

NUEVO FORO PENAL

GRUPOS DE ESTUDIO DE DERECHO PENAL

NODIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

La Falsedad en Documentos en el Nuevo Código Penal

Dr. Alfonso Ortiz Rodríguez

Consideraciones en torno a la pena de muerte

Prof. Carlos Enrique Muñoz Pope

Dos palabras sobre el protesto

Dr. Jorge Enrique Valencia

COMENTARIO DE LIBROS

CARTAS AL DIRECTOR

JURISPRUDENCIA

Veredicto del Jurado. Limitaciones del Juez.

Dosis Personal de Marihuana. Valor del Dictamen.

Fuga de Presos.

Comentario.

Dr. Fernando Velásquez Velásquez

FORO HISTORICO

Una Teoría Jurídica sobre la Tortura

Dr. J. Guillermo Escobar Mejía

CO/XIV
F/Z

2345



NOVIEMBRE



DICIEMBRE

1980

NUEVO FORO PENAL

Grupo de Estudio de Derecho Penal

Nódir Agudelo Betancur

D i r e c t o r

AÑO II — Nº 8 — Octubre - Noviembre - Diciembre de 1980

— Licencia en Trámite —

A u x i l i a r e s

Guillermo Villa Alzate
Ricardo Hoyos Duque
Luis Miguel Marín Gaviria

Patricia Guarín Duarte
Jaime Posada Orrego
Vidal de J. Restrepo V.

Medellín - Colombia

1980

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

TABLA DE CONTENIDO:

DOCTRINA

La Falsedad en Documentos en el Nuevo Código Penal **Página 11**
Dr. Alfonso Ortiz Rodríguez

Consideraciones en Torno a la Pena de Muerte **Página 23**
Prof. Carlos Enrique Muñoz Pope

Dos palabras sobre el Protesto **Página 33**
Dr. Jorge Enrique Valencia

COMENTARIO DE LIBROS **Página 38**

CARTAS AL DIRECTOR **Página 41**

JURISPRUDENCIA **Página 44**

Veredicto del Jurado. Limitaciones del Juez - Dosis personal de Marihuana. Valor del Dictamen - Fuga de Presos.

Comentario:
Dr. Fernando Velásquez Velásquez

Una Teoría Jurídica sobre la Tortura **Página 73**
Dr. J. Guillermo Escobar Mejía

P R E S E N T A C I O N :

PODER JUDICIAL

SEGURIDAD SOCIAL VS. ASESINATO DE JUECES

En recientes fechas, con sólo un intervalo de 10 días, cayeron asesinados dos jueces en el distrito judicial de Antioquia. Conoci a JAIRO MARIN y a ANA CECILIA CARTAGENA. En varias ocasiones ante ellos abogué. No voy a hacer un panegirico y sólo diré que frente a ellos siempre tuve la vivencia de que estaba frente a paradigmas de honestidad y responsabilidad. La muerte de ambos, y la conmoción natural que la forma de esas muertes ha suscitado, nos ha llevado a reflexionar en torno a varios asuntos relacionados con el Poder Judicial.

Estas muertes trágicas y las de otros funcionarios en otras partes del país, nos hacen sentir injustas las consabidas retahílas en contra de los jueces por parte de encumbradas personas del poder ejecutivo. Y son injustas las críticas al poder judicial cuando se quiere ver en sus fallas la causa de todos los males que aquejan a la República. Pensamos que es un sofisma de distracción decir que estamos como estamos porque el poder judicial es inepto o corrompido, como si en las otras ramas de poder todos los funcionarios fueran aptos y modelos de pulcritud. Estas muertes trágicas muestran cómo existe un poder judicial honesto capaz de cumplir con su deber hasta el sacrificio.

Empero, no es la anterior la única reflexión que vale la pena hacer. Nuestras inquietudes apuntan también en otra dirección. Nos preguntamos si la viuda del Dr. MARIN o de los otros jueces ya han recibido el seguro a que tienen derecho. Deberán esperar 2, 3 ó 4 años? Y si el Juez llevaba 17 años trabajando y por razón de sus funciones

perdió su vida, qué pasa con la vida de la mujer y la de los hijos? No debe contar para nada este tiempo? No importa la situación de desamparo en que queden?

Nada sabemos de táctica o estrategia militar, nada sabemos de cuestiones relacionadas con seguridad y defensa y a lo mejor nunca sabremos qué es eso. Somos ignorantes crasos en estas materias. Empero, atrevidos, dudamos que la manera de evitar atentados sea dotando de armas de fuego a los funcionarios o ubicando, cada que matan a un juez, algunos agentes de policía en las puertas de los despachos judiciales. Creemos que si el Gobierno quiere hacer algo debe orientar sus esfuerzos en otro sentido. Me refiero, antes que a la seguridad que puede dar la fuerza, a la SEGURIDAD SOCIAL.

El Juez debe ser consciente de los peligros que su función implica; debe saber que la muerte es un riesgo (la vida misma también lo es) inherente a la responsabilidad que asume. Pero una cosa es pensar que si llegare a faltar, su mujer e hijos podrán seguir llevando una vida digna porque sus necesidades primarias seguirán siendo dignamente satisfechas y una la actitud frente a ese riesgo y otra, si medita en las premuras de todo orden por las que pasarán los suyos si la muerte lo sorprende. Y es que el honor de haber tenido un esposo o padre o hijo cumplidor hasta el sacrificio, puede reconfortar el espíritu, pero no calma el hambre, ni alivia dolores, ni evita el frío o el calor, ni cubre la desnudez, ni paga las pensiones de los colegios y menos cubre una mínima y necesaria expansión.

Si se nos permite decirlo con otras palabras: antes que armas, o cosas por el estilo, los jueces necesitan SEGURIDAD SOCIAL. Necesitan que se les posibilite la consecución de vivienda, de medios de locomoción, salud y educación para sus hijos, lugares de expansión, promoción cultural. Necesitan saber que el día que se jubilen, después de trabajar 20 ó 25 años, no tendría que esperar 2 ó 3 para que les venga la pensión. Necesitan saber que si mueren a causa o con ocasión del servicio, su familia tendrá derecho a una pensión, independientemente de la edad que tuviera o del tiempo de servicio.

Las muertes aludidas nos han hecho pensar en una gran paradoja: siendo el poder judicial el de mayor responsabilidad (pues decide sobre la vida, libertad, honra y bienes de las personas), es decir, el más fuerte, es a la vez el más débil. Y seguirá siéndolo mientras las cosas que aquí hemos dicho, sólo se digan durante los velorios y en los cementerios y mientras al poder judicial le falte decisión para EXIGIR él mismo, lo que merece.

