos fijamos en el Acta 198 de los trabajos preparatorios del actual Código Penal nos percataremos de que el Dr. LOZANO Y LOZANO propuso una fórmula a simple vista igual al numeral 4º ya transcrito, pero, en verdad, radicalmente diferente...".

"4º. Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar".

"En la discusión del día participaron los doctores Lozano y Lozano y Cárdenas. Más tarde, en el acta 201, se lee que el Dr. ESCALLÓN, "considera que dentro de las agravantes adoptadas en el capítulo referente al robo es necesario incluir las maniobras o precauciones tomadas por el agente para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia. A tal efecto propone que la agravante señalada con el número 4 sea variada por la modificación que presenta en seguida, y que contempla la asechanza, el empleo de narcóticos, de golpes, etc. La fórmula dice así:

"4º Cuando en cualquier forma se han tomado precauciones para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia".

"El doctor Cárdenas dice que con la agravante ya aprobada se contempla el caso de que la víctima sea amordazada o maniatada, y quizás esto sea suficiente, pues las demás violencias en general son características del robo y quedan cobijadas en las disposiciones ya aprobadas a ese respecto. Por otra parte, las heridas o golpes también ya fueron contempladas, y en lo referente a las heridas mismas se llegó hasta aceptar las circunstancias agravantes que se aprobaron para el asesinato. Agrega también que la modificación propuesta por el doctor Escallón puede ser presentada cuando esté presente el doctor Lozano, pues ya se adoptó el sistema de que el artículo aprobado por dos miembros de la Comisión se entiende aceptado ya de manera definitiva".

"Puede verse que según la fórmula que presentó el Dr. LOZANO, por el gerundio empleado, la imposibilidad de obrar de la víctima debe ser efecto del maniatamiento o del amordazamiento: "...maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar". Se propuso, pues un tipo cerrado, en el sentido de que eran taxativos los motivos de la imposibilidad de obrar".

"Según se lee en el acta 198, algunos de cuyos apartes ya hemos transcrito, "el doctor LOZANO presenta la siguiente fórmula que es aprobada".

"Pasó la fórmula del Dr. LOZANO al congreso y según se lee en el Diario Oficial número 23316 del sábado 24 de octubre de 1936, en la página 231, con el número 405, aparece aprobada tal como lo propuso LOZANO con la única variación de una coma después de "amordazarlas", así:

"Artículo 405: 1...2...3...4: "cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, poniéndolas en imposibilidad de obrar".

"Sin embargo, en el Diario Oficial número 23320 del 29 de octubre de 1936, en vez de "poniéndolas", aparece "o las ponga".

"En este Diario Oficial ya no aparece el verbo "poner" en gerundio sino en modo subjuntivo: la expresión "poniéndolas" es cambiado por "o las ponga".

Con lo anterior ya no estamos en presencia de un tipo cerrado sino abierto, con respecto a la determinación de la imposibilidad de obrar de la víctima: como dicen los autores, sería robo agravado el dar a la víctima algún narcótico, privarla del conocimiento, encerrarla en algún sitio, etc. Y es que los autores nacionales han comentado, he dicho, el artículo en la forma que aparece en el Diario Oficial, fórmula que no fue aprobada por el congreso, como hemos visto".

"¿Cómo se explica que aparezca otra fórmula diferente de aquella aprobada por el Congreso? El artículo 435 de la Ley 95 de 1936 autorizó al gobierno "una vez aprobado este Código", "para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que pudiera encontrarse en cualquiera de sus disposiciones". Como se sabe, el gobierno envió el Código "una vez aprobado" a la Academia Colombiana de la Lengua, entidad que comisionó a los doctores MIGUEL ABADIA MENDEZ y JULIAN MOTTA SALAS para que lo estudiaran o hicieran las correcciones pertinentes, así como a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios "para que en vista de aquellas modificaciones, presentara al gobierno el texto definitivo y corregido". Una vez hecho esto, el gobierno dictó el Decreto 2300 de 1936, de septiembre 14, "por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal". No nos es posible afirmar quien o quienes y dónde se hizo esa modificación, que realmente rebosó la misión encomendada de "ordenar su nomenclatura" y corregir "cualquier deficiencia de redacción y falta de armonía".

"Lo importante es pensar en cual de los dos textos es el aplicable. A mi manera de ver, el propuesto por el Dr. LOZANO en el seno de la Comisión Redactora y que fue el mismo que aprobó el Congreso. ¿Por qué mi anterior afirmación? Sencillamente porque el gobierno no tenía facultades para hacer modificaciones que cambiaran la sustancia de lo ya aprobado por el Congreso sino que se debió haber limitado a realizar una labor de simple pulimento pues esta y no otra fue la facultad que le dio el Congreso en el ya aludido artículo 435 (en el texto definitivo corresponde al artículo 434)".

—.—.—.—.

Visto lo anterior obvia es la inconstitucionalidad del ordinal 4º del artículo 404 del actual código penal, vale decir, del adoptado por el Decreto 2300 de 1936 y vigente el numeral 4º del mismo artículo correspondiente a la fórmula que propusiera Lozano y que fuera debidamente aprobada, cuya publicación fue hecha en el Diario Oficial N° 23316. Mediante el mecanismo de excepción de inconstitucionalidad que establece el Artículo 215 de la Constitución Nacional, el Despacho inaplicará el ordinal primeramente citado, por cuanto que la modificación de su texto abre el tipo con respecto a la forma como se ha de determinar la "imposibilidad de obrar", violando así los artículos, 76, numeral 11 y 55 de la Constitución Nacional, al exceder la órbita de las facultades conferidas.

Acorde entonces con el profesor citado, la conducta subjudice rebasa los presupuestos del auténtico numeral 4º del artículo 404.

Si efectivamente, como lo define la Real Academia de la Lengua, maniatar es "atar las manos" y amordazar es tanto como "poner mordaza", es evidente que la acción que desplegaran DEIVIN ASTIGUAD PINEDA LUJAN y sus compinches dista de adecuarse al texto que fuera aprobado por el Congreso.

Además, admitir el enjuiciamiento del a-quo implicaría simple y llanamente desconocer el texto del Artículo 1º del Código Penal que en desarrollo de principios constitucionales (Art. 26), consagrados universalmente, dice:

"Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por Ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

Como antecedente jurisprudencial, de aplicación del texto original de la Ley 95 de 1936, se tiene la expresión "mujer mayor de edad", artículo 350 del Código Penal —reformado, corrigiéndolo, por la Ley 16 de 1969—. Ver Cas. Nov. 7 de 1966, CXVIII bis (2283 bis) P. 74 y el auto de 21 de julio de 1972, del Tribunal Superior de Bogotá, en relación con el numeral 1º del Artículo 232 de la Ley 95 de 1936, que describía como conducta delictuosa la confección total o parcial de un documento falso.

En consecuencia, la imposibilidad de obrar no consistente en amordazamiento o maniatamiento constituye simplemente la violación típica del delito de robo previsto en el Artículo 402 del Código Penal. Por consiguiente el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, C O N F I R M A el enjuiciamiento apelado, de procedente y fecha anotada con la modificación que se concluye del texto de la motivación, no se trata de un robo agravado —Art. 404—, sino de un robo simple, agravado sí, por las circunstancias genéricas de los numerales 2º y 5º del artículo 398 y con la siguiente adición: se compulsarán copias para proseguir la investigación con relación a los partícipes del delito de robo, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 482 inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

La Juez,

Tahí Barrios H.

El Srio.,

Alcides Giraldo Montes.

Fecha: Octubre 10 de 1978.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La prueba judicialmente aportada en el decurso de la etapa investigativa en nada varió durante el período probatorio de la causa, por lo que inevitablemente sobre ella debió también decidirse la instancia. No se extenderá el Despacho en torno a ella habida consideración de que al resolver de la apelación del auto de proceder, conoció el expediente, la estimó suficiente para soportar esa decisión e igualmente la considera ahora apta para sustentar el fallo materia de consulta.

No obstante lo anterior, es conveniente advertir que los *juicios de valor* en torno al testimonio allegado no son, en manera alguna, materia de la incumbencia del testigo, como se lee a folios 53 supra. Es el juez el señalado para hacer el análisis critológico, la valoración del testimonio; valoración que no es subjetiva, pues que existen parámetros de valuación, de lógica y cientificidad innegables. (A esto justamente hace relación la critología, no a opiniones o posiciones).

No obstante considerar la estulticia de los farragosos y a veces confusos e ininteligibles párrafos del proveído de Instancia, el Despacho recavará sobre sus consideraciones de octubre diez de mil novecientos setenta y ocho y lo hará porque advierte que el Juzgado 2º por desconocimiento de posiciones doctrinales y jurisprudenciales de evidente trascendencia y obvio valor científico-jurídico —por ello y solo por ello, merecen ser citados— e ignorancia olímpica de principios filosófico-jurídicos que datan de siglos, pretende desconocer la conveniencia y la justicia de la adecuación típica de la conducta desplegada por PINEDA LUJAN.

Desconoce el a-quo que: "Un hecho no puede considerarse delito ni ser sometido a pena, si una ley (entendiendo esta expresión en sentido no formal, sino material) no lo prevé como tal..." y que: "El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello, no puede deducirse analógicamente de normas relativas a hechos diversos".

"El alcance práctico del principio consiste en la prohibición de que el juez extienda las normas que sanciona la aplicabilidad de penas por la vía de la analogía; de imponer esta sanción más allá de los casos expresamente previstos por el legislador. Este reserva para sí la facultad de determinar qué hechos constituyen delito y cuáles son las respectivas sanciones. En consecuencia, el juez carece del poder de infligir las sanciones aludidas a casos que la ley no considera taxativamente y de aplicar penas distintas a las contempladas en ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno, basándose en exigencias racionales o idealismos éticos o sociales. Se desprende de ello que la única fuente del Derecho Penal es el Derecho positivo que constituye un

ordenamiento cerrado. El artículo primero del Código es una auténtica y propia barrera, en cuanto representa un límite que el Juez no puede en ningún caso sobrepasar en la aplicación de la Ley..." (ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, UTEHA, Buenos Aires 1960, P. 51). (Subrayas fuera de texto). Con sus conclusiones, arroja por la borda, de un solo tajo, trabajo y razonar de siglos, como que aquel principio de legalidad o de reserva que tuviera sus precedentes en la MAGNA CHARTA LIBERTATUM de 1215 y fuera formulado por FEUERBACH —nullum crimen, nulla poena sine lege— está determinado no solo a proteger la sociedad, sino también al hombre delincuente. En efecto, al impedir la creación judicial del tipo, vale decir al proscribir la analogía, está impidiendo la aplicación de una pena que no le corresponde al delincuente. Expresa, entonces la función de garantía de la Ley Penal. Y como dice MAURACH: "...la fórmula muy general nulla poena sine lege alcanza, en interés del particular, su máxima perfección: nulla poena sine lege SCRIPTA e STRICTA...". Exige pues, un desarrollo que aquella sea escrita: "...prohibe el derecho consuetudinario; la lex non scripta, en el ámbito jurídico-penal siempre que se trate de la formación o agravación de tipos...", y que sea estricta, vale decir, prohíbe "la pena sin mandato expreso textual de la Ley; esta función persigue limitar la aplicación de la Lex; en la medida en que se prohíbe el derecho consuetudinario dentro del ordenamiento penal, está vedada también la analogía fundamentadora o agravadora de la pena..." (REINHART MAURACH, Derecho Penal, T. I Ed. Ariel, Barcelona 1962, Pgs. 114 y 101). (Subrayas fuera de texto).

Es evidente, entonces, que previsto el principio por el artículo 1º del Código Colombiano, que dicho sea una vez más, no es otra cosa que desarrollo del principio al que se hizo referencia en el párrafo anterior, plasmado en la Constitución, persistir en la aplicación del texto que fundamentó el enjuiciamiento del a-quo, no significa otra cosa que el flagrante quebrantamiento del artículo en cita. No es pues *ni lógica ni razonable y si totalmente acientífica* la anotación del Juzgado Municipal en el párrafo final del folio 51. Es, que, ¿cómo es posible que se recurra al expediente del acatamiento reiterado sin ambages ni reticencia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, para persistir en el error y la injusticia? ¿Y que se sea honesto —intelectualmente, se aclara— para admitir que no es "que con un simple enunciado trueque poco menos que inexistencia el numeral cuarto del Art. 404..."? El profesor citado en el auto que desató la apelación del enjuiciamiento, aporta argumentos bien claros y explicaciones que demuestran la inexactitud del Diario Oficial 23320 de 29 de octubre de 1936. No puede entonces decirse de ninguna manera, que el artículo 404 en su numeral 4º no sea *inconstitucional* y que no se se estaba sistemáticamente incurriendo en la violación a las disposiciones legales y constitucionales, realmente vigente, porque la disposición promulgada, no fue la aprobada.

Por lo demás el medio empleado como correctivo en el caso de autos, es, cuando menos, el técnico y expedito: fue técnico puesto que se tiene la

competencia para dar aplicación a la disposición constitucional. A este propósito dice SAININ GREIFFENSTEIN en su obra LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCION, Ed. Temis, Bogotá 1971, Págs. 205 y 206:

"La palabra aplicación parece ser la clave del debate: aplican la ley los funcionarios que tienen acordada autoridad y mando. Están en ello conformes MIGUEL MORENO y ALVARO COPETE; está en desacuerdo ALFREDO ARAUJO GRAU, quien solamente admite la competencia de los Tribunales Judiciales.