NODIER AGUDELO BETANCUR
Director

LA FALSEDAD EN DOCUMENTOS EN EL NUEVO CODIGO PENAL

Dr. Alfonso Ortiz Rodríguez *

INTRODUCCION AL TEMA

1. La incriminación de la falsificación de documentos aparece, por primera vez, en La Lex Cornelia Testamentaria y Num Maria cuyas disposiciones penaron algunas frecuentes falsedades en testamentos y monedas. Posteriormente esas disposiciones se extendieron a otros documentos jurídicos y la ley se denominó Lex Cornelia de Falsis. El Fuero Juzgo sancionó la falsificación de escritos y su uso en juicio. El Código de las Siete Partidas especificó diversas modalidades de falsificación en documentos cometidas por notarios públicos, escribanos del Rey, de la ciudad o de las villas y por particulares. En España y a partir de 1822 los códigos penales empezaron a sistematizar las diversas clases de falsedad. En Colombia, bajo la denominación "delitos contra la fe pública", en el Código Penal de 1890 se consagraron los delitos de falsificación de documentos de crédito, falsedades en documentos oficiales y públicos, y falsedades en documentos privados. En el Código Penal vigente se establecen diversos tipos de falsedad en documentos públicos, oficiales, títulos-valores, eclesiásticos que pueden producir efectos en el estado civil de las personas y privados. Se distinguen en dicho Código la falsedad material, la falsedad ideológica, la falsedad intelectual, la falsedad personal y la falsedad por uso.
2. El Código Penal nuevo, cuya vigencia empezará un año después de la expedición del Decreto número 100 de 1980, sigue la tradición y en el Título Sexto, bajo la denominación "Delitos contra la fe pública", describe los ilícitos de falsificación de moneda; falsificación de sellos, efectos oficiales y marcas y la falsedad en documentos. En esta última materia, que es la que por ahora nos interesa, aunque existe gran similitud con el Código vigente, se descubren notables diferencias de tipo conceptual, estructural y metodológico. Hoy

* Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y Profesor de la Univ. de Medellín.

resulta inconveniente hablar de la mayor o menor eficacia del nuevo Estatuto. Su efectividad deberá verificarse en el futuro cuando jueces y abogados se consagren por entero a la aplicación del nuevo Código.

CONCEPTO Y DEFINICION DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS

3. La verdad, se ha dicho, es la conformidad de las cosas con el concepto de que de ellas se forma nuestra mente. Por eso entre el concepto de la realidad y la realidad misma existe una relación de identidad. También se enseña que es la conformidad de lo que se dice con lo que se piensa o siente. Y se ha enseñado que es la propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre la misma sin mutación alguna. La falsedad, en cambio, es un enunciado que tergiversa la situación real de las cosas, la enunciación que está en contradicción con la realidad. Hay falsedad cuando se finge, muda o disfraza una cosa de tal modo que por sus señales exteriores parece otra. Falsedad es lo que no es verdad pero se afirma como verdad enseñaba el jurista PAULO. En síntesis, la falsedad es una negación de la verdad mediante el fingimiento, la imitación, la alteración o la destrucción de la verdad. Tal negación puede ser total o parcial y por eso un documento determinado puede tener parte de verdadero y parte de falso.

4. La falsedad que acabo de mencionar puede ser formal, material, ideológica y personal. La falsedad formal es la falsificación por elaboración total o parcial del documento. La falsedad material es la alteración material del documento, es la alteración total o parcial del escrito excepto la firma. Estas dos clases de falsedad son, en el Código Penal nuevo, falsedad material. Hay falsedad ideológica cuando el documento no es falso en su forma, pero son falsas las ideas que en él se asientan o consignan. El documento contiene falsedades consignadas por el empleado oficial al extender el documento público. Hay falsedad personal cuando se supone o suplanta a una persona y cuando se miente sobre la identidad, el estado o las cualidades de una persona. En el primer caso el documento aparece con la firma de alguien que no ha concurrido a formarlo de ningún modo. En el Código Penal, además, aparece la llamada falsedad por uso que consiste en emplear el documento como medio de prueba judicial o extrajudicialmente.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL TITULO SEXTO

5. El Título Sexto, Libro Segundo del nuevo Código Penal se denomina "Delitos contra la fe pública". Aunque esta denominación es idéntica a la del Código vigente, en el nuevo Código tiene una significación muy distinta. En efecto, el doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, autor de la ponencia sobre estos delitos en la comisión que elaboró el anteproyecto de 1974, dijo: entiendo, siguiendo la teoría de MIRTO y MALIMBERNI, que la

fe pública existe. Esta "no es otra cosa que la 'confianza de la colectividad en la autenticidad y veracidad en los signos, en las formas escritas y en la identidad de las personas'. La misma definición implica una clasificación de los objetos materiales". Afirma el Magistrado de la Sala Penal de la Corte que en ese sentido sigue "la corriente según la cual se sostiene que la sociedad tiene derecho de gozar de la confianza de no ser engañada, confianza sin la cual sería prácticamente imposible la vida colectiva". Pero no se trata de una confianza espontánea y abstracta, sino algo concreto referido al tráfico jurídico.

6. Ciertamente, en la actualidad la fe pública es considerada en sentido amplio y en sentido estricto. En cuanto a lo primero, como enseña SILVIO RANIERI, la fe pública es buena fe en las relaciones que se producen entre los particulares y entre éstos y la administración pública. En sentido restringido es la confianza que la sociedad pone en aquellos medios de prueba, sean valores, objetos, signos, documentos o declaraciones a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce particular importancia. Por eso, el interés jurídico tutelado por la ley es el interés social en la seguridad de las relaciones jurídicas frente a la falsificación de los medios de prueba en los cuales el público deposita su confianza. De esta manera la fe pública se ve convertida en seguridad del tráfico jurídico. En verdad, el comercio jurídico sería más o menos imposible si las personas y el Estado no confiaran en la genuinidad y veracidad de los signos, formas escritas y de la identidad de las personas. Este concepto se aproxima a la doctrina iniciada en Alemania por FEUERBACH y JHERING, seguida y desarrollada por LISZT y BINDING entre otros, quienes afirmaron que el interés tutelado es la autenticidad y veracidad de los medios de prueba.

EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL CAPITULO TERCERO

7. En el seno de la comisión redactora del anteproyecto de 1974, el doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO expuso: "Es necesario advertir que entiendo, como la mayoría de los autores modernos, que documento es, ante todo, un medio de prueba y que la fe pública es la confianza de la colectividad, en las formas escritas en cuanto tengan importancia como medios de prueba". Estas afirmaciones del referido profesor fueron aceptadas por la citada comisión sin discusión alguna. Y no hay noticia de que hubiesen sido discutidas en las comisiones posteriores. Por eso no cabe duda que en el capítulo tercero, título sexto, libro segundo del nuevo Código Penal, lo que se quiere proteger y garantizar es la fuerza probatoria de los documentos. Por eso en los artículos básicos de ese capítulo se señala como característica del objeto material la de "que pueda servir de prueba". Podemos entonces afirmar que el interés tutelado es la autenticidad y veracidad de la prueba documental.

8. Tutelando la autenticidad y veracidad de la prueba documental se protege, sin duda alguna, el interés general y público en la seguridad de la prueba escrita en la que, por mandato de la autoridad estatal, hay que creer. Pero en el capítulo en mención se protege, también, la confianza que todos y cada uno de los asociados depositan en la identidad de las personas, sus atributos propios y los que derivan de un determinado "status". De esta suerte se tutela y garantiza la seguridad del comercio jurídico que, por una u otra razón, se ve obligado a emplear tales documentos como prueba cierta y segura de sus relaciones jurídicas, y a creer en la identidad de las personas con quienes tiene que establecer tales relaciones.

9. Así entendido, es indiscutible que la noción de bien jurídico sigue siendo indispensable en el estudio del delito. No sólo es criterio para la clasificación de los delitos sino el punto de referencia para determinar la antijuridicidad material o injusto material. Ciertamente, para que la conducta falsaria sea antijurídica, es necesario que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley que se infiere, como ya se ha demostrado, del concepto de bien jurídico.

EL CONCEPTO JURIDICO PENAL DE DOCUMENTO

10. El documento es, ante todo, un medio de prueba. El pensamiento humano, dice NICOLAX FRAMARINO DEI MALATESTA, puede manifestarse en dos formas: por la palabra hablada que es su forma pasajera de manifestación, o bajo una forma permanente cualquiera y en particular por escrito. Por eso expresa que es documento la declaración conciente personal, escrita e irreproducible oralmente, destinada a dar fe de la verdad de los hechos declarados. Pero también es documento toda otra forma permanente bajo la que se suponga expresada o manifiesta la declaración personal. Esta noción comprende el documento escrito en escritura fonética y cualquier otra forma permanente que contenga hechos jurídicamente relevantes como las mencionadas en el artículo 225 del nuevo Código Penal. Esta es una de las novedades del nuevo Estatuto que obligan la modificación del tradicional concepto de documento. No obstante, las formas mencionadas en ese artículo deben contener una manifestación de voluntad o una atestación de verdad jurídicamente relevantes, aptas para servir de prueba y cuyo autor pueda ser claramente identificado. En otras palabras, debe poseer un contenido y un autor de dicho contenido. Así resulta ser el documento una forma sustancial de la verdad.

11. El nuevo Código exige, expresamente, que el documento "pueda servir de prueba". ¿Qué significa esta expresión? Probar, judicialmente, es hacer conocidos para el juez hechos controvertidos o dudosos y darle la certeza de su modo de ser. Prueba, en sentido general, es aquello que persuade de una verdad al espíritu. Así, la prueba es judicial cuando sirve para demos-

trar la veracidad de hechos controvertidos en un juicio. La prueba en general sirve para demostrar la veracidad de hechos judicial o extrajudicialmente. Así, por ejemplo: un recibo puede servir de prueba para demostrar en un juicio la excepción de pago. Pero también puede servir para demostrar el pago hecho a un acreedor olvidadizo. Hay que afirmar que ese documento puede servir de prueba. Así en todos los demás casos. Por consiguiente, la expresión que "pueda servir de prueba" hay que entenderla en sentido general. Esa expresión significa, además, que pueda servir de medio directo o indirecto para llegar al conocimiento de los hechos, sin importar que sea predeterminado o no predeterminado.

CLASES DE DOCUMENTOS PARA FINES PENALES

12. Acorde con el articulado del nuevo Código Penal sólo son distinguibles el documento público y el documento privado. En el Código vigente, como es sabido, aparecen esas dos clases y además los documentos eclesiásticos que pueden producir efectos en el estado civil de las personas que son asimilados a públicos y los títulos-valores que también se asimilan a públicos. Además se hace referencia a varias subclases de documentos públicos. Por eso la clasificación en el nuevo Código resulta ser algo nuevo.

13. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención como se establece en los artículos 251 del C. de P. Civil y 261 del C. de P. Penal. El instrumento público es el escrito autorizado o suscrito por el funcionario público en ejercicio de su cargo conforme a los artículos 1758 del C. Civil y 251 ya citado. Escritura pública es el escrito otorgado ante notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo de acuerdo con los dos artículos últimamente mencionados. Así, pues, documento público es un escrito, redactado en castellano con la intervención del funcionario público que obra en ejercicio de sus funciones, en el queda materializada o cosificada la función pública correspondiente.

14. En el documento que se viene tratando se distinguen cuatro elementos: 1º) El autor o autores. 2º) El contenido o materia. 3º) Las formalidades legales. 4º) La capacidad probatoria. En los documentos públicos el funcionario puede ser autor de la forma y del contenido como la resolución judicial o administrativa; o puede ser autor de la forma mientras que el autor del contenido es un particular o extraño a la función como en las escrituras públicas. En el primer caso el documento es formal y sustancialmente público. En el segundo es formalmente público y sustancialmente privado. Esta distinción se funda en la diversa eficacia probatoria de tales documentos. Las formalidades legales son los modelos a tenor de los cuales deben expedirse. Se refieren a la forma de expedición o producción del documento.

15. "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público" dice el artículo 251 del C. de P. Civil. Para la existencia de estos documentos es necesario que concurren los cuatro elementos antes indicados. Pero el autor de la forma y el contenido carece de investidura oficial al expedirlo y las formalidades legales son distintas. Los documentos privados son de tres clases: 1ª) *Documento privado auténtico*. Es auténtico en los casos señalados en los numerales 1 a 4 del Artículo 252 del C. de P. Civil, los libros de comercio conforme al artículo 271 de la obra citada, cuando ha habido reconocimiento implícito conforme al artículo 276 del Código en cita y en los demás casos en que tal autenticidad aparezca de acuerdo a la ley. Esta clase de documentos tiene el mismo valor probatorio que los documentos públicos entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, lo mismo que respecto de terceros. 2ª) *Documento privado desprovisto de autenticidad pero suscrito ante dos testigos*. Esta clase de documentos tiene el valor de prueba sumaria conforme al artículo 279 del C. de P. Civil. 3ª) *Documento privado desprovisto de autenticidad*. En materias extrapenales esta clase de documentos carece de capacidad probatoria. En el campo penal tiene el valor probatorio que le asigne el Juez de acuerdo con el artículo 262 del C. de P. Penal.

16. Según el artículo 225 del nuevo Código Penal, se asimilan a documentos las expresiones de persona conocida o conocible recogidas por cualquier medio mecánico. También los planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, radiográficas, fonográficas, archivos electromagnéticos y registros técnicos impresos. Todos estos objetos son formas permanentes bajo las que se suponen expresadas o manifestadas declaraciones personales o hechos que, directa o indirectamente, pueden servir de prueba. En esas formas se contienen representaciones gráficas en escritura fonética, simbólica o representativa. Ellos contienen hechos que sirven para probar otros hechos.

LA TIPICIDAD EN LA FALSEDAD POR FALSIFICACION

17. La falsedad en documentos por falsificación aparece expresamente consagrada como falsedad material en los artículos 218, 220, 221 y 228. En la primera el sujeto activo es el empleado oficial que la ejecuta en documento público. Según el artículo 63 para los efectos penales son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas, los miembros de las fuerzas armadas, el encargado de un servicio público y toda otra persona que ejerza cualquier función pública así sea de modo transitorio. En la segunda el sujeto activo es cualquier persona, incluyendo un empleado oficial que obra fuera del ejercicio de sus funciones, que la realiza en documento público. En la tercera el sujeto activo es también cualquier persona, incluyendo al empleado oficial en ejercicio o no de sus funciones, que la lleva a cabo en documento privado. En la cuarta el sujeto activo es cualquier persona como las ya anotadas.

18. En las cuatro formas ya indicadas la acción consiste en falsificar. Este verbo denota la acción consistente en hacer una cosa falsa y en contra-hacerla. Pero también significa alterar y adulterar. Por eso la acción de falsificar un documento público o privado consiste en hacerlo en todo o en parte falso, ya en su forma ora en su contenido. Consiste también en alterar o adulterar la verdad gráfica del texto excepto la firma. Se altera mediante raspado, mediante lavado, mediante enmiendas, por calco y por cuanto otro procedimiento que pueda ingeniarse la mente criminal. En todos estos casos el documento queda expresando o atestando cosa diversa de la que expresaba o atestaba antes de la falsificación. El método empleado en el nuevo Código en la tipificación de esta falsedad elimina la casuística del artículo 231 del Código vigente. Como se trata de falsificación de documentos que puedan servir de prueba, es necesario que el documento falsificado tenga la capacidad de pasar por auténtico y verdadero. Si esto no ocurre porque la falsedad es muy ostensible o fácilmente reconocible a simple vista, la acción falsificadora resulta inocua. El objeto material sobre que recae la falsedad es un documento que pueda servir de prueba. Como de ello ya se habló es absolutamente innecesario volver ahora sobre el punto.

19. En la ponencia presentada a la comisión redactora del anteproyecto de 1974, el doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO afirmó: "También resulta de trascendental importancia poner de presente a los señores miembros de la Comisión Redactora que existen, sobre el tratamiento legislativo de los delitos contra la fe pública, dos sistemas ampliamente diversos: el francés, formalista por esencia, en el que se rinde culto exagerado a los signos y en el que, necesariamente importa más el resultado. Por otra parte, el alemán, finalista, que se afirma en la intención del sujeto agente. Lógicamente, he escogido el último sistema que le da mayor fisonomía, mayor entidad y profundidad a los problemas que se plantean". Esta afirmación también fue acogida sin discusión y tampoco existe una noticia clara respecto de que las comisiones posteriores hubiesen rechazado ese planteamiento. Por el contrario, la acción de falsificar indica, por lo menos, una orientación hacia la antijuridicidad, es decir, se dirige a lesionar o poner en peligro la autenticidad y veracidad de la prueba documental. Por eso afirmo que, por lo menos, dicha acción está intencionada a la antijuridicidad material. Y esto adquiere máxima importancia al examinar el dolo como forma de la culpabilidad en estos delitos. Y esto es así, a diferencia del Código vigente, ya que el delito aparece como una estructura estratificada en la que el hecho punible se va elevando del grado de la tipicidad al de la antijuridicidad y al de la culpabilidad. Y es la dirección antijurídica de la acción típica la categoría que atraviesa los tres estratos.

20. Lo expuesto en los dos números anteriores es enteramente válido para toda falsedad por falsificación. Pero respecto de la falsedad en documento privado, dicha falsificación no es suficiente para consumar la acción.

Para esto es necesario que el documento privado falsificado se use por el falsificador. Este uso completa la acción falsaria.

LA TIPICIDAD EN LA FALSEDAD POR DESTRUCCION, SUPRESION Y OCULTAMIENTO

21. Los artículos 223 y 224 se refieren a estas formas de falsedad en documentos. El primero describe la conducta del empleado oficial que en ejercicio de sus funciones destruye, suprime u oculta, total o parcialmente, un documento público. El sujeto activo es, pues, el empleado oficial. El segundo refiere la misma conducta a cualquier persona que la ejecuta respecto de documento privado. Así resulta que la destrucción, supresión u ocultamiento de documento público por un no funcionario o por el empleado oficial que obra por fuera de sus funciones no constituye falsedad.

22. La acción de destruir consiste en la desaparición del documento que, por tanto, pierde definitivamente la utilidad o finalidad que tenía. Se pierde toda posibilidad de que pueda servir de prueba. BENTO DE FARIA observa que la destrucción puede ser realizada mediante el fuego, el despedazamiento, de raspar, borrar o suprimir palabras o frases sustancialmente indispensables para la validez del documento. Ciertamente, por medio de la destrucción se hace desaparecer totalmente la capacidad probatoria del documento. La acción de suprimir es similar a la anterior y consiste en la sustracción del documento. Y la acción de ocultar consiste en esconder el documento y en no presentarlo cuando es necesario. En todos estos casos la conducta se dirige a lesionar o poner en peligro la autenticidad y veracidad de la prueba documental. Es decir, está dirigida la acción a la antijuridicidad material.