"Hoy es bien sabido que la administración no se limita a ejecutar o cumplir o hacer cumplir la ley por medios materiales; para poder cumplir sus fines, la administración toma decisiones que envuelven pronunciamientos de carácter general; en desarrollo de la ley y de la Constitución, resuelve sobre asuntos de interés para el Estado y para los particulares; muchos derechos privados dependen de la decisión gubernamental, por lo menos en su primera etapa y como policía, dueño, recaudador, administrador de bienes, empleador y organizador o inspector de actividades de trascendencia común, el gobierno toma claras atribuciones dispositivas en cuyo desempeño debe determinar el contenido del ordenamiento jurídico y hacerlo operante en su decisión. Por manera que el gobierno también aplica el derecho."

Y el Consejo de Estado en Providencia de febrero 20 de 1969, con ponencia de MIGUEL LLERAS PIZARRO sostuvo:

"Lo que ha venido llamándose protección constitucional por la vía de la excepción, es más que competencia general, deber impuesto a todos los agentes y agencias del Estado para preservar el régimen político colombiano. Directa o indirectamente todos los funcionarios públicos de cualquiera de las ramas del poder tienen su origen, deben su existencia y derivan su competencia de la Constitución. Es por eso por lo que la ley dispone que, al tomar posesión, el empleado público debe jurar que acatará la Constitución. Se arguye a veces que poderes tan latos pueden constituir peligro ejercido por funcionarios poco ilustrados. Puede responderse que ese riesgo existe también cuando los ejerzan los más ilustrados porque ni la Constitución ni la ley pueden evitar la arbitrariedad que puede resultar tanto del torcido ejercicio de un deber como de la negativa a ejercerlo. En uno y otro caso la ley prevé los correctivos penales, los procedimientos para deducir la responsabilidad y los recursos de revisión tanto gubernativos como jurisdiccionales. No debe olvidarse que el abuso de autoridad o el exceso de poder pueden ser consecuencia de la acción tanto como de la omisión, del hacer o del dejar de hacer, de ejercitar una potestad o de abstenerse de hacerlo. No sería excusa aceptable para no cumplir función pública en su oportunidad legal el temor a equivocarse". (Subrayas fuera del texto). (Foro Colombiano, N° 47, P. 592).

A guisa de ilustración bien vale la pena transcribir los apartes esenciales del auto del cual fue ponente ALFONSO REYES ECHANDIA, entonces Magistrado del H. Tribunal de Bogotá en julio 21 de 1972, precisamente se exceptuó allí la inconstitucionalidad del D. 2300 de 1936; y lo pertinente del fallo de noviembre 7 de 1966 del que fue ponente el Magistrado Barrera Domínguez en donde se tomó idéntica decisión por motivos ambos similares, al del asunto que motivó esa determinación en este proceso.

Dijo así el Honorable Tribunal de Bogotá:

3°. Fue el comisionado Rafael Escallón quien redactó el proyecto del articulado correspondiente a los delitos "contra la fe pública"; entre ellos figuraba el marcado con el número 21, que corresponde sustancialmente al actual Art. 231 del C. P. Puesto en discusión su texto y después de haberse dado lectura a los Códigos Penales de Argentina, México y España, "el doctor Lozano dice que debe ponerse como numeral 1° del artículo la fórmula que incluya la confección total o parcial de documentos, pues el artículo no comprende ese caso. Al efecto propone como numeral 1° el siguiente, que es aprobado: "1° Los confeccione falsos en todo o en parte" (Cfr. Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, acta número 219 del viernes 12 de junio de 1935). Aceptada por la comisión la propuesta precedente sin discusión alguna, la norma en cuestión quedó aprobada tal como hoy aparece en nuestro Código Penal, con excepción de su numeral 1°. ¿Qué pasó con dicho numeral? Veámoslo.

4°. Terminado el proyecto de código por la comisión, fue enviado al gobierno y de allí al Senado de la República donde se aprobó sin mayores deliberaciones. En cuanto respecta a la disposición que se examina y que correspondía al Art. 243 del proyecto de la comisión, el Senado lo aprobó sin modificación alguna; de allí pasó a la Cámara de Representantes, aunque el número del artículo en cuestión era ya el 242. Esa Corporación también aprobó su texto integralmente (con el número 232) y de allí el proyecto de ley pasó al gobierno para su sanción. El ejecutivo hizo algunas objeciones relacionadas con el trabajo obligatorio y remunerado en los establecimientos penitenciarios, la concesión de la condena condicional y una posible incongruencia entre los Arts. 214 y 215 del proyecto sobre el delito de fuga de presos; el Parlamento atendió las observaciones del gobierno y devolvió el proyecto que finalmente fue sancionado para convertirse en la Ley 95 del 24 de abril de 1936; así se desprende del examen del expediente original de esta ley que reposa en el Archivo del Congreso Nacional.

"Sancionada legalmente dicha ley, se publicó en los Anales del Senado (N° 294, Serie 6ª) del martes 5 de mayo de 1936, en los de la Cámara de Representantes (N° 224, Serie 2ª) del sábado 23 del mismo mes y año y finalmente en el Diario Oficial N° 23316 del 24 de octubre de 1936. En todos los documentos oficiales el texto del artículo en su parte pertinente dice "Incorre

en presidio de tres a diez años el funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos: 1º Los confecciones falsos en todo o en parte”.

“5º. El Art. 434 de la citada Ley autorizó al gobierno, una vez aprobado el código, “para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse” en algunas de sus disposiciones”.

“Con base en esa autorización, el gobierno dictó el Decreto 1607 de 8 de julio de 1936 en el que dispuso:

“Art. 1º. “Pase el nuevo Código Penal a la Academia Colombiana de la Lengua, para que proponga las modificaciones de redacción que sean necesarias y a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios para que, en vista de aquellas modificaciones, presente al gobierno el texto definitivo debidamente corregido y coordinado”.

“Art. 2º. “La publicación del nuevo Código así como de las Actas de las sesiones relativas a su elaboración, se hará bajo la dirección de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios”.

“En cumplimiento de tal decreto, el texto de la Ley 95 pasó a la Academia Colombiana de la Lengua, entidad que nombró a los doctores Miguel Abadía Méndez y Julián Motta Salas para hacer la revisión pertinente, realizada su labor y prolijada por la Academia, la ley pasó a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios sin que se hubiese modificado el texto del Art. 232. Fue esa Comisión la que decidió suprimir el N° 1º del citado artículo y reordenar su numeración. Cumplida la tarea asignada envió la ley al gobierno y éste dictó entonces el Decreto 2300 del 14 de septiembre de 1936, cuyo último considerando dice:

“Que la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios ha presentado al gobierno el texto definitivo del nuevo Código Penal, corregido y coordinado por las dos entidades mencionadas” (Comisión y Academia). El único artículo de tal Decreto dice:

“El texto definitivo de la Ley 95 del 24 de abril del presente año (Código Penal), que entrará a regir desde el 1º de enero de 1937, será el siguiente: “A continuación transcribe el artículo que le enviara aquella Comisión; dicho texto fue publicado en el Diario Oficial N° 23320 del 29 de octubre de 1936”.

“Sin embargo, y en razón de que el nuevo Código Penal no había tenido amplia divulgación, el legislador decidió aplazar su vigencia mediante la Ley 205 del 18 de diciembre de 1936, cuyo Art. 1º decía: “La Ley 95 de 1936 (Código Penal) comenzará a regir el 1º de enero de 1938. Queda en esos términos modificado el Art. 435 de la misma ley”.

“6º. Se ha visto ya que el gobierno señaló el texto definitivo de la Ley 95 de 1936 (nuevo Código Penal) mediante el Decreto 2300 de 1936. ¿De qué naturaleza es este decreto? No es reglamentario (art. 120 N° 3º C.N.) porque al través de él no se reglamentó la Ley 95 sino que se adoptó su definitivo texto y porque los códigos —y menos aún el código penal— no son susceptibles de reglamentación como reiteradamente lo ha dicho la Corte; tampoco es de estado de sitio puesto que no se dictó en las condiciones previstas por el Art. 121 de la Constitución Nacional; no tiene las características propias de los decretos leyes a que se refiere el num. 12 del Art. 76 de la Carta Fundamental por cuanto la autorización del Congreso contenida en el Art. 434 de la Ley 95 de 1936 carece de los dos esenciales requisitos exigidos en tal caso: precisión de la materia objeto de la delegación y fijación del término dentro del cual el gobierno puede ejercer dicha facultad: tratase, pues, de un decreto *que cabe dentro de las autorizaciones descritas en el num. 11 del Art. 76 de la Constitución para que el gobierno ejerza “otras funciones dentro de la órbita constitucional”*.

“Aclarado este punto, corresponde examinar el alcance de tales facultades y el uso que de ellas hizo el ejecutivo.

“7º. El contenido de las autorizaciones fue claro: el gobierno estaba investido de facultades para ordenar la nomenclatura del código “y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse en algunas de sus disposiciones”. El sustantivo redacción, viene del verbo redactar, que significa “poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad”; armonía, en lenguaje figurado es la “conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras”, y subsanar es tanto como reparar o enmendar un defecto. Por manera que la autorización del Congreso contenida en la expresión “subsana cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía “que se encontrase en algunas de las disposiciones del nuevo código, alcanzaba apenas para corregir deficiencias formales de lenguaje en busca de claridad y precisión, en síntesis, se pretendía obtener aquella elegancia iuris que ha de ser paradigma de la ley; por eso se encomendó tan encomiable labor a la Academia Colombiana de la Lengua.

“Con base en tales autorizaciones el gobierno envió la ley a aquella entidad para que propusiera “las modificaciones de redacción que sean necesarias” y aunque no utilizó las mismas palabras del legislador como habría sido deseable, el sentido de esta expresión no varió sustancialmente y siguió limitado a eventuales variaciones de continente mas no de contenido del texto de la Ley.

“Ahora bien, ¿esa supresión cabía dentro de las autorizaciones otorgadas al Ejecutivo por el Parlamento? La respuesta, a juicio de la Sala, es decididamente negativa.

"No sobra recordar a este propósito que en el Art. 1º de nuestro C. P. —en desarrollo del principio constitucional— declara que "nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió", y que este mismo apotegma jurídico de universal aceptación, fue recogido como principio fundamental en el proyecto de código penal tipo latinoamericano, así "Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan carácter formal de leyes penales. Las leyes penales deben describir hechos punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar dudas sobre su prohibición".

"Conclúyese, pues, que el Decreto 2300 de 1936 eliminó de un texto legal descripción comportamental que expresa e inequívocamente señalaba como delictuosa la acción de quien confecciona total o parcialmente documento falso.

"Cabe preguntarse ahora si la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios podía suprimir el texto del Nº 1º del Artículo 232 de la Ley 95 de 1936 y el gobierno refrendar legalmente esa supresión que implicaba mutilación del contenido, vale decir, de la sustancia de dicha norma con base en las autorizaciones recibidas? Las consideraciones precedentes ratifican la respuesta negativa adelantada por la Sala, por dos razones fundamentales:

"1ª. Porque la supresión del citado numeral no solo no era necesaria ni conveniente para corregir deficiencias de la redacción del texto mismo —conceptualmente claro y formalmente correcto— ni para subsanar alguna falta de armonía con los demás numerales del artículo, porque no existía, sino porque significaba la erradicación de un tipo penal básico y simple que, por razones de técnica legislativa había sido incluido como un numeral de un tipo compuesto acumulativo y cuya eliminación borraba del código importante modalidad delictiva.

"2ª. Porque aun aceptando, únicamente para efectos argumentativos, que la mentada supresión constituía simple "modificación de redacción", el Decreto 1607 de 1936 solamente autorizó a la Academia Colombiana de la Lengua para proponer tales cambios y a la Comisión para que "en vista de aquellas modificaciones "presentara al gobierno el texto debidamente corregido y coordinado: lo que significa que la labor de la Comisión quedó limitada a recoger los cambios propuestos por la Academia para verterlos en el nuevo texto, sin que pudiera en manera alguna introducir ella misma cualquier modificación formal y menos aún las sustanciales que realizó. Y ya se ha visto que en relación con el artículo 232 de la Ley 95 la Academia no propuso ninguna alteración.

"8º. Teniendo en cuenta que el Nº 1 del artículo 232 de la Ley 95 de 1936 aprobada por el Congreso y sancionada por el Ejecutivo contiene disposición sustancial y trascendente, tiénese que la supresión del mismo por el Decreto 2300 de 1936 implica derogación por vía administrativa de una norma con naturaleza y fuerza de Ley, función esta que corresponde potestativamente al Congreso de la República (Art. 76 Nº 1º C.N.), o excepcionalmente al go-

bierno por la vía del Nº 12 del mismo artículo constitucional, pero en ningún caso a través del Nº 11 ibidem, que fue el cambio asignado por el Congreso al Ejecutivo en este caso.

"En consecuencia, el Decreto 2300 de 1936, en cuanto derogó una disposición legal aprobada por el Congreso y sancionada por el propio Ejecutivo —pues a eso equivale la omisión del Nº 1 del artículo 232— está afectado de inconstitucionalidad porque viola los artículos 76 Nº 11 y 55 de la Constitución Nacional, toda vez que al suprimir el citado texto se salió de la órbita constitucional prevista en las autorizaciones e invadió abusivamente la potestad legislativa del Congreso. En esas condiciones, el mutilado texto del actual artículo 231 del C.P. evidencia tal vicio. Frente a él emerge el texto primigenio de la Ley 95 de 1936 que muestra así plena validez legal.

"En efecto, el artículo 435 de la Ley 95 de 1936 dice: "El presente código entrará a regir desde el primero de enero de mil novecientos treinta y siete; pero el gobierno podrá decretar su vigencia antes de esa fecha". El ejecutivo no hizo uso de esa facultad y cuando en el artículo único del Decreto 2300 adoptó "el texto definitivo de la Ley 95 del 24 de abril del presente año (Código Penal), que entrará a regir desde el 1º de enero de 1937", no estaba poniendo en vigencia el nuevo código, sino recordando que la fecha de vigencia señalada por el artículo 435 de la citada ley era el 1º de enero de 1938; lo único que hizo el ejecutivo en virtud de este decreto fue adoptar el texto definitivo de la Ley 95.

"Recuérdese, ahora, que la vigencia de "la Ley 95 de 1936 (Código Penal) "fue aplazada hasta el 1º de enero de 1938 por la Ley 205 de 1936 y nuevamente postergada hasta el 1º de julio de 1938 por la Ley 124 de 1938, que se refirió explícitamente al "nuevo Código Penal".

"Por donde se colige que fue el legislador y no el ejecutivo quien puso en vigencia y aplazó en dos ocasiones, la Ley 95 de 1936 que contenía el texto del nuevo Código Penal.

"De manera que lo que el legislador inicialmente puso en vigor fue la original Ley 95 (Art. 435) y lo que el propio legislador aplazó en dos oportunidades fue la vigencia de esa misma y única ley. Obsérvese en que ninguna de estas dos últimas leyes dice "Aplázase la vigencia del texto definitivo del nuevo Código Penal promulgado mediante el Decreto 2300 de 1936", sino simple y escuetamente "aplázase la vigencia de la Ley 95 de 1936 (Código Penal), en la primera ley, y "aplázase la vigencia del nuevo Código Penal", en la segunda, con lo que en ambas oportunidades el legislador se estaba refiriendo inequívocamente a la Ley 95 de 1936 aprobada y sancionada con las modificaciones formales precisadas en el artículo 434.

"Pensar que con esas leyes el Congreso validó el vicio de constitucionalidad que la Sala ha señalado, es imaginar que el Parlamento refrendó tácita-

mente un vicio que afectaba precisamente su soberana potestad legislativa y eso solo es ingenua hipótesis, que supondría un Congreso impasible y complaciente ante el despojo de su más preciado y auténtico poder.

"10°. Por manera que, inconstitucional el artículo 231 del actual texto del Código Penal en cuanto no reprodujo el N° 1 de la norma original y vigente el artículo 232 de la Ley 95 de 1936 que contiene ese código, la Sala se inclina por la aplicación de éste, mediante el uso del mecanismo de excepción de inconstitucionalidad autorizado por el artículo 215 de la Carta Fundamental...".

Y la Honorable Corte Suprema de Justicia se expresó así:

"... Se trata, entonces, de un delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el artículo 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 96 de 1936 (en la que trae el número 23.320, de 29 de octubre de 1936), el texto de dicho artículo alude a "mujer mayor de dieciseis años", por las siguientes razones: (1°) En el volumen 473 del Archivo General del Congreso, correspondiente al Tomo VII de las Leyes de 1936, se halla la Ley 95 de 24 de abril del mismo año, la cual tiene las firmas autógrafas de los funcionarios del Congreso y del presidente de la República y de su Ministro de Gobierno, en la sanción ejecutiva. En el artículo 351 (correspondiente al artículo 350 del Código Penal) se habla de "mujer menor de dieciseis años...". Este artículo 351 se halla en la página 41 de la citada Ley 95 de 1936, en el volumen y tomo citados del Archivo General del Congreso. 2° En el Diario Oficial N° 23.316 de 24 de octubre de 1936, en el cual se publicó también la Ley 95 de 1936, el artículo 351, que corresponde al 350 del actual Código Penal, dice: "Si la mujer menor de dieciseis años hubiere prestado su consentimiento...". Esto es, aparece esta norma de acuerdo con el texto que de la misma se encuentra en la mencionada Ley 95 de 1936. 3° Cabe, entonces concluir que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial N° 23.320 de 29 de octubre de 1936, se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra "menor" por el vocablo "mayor", pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, cifrándose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial N° 23.316 citado. 4° No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciseis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciseis años, lo cual resulta ciertamente absurdo...". (Temas de Derecho Penal, N° 2, P. 87).

— . — . — . — . — . — .

Se encuentra, el Despacho, con que a PINEDA LUJAN al hacer la correspondiente tasación de pena no le fue deducido el tiempo relativo a las circunstancias agravantes tenidas en cuenta en el auto de octubre 10 de 1978,

en que resolvió la apelación. Sufrirá por ese motivo la pena un incremento de cuatro meses. No se atenderá por lo mismo, la solicitud hecha por la Fiscalía IV del Circuito, en lo que hace a la aplicación del Art. 80 del Código Penal.

Se incrementarán en consecuencia, por el mismo tiempo, las penas accesorias impuestas.

En razón y mérito de lo expuesto el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, acorde en parte, con la colaboradora Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA, el fallo materia de Consulta con la MODIFICACION, de que la pena que debe purgar DEIVIN ASTIGUAD PINEDA LUJAN, será de VEINTIOCHO MESES DE PRISION, en lugar de los 24 a que fuera condenado por el funcionario de instancia. En igual proporción se aumentarán las penas accesorias impuestas. A raíz de la pena impuesta a PINEDA LUJAN no es merecedor al subrogado de la Condena Condicional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

La Juez,

Tahí Barrios H.

El Srio.,

Alcides Giraldo Montes.

Febrero 2 de 1979.

EL ERROR EN EL "NOMEN JURIS" DE LA INFRACCION QUE LA LEY PROCESAL PENAL SANCIONA CON NULIDAD (art. 210 ord. 5°) HACE REFERENCIA A LA CALIFICACION GENERICA DE LA ILICITUD EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL AUTO ENJUICIA-TORIO.

Breve comentario a una Sentencia del Tribunal Superior de Pasto¹.

Ricardo I. Hoyos Duque

En providencia fechada el 15 de junio de 1978, el Tribunal Superior de Pasto, actuando en consonancia con lo solicitado por el Fiscal Cuarto de dicha Corporación declaró la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder, en el proceso seguido a X.X.X. por robo tentado y lesiones personales "por

1. El Atraco como tipo delictivo autónomo. Magistrado Ponente: Dr. Eudoro Benavides Rivera. Revista Nuevo Foro Penal, N° 4, Julio - Agosto - Septiembre de 1979 pp; 85 y ss.

haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

Preciso resulta, hacer una digresión previa sobre la naturaleza del vocatorio a juicio para formular los reparos que consideramos del caso.

Como lo ha sostenido la Corte, el auto de proceder constituye el pliego de cargos que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, le lanza al acusado para que éste se halle en la posibilidad de asumir su defensa; es este el acto procesal que cierra la primera etapa del proceso penal, y a su vez, marca el surgimiento de la segunda: el juicio. Concreta el objeto de la relación jurídica y delimita el ámbito del juicio, a la vez que fija las pautas para la sentencia.

Dada la trascendencia de este acto procesal, el juez al momento de dictarlo ha de sujetarse a los requisitos que exige la codificación procesal; son estos los sustanciales del art. 481 y los formales del art. 483. Como garantía para el cumplimiento de estas disposiciones se establecen una serie de controles. Así, el art. 580 N° 2 erige en causal de casación el hecho de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. También, se consagra como causal de nulidad el haberse incurrido en error respecto a la denominación jurídica del delito, art. 210. ord. 5°.

Sobre esta última disposición, la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que no es cualquier error, aún el de mínima entidad, el que da lugar a la nulidad de orden legal que consagra el art. 210 ord. 5°. Este error hace referencia a la denominación del delito, como cuando en la parte motiva se llama a responder por un delito de robo y las probanzas que militan en el proceso dan cuenta de un delito de hurto. Cuando ese error se presenta respecto de la calificación específica, puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre y cuando no se haga más gravosa la situación del acusado; pues si se agrava, se daría lugar con esto a una causal de nulidad diferente, ya de orden constitucional, de conformidad con el art. 26 de nuestra Carta Política, por haberse omitido las formas propias de cada juicio; pues de ese nuevo cargo que agravó la situación del implicado no estuvo éste en posibilidad de defenderse, y "nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio", y en esa parte más gravosa para su situación no se le oyó ni venció, lesionando así de manera ostensible el derecho de defensa.

Al respecto ha dicho la Corte:

"La prohibición establecida en aquel precepto (se refiere al art. 431 del anterior Código de Procedimiento, hoy 483 N° 4) de determinar en la parte resolutive del auto de vocación a juicio la especie de delito dentro del género a que corresponde y de señalar en concreto el artículo que se estime aplicable, tiene por objeto que en el fallo se puedan reconocer situaciones que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el respectivo capítulo del Código Penal una fisonomía específica atenuada con relación a la prevista en los considerandos del auto de proceder,

sin que se rompa la armonía que debe existir, entre la sentencia y el auto procesatorio".

"Los errores en que haya podido incurrir el juez en la parte motiva del auto de vocación a juicio al individualizar la infracción dentro del género, por mala apreciación de los hechos o indebida selección de la norma específica reguladora de los mismos, no genera la nulidad prevista en el ord. 5° art. 37 del Decreto 1358/54 (hoy ord. 5° art. 210) pues la denominación jurídica del delito se conserva. Esa clase de error puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre que no se haga más gravosa la situación del procesado, pues si en el fallo se contemplan modalidades que den al hecho materia del enjuiciamiento una tipicidad de mayor entidad, esto es, en especie reprimida con pena más alta, o se deducen circunstancias de agravación de la infracción no señaladas en el auto de proceder, se lesiona el primordial derecho de defensa del acusado. Ningún acusado puede ser condenado excediendo los límites de la imputación formulada en el pliego de cargos, como lo tiene dicho esta corporación"².

En este orden de ideas, consideramos que la decisión comentada, pudo y debió ser corregida por el Tribunal Superior de Pasto, pues el error en que se incurrió tanto en el auto de proceder como en la sentencia consultada no recayó sobre la denominación genérica del delito sino en su calificación específica, porque se llamó a responder y se condenó por el delito de robo en la modalidad de tentativa, siendo éste un delito específico que se tipifica al tenor de lo dispuesto por el art. 405 del Código Penal. Entonces, no debió hacerse alusión a los dispositivos amplificadores del tipo (art. 16 del C.P.) en la parte resolutive del auto de enjuiciamiento ya que para adecuar esa conducta existe norma especial, y por cierto, más favorable.

Precisamente en el Proyecto de Código Penal que se discute en este momento en una de las Cámaras Legislativas, el delito conocido vulgarmente con el nombre de "atracó" (tentativa de robo, art. 405 C.P.) desaparece como modalidad delictiva autónoma; la comisión de reforma entendió que "tal hecho queda comprendido dentro del fenómeno de la tentativa y eventualmente dentro de un concurso entre lesiones personales y tentativa de hurto agravado"³.

2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mayo 22 de 1970, en Temas de Derecho Penal Colombiano N° 9, 1971 pp. 106 y ss. Colección Pequeño Foro. Además pueden consultarse las siguientes providencias:

Cas. Nov. 29 de 1933, XLI, 162. Cas. 13 de Agosto 1940, L, 532. Cas. 19 de Febrero 1941, LI, 85. Cas. 5 Nov. 1947, LXIV, 156. Cas. 12 de Agosto 1965, CXIII y CXIV, 316. Sentencia 24 de Octubre 1965. ibidem. Auto, Abril 26/72, CXLII, 328.

3. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Edición compilada y dirigida por Guillermo Díaz Sanmiguel, p. 157 Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, Marzo de 1977, Segunda edición aumentada, Bogotá D. E. Colombia.

FORO HISTORICO

Petición de Contraevidencia de unos Veredictos

Dr. J. Guillermo Escobar Mejía

RESEÑA HISTORICA

La finca "Pijiñal" está a un día de camino de la población de Remedios. Es zona de influencia del "Ejército de Liberación Nacional"; lo cual hace que cualquier delito, así sea común, encuentre en tal situación una fácil salida o explicación.

Allí vivían: El anciano don Clímaco Velásquez, la sirvienta doña Criselda y un mozo de 21 años, nieto de don Clímaco, hombre fuerte, hábil en las faenas del campo empece a ser oligofrénico. Este joven se llama Rodrigo Pineda, pero es más conocido por el remoque de "Tolete". La vecindad la constituyen las familias de los hermanos Murillo: Pedro Pablo, quien vive con cinco hijos menores; y, don Víctor, padre de un menor del mismo nombre —quien será personaje fundamental en el asunto de autos— y "suegro" del otro procesado, Aldemar Carrillo, quien está recién llegado a la región y entrega su fuerza laboral en la finca "Pijiñal".

Conforman, todos ellos, quizá en razón del alejamiento rural, una comunidad con características de alguna intimidad. Esta anotación, quizá, no sea estricta para Aldemar Carrillo, en razón de estar recién llegado y por sus relaciones de hecho con la muchacha Murillo, estables por la presencia de un hijo.

El martes siete de enero de 1975, "desaparece" don Clímaco. Doña Criselda dice que "Tolete", a la hora del desayuno se acercó al anciano, musitó al oído un secreto, y salieron. Nunca regresaría el señor Velásquez.

"Tolete" explicó a la sirvienta que había llevado a su abuelo a cuatro desconocidos que lo requerían a la orilla del monte. De ahí surge la primera hipótesis de secuestro por parte del "Ejército de Liberación Nacional".

El jueves, 9 de enero, Pedro Pablo Murillo denuncia ante las autoridades

* La publicación de este alegato no solo servirá a los alumnos de "Cauística Penal", Seminario que el autor orienta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, sino también a cualquier persona que se inquiete por el tratamiento de la cuestión probatoria. El ímpetu y el rigor puestos de manifiesto en este alegato, trasuntan la manera seria como el autor afronta su misión. En la actualidad el Dr. Escobar Mejía es Fiscal del Honorable Tribunal Superior de Medellín.

des de Remedios este hecho como secuestro; y, pretende con el dueño de la finca, padre de "Tolete", que la finca le sea entregada a él y a "Tolete" en "compañía".