23. La destrucción, supresión y ocultamiento de documento público realizada por particular o por empleado que obra por fuera del ejercicio de sus funciones, no aparece tipificada como falsedad en los artículos 223 y 224. Sobre el particular me atrevo a plantear las siguientes opiniones: en la alteración del documento éste puede utilizarse como prueba y hasta puede probar si no se descubre su falsedad. Pero es claro que en esa alteración el documento auténtico y verídico desaparece por lo menos en parte. En la destrucción, si se acepta la opinión de BENTO DE FARIA, el documento auténtico y verídico desaparece totalmente y por eso puede entenderse que tal destrucción es una alteración total del documento. Esta solución que trasladaría la situación al artículo 220, tropieza con el principio de tipicidad y sus consecuencias. Pero si esta tesis de la falsedad material no llega a ser viable, la situación podría adecuarse al texto del artículo 370 que describe el delito de daño en bien ajeno. De todas maneras es un vacío legal indudablemente grave.

LA TIPICIDAD EN LA FALSEDAD PERSONAL

24. Son dos los tipos de falsedad personal consagrados en el nuevo Código Penal. El primero previsto en el artículo 226 cuya acción se realiza para obtener un documento público. El segundo en el artículo 227 cuya acción se lleva a cabo con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño. En uno y otro caso el sujeto puede ser cualquier persona y evidentemente la acción es intencionada o finalista. En uno y otro caso la conducta objetiva o externa se consuma con independencia de la obtención del documento público, el provecho que se busca o la producción del daño que se persigue. Suplantar o sustituir a otro es, exactamente, hacer aparecer a ese otro como autor de un documento, pero también hacerse pasar por ese otro. En este caso el autor del delito se presenta físicamente fingiendo ser otro. Se trata pues de una suplantación física. Sin embargo, para la suplantación o sustitución, salvo el caso de homónimos, es absolutamente necesario atribuirse nombre falso. Atribuirse estado civil, calidad, profesión, oficio, edad o condición falsos es mentir sobre la identidad, el estado o las cualidades de la persona.

25. En el artículo 226 la finalidad de la acción es obtener un documento público falso como por ejemplo un pasaporte. En el artículo 227 la finalidad es obtener un provecho para sí o para otro como obtener un legado o recibir un pago. Este último delito es básicamente la estafa prevista en el artículo 356. Pero creo que el delito del artículo 227 se tipifica cuando la suplantación o la atribución de falsas calidades debe asentarse en un documento. Cuando no, se estará seguramente frente a una estafa.

LA TIPICIDAD EN LA FALSEDAD IDEOLOGICA

26. La falsedad ideológica es delito exclusivo del empleado oficial y sólo puede cometerse en relación con documentos públicos. La acción consiste en que el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, al extender un documento público que pueda servir de prueba, consigna una falsedad o calla total o parcialmente la verdad. El delito, pues, puede ser cometido por acción o por omisión. Se comete por acción cuando el empleado inserta o hace insertar frase o declaración diversa de la que debía ser escrita. Por eso hay una contradicción entre lo que se escribe o asienta en el documento y lo que debía escribirse o asentarse. Se comete por omisión cuando el empleado omite insertar en el documento una frase o declaración que debía insertar. Se tiene la falsedad ideológica cuando la alteración del documento es de la sustancia o de alguna de sus cláusulas y realizada en el momento de extenderse o escribirse el documento. Pero para que se constituya el delito es necesario que la falsedad afecte la capacidad probatoria del documento.

LA TIPICIDAD EN LA FALSEDAD POR USO

27. La falsedad por uso de documento público falso es delito que puede ser cometido por cualquier persona. Pero si quien usa el documento es el mismo falsificador, la pena se agrava. Conforme al inciso final del artículo 222, el uso del documento público falso realizado por el falsificador se absorbe la falsedad material, la ideológica y la personal. La conducta objetiva o externa consiste en usar el documento. Esta conducta activa consiste en emplear el documento para el fin que le es propio, vale decir, para probar algo. Es tanto como servirse de él o aprovecharse del documento. Por ello se usa el documento cuando se emplea en beneficio propio o ajeno probando los hechos que tal escrito está destinado a probar. Pienso que el uso puede ser judicial o extrajudicial.

LA ANTIJURIDICIDAD EN LA FALSEDAD

28. En el capítulo tercero, título sexto, libro segundo del nuevo Código Penal se tutela, en primer término, la seguridad y fluidez del tráfico jurídico. En segundo lugar se protege la autenticidad y veracidad de la prueba documental. En tercer lugar se tutela la confianza que todos y cada uno de los asociados tiene que depositar en la identidad de las personas, sus atributos propios y los derivados de un "status", particularmente de aquellas con quienes tiene que establecer relaciones jurídicas. En cuarto lugar se protege el derecho de todas las personas a no ser engañadas con documentos falsos y derecho a no ver traicionada la confianza a la que el Estado obliga. La ley y la sociedad tienen interés en que tales bienes o valores permanezcan libres de daño y de riesgo de daño. Por tanto, la conducta falsaria es antijurídica cuando sin justa causa lesiona o pone en peligro alguno de esos intereses o todos ellos. Aparte de esta antijuridicidad material, es claro que todas las personas tienen el deber de abstenerse de atentar contra la fe pública y el deber, particular, de abstenerse de realizar alguna de las conductas descritas en los artículos 218 a 228. De esto resulta lo que suelen llamar antijuridicidad formal general y especial.

29. Es innegable que la descripción típica encierra, necesariamente, la antijuridicidad formal. Además indica que la realización del tipo puede dañar o poner en peligro el interés jurídico tutelado por la ley. Por eso, en mi sentir, la realización práctica del tipo se orienta o dirige a la antijuridicidad material y, por tanto, la acción o la omisión para que sean típicas deben ser intencionadas a la antijuridicidad. Esta intencionalidad es la que le da color delictivo a la conducta. En consecuencia, la mera acción u omisión desprovistas de esa intencionalidad carecen de tipicidad. Por ello estimo que el delito de falsedad es primero y ante todo una conducta típicamente antijurídica.

LA CULPABILIDAD EN LA FALSEDAD

30. Examinando atentamente el capítulo referente a la culpabilidad, fácilmente se descubre que, quien obra con dolo, culpa o preterintención es una persona imputable. Ciertamente, en todas y cada una de esas formas de culpabilidad el agente tiene, al momento de ejecutar el hecho punible, la capacidad de comprender su ilicitud y la capacidad de determinarse a obrar de acuerdo con esa comprensión. Es un hombre libre de trastorno mental y de inmadurez psicológica. Por eso la imputabilidad es presupuesto o aspecto de la culpabilidad. Si el sujeto es inimputable no puede ser culpable ni punible. Esta es una verdad de perogrullo. Así, pues, para que pueda ser culpable, el sujeto activo de una falsedad en documentos tiene que ser, previamente, imputable.