La denuncia tiene como efecto inmediato el envío de una patrulla del ejército al mando del Teniente Gómez Quintero, quien, tomando como guía al menor Víctor Murillo, encuentra, el 1º de febrero, a orillas de la quebrada "La Candelaria" los restos de don Clímaco Velásquez. En razón del clima, del agua y del tiempo, realmente se encuentra la huesa del señor Velásquez, reconocida, fundamentalmente por sus ropas.

El proceso aclara, además, que el baúl del occiso fue abierto y saqueado.

La prueba del sumario se nutre sustancialmente con las afirmaciones de "Tolete" y del menor Víctor Murillo. Estos describen una muerte dantesca cuyos actores principales son Pedro Pablo Murillo y Aldemar Carrillo. Ellos, a su vez, participan por coacción o sugestión. Los acusados Murillo y Carrillo en todo momento sustentan su inocencia.

Se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio por el delito de asesinato contra Murillo y Carrillo. "Tolete" en razón de su oligofrenia es juzgado como anormal y su caso concluye con imposición de manicomio criminal, como medida de seguridad. El menor Víctor Murillo, por su calidad, es juzgado por el Juez de Menores. El auto de proceder, apelado por Murillo y Carrillo, recibe enfática confirmación del Honorable Tribunal.

Cumplido el trámite del juicio se llegó a la audiencia pública y el Fiscal solicitó, en ésta, absolución, igual los señores defensores. El Jurado condena en los homicidios y absuelve por el robo. El Fiscal solicita contraevidencia de los veredictos que no es acogida por el señor Juez, quien en analítica providencia condena a 20 años de presidio. La apelación del señor Fiscal la resuelve el H. Tribunal en extensa y ponderada providencia que tuvo como ponente al Honorable magistrado Solís Escobar y cuya conclusión es confirmatoria de la sentencia. En la actualidad el proceso cumple trámite inicial del recurso de casación, interpuesto por los reos.

MINISTERIO PUBLICO

FISCALIA TERCERA SUPERIOR

Medellín, Diciembre 11/78

Señor

JUEZ TERCERO SUPERIOR

E. S. D.

Señor Juez:

Aún queda mi última palabra. Y debo lanzarla contra los veredictos que condenan a JOSE ALDEMAR CARRILLO y a don PEDRO PABLO MURILLO.

Si no lo hiciera, cuando aún existe esperanza de justicia, entonces, cualquiera pudiera decir que mi ética enfermó de negligencia o de pusilanimidad.

Además, mi silencio sería un irrespeto hacia Vos, señor Juez, a quien llama un arbitraje, el más alto que jamás os correspondiera.

Igualmente, un asordinado complejo de culpa (nacido de mi concepto precalificatorio) y mi acto de contrición (paladina y candorosamente expuesto en la audiencia pública), con persistencia que denuncian mi fe, claman, con exigencia de reparación, a la conciencia crítica del Honorable Tribunal.

Y más he de agregar: Entiendo —y lo afirmo con toda humildad— que esta dinámica de jerarquía tiene en sí misma, dada la integridad moral e intelectual de los Togados que la integran, la taumaturgia de escansiar y subsumir a plenitud esta terrible responsabilidad; que si antes PIETRO ELLERO hablaba de la función de los Magistrados cual la de dioses, ahora sí que de veras les ha correspondido serlo.

Hasta aquí, señor Juez, me he permitido un lenguaje subjetivo, que bien puede estimarse bajo epígrafes emocionales —justos sí, pero quizá inapropiados—, entonces, que llegue ahora, en su lugar, la llaneza de un lenguaje esencialmente procesal, tan solo matizado por la reflexión jurídica y científica, severa y sobria. De tal suerte que sólo bajo el dombo de la razón pueda decirse, finalmente, que es válido y aún perentorio —en puridad jurídica— decretar la CONTRAEVIDENCIA de los veredictos condenatorios que subrayaron el rito de audiencia pública de los procesados: MURILLO Y CARRILLO.

* * *

El artículo 387 del Código de Procedimiento Penal señala que al procesado, en su indagatoria, se le preguntará: "¿Dónde estaba el día y a la hora en que se cometió el delito?". Cuando su respuesta indica un lugar diferente al del crimen, entonces, está pregonando una imposibilidad física y material. Es lo que la doctrina ha denominado álibi o coartada. Su significación jurídica (en el plano material, claro está), no es otra que la prueba máxima, EVIDENTE, de la inocencia plena. Mientras ella permanezca incólume, la humana justicia ha de desechar todas las probanzas que, al viento del azar o de la falsificación probatoria, lleguen en contrario: Así sean mil, así sean vistosas o aparentes.

Lo anterior es obvio, elemental y aún sagrado.

COARTADA DE JOSE ALDEMAR CARRILLO:

Es, el reo, un joven de 22 años, de escaso nivel cultural como se desprende de lo siguiente: Estudié —dice— como tres años, pero no aprendí nada. (ind.). Quedó huérfano desde tempranísima edad, siendo tan pequeño que cuando salió a trabajar, acompañado de un cuñado, éste le servía de guía porque

"ni siquiera conocía la plata". (Interrogatorio de audiencia). Es un hombre, en fin, sin pulimento cultural alguno.

Al folio 19 de su indagatoria, dice: "...cuando el viejito se perdió yo no estaba allá, antes Rodrigo y Pedro fueron los que me contaron a mí". PREGUNTADO: ¿Cuándo Rodrigo y Pedro le contaron a usted? CONTESTO: "En esa semana que bajé yo de bautizar el niño fue que me contaron eso, que antes Pedro me dijo que me quedara cuidándole la casa para él venir a avisarle a don Víctor que don Clímaco se había perdido" (19 vto.).

Más adelante agrega: "...eso fue como el primero de enero que vinimos a bautizar el niño..." (19 vto.).

Se le pregunta: "¿Y el siete de enero dónde se encontraba usted? RESPONDIO: El 7 estaba yo donde el suegro". PREGUNTADO: "¿Y por qué sabe usted que el 7 estaba usted donde el suegro? CONTESTO: Porque nosotros bajamos después de que bautizamos el niño y nos quedamos 8 días allá donde el suegro" (19 vto.).

Otro sí: Durante todo el tenor de la indagatoria niega cualquier participación en los actos homicidas; precisamente: porque no estaba ahí.

* * *

Cuando nos enteramos, por verdad procesal diáfananamente establecida, que el homicidio del muy distinguido anciano, don Clímaco Velásquez, se cumplió el 7 de enero de 1975, entonces un primer pensamiento, negativo para los intereses de ALDEMAR CARRILLO, nos obsesiona: ¿Acaso, nos decimos, no ha dicho textualmente el sindicado que "el 7 estaba yo donde el suegro"? Y si es cierto que de la finca "Pijiñal", lugar del nefasto crimen, a la casa de el "suegro" de CARRILLO (don Víctor Murillo), hay una vecindad que se recorre en escasos 20 minutos, entonces, ¿qué coartada defiende al procesado? Todo lo contrario: espacial y temporalmente, está ubicado en el lugar del homicidio.

Más aún: Este indicio, de responsabilidad, toma énfasis en el testimonio de doña CRISelda GARCIA GARCIA (la sirvienta de "Pijiñal"), a quien se le pregunta: "Clímaco Velásquez desapareció un martes a las ocho de la mañana, ese mismo día o posteriormente volvió ALDEMAR CARRILLO a la casa donde usted vivía. ¿Y en tal qué hizo? CONTESTO: El llegó el mismo día pero por la tarde, ya muy tarde pero no recuerdo la hora. Se sentó en un banco, se sentó solo y estuvo con Rodrigo que ya estaba ahí, pero no me di cuenta que hablaban nada raro, charlaban de bobadas".

Esta situación se ratifica en el careo entre ALDEMAR CARRILLO y la señora CRISelda GARCIA, cuando, al folio 71, la buena mujer sostiene que "el martes sí bajó por la tarde él bajó muy tarde sin que pueda precisar horas, estaba ya como de nochecita...". Acá, ALDEMAR CARRILLO, hace una

tácita concesión cuando expresa: "...yo no preguntaba a nadie por don Clímaco porque Rodrigo me dijo que se había perdido aunque le digo que mejor no me acuerdo si sí bajé ese mismo martes o no".

(Nota: Estas subrayas, como todas las subrayas visibles en este alegato, son de nuestra cosecha y están, por tanto, por fuera del texto de cita).

* * *

Aquí está el quid, señor Juez —y si me fuese permitido, agregaría: Honorable Fiscal del Tribunal y Honorables Magistrados— porque si sabemos que el homicidio se cumplió en las horas de la mañana del 7 de enero (probablemente entre las 8 y las 10 a.m.), y luego nos enteramos, con seriedad científica, que a esas horas ALDEMAR CARRILLO, en caravana familiar que retornaba de bautizar un niño en Remedios, se hallaba a muchos kilómetros de distancia y tan solo muchas horas después, a eso de las 4 p.m., llegaba a casa de su suegro, para visitar, luego, temporariamente a "Pijiñal", "muy tarde" "cuando estaba ya de nochecita", entonces, sí que de veras estamos ante una coartada, cuya mayor virtud y credibilidad reside, exactamente, en la forma confusa como tomó expresión; que bien sabemos —por la crítica científica testifical y la experiencia judicial— cuán precisas y minuciosas y pergeñadas son las coartadas que artificialmente plantean los avezados del crimen o los punzados de responsabilidad. Precisamente son estas exactitudes ordinariamente convalidadas por testigos amigos o familiares que hacen gala de inusitada memoria, las que, al decir de los autores de la prueba, sirven al juez perspicaz para dilucidar el fraude que tomó apariencias afirmativas y formas rotundas.

La aplicación de estos principios científicos es lo que más nos convence de la inocencia de ALDEMAR CARRILLO. Tiene una fecha de fijación, que lo libera de toda responsabilidad: El bautizo de su niño. Sabe que a él no se le puede acusar por el desaparecimiento del señor VELASQUEZ (que resultó ser homicidio), en razón de haberse cumplido éste entre los días en que estuvo ausente de "Pijiñal" por causa "de acristianar" a su niño, pero ... acorde a lo que él es, un hombre ignorante, desmemoriado, y, sobre todo, desprevenido y ajeno a malicias, ni siquiera invoca esta fecha con precisión de calendario:

En su primera indagatoria ha dicho: "Eso fue como el 1º de enero que vinimos a bautizar el niño".

Luego, recordará: "Yo me vine de la casa de los suegros míos el 4 de enero" "...los pelados los bautizaron el domingo..." "el martes a las ocho del día nos fuimos para abajo..." (abajo: refiérese a "casa del suegro", cuyo sinónimo sería "Pijiñal").

—La cita fue tomada del folio 111 vto., por ser clara. Pudiera citarse, también, el memorial de folios 101, no escrito por él, ya que es analfabeto, pero si bajo su inspiración o dictado.—

Antes, también, su posición era inequívoca en cuanto enfatizaba sobre su ausencia del lugar, así:

En cargo con VICTOR EMILIO MURILLO: "Eso es falso todo lo que él ha dicho (interrumpe el testigo y dice que sí es verdad yo tengo testigo de que yo no estaba allá" (folio 36 vuelto).

O bien: "Cuando ese señor se perdió estaba yo por aquí bautizando ese muchachito". "Yo bajé el martes a la casa de Víctor..." (citas del folio 64. cargo con el suegro, don VICTOR MURILLO).

* * *

Conviene ahora que tomemos la idea, para evitar que la ampulosidad de las citas hechas nos confundan. Decía que el mismo ALDEMAR CARRILLO nos ha dado dos fechas del bautizo:

- a) El 1º de enero;
- b) El domingo siguiente al 4 de enero.

¿Cuál de estas fechas, corresponde a la verdad?

La respuesta nos llega con fuerza apodíctica en el folio 129. Allí el Juzgado hace constar que la parroquia de Remedios acostumbra bautizar "el primer domingo de cada mes" siendo "el 5 de enero de 1975" "el primer domingo de ese mes".

Vale decir que el bautizo de el niño de ALDEMAR CARRILLO se cumplió, indubitadamente, no el 1º de enero, sino el domingo 5 de enero de 1975.

La confusión de la fecha corresponde a lo que ALDEMAR CARRILLO dijera de sí mismo: "Yo creo que eso fue así porque yo tampoco sé en que tiempo vivo, yo no me acuerdo bien" (folio 64 vto.). Y... ¡claro está! Esta confusión es lontananza de su inocencia: es lo confuso a lo natural, que jamás se verá en las pseudo-coartadas de los criminales.

¿Qué hizo ALDEMAR CARRILLO después de bautizar a su niño? Aquí sí la respuesta es de absoluta lógica costumbrista: "hacer una pachanguita". "Celebrar el bautizo". La humilde fiestecita se cumple en "Santa Teresa", finca vecina al municipio de Remedios, en uno de los ranchitos de propiedad de la señora BERNARDA CALDERON, donde vive una hermana del procesado.

Al efecto dice BERNARDA CALDERON: "El subió un sábado 4 de enero a la finca mía y ahí estaba Bertha la señora de él, porque él vino a una casa que queda en mi finca pero en los potreros, el domingo vinieron aquí hicieron bautizar el niño y llegaron a la casa, bajaron como a las cinco de la tarde y esa noche estuvimos nosotros ahí porque le hicieron baile al niño. El lunes no lo vi en todo el día. Ya el martes me dijo una hermana de él que se había ido por la mañana..." (folio 124).