31. Para que el delito sea culposo o preterintencional es necesario que, en la parte especial, se señale expresamente la posibilidad de cometerse con alguna de esas formas de culpabilidad. De esta manera y luego de examinar el capítulo referente a la falsedad en documentos, se descubre que tal delito sólo puede cometerse mediante conducta dolosa. Pero en el artículo 36 se contienen dos formas de dolo. El dolo directo y el llamado dolo eventual. Y por la naturaleza misma de la conducta falsaria ésta solo puede realizarse con dolo directo. Así, pues, la conducta falsaria es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización. Esto significa que el principio de la conducta dolosa es el conocimiento y la voluntad.

32. ¿Qué es lo que debe conocer el falsario para que su conducta sea dolosa? Debe conocer la tipicidad y antijuridicidad de su conducta. Por eso la expresión "conoce el hecho punible" contenida en el artículo 36 significa: conoce el hecho típicamente antijurídico. La ignorancia no culpable de la tipicidad o de la antijuridicidad elimina el conocimiento y por ende el dolo. Esta afirmación se apoya, principalmente, en los numerales 3 y 4 del artículo 40.

33. ¿Cómo debe obrar el falsario para que su conducta sea dolosa? Debe obrar voluntariamente. Esto significa que debe obrar sin verse precisado por fuerza, violencia o coacción. Por eso se trata de un obrar libre o autónomo en la medida en que el hombre social es libre y tiene autonomía. Si realiza la conducta por fuerza mayor o caso fortuito, o bajo insuperable coacción ajena, el sujeto no obra voluntariamente y por consiguiente sin dolo. Esta afirmación encuentra apoyo legal en los numerales 1 y 2 del artículo 40.

34. Afirmando, acorde con lo anterior, que la conducta es culpable y el autor punible, cuando éste conoce el hecho típicamente antijurídico y lo realiza queriéndolo libremente. Con base en este dolo el juez formula el juicio de culpabilidad. Le reprocha su conducta porque pudiendo abstenerse de realizarla sin embargo la realizó contrariando el querer de la norma y dañando o poniendo en peligro el interés jurídico tutelado por la ley.

ALGUNAS CONCLUSIONES DE LO EXPUESTO

35. Ha desaparecido la llamada falsedad intelectual que es la misma ideológica ejecutada en documento privado. Esto es así porque la falsedad en documento privado sólo puede cometerse por falsificación; destrucción, supresión y ocultamiento, y por sustitución, suplantación o atribución de nombre o calidades falsos.
36. El objeto material en la falsedad sigue siendo el documento. Pero a diferencia del Código viejo, se asimilan a documentos otras formas permanentes contentivas de declaración personal como las señaladas en el artículo 225. Además, sólo puede hablarse de documentos públicos y privados quedando eliminadas las subclases mencionadas en el viejo Código. Con respecto a éste se amplió el ámbito de la falsedad en documentos al ampliar el objeto material del delito.
37. Las formas permanentes mencionadas en el artículo 225 pueden asimilarse a documentos públicos o a documentos privados. Por eso la falsedad que sobre ellas recaiga puede ser pública o privada.
38. Aunque el bien jurídico protegido es la fe pública como en el Código viejo, en el nuevo Código el interés concreto tutelado por la ley es directa e inmediatamente la capacidad probatoria del documento, mientras que en el viejo Estatuto es la confianza pública depositada en ese medio de prueba. Por eso en el nuevo Estatuto es necesario demostrar que la falsedad ha dañado o puesto en peligro, sin justa causa, la fuerza probatoria del documento o de la forma permanente asimilada a documento.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PENA DE MUERTE

Prof. Carlos Enrique Muñoz Pope
Universidad de Panamá

A José María Rodríguez Devesa,
Profesor ejemplar.

I

En muy corto tiempo vuelvo a ocuparme de la pena capital, tema siempre de actualidad, toda vez que está admitida en numerosos países civilizados y en muchos otros que se precian de tales, aunque lo sean sólo de nombre.

Cuando meses atrás me ocupaba de este lúgubre tema en la Universidad Complutense de Madrid, lo hacía por exigencias académicas para mí obligato-

PRESENTACION

Dr. Fernando Velásquez V.

La discusión en torno a la pena de muerte, pese a ser de muy vieja data, no ha perdido vigencia y antes por el contrario parece recobrarla, máxime si se tiene en cuenta que las barbaries tradicionales han sido en parte superadas, y, nos encontramos frente a refinados mecanismos de ejecución.

Nuestro país no ha sido ajeno a la controversia, más ardua en la actualidad, cuando atravesamos una de las ya cíclicas oleadas antiabolucionistas,

* Comunicación presentada al Tercer Seminario Nacional de Criminología, organizado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, del 15 al 17 de noviembre de 1978.

rias. Hoy, con todo deseo, nuevamente, le dedico atención, convencido aún más que es una supervivencia anacrónica de épocas antiguas en vísperas del siglo veintiuno.

La presente Comunicación tiene por objeto exponer nuestra particular opinión respecto de la pena capital y presentar algunos aspectos de la misma, pues somos fervientes convencidos que para luchar contra ella hay que conocer sus múltiples facetas y complejidades.

II

El Derecho, de modo general, y el Derecho Penal, de forma particular, se ocupan primordialmente de hacer factible el normal desarrollo de las actividades por parte de los miembros de la colectividad.

La norma penal tiene por objeto proteger los más importantes intereses de la sociedad. Dichos bienes objeto de protección, por ende, se convierten en jurídicos y son de observancia obligatoria para todas las personas.

No se crea, sin embargo, que sólo existe este medio —la norma penal— para hacer posible la paz social. Muy por el contrario, existen otras innumerables formas de lograr esta convivencia, sin tener que recurrir a los medios de que dispone el Derecho Penal para cumplir con esta función básica.

Pena y medida de seguridad, y en consecuencia, el Derecho Penal, no son los únicos medios existentes para lograr el desarrollo normal de las relaciones dentro de la sociedad. El Derecho Penal debe intervenir cuando ya no hay otra forma de lograr la coexistencia pacífica entre los asociados.

como que los prevalidos de las prerrogativas de poder, claman a gritos por su imposición, sobre todo cuando se tiene noticia de un crimen atroz; o porque se ve en la pena capital un supuesto correctivo para poner freno a la creciente criminalidad.