Anteriormente, al final del folio 79 vto., doña BERNARDA CALDERON, había dicho: "El vino a mi finca el día 4 de enero que fue un sábado pero no a trabajar sino a sacar un muchachito a bautizar que hasta por cierto lo bautizaron un domingo 5 de enero, ese mismo domingo bajó a mi finca y se estuvo todo el día lunes y ya el martes se vino para la finca de don Víctor pero no se bien a que horas se fue, pero en todo caso fue por la mañana".

(Nota: De la finca de esta señora a "Pijiñal" hay una distancia que a pie tarda en recorrerse todo el día. Lo anterior tiene fuerza de verdad meridiana; justamente, el señor Juez Tercero Superior y el Honorable Magistrado Jiménez, por razones personales, hicieron en alguna ocasión el mismo recorrido en 5 horas: 1 hora en carro y 4 horas a caballo. Por tanto, es plausible en su totalidad el aceptar que ALDEMAR CARRILLO, su señora y su cuñada, a pie y llevando un niño de brazos, sólo llegaran a casa de don VICTOR MURILLO a eso de "las 4 de la tarde").

Doña BERTHA MURILLO, citada en el testimonio de la señora CALDERON, la compañera de ALDEMAR CARRILLO, dice al folio 143: "Nosotros vinimos de Santa Lucía el domingo por la mañana a bautizar el niño, el domingo y el lunes permanecemos ahí en Santa Lucía y el martes nos fuimos para abajo para la casa". Y más adelante: "No, nosotros salimos fue el martes 7 de enero, yo estoy segura, porque el domingo hicimos la fiesta del niño, y el lunes nos quedamos ahí y el martes nos fuimos. Aldemar ese lunes no se movió de ahí, sino que se quedó en la casa".

El señor FELIX ARENAS BURITICA declara al folio 80: "...el sábado 4 de enero por el domingo él bautizó un muchachito" "...más tarde me enteré que cuando fue a bautizar al pelado se fue para donde don Víctor Pineda es decir el martes 7 se fue para allá..."

Contra estas constancias procesales, claras e inequívocas, hemos aducido, erróneamente, los testimonios de don VICTOR MURILLO (suegro) y de DOLLY MURILLO (cuñada). Nuestro error es bien explicable, pero con un poquito de sindéresis queda al descubierto. Entonces, el efecto resulta ser ya no de negación a la coartada, sino, por el contrario: ratificante de ella.

VICTOR MURILLO: Es un campesino analfabeto, que depone de muy buena fe, pero que advierte al folio 62: "Yo sé que él estuvo un día en mi finca pero como yo no sé en que mes vino, ni que día es no puedo decir nada".

Pues bien, hemos tomado a pie de letra a este señor cuando dice: "...es totalmente falso que él hubiera estado en mi finca cuando el viejito se perdió porque él estaba era en la finca de don Víctor cuando don Clímaco se perdió, porque él estuvo en la finca mía fue cuando llegó allá de primera vez antes de pedirle trabajo a don Víctor y después de eso estuvo la semana que don Víctor estuvo allí y la semana en que el viejito se perdió. Tanto es así que

Pedro salió a avisar sobre la pérdida del viejito a don Víctor y Aldemar subió con él a bautizar un pelado..." (folio 62).

Basta hacer unas simples confrontaciones, para captar cuán confundido está el testigo:

- a) Sabemos que el bautizo se celebró el 5 de enero (domingo).
- b) Igualmente, conocemos que el señor Velásquez "se perdió" el 7 de enero (martes).
- c) Si abrimos el folio 3 (testimonio de don VICTOR PINEDA) nos enteramos que Pedro Murillo el 9 (jueves), vino a avisar sobre la situación al señor PINEDA.

Por ende, el testigo está desubicado en el tiempo y en los hechos. Simplemente, confrontad el galimatías de don VICTOR MURILLO, con la diafanidad de estas fechas, y veréis que ello es absolutamente cierto.

Pero sube de punto la injusticia de apoyarnos en ese testimonio para negar la coartada de ALDEMAR CARRILLO, cuando ello significa, nada menos, que desconocer la expresa ratificación de ella que se hace en el careo visible al folio 63 y siguientes. Así:

a) Al folio 63 vto. y parte del 64 reitera don VICTOR MURILLO las confusiones anteriormente analizadas. Si se nos permite la expresión: complica a la Justicia, aturulla a ALDEMAR CARRILLO.

b) Al folio 64, le responde ALDEMAR CARRILLO con un coeficiente mental análogo, ya que al tiempo que acepta todo el confusionismo de su suegro, deja por separado que "yo bajé el martes a la casa de Víctor...". Y "bajamos el domingo de bautizar el niño y nos quedamos ahí domingo, lunes y martes".

Esta confrontación sirve de sensación o refrescamiento tanto al cerebro como a la memoria del señor MURILLO y se traduce en evocación circunstancial: "él cuando fue a bautizar al muchachito bajó el martes..." (en el interrogatorio de audiencia se estableció que cuando se usa la locución "bajar", los sindicados o testigos se refieren a "la finca"; "subir", al contrario sensu, significa: ir a Remedios. Además, el resto de la frase así lo determina).

Más adelante, casi sin querer, se ratifica MURILLO: "...luego salió a bautizar el pelado, y luego bajó *martes* y se estuvo un día en la casa mía, luego se bajó para "Pijiñal" y como a los tres días volvió a mi casa y se estuvo tres días en mi casa. Y luego se vino para acá".

(Nota: Ahora sí, don VICTOR MURILLO, ha logrado un dominio temporal. Como que el proceso nos documenta sobre lo siguiente: Pedro Pablo Murillo para salir el 9 de enero a Remedios a informar sobre la situación a don VICTOR PINEDA, solicitó a ALDEMAR CARRILLO y a doña BERTHA,

su compañera, que se pasaran a "Pijiñal" a cuidarle sus cinco hijos. Ciertamente, la familia CARRILLO prestó este servicio. Está bien, entonces decir: "bajó el martes y se estuvo un día en la casa mía, luego bajó para "Pijiñal" y como a los tres días volvió a mi casa").

Así las cosas, pregunto: Es verdad o no, que al fin, a la luz de la crítica testifical, don VICTOR MURILLO ha resultado ser un testigo idóneo de la coartada de ALDEMAR CARRILLO? Si él, que no quería defender, resulta defendiendo, ¿ello es fruto de qué? ¿No será de la verdad que a la manera del agua agreste, entre más escollos se encuentra, más se depura, mayor es su diafanidad?

DOLLY MURILLO:

Caso análogo al anterior, lo cual me permite simplificar el análisis:

Al folio 113 es terminante: Bautizo "el 5 de enero" (domingo). "El lunes nos fuimos para abajo, salimos como a las siete de la mañana y llegamos a las 4 de la tarde" (folio 113).

¡Adiós coartadas de ALDEMAR CARRILLO!

Reflexionemos: Si retornó el lunes, 6 de enero, el día del crimen, 7 de enero, estaba, en las horas de la mañana, en la vereda "Pijiñal". Su coartada, entonces, no sólo se derrumba, sino que adquiere faz acusadora: Plantearla en falso, es, indubitadamente, un indicio de falacia y responsabilidad.

Así transcurre el testimonio vertido el 26 de abril de 1975. Perdón, no se queda en este plano, como que al folio 113 vto. increpa y afirma: "El estaba en "Pijiñal" o sea en la finca en que mataron a CLIMACO VELASQUEZ" (lo anterior, hablando específicamente, del 7 de enero).

Empero, nuestros asertos anteriores se desvanecen con el careo de folios 115. Y no precisamente porque la testigo quiera congraciarse con el procesado, desmayando la verdad. A fe que si así hiciera, mi posición en la audiencia pública hubiese sido acusatoria y no estuviera, ahora, escribiendo, con constreñido corazón, este memorial. Todo lo contrario: empecinada, si se me permite decirlo, acusa a su "cuñado". Y lo hace con énfasis, recovecos y detalle: "...ese mismo lunes llegamos a las 4 de la tarde —dice al folio 115 vto.— a la finca de mi papá. Ese mismo lunes se fue para donde don Víctor a conseguir trabajo y volvió como a las 5 de la tarde (se refiere a ALDEMAR). Al otro día martes (7 de enero) se fue para Pijiñal se fue como a las 10 de la mañana y regresó al otro día de nuevo a la casa". Y más adelante, al folio 116, refiriéndose al "martes 7 de enero, día en que mataron a don Clímaco Velásquez", agrega: "estaba en la finca donde vivía el viejito o sea don Clímaco Velásquez".

ALDEMAR CARRILLO opone su cortada:

"No, regresamos el martes. Llegamos a las 4 de la tarde" (ver folio 116). DOLLY MURILLO, no da su brazo a torcer.

Es fiel a su verdad.

Ya el careo declina... casi ha terminado: folio 116 vto. Y he acá lo providente y lo inesperado:

El Juez destila una pregunta lacónica y, si se quiere, casi superficial: Pregunta a la testigo: "¿Sírvase decirnos cuántas noches durmieron en Santa Lucía? CONTESTO: Nosotros dormimos dos noches ahí en Santa Lucía el *domingo y el lunes y el martes nos fuimos para Pijiñal*".

El señor Juez, alarmado casi, le pregunta: "¿Díganos *por* qué entonces en la declaración de esta mañana y al principio de la declaración de ahora usted dijo que se habían ido el lunes? CONTESTO: Era que no me acordaba, *me equivoqué*".

Así concluye el careo. La coartada ha quedado incólume.

* * *

Sin embargo, quién lo pensara, el mejor testimonio, sobre la coartada de ALDEMAR CARRILLO, aún no ha sido citado. Llegó sin pedirlo ALDEMAR CARRILLO. Cae, como del cielo, como el rocío. Tal vez la mano de Dios que parece, ahora, tan alejada de nosotros...

Cito ---y ello es axioma de inocencia--- el testimonio de RODRIGO PINEDA, alias "Tolete".

Cito, al homicida.

Llega a nosotros en párrafo providente, al folio 119:

"Este muchacho que tengo de presente Aldemar no estuvo allá porque el martes apenas él estaba bajando el martes. Yo me di cuenta de que Aldemar no había bajado porque el lunes yo subí aquí a la punta y entonces don Eduardo Gallego (dueño de una tienda en el camino Remedios - Pijiñal, anotamos nosotros) me dijo que Aldemar no había bajado".

* * *

De lo anterior se desprende meridianamente que el joven ALDEMAR CARRILLO ha comprobado plenamente su coartada. Ello significa imposibilidad física de tomar parte en el homicidio de don CLIMACO VELASQUEZ, cometido en las horas de la mañana del 7 de enero de 1975. Si se le dictó auto de proceder ello se debió a un estudio incompleto de la prueba que condujo a distorsiones de juicio, que a su vez engendró error en el jurado de conciencia que lo condenó empece a existir en autos clara evidencia de su inocencia que ayer debió ser reconocida en un sobreseimiento definitivo y que hoy, en hora aciaga, reclama la vigencia del artículo 565 del C. de P. Penal: la declaratoria de contraevidencia.

* * *

Ciertamente no es arbitrario lo anterior. Si algún dejo de duda quedare, será suficiente parangonar algunos párrafos del proceso, de innegable trascendencia, que ahora, a la luz del análisis que antecede, cobran una abruinadora elocuencia.

Veamos:

Si repasamos la primera indagatoria de RODRIGO PINEDA VELASQUEZ, encontramos que los dos párrafos más sustantivos de ésta, exoneran la presencia de ALDEMAR CARRILLO. Tan sólo un inferir caprichoso, enfermizo, pretende aminorar la expresa alegación que tangible y sólidamente resulta ratificar la coartada ya probada.

Vamos a abrir el espíritu a la vehemente elocuencia de estos textos:

Al folio 15 se lee:

Preguntado (RODRIGO PINEDA): "¿Ese martes cuando Clímaco Velásquez se fue a charlar con quien lo esperaba en lugar convenido se dio usted cuenta quiénes estaban allí? CONTESTO: Sí estaban los tres. PREGUNTADO: ¿Y por qué sabe usted eso? CONTESTO: Porque los tres estaban en la casa de Pedro y ellos tienen que ser cómplices de la cosa. PREGUNTADO: ¿Pero usted vio a los tres esperando a don Clímaco o a quién vio? CONTESTO: No, vi a Pedro solo, pero como ellos tres viven en la casa".

Al folio 16 vto., leemos:

Preguntado (R.P.V.): "¿Usted sabe quién mató a su abuelo? CONTESTO: No, pues yo me imaginé que como él o sea Pedro tenía ganas de coger esa finca y librarla tal vez haiga sido el del daño ese. PREGUNTADO: Sabe quiénes los autores, cómplices o auxiliares del delito de homicidio que se investiga? CONTESTO: Hay los que habían hay en la casa eran los tres esos, pero yo no los vi".

* * *

No olvidemos que RODRIGO PINEDA, cuyas citas hemos transcrito literalmente, es la prueba fundamental que sustenta a los veredictos condenatorios. Se dirá que ello es cierto, pero que al efecto la responsabilidad se nutre no en estas citas, sino en aquellas que son acremente acriminativas. Pues bien: el sólo escribir este contra-argumento me ha hecho ruborizar. Razón: el sustentarlo me ha obligado a desconocer toda la teoría científica probatoria. A qué de cita de autores, cuando el dislate resulta de tal magnitud.

* * *

Otra concordancia:

Y ésta sí que resulta concluyente. Pertenece al otro testigo (no hay más pruebas de acusación), el menor VICTOR EMILIO MURILLO. Es toda una página.