Históricamente, en Colombia la ejecución de la pena capital, se remonta al derecho indígena y a la colonización española, como bien lo anota el profesor CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE. Sin embargo, debe señalarse como primigenio antecedente abolicionista a nivel constitucional, que también lo fue de Panamá, la llamada Constitución de Rionegro, de 8 de mayo de 1863, que reconoció la inviolabilidad de la vida humana como nuevo principio, en virtud del cual el gobierno general y los Estados federados se comprometían a no decretar en sus leyes la pena de muerte¹. Pero en 1886 los antiabolicionistas vieron triunfar sus pretensiones, pues en el artículo 29 de la Constitución expedida a expensas del movimiento regenerador de RAFAEL NUÑEZ, se consagró en los siguientes términos:

“Sólo impondrá el legislador la pena capital para castigar, en los casos en que se definan como graves, los siguientes delitos,

Hoy, cuando se llega a la luna y se hacen a diario trasplantes de órganos humanos, necesitamos y exigimos un Derecho Penal a tono con las transformaciones actuales del mundo.

Urge, en consecuencia, tomar conciencia de esta realidad pues, el delincuente no es un ser perverso al que hay que castigar y, hasta eliminar.

Pretender negar esta realidad implica una encubierta violación de los tan nombrados derechos humanos por parte de los gobernantes.

El derecho a la vida de toda persona no puede ser desconocido ni por el propio Estado, al imponer la sanción capital como consecuencia de la violación de lo preceptuado en la norma penal.

Si la pena tiene como fin la readaptación social del sujeto, y si es que dicha readaptación es posible, la pena de muerte es la completa negación de dicho fin.

Por otra parte, no puede negarse el hecho que es utilizada por los pequeños grupos que detentan el poder en numerosos Estados para perpetuarse en el mismo. Estados en donde efectivamente se utilice como pena por la comisión de graves delitos, luego de un proceso penal más o menos extenso en donde el sujeto pueda ejercer todos los medios necesarios para su defensa, son muy pocos.

jurídicamente comprobados, a saber: traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército.

En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este artículo previstos”².

La anterior consagración, sólo duró hasta 1910, cuando mediante el artículo 3 del acto legislativo N° 3, fue abolida; entonces se dijo:

“El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso”.

Como es sabido, esta es la norma que hoy rige a nivel constitucional en nuestro país, a pesar de que en varias oportunidades se han presentado proyectos de ley, encaminados a restablecer la consagración de 1886; baste mencionar el célebre intento del Congreso de 1925, que amparado en sus amplias mayorías conservadoras, lo hizo mediante Proyectos de 20 de julio y 12 de agosto del citado año³. La prohibición, sin embargo, no ha sido el dique que haya logrado controlar verdaderas ejecuciones en masa que se han

III

Quien se plantee el tema de la pena de muerte en Panamá quizá piense que, al igual que hoy, la misma jamás ha existido.

Sin embargo, esto no es así. La pena capital existió en nuestro antiguo Derecho indígena, la colonización española, durante la unión a Colombia y los primeros once años de vida republicana.

De todos es conocido en Panamá el hecho injusto del fusilamiento de VICTORIANO LORENZO, meses antes de nuestra separación de Colombia al concluir la llamada "guerra de los mil días".

Mas no se crea que él es la única víctima inmolada por represalias políticas durante ese período de nuestra historia. Las últimas investigaciones históricas de A. MUÑOZ PINZON demuestran, entre otras cosas, que fueron ejecutados —por ser enemigos políticos de los gobernantes de la época— numerosos ciudadanos en Azuero como consecuencia del homicidio del presbítero José María Franco y que la pena de muerte dictada en esa ocasión fue el instrumento de represión utilizado con mucha eficacia¹.

presentado a lo largo del presente siglo, tal como ocurrió en el trágico período de la violencia en Colombia. Tampoco ha sido óbice la mencionada consagración, para que el órgano ejecutivo del poder público, mediante decretos leyes, promulgue normas que solapadamente nos sitúan ante verdaderas consagraciones de la pena capital. Decimos esto, pensando en el D. 070 de enero 28 de 1978, mediante el cual se agregó al art. 25 del Código Penal una nueva causal de justificación, así:

"El hecho se justifica:

1... 2... 3...

4º. Por los miembros de la fuerza pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro y producción y procesamiento y tráfico de estupefacientes".

Como se puede ver, esta norma da pie para que primero se dispare contra presuntos comprometidos y después se indague sobre su responsabilidad. Con tal consagración se viola, no sólo la terminante prohibición del artículo 29 C.N., sino la del art. 16, según el cual "Las autoridades de la República están

1. MUÑOZ PINZON, Armando: *Un estudio sobre historia de lucha social panameña (Las sublevaciones campesinas de Azuero en 1856)*. Editorial Universitaria de Panamá (Eupan), en prensa. Deseo agradecer al Prof. Muñoz Pinzón por haberme permitido utilizar el manuscrito de su obra.

Acercándonos a nuestra época, nos encontramos con la Constitución de 1904, emanada de la Asamblea Constituyente instalada a pocos meses de nuestra separación de Colombia, en la que hallamos la consagración constitucional de la sanción capital.

Si bien la consagra la Constitución de 1904, tampoco es menos cierto que sólo la permite a propósito del delito de homicidio calificado de atroz, con lo que reduce su aplicación que estaba prevista para numerosos hechos delictivos en el Código Penal vigente en aquella época, hasta que la legislación ordinaria la suprime definitivamente en 1914.

La pena de muerte desaparece legalmente en 1914, pero constitucionalmente su abolición se produce en 1918, sin que haya sido reimplantada nuevamente.

Salvo una relación detallada de la existencia de la pena de muerte en Panamá desde los antecedentes indígenas hasta nuestros días, casi nada nuevo falta por exponer en nuestro medio².

A partir del 7 de septiembre de 1977, sin embargo, la situación ha variado completamente. Por obra del Tratado del Canal de Panamá y los Acuerdos y Actas convenidas para la ejecución de aquel se puede mencionar nuevamente el tema de la pena de muerte en nuestro país.

instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes", al paso que las garantías procesales que consagra el art. 26 son también vulneradas.

El Nuevo Código Penal Colombiano, que entrará a regir el próximo 28 de enero de 1981, trae también en su artículo 29, dentro de las causales de justificación, una que nos llama poderosamente la atención:

"El hecho se justifica cuando se comete:

1... 2...

3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público..."

Si bien, aparentemente esta causal de justificación se nos presenta como una simple consagración, cuando nos situamos en el plano de la realidad nuestra, precedida del mencionado D. 070; del D. 1.923/78, mal llamado "Estatuto de Seguridad"; del estado de sitio permanente; o ante procedimientos como el puesto en práctica por la policía del departamento de Risaralda, de marcar

2. Véase, al respecto, nuestro trabajo: *La pena capital en Centroamérica* Ediciones Panamá Viejo. Panamá, 1978, Pp. 82.

La regulación legal de la pena capital está contenida en dos disposiciones distintas, aplicable la una al personal civil del Canal y, a los militares la otra.