Rinde su primer testimonio al folio 31. Y, entonces, después de los datos que lo identifican y de juramentarlo, expresa en su fase espontánea:

"Yo le cuento. Yo no estaba en la casa, yo estaba en la casa de mis padres, entonces me mandaron por una batea. Entonces yo llegué allá donde mi tío reclamé las bateas y volví y me vine. Entonces después volví donde mi tío y mi tío me dijo que fuéramos por allá, pero yo no sabía nada. Entonces y cuando fuimos por allá me dijo pa que era. El me llevó a mi fue de obligado. A mí me llevaron allá y entonces me dijo que le tenía que dar unos machetazos al viejito, entonces me dijo de que le diera que si no me mataba y me encañonaba con una escopeta y yo apenas me dijo que le diera los machetazos me le volé en carrera de allá donde estaba. Entonces yo no supe que harían con el viejito y el hijo de éste señor don Víctor Pineda ese bobo le tocó sacalo de la casa, el viejito no sabía pa que era y entonces el viejito se fue haber pa que era y entonces se lo llevaron y el viejito no sabía pa que era. Yo lo único que se es que cuando lo iban a matar les decía: "hay no me vayan a matar sin ver a mi hija otra vuelta". Entonces ese día que me le presenté a mi tío me dio una plata para que no fuera a contar la muerte del viejito, mi tío estaba bravo con el viejito porque el viejito se había dado cuenta que mi tío se le había robado unos marranos y el viejito que y que lo había aventado. A mi hermana llamada DOLLY MURILLO le dijo que ese viejito no pagaba sino colgalo y pegale una contramata. Ya no se más del viejito" (folio 31 vto.).

La etapa de narración espontánea, enseña en su psicología jurídica el profesor EMILIO MIRA Y LOPEZ, adolece del defecto de abundar, en ocasiones, en detalles inocuos que sólo sirven para abultar los expedientes, pero es en un testimonio que tenga propósitos de sinceridad, la parte más viva, más interesante y más pura.

La segunda fase del testimonio —acorde a nuestro sistema— es la del interrogatorio que sirve para que el juez complementa la fase inicial: aquí los detalles, aquí las precisiones. Pero en un testimonio honesto hemos de suponer que el relato espontáneo ha entregado, siempre, lo esencial.

Ahora bien: Yo pregunto: ¿Al concluir el relato espontáneo, que hemos transcrito en su interidad, el testigo VICTOR EMILIO MURILLO ha mencionado, siquiera, el nombre de ALDEMAR CARRILLO? No, inclusive ha agotado (en buena lógica) toda posibilidad de sumar otros partícipes. cuando con acervo melodramático, casi refinado, limita la acción homicida al "hijo de este señor don Víctor Pineda ese bobo que le tocó sacalo de la casa", a su tío, y a él mismo. Máxime, cuando cierra su cuadro descriptivo con esta afirmación perentoria: "Yo no se más del viejito".

En buen romance cabe decir, una vez más, que la coartada de ADELMAR CARRILLO ha cobrado nuevo piso.

Después de este testimonio el juez se adentra a la fase de interrogatorio. En la página 32 se registraron respuestas concluyentes, de este tenor: "PREGUNTADO: ¿Cuándo usted llegó con Pedro Murillo a la quebrada El Desquite o a La Candelaria quiénes se encontraban allí? CONTESTO: Allá se encontraba el hijo de don Víctor ese bobo. Yo no vi a más nadie". "PREGUNTADO: ¿Entonces cuándo vio usted a Clímaco Velásquez? CONTESTO: Cuando nosotros llegamos allá estaba don Clímaco más arriba solo y después bajó Rodrigo y se lo llevó más de pa bajo. PREGUNTADO: ¿Y mientras su tío Pedro iba a la casa quiénes se quedaron con el viejito? CONTESTO: No se quiénes serían porque apenas vi al viejito me derroté pa la casa con miedo".

En estas respuestas cumplió, el menor, todo su ciclo de testigo: *Llega, permanece y se retira*. Y resulta que no ha visto a ALDEMAR CARRILLO por parte alguna.

Entonces, ¿cómo no sorprendernos, cómo no llenarnos de recelo, cuando al final de este mismo folio, casi como un exabrupto, emerge el nombre de ALDEMAR CARRILLO y encarna ni más ni menos que el personaje más cruel y más coactivo y más traumatizante? ¿Qué crítica testifical es ésta que olvida además que luego en todo el contexto subsiguiente, el testigo incurre en flagrantes y aún groseras contradicciones?

Si se avanza analíticamente en la confrontación de las diversas declaraciones rendidas por este menor, se encontrará que conforman un abismo donde se precipita toda lógica, toda razón. Y, claro está; lo armonioso de la verdad, la justicia misma. Queda sólo la vanidad infantil, retadora y pavoneante: ¡llámen a careos! ¡Sostengo esto en todas partes! Quiero seguir siendo el personaje, el epicentro de la investigación: ni siquiera lo comparto con "ese bobo" de Rodrigo Pineda. Pero jamás explica: el por qué aquí dice que no golpeó al anciano, que heroicamente se fugó; más adelante dirá que le dio de garrotazo; luego, afirmará que no hubo tal, que le dio fue tres machetazos.

La psicología de este menor se refleja, de bulto entero, en un solo texto: "manifiesta que José Aldemar Carrillo —y esto lo dijo al Ejército antes de la declaración que hemos comentado— le propinó a la víctima dos garrotazos en la cabeza con un palo de guayacán, éste durante los hechos utilizó una máscara elaborada con un cartón que destruyó una vez el viejito entró en estado de inconciencia" (folio 30).

Es, indudablemente, un fabulador infantil: ¿la máscara era, entonces, para jugar a los bandidos?

Acaece como en las tragedias griegas: la máscara hace desaparecer al personaje de carne y hueso; en su lugar, queda un mundo de ficción teñido de fantasmagoría fatalista y horrorosa.

Preguntémoslos mirando ahora, respetuosamente, al jurado de conciencia:

* * *

¿Si ALDEMAR CARRILLO no mató para robar, como se desprende del veredicto absolutorio que responde al cuestionario respectivo, entonces, qué móvil tuvo? ¿Manchó su vida rectilínea a gracias de qué interés? ¿Si no es admisible barruntar en él asomo alguno de anomalía psíquica y su personalidad a través de una existencia limpia no nos autoriza a considerarlo sanguinario; y si no tenía resquemor con la víctima a quien, por el contrario, respetaba y debía gratitud por pequeñas deferencias, entonces en fuerza de qué, ALDEMAR CARRILLO, comete el homicidio? Así hagamos un formidable esfuerzo mental, no hay respuesta.

El jurado de conciencia nos dejó, entonces, un silencio denso que oprime y destaca, como si fuera un sello, la pobreza lógica de sus conclusiones. Resulta, nada menos, que encontró: el crimen inmotivado, el crimen absurdo, que hasta ahora nadie, jamás, pudiera encontrar.

..... PEDRO. PABLO. MURILLO:

Aparentemente, la situación de don PEDRO MURILLO es más complicada, más compleja. Pero, en verdad, si la sindéresis tiene su juego en la justicia humana, entonces, en virtud de la correlación existente entre el *made-ramen* probatorio perteneciente a ALDEMAR CARRILLO y el de este procesado, que se ensamblan y conforman un solo cuerpo, se cumple, al tiempo, una demolición que les es común. Más claro: cuando con ALDEMAR CARRILLO se demuestra que RODRIGO PINEDA y el menor VICTOR EMILIO MURILLO son indignos de crédito por ser mentirosos, inescrupulosos, entonces, su descalificación es total y sería un contrasentido el constituirlos en dogma contra el procesado MURILLO.

Máxime, cuando las acusaciones contra MURILLO resultan, en relación con el homicidio, tan vacuas como proclives resultaron ser las de ALDEMAR CARRILLO.

Hemos de probarlo:

Fue torpeza el aceptar, como antes lo hicimos, sin beneficio de inventario alguno, que el sindicato MURILLO ofreció \$ 500.00 a RODRIGO PINEDA para que le sacara al anciano hasta el monte, con el propósito de poder así asesinarlo impunemente.

La réplica tiene un valor, si se quiere, topográfico. Es ésta una zona selvática que propicia bajo su manto de soledades cualquier atentado directo (en la casa, en la manga, en el monte), que a su vez quedaría encubierto bajo la presencia en la región del Ejército de Liberación Nacional.

Entonces, aceptar, de primer golpe, que MURILLO iba a pagar a un retardado mental, que tenía vínculos afectivos con la víctima, para que cumpliera una misión a todas luces inútil, salvo el que mañana lo comprometiera, resulta, para decir lo menos, una insensatez deductiva.

Pero se dirá que el argumento tiene estructura mental y no procesal, como corresponde a una solicitud de *contraevidencia* del veredicto. A quien piense así, le diré que el proceso respalda, analíticamente, el aserto anterior. Compaginando piezas procesales (... y DELLEPIANE enseña que la confrontación es la piedra de toque de la verdad probatoria), llegamos a la clara convicción de la mentira de RODRIGO PINEDA:

Al folio 15 —primera indagatoria— se le pregunta: “¿Usted sabía con anticipación del proyecto de Pedro Murillo? CONTESTO: Desde el *domingo* me dijeron”.

Al folio 16, dice: “la propuesta —se refiere a que “llamara al viejito”— me la hicieron en la casa de Pedro y *allá estaban los tres*”. Preguntado: “Cuando Pedro le hizo a usted la propuesta manifestaron alguna cosa Víctor y Aldemar? CONTESTO: *Se quedaron callados*”.

Pues bien: Resulta que el domingo de las referencias es, exactamente, el 5 de enero de 1975 y ya sabemos que es día ALDEMAR CARRILLO estaba bautizando su niño en Remedios; mal pudiera, por tanto, estar acompañando a PEDRO MURILLO en su casa, cuando se cumplía la ominosa contratación.

De ello resulta que estos textos, predicados de la promesa remuneratoria, están viciados de falsedad. Decir que lo anterior prueba tan solo en relación con ALDEMAR, sería un maniqueísmo vergonzante: Una falacia de esta especie hace carboniento todo el episodio.

* * *

Con iridiscencias más escandalosas se presenta el caso del menor VICTOR EMILIO MURILLO. Este muchacho es su sobrino. Tiene su propia sangre. ¿Para qué y por qué va a invitarlo PEDRO PABLO MURILLO a presenciar el homicidio? ¿Y a título de qué razón va a coaccionarlo para que participe, cruelmente, en un sacrificio humano desgarrador y triste? ¿Para que luego lo denuncie? ¿Para corromper su propia sangre? A fe que para lo primero no existe respuesta alguna. Para la segunda pregunta, tan solo queda el comodín de considerar a MURILLO un “asesino depredador”. Pero, entonces, rompemos todo presupuesto científico y con un facilismo que resulta aterrador hacemos que MURILLO sea, en esa clasificación criminal, de un todo y por todo, un tipo “*sui generis*”. Decimos lo anterior, porque el asesino depredador, el asesino de masas, el instintivo, el sanguinario, como quiera llamarse, es, por estructura psíquica enraizada en oscuros atavismos, un personaje de apremiantes conflictos que va dejando un rastro claro a través de toda la existencia: indolencia para el estudio y para el trabajo; insensibilidad o carencia de sentimientos que lo hacen: un mal hijo, un hermano cainista, un cónyuge cruel y un padre brutal: su interacción social se cumple traumáticamente: es pendercero por naturaleza; intratable en asuntos del comercio, ebrio por apetencias desordenadas; escandaloso y asiduo visitante de las cárceles. Antes de llegar al

homicidio, frecuentemente, ha vertido sangre y está reseñado previamente como un rebelde a todo lo que sea orden o autoridad. En una palabra, para decirlo con la autoridad de HANS VON HENTING, "evoca el terrible cuadro de la semejanza con el animal" "es referencia arcaica e irracional".

Nada más lejano a la semblanza de don PEDRO PABLO MURILLO: Sus 44 años de vida aparecen immaculados. Jamás pisó una inspección de policía, a no ser para cooperar con las autoridades. El mismo VICTOR PINEDA RODRIGUEZ lo define al folio 4 como "lo más sano del mundo". Los vecinos lo aprecian y lo consideran persona virtuosa. Siempre cumplió con sus pagos y con sus relaciones comerciales. Es un trabajador que arrebató a la selva su implacable dominio para abrir surcos y extender pastizales. Es un padre amoroso, ejemplar. Arquetipo de paternidad responsable como que era para sus 5 hijos, al tiempo, el padre laborioso y protector y la madre solícita.

Un hombre de esta extirpe moral, jamás, sin incurrir en absurdos, puede considerarse gratuito maestro de bestialidad y brutalidad, como ha pretendido el menor VICTOR EMILIO MURILLO, su sobrino.

* * *

Empero, el menor VICTOR EMILIO MURILLO parece cobrar fuerza por dos consideraciones que importa desentrañar en su auténtico contenido. Son ellas:

a) Tener en su poder \$ 800.00 que él afirma ser el precio o soborno a su silencio.

b) El mito de haber señalado el lugar donde se encontraron los huesos del anciano VELASQUEZ. Hemos utilizado, adrede, la expresión "mito", porque como se verá ello es, realmente, una inexactitud que el proceso mismo torna en evanescente y deslumbradora fatuidad.

EL DINERO:

Está probado, fehacientemente, que VICTOR EMILIO MURILLO, días después de la muerte del señor VELASQUEZ, aparece con una suma de dinero que dada su absoluta pobreza y la falta de justificación (mintió, inicialmente diciendo que "se los había encontrado en el camino" y, luego, que era el producto de una venta de frisol al campesino HERIBERTO BURITICA), ha de inferirse, racionalmente, está en conexión con los hechos de autos.

Son \$ 800.00 con los cuales VICTOR MURILLO compró unas botas y una linterna. Quedándole como excedente la suma de \$ 300.00 que movieron la sospecha del señor teniente Gómez Quintero (véase el folio 99 vto.) además, puede mirarse el testimonio del padre, don VICTOR MURILLO, al folio 62 vuelto).

VICTOR EMILIO MURILLO, después de que se encontraron los huesos del anciano, indicó al teniente GOMEZ que ese dinero "se lo habían dado

Aldemar Carrillo y Pedro Murillo en el pueblo o sea en Remedios para que guardara silencio..." (folio 100-- antes en el mismo folio dice el teniente GOMEZ: "Aclaro también que el dinero él no me había dicho quién se lo entregó").

Ya en su primera declaración, al folio 32 vto., se le pregunta: "¿Se dio cuenta usted por qué querían matar al viejito? CONTESTO: Que porque el que y que tenía como cinco mil pesos, *antes de ellos llevarse al viejito me lo dijo la sirvienta*. Fíjese que Pedro que y que le prestó dos mil pesos a un muchacho en Segovia y a mí me dio ochocientos pesos que pa que no fuera a contar nada. Me los dio en esa caseta que hay en la plaza".

(Nota: La referencia a la sirvienta resulta de muy sospechosa factura. Nótese además que aquí no menciona para nada a ALDEMAR CARRILLO).

En el careo del folio 38, el menor sustenta el cargo a PEDRO MURILLO. Este niega: "Yo lo desmiento porque no ha ocurrido así (el sindicato se muestra altamente nervioso y continuamente mira al testigo y le dice que porque tiene que decir eso a lo que el testigo le contesta que porque eso es verdad").

La sirvienta, doña CRISELDA GARCIA, al folio 26 vto. dice ignorar si el anciano tenía o no dinero. Y al folio 67, en careo con AMANDA CHAVERRA, hace, inclusive, un inventario de las cositas que le conoció al anciano VELASQUEZ, pero no habla de dinero, excepción hecha de una platica que ella días antes le diera a guardar al señor VELASQUEZ.

Así, ella, se coloca como contradictora de VICTOR EMILIO MURILLO, en la referencia que antes habíamos calificado como "de muy sospechosa factura".

* * *

De este porte queda esa situación. En nada avanza probatoriamente. Es evidente que PEDRO PABLO MURILLO no puede probar el hecho negativo. El menor tampoco aduce, fuera de su palabra, prueba que confirme la entrega de ese dinero por parte de MURILLO.

Lo equitativo ante una situación probatoria como la que aquí se presenta es tomar el hecho cierto, concreto, y analizarlo escuetamente, sin prenderle etiquetas parciales. No puede darse por sentado el cargo que se formula al sindicato porque si tal pauta se prohija, entonces, es obvio que ningún inocente pudiera defenderse de una acusación que, caprichosamente o procliveamente, alguien la lanzara.

Bella cita sobre el particular trae el maestro de la lógica de las pruebas, NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, entre ellas escogí una que tiene la sabiduría de ejemplificar con base en lo cotidiano: "Cuando el juez, una vez que ha abandonado el tribunal, y regresa al seno de su familia y vuelve a ser el jefe del tribunal doméstico, ¿cómo actúa en caso de controversias?

Si uno de sus hijos afirma un hecho ignominioso cometido por su hermano, y este lo niega, ¿el buen padre de familia creará por esto tener derecho a acudir, con la conciencia segura, a la pena? El sensato padre de familia piensa que el acusador y el que niega el hecho, merecen igual credibilidad, y por esto, busca otras pruebas, para estar seguro y poder castigar, y si no encuentra otras, sigue dudoso y no castiga. Entonces, ¿por qué esta lógica de la vida no ha de tener valor en los estrados judiciales?" (Página 253 - Vol. II Ed. de 1964).

De ahí que sea bueno plantear el hecho, de la siguiente manera: Es verdad no cuestionable que el menor VICTOR EMILIO MURILLO tenía en su poder, sin la más mínima justificación, la suma de \$ 800.00. Y podemos agregar: Dadas las circunstancias, es lógico inferir que ese dinero perteneció al anciano CLIMACO VELASQUEZ.

Si esto es así, como realmente parece ser, entonces, mirando los cargos del auto de proceder y los episodios delictuales que registra el proceso, encontramos que el dinero de la referencia se une al delito de robo, pero no necesariamente al de homicidio.

Por esta razón, en la audiencia pública planteaba la hipótesis de un PEDRO PABLO MURILLO inocente de homicidio, pero incurso en el delito de robo que se realiza cuando el baulito del anciano es saqueado, probablemente, en las horas de la noche —o quizás esa tarde, cuando la sirvienta lavaba algunas ropas— cuando estaban en Pijñal: Rodrigo Pineda, VICTOR EMILIO MURILLO y el procesado PEDRO PABLO MURILLO.

Hay un pasaje que da pie a estas reflexiones: es aquel —aceptado por RODRIGO PINEDA— en el cual PEDRO PABLO MURILLO dice haber encontrado a "Tolete", en la mañana del 7 de enero, mojado y secando al sol la camisa y algunos papeles. Murillo que ya, por la sirvienta era conocedor de la anómala salida del anciano y que no ve a éste y encuentra a "Tolete" en circunstancias tan llamativas, inquiere sobre el anciano y (para usar la expresión que utilizó en el interrogatorio de audiencia), en una palabra, "lo detectó". En este momento debió captar la terrible realidad y tentado por la proclive oportunidad se torna en encubridor cobrando como dividiendo la concordancia a hacerse "a la finca en compañía" y ya, de bruces su moral, llega hasta el saqueo del baulito solitario.

En este orden de ideas, bien puede suceder que el dinero que recibió el menor fue ese pago del encubrimiento del robo mismo y aún del homicidio, pero no el cometido por MURILLO, sino el cometido por "Tolete". No podemos olvidar que "Tolete" es un disminuido mental, que siendo íntimo amigo de VICTOR EMILIO MURILLO, debió sentir la necesidad psicoanalítica de confesión, ello explica que VICTOR EMILIO MURILLO sin tener el conocimiento exacto del lugar donde se ocultaba el cadáver, sí sabía que había sido arrojado a la quebrada "con una piedra amarrada a la camisa".

EL HALLAZGO DE LOS RESTOS HUMANOS:

Es el momento de tratar el hallazgo del cadáver. Un estudio prudente indicará que por incuria edificamos el argumento de un señalamiento inequívoco del lugar donde estaban los restos del anciano, por parte del menor VICTOR EMILIO. Este dio crédito a su testimonio, cuando la verdad, realmente, lo descalifica:

Dice el informe del Ejército, a folio 10: "El día 11 de enero del año en curso se presentaron los señores Víctor Pineda y Pedro Pablo Murillo a informar que el día 7 u 8 de enero había sido secuestrado el señor Clímaco Velásquez...". "Conocidos los hechos el comando del batallón dispuso de inmediato el envío de tropas para verificar la veracidad de la información en el mismo lugar de los acontecimientos, habiendo resultado infructuosas todas las actividades hasta el 1-Feb.-75 en que una patrulla, como resultado de un trabajo de inteligencia localizó los restos del anciano en un charco de la quebrada "La Candelaria" ...".

El capitán Darío Ruiz, a folio 12, manifiesta: "Inicialmente los detenidos negaron la razón de los hechos que se investigan, pero ante las pruebas practicadas en el mismo sitio donde ocurrieron los hechos se vieron avocados a declarar su participación como es el caso de JOSE RODRIGO PINEDA VELASQUEZ y VICTOR MURILLO".

RODRIGO PINEDA, al folio 24 vto.: "Mi capitán dijo allí que la demora que tuviera para castigarlo a Víctor Murillo, porque así como fue por los restos no dijo antes y no hubiera puesto a los soldados a voltiar de un lado para otro".

VICTOR EMILIO MURILLO, folio 35: Preguntado: "¿Usted supo qué hicieron con el viejito? CONTESTO: Rodrigo me contó que Aldemar le había dicho que lo iban a tirar a una quebrada. Como a los tres días de haber yo garrotado al viejito. PREGUNTADO: ¿Supo a qué quebrada lo tiraron y cómo hicieron para que no saliera a flote? CONTESTO: Que a la quebrada "El Desquite" y que le amarraron una piedra de aquí de la camisa me lo dijo Rodrigo".

(Nota: Los textos son tan elocuentes, que cualquier comentario resultaría opaco).

Al folio 34 vto., en careo con RODRIGO PINEDA, reitera VICTOR EMILIO MURILLO:

"Preguntado: ¿Supo usted qué le hicieron al viejito después de que lo mataron? CONTESTO: Que le amarraron una piedra en la camisa, no supe quién se la amarró y que lo tiraron al pozo eso me lo contó Rodrigo que a él le contaron mi tío y Aldemar".

Y al folio 36 vto., en careo con ALDEMAR CARRILLO, dice el menor: "PREGUNTADO: ¿Sabe usted qué le hicieron al viejito después que lo mata-

ron? CONTESTO: Dizque le amarraron una piedra de la camisa, esto me lo dijo "Tolete" y que después lo tiraron a un pozo" (!!!!!).

Al folio 99 vto. declara el teniente RAFAEL GOMEZ QUINTERO:

"Interrogando yo a Víctor Murillo es decir al hijo me decía que esa plata se la había encontrado en el camino y pregunté entonces por el señor Climaco Velásquez y me dijo que él había oído en Remedios que este señor lo habían matado y lo habían tirado a la quebrada "La Candelaria". Al día siguiente, a las seis y media de la mañana me dirigí a dicha quebrada encontrando los restos procedimos a empacarlos en un costal de fique y trasladarlos a la base para efectos de su identificación...".

Al folio 107 en careo con RODRIGO PINEDA, el menor afirma ya haber visto cuando "lo tiraron al agua". RODRIGO PINEDA, replica: "El día que se perdió el señor este muchacho no estaba allá...".

Al folio 174, cuenta ALDEMAR CARRILLO:

"En esa semana que estaba donde los suegros bajó el Ejército y se llevaron a Rodrigo y a Víctor Emilio, se los llevaron dizque a andar con ellos por ahí, ellos que dizque conocían. Ya por ahí como a los 3 días soltaron a Rodrigo y se llevaron al otro muchacho, a Víctor Emilio. Los del ejército se perdieron con él toda esa semana. A la semana siguiente nos vinimos y yo me quedé trabajando en Santa Lucía...".

* * *

Las citas precedentes me han convencido e ilustrado sobre lo siguiente: Víctor Emilio Murillo no sabía exactamente donde se encontraba el cadáver. Tenía, por comentarios de "Tolete", un conocimiento abstracto del sitio: en la quebrada "La Candelaria" "amarrado con una piedra en la camisa". Esto —y la solidaridad que sentía por el dinero recibido— se amalgamó con la dificultad topográfica que representa esa zona montañosa y selvática, para que el hallazgo de los restos no se produjera sino el 1º de febrero, 20 días después de iniciada la búsqueda. La circunstancia de haber encontrado los despojos el teniente Gómez Quintero, al día siguiente de haber recibido una información genérica, que no concreta, por parte del menor, produjo la sensación del señalamiento directo. Cuando la verdad es que el muchacho, ni siquiera al mismo teniente le indicó el lugar preciso, tan sólo le dio una referencia general (la quebrada "La Candelaria"), y fue claro en señalar que esto lo sabía de "oídas", no por percepción propia.

Lo anterior, si somos lógicos, nos lleva a concluir: si el menor ignoraba el lugar donde estaba el cadáver, entonces, no es cierto que haya sido testigo presencial del homicidio.

¿QUIEN MATO A DON CLIMACO VELASQUEZ?

Señor Juez: La víspera de la audiencia pública, un detalle desvaneció todas mis brumas. Como si un relámpago me sacudiera y me iluminara, de pronto, todo fue para mí muy claro. Comprendí que el asesino había dejado su huella de manera inequívoca. Recordé, entonces, a MITTERMAIER cuando enseña que los indicios son fanales de luz que el criminal sin querer, va dejando al lado del crimen.

Los hechos son de una gran simplicidad. Si se quiere tienen un proceso torpe. Quizá por ser un todo tan elemental, se confundió en medio de la hojarasca y permaneció abscondito.

Sea lo primero borrar de la mente todas estas complicaciones. Hagamos un esfuerzo para iniciar de nuevo, pero sólo basándonos en datos concretos:

Vivían en "Pijñal" el anciano CLIMACO VELASQUEZ y su nieto, un deficiente mental, JOSE RODRIGO PINEDA alias ("Tolete").

Era el octogenario VELASQUEZ, un hombre de bien. Pero hemos de entender que su autoridad de persona mayor, con jerarquía familiar, se ejercía sobre su nieto de manera acorde a su rusticidad, creadora de un lenguaje no exento de violencia: "El alegaba mucho conmigo —dice el nieto— porque yo le decía cada rato porque él le vivía mentando la madre a todo el mundo..." (folio 14 vto.).

"Tolete", un muchacho de 21 años, fuerte para las faenas del campo, arriero, es por naturaleza de oligofrénico un ser voluble e irritable. En contra de lo que han dicho los médicos legistas —que exageran su profundidad oligofrénica— ha de considerarse como un deficiente de espíritu, con capacidad de elaborar, rencorosamente, un plan criminal que tome como elementos nutrientes las facilidades del medio ambiente y la disculpa —que es ya una noción colectiva— que para todo crimen ofrece la presencia del Ejército de Liberación Nacional, que ha convertido la región en "zona de guerra".

Esa mañana del 7 de enero de 1975, cuando "Tolete" aparejaba una mula, se registró uno de esos incidentes: abuelo-nieto. Desconocemos, porque el laconismo del texto no lo dice, el vocabulario que se utilizó, pero sí sabemos que "a mí me dio rabia y entonces a él también" (folio 74).

Fue entonces cuando la idea homicida, que ignoramos cuanto tiempo ha venía filtrándose, se hizo presente.

A las 8 a.m., cuando el anciano estaba ordeñando se le acercó su nieto y musitó a su oído un secreto cuyo tenor ignoramos (pudo ser que en el monte lo esperaban algunos guerrilleros y se sabe que el campesino pobre acude a aquellas citas, bien por un naciente sentimiento de solidaridad o quizá por un deseo de congraciarse que nace, fundamentalmente, del temor. Inclusive, pudo decirle —como lo emiten algunas de sus versiones—: que su vecino

y amigo don Pedro Pablo Murillo lo necesitaba, allí cerca, a lindes del monte).

Lo cierto es que el anciano desayuna y sale con "Tolete", quien previamente ha dicho a la sirvienta que "se lo iba a llevar a cuatro hombres, entonces yo le dije que si eran conocidos y él me dijo que no" (folio 25).

MARIA CRISELDA GARCIA y su hija, AMANDA CHAVERRA, en el careo de folios 56 vto., entregan estos pasajes:

Cuando el anciano iba a salir, "Rodrigo dijo ese día: Clímaco me voy a llevarme esta hacha para cortar una rastra de leña y salió con ella" (folio 66).

Cuando "Tolete" regresó era "medio día" y "la leña la trajo pero no ese mismo día, yo no me acuerdo por ahí a los dos días me parece" (folios 66 vto. - 67).

La última vez que es visto el anciano es en esta ocasión, cuando "salió Rodrigo con él, yo los veía hasta que trastornaron un ranchito que queda al frente de la casa de nosotros. Rodrigo llevaba una hacha, y el viejito no llevaba nada..." (AMANDA CHAVERRA, folio 27 vto.).

* * *

El primero de febrero encuentran los huesos de don CLIMACO VELASQUEZ: "Estaban a la orilla de la quebrada en la parte superior de la aletilla de la camisa tenía amarrada una cabuya y en uno de sus extremos una piedra" (teniente Rafael Gómez Quintero, folio 99 vto.).

El señor médico de Remedios, cumpliendo una proeza interpretativa, mira en el cráneo dos fracturas, cada una con un diámetro de cinco centímetros:

La primera: a nivel del maxilar superior derecho cara anterosuperior;

La segunda: en "temporal y parietal izquierdo".

Cada una de estas fracturas, repetimos, tenía un diámetro de cinco (5) centímetros.

El muy distinguido galeno se dio a la tarea de conjeturar: ¿Cómo, de qué manera? Al fin, le parece que la fractura puede corresponder a una trayectoria de "bala".

No para mientes en el diámetro de las fracturas que tildan de errónea su hipótesis.

En todo caso, con honestidad, emite su opinión dejando un margen de incertidumbre que patentiza con un me "parece".

* * *

Nosotros tomamos esta necropsia y la constituimos en un dogma, porque de alguna manera coincidía con la acusación de los testigos cuando afirmaban que el anciano había sido "rematado", por el procesado MURILLO, con un disparo de escopeta: "en el pecho".

Cuando en verdad estas fracturas más bien pueden corresponder, por su forma y diámetro, a golpes dados con "el ojo de un hacha", proporcionados por un mozalbete vigoroso como es "Tolete".

Desconocimos la verdad que éste había confesado a folio 73 vto.: "Yo lo que voy a decir es la verdad. Esa gente no está culpada en nada, yo lo que hice lo hice yo solo".

"Yo le dí con el hacha" "yo lo golpé con el ojo no con el filo" (folio 75).

* * *

Esta verdad fue negada por nosotros, bajo el argumento de presunta coacción por parte de los procesados: PEDRO MURILLO y ALDEMAR CARRILLO. Sensibilizados por el cuadro de horror que se nos había pintado, se despertó en nuestras almas una pasión justiciera que arrojó con su generoso y terrible impulso el equitativo discernimiento y la prudencia del recelo. Hicimos añicos la teoría científica de la prueba, al punto de convertir en camino recto del conocimiento el laberíntico y caótico elucubrar del enfermo mental; y, la fabulación perversa del menor MURILLO que muchas veces ha traído a mi memoria las firmes enseñanzas del maestro GORPHE, sobre los testimonios de los menores de edad, que a su decir ordinariamente tiñen de negro el firmamento de la justicia.

Vimos, pues, la coacción donde no estaba y, en cambio, fuimos ciegos para encontrarla donde sí existía: al folio 179 vto., dice RODRIGO PINEDA al preguntarle si el señor Juez de la población de Remedios "le hizo objeto de amenaza alguna a usted, para que imputara la comisión del delito o delitos a los señores Pedro Pablo Murillo, José Aldemar Carrillo y Víctor Emilio Murillo? RESPONDIO: El Juez de Remedios no, *el Juez de (N.N.)*. El no tenía nada que ver, pero me cogió y me dijo que tenía que decir que entre todos lo habíamos matado. Yo no se el nombre del Juez de (N.N.), *él estuvo en Remedios*.

Si se toma esta referencia procesal en su tenor literal, nada dice. Sin embargo, es ella una clara referencia al señor apoderado que asistió a la ampliación de la indagatoria de folios 73, donde hizo crisis el sentimiento de culpa y brotó, primigenia, la confesión. Es de ver la agitación que invadió al señor apoderado, los esfuerzos que hizo para contener la palabra del sindicato que salía atropellada y abierta.

Es apoderado es el muy distinguido profesional, doctor N.N., que ha tiempo ejerce en la población de... (puede verse el membrete en la hoja del poder, folio 60). Por esto, en este proceso de confusiones, recibió de su pupilo la investidura de "Juez de...". A fe que cumplió el dudoso magisterio de acallar a la verdad, cortándole el cuello a otros procesados.

De esta suerte la confesión de "Tolete", libertadora para los procesados CARRILLO y MURILLO, por obra de Birli - birloque, se torna en un indicio más de responsabilidad: coacción sobre el débil mental.

* * *

Empero, no seríamos justos si la glosa anterior subsumiera todo el fenómeno de descomposición testifical, cuando en verdad fue tan solo prolongación parcial de lo que ya se había iniciado. Sin pretender acá ubicar en nadie responsabilidades, que tal no es el objeto de este memorial, ni nuestro gusto, diremos, para que sea más comprendida la porosa escultura procesal, que fue el atropellante empirismo del ejército, sus técnicas de halagos y amenazas, las que cuartearon la enfermiza psiquis del oligofrénico en rayitos de luz, apenas visibles, y grandes fondos oscuros, dominantes y ominosos. Y en cuanto al menor, VICTOR EMILIO MURILLO, el fenómeno de fantasía perversa (innata en los niños, según FREUD), tenía que ser, forzosamente, su resultante.

Nadie ignora que dos personalidades como éstas, exigían un tratamiento especialmente delicado. No obrar así era desatar impulsos incontrolables y acusaciones infundadas que asumiendo formas de cruz han venido cargando los procesados. O para decirlo de otra manera, con el argot de los cuarteles o de las cárceles, les ha correspondido "cargar el ganso". Expresión ésta muy castiza y muy elocuente, que quizá tenga como origen alguno de los cuentos de CHRISTIAN ANDERSEN o de los hermanos GRIMM.

El detalle que iluminó mi confundida mente, que me alejó de mis yerros y me enrutó hacia la verdad, fue este: "El cadáver y los restos —dice el teniente Gómez al folio 99 vto.— estaban a la orilla de la quebrada en la parte superior de la camisa tenía amarrada una cabuya y en uno de sus extremos una piedra".

Comprendí, entonces, que precisamente por haberse amarrado la cabuya a la aletilla de la camisa, y no al cuello, como era lo normal, el cadáver había flotado y el vaivén de las aguas lo depositó en "la orilla de la quebrada".

Tuve miedo de equivocarme. Llamé entonces a mi esposa y le pregunté: ¿Ante el supuesto de que tú fueras a ocultar un cadáver en el pozo de una quebrada, amarrándole una piedra con un cordel, el otro extremo del cordel a qué parte lo amarras? Instantáneamente me contestó: Del cuello. De inmediato, contrainterrogué: ¿O de la camisa? Abrió sus ojos con sorpresa y respondió: ¡Ni riesgos! ¿Por qué? Porque la camisa se embomba o se deshace y el cadáver no se hunde.

En esa hora, ya de noche y vísperas de audiencia pública, comenzó en mi alma el camino de la rectificación.

Al día siguiente, cuando venía para la audiencia pública, me encontré con el Dr. Restrepo, un intelectual que enseña en la Universidad de Antioquia.

Le formulé las mismas preguntas y las respuestas fueron análogas a las de mi esposa.

Llegué a la oficina y en el corredor del palacio encontré a una de estas buenas señoras que hacen el aseo. Respondió a la primera pregunta, prontamente: "De la nuca o de la cintura". Cuando inquirí que por qué no de la camisa, creyó que yo me estaba burlando de ella.

En las oficinas del Juzgado Doce Superior, encontré a una hijita del Dr. Gómez Constain. Estaba con Diana, una amiguita de diez años. Las separé y las interrogué, teniendo, claro está, la delicadeza de respetar sus almitas infantiles, cambiando el cadáver por un muñeco grande que iban a ocultar en la quebrada para hacer una broma. Diana, no vaciló en indicar la garganta y, sin explicarlo, se asombró de mi ingenuidad cuando insinué la posibilidad de amarrarlo de la camisa.

Pero, la más explícita de todas estas personas fue la niña del Dr. Gómez. Es una monita vivaz que acaso frisa los 11 añitos. Señaló dos puntos anatómicos: la garganta o la cintura. Y cuando le insinué la posibilidad de amarrar, más bien, en la camisa, me respondió, sonrojándose e impetuosa: ¡ACASO SOY BOBA!

¡El bobo, "Tolete", al amarrar la camisa del viejito dejó su tarjeta de indeleble responsabilidad!

—Además de la encuesta, que creo puede repetirse ad infinitum encontramos las constancias que otrora cité y que revelan cómo antes de encontrar el cadáver ya el menor VICTOR EMILIO MURILLO sabía, por boca de RODRIGO PINEDA, que al cadáver le habían amarrado "una piedra de aquí de la camisa" (folio 35); "...en la camisa" (folio 34 vto.), "...de la camisa" (folio 36 vto.).

* * *

Aún no se ha consumado el error judicial. Quedan los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal. Son fraternos en su valor y en su capacidad de reacción. Dijérase que en los juicios por jurado de conciencia son la última razón del derecho. Nadie podía dudar de su vigencia en situación como ésta; oponer el formulismo a su esencia, sería tanto como hacer legulejismo contra la equidad.

Es cierto que el común acontecer hace que lo ordinario sea declarar contraevidentes aquellos veredictos absolutorios que desconocen flagrantemente claras evidencias procesales de responsabilidad, lo contrario, la declaración de contraveidencia de veredictos condenatorios, resulta, ciertamente, ser una excepción. Pero, precisamente, por ello es esto más meritorio aún, porque, para decirlo con metáfora apropiada, son a la manera de luz que brota de la dura entraña del pedernal, iluminando la diosa de la justicia.

* * *

Miro, ahora, hacia Vos, señor Juez, para que este argumento no tenga, estrictamente, un cariz subjetivo, ya que la intermediación que proporcionó la audiencia pública fue una experiencia recíproca que debo presumir conllevó a una misma convicción espiritual:

Era de ver el comportamiento, los ademanes, los rostros. Era de escucharse las explicaciones raudas, atropelladas en cascada natural. Nada de reticencias; todo, una ausencia de doblez.

Aún evoco la figura maciza de MURILLO. Parecía arrancado de uno de esos murales mexicanos que cantan la proeza del mestizaje. Luchaba por su libertad, que en él tiene un solo sentido: la cercanía a sus hijos. Apretaba en sus manos unos papeles escritos a máquina, pero sin firma alguna. Los depositó como quien entrega una prueba irrefutable: era aquel careo donde "Toleté" confesó ser único homicida. El, MURILLO, ese día llegó a la cárcel, llevaba fresca en su memoria la confesión liberadora, la copió con lápiz en hojas de papel que trasplantó para entregarlas en su audiencia. Era, en ese momento, un sincero gladiador de su inocencia; resultaba, no podemos negarlo, ¡conmovedor! Fue, además, el testimonio de su ignorancia sabia, contra la ilustración, cuando increpaba: "No entiendo por qué con tantos contra-dichos, estoy yo detenido".

¡Oh! ¿y qué podré decir de ALDEMAR CARRILLO? Tal vez, plagiar al gran DOSTOIEVSKI, cuando refiriéndose a un preso de la "casa de los muertos", que encarnaba la bondad humana, exclamó: "Pobre y dulce Alexei". De CARRILLO sólo diré: Nunca había visto una mirada más franca y un rostro más sereno.

Señor Juez: Termino así este memorial que está escrito con sangre. Tanto es el infinito dolor de justicia que me asiste.

Atentamente,

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJIA

Fiscal Tercero Superior

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Esta
Revista se
imprimió en los
Talleres de Editorial ACOSTA
TELEFONOS: 31 63 44 - 45 14 72
Medellín - Colombia - Suramérica

P R E C I O :

Unidad suelta	\$ 200.00
Unidad fuera de Medellín	\$ 220.00
Suscripción fuera de Medellín (4 números)	\$ 880.00