En virtud del artículo XIX del "Acuerdo para la Ejecución del artículo III del Tratado del Canal de Panamá", nuestro país no podrá imponer la penal capital a ningún empleado del Canal ciudadano de los Estados Unidos ni a sus dependientes, aunque en el futuro reforme, para permitir dicha pena, la Constitución Nacional.

Con respecto a los militares, personal civil de las Fuerzas Armadas o sus dependientes, no se impondrá la pena de muerte por parte de los tribunales panameños, según lo dispone el artículo VI del "Acuerdo para la Ejecución del artículo IV del Tratado del Canal de Panamá".

Respecto a dichas disposiciones, surgen numerosos interrogantes que ponen en tela de duda la legitimidad de ciertos preceptos penales contenidos en el Tratado.

Si bien es cierto que se prohíbe a Panamá imponer la pena capital sobre empleados del Canal ciudadanos norteamericanos, miembros de las fuerzas armadas y su componente civil y a los dependientes de los mismos, nada

con tinta indeleble a presuntos delincuentes, tememos seriamente que la prohibición de la pena de muerte a nivel constitucional, se verá una vez más comprometida.

Sirvan las anteriores anotaciones, para presentar el artículo que aquí insertamos, intitulado "CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PENA DE MUERTE", del profesor CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE, sabedores de que no es un vasto estudio sobre el tema⁴, pues se trata de una comunicación por él presentada al Tercer Seminario Nacional de Criminología organizado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, del 15 al 17 de noviembre de 1978. Creemos que pese a su generalidad, el lector encontrará en el trabajo, suficientes elementos que permitirán adelantar una fructífera polémica sobre la pena de muerte en nuestro país.

-
1. Pérez, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*, Horizontes, Bogotá, 1977, Pág. 125 y ss.
 2. *Idem* Pág. 200.
 3. Tales Proyectos pueden consultarse en "El Cadalso en Colombia", ediciones La Enciclopedia, Bucaramanga, 1949, Pág. 5 y ss.
 4. De manera más extensa el autor se ha referido al tema en "La Pena Capital en Centro América", ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1978.

se dice respecto de las autoridades de los Estados Unidos, salvo que este país se compromete a no ejecutar la pena de muerte en nuestro territorio.

A CONTRARIO SENSU todas las condenas a muerte emanadas de las autoridades de los Estados Unidos deberán ejecutarse fuera del territorio nacional, lo que equivale a decir que los Estados Unidos pueden penalizar hechos delictivos con pena de muerte dentro del territorio de nuestro país cuando tales conductas sean realizadas por personas sometidas a la jurisdicción norteamericana.

Como quiera que Panamá ha abolido constitucionalmente la pena de muerte ¿cómo es posible que se permita a los Estados Unidos imponerla por hechos cometidos en cualquier rincón del territorio nacional a los súbditos de dicho país?

Dado el hecho que la llamada Zona del Canal es territorio panameño, no puede más que censurarse que un tratado bilateral tenga mayor efectividad jurídica que la Constitución panameña e, incluso, estar en abierta contradicción con ésta.

¿Puede válidamente el Tratado desconocer el principio Constitucional de que en Panamá no habrá pena de muerte?

En caso de que la República de Panamá modifique su ordenamiento jurídico e imponga la pena de muerte para determinados delitos, el Tratado establecería un privilegio para los ciudadanos norteamericanos empleados del Canal, los miembros de las fuerzas, su componente civil y dependientes, por cuanto que a los mismos no se les podría aplicar la pena capital. Es sin duda, un privilegio por razón de poseer la nacionalidad norteamericana.

Para concluir esta breve referencia al Tratado del Canal de Panamá nos faltaría señalar qué hechos delictivos son sancionados con pena de muerte por parte de las autoridades de los Estados Unidos. Toda vez que se refiere esta materia a un ordenamiento jurídico extraño al nuestro omitimos este aspecto por cuanto que el mismo es totalmente desconocido en nuestro medio.

IV

Pro y contra la pena de muerte se han esbozado numerosos argumentos. Veamos algunos, aunque en forma esquemática:

ABOLICIONISTAS

1. Implica el reconocimiento de la ley del talión.
2. Es inmoral tanto su aplicación como su ejecución.
3. El derecho a la vida es inalienable en el ser humano.
4. Contraria al fin de la pena.
5. Es irreparable cuando ocurren errores judiciales.

6. No es ejemplar ni intimidante.
7. Constituye la peor forma de pretender hacer justicia.
8. No repara el daño causado, más por el contrario, destruye.
9. El criterio económico del bajo costo no puede primar sobre la vida del ser humano.
10. Ataca a la persona, no a las causas.
11. Es inhumana y cruel.
12. No es útil.
13. Hace necesaria la creación del cargo de verdugo.
14. Es indivisible y anacrónica.

ANTIABOLICIONISTAS

1. Es justa y proporcional a la lesión causada.
2. Necesaria para la preservación de la sociedad.
3. Mantiene el orden público quebrantado por el delito.
4. Intimidante y ejemplar.
5. Implica la eliminación del miembro podrido.
6. Es económica.
7. Imprescindible e insustituible.
8. Es retribución.
9. Adecuada forma de prevención.
10. Erradica a los sujetos peligrosos.

V

De hecho o de derecho la pena de muerte ha sido abolida en numerosos Estados contemporáneos, aunque la proporción de países que la conservan supera varias veces a los que la han erradicado.

En la comunidad iberoamericana es casi doble la cantidad de países que la mantienen respecto de aquellos que la han abolido, aunque sólo sea en la legislación común.

Está abolida en los siguientes Estados iberoamericanos: Colombia, Costa Rica, España, Panamá, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela; por el contrario, está vigente en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México (sólo en algunos Estados), Nicaragua, Paraguay, Perú, Trinidad-Tobago y Uruguay.

No pretendemos efectuar un análisis en torno a la regulación de la misma en los ordenamientos que la mantienen. Respecto de los países que integran el istmo centroamericano nos hemos ocupado en un trabajo anterior³. En términos generales, aunque versa sobre algunas legislaciones derogadas hace

3. *La pena capital en Centroamérica*

años, véase el estudio de BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE sobre la pena de muerte en iberoamérica⁴.

Queremos, no obstante, dedicarle parte de nuestra atención en esta oportunidad a la situación actual en la Argentina y a la futura Constitución española de 1978.

Pese a ser una nación de tradición abolicionista, en la Argentina encontramos hoy la pena capital.

La misma fue introducida en virtud de la llamada "Ley 21.338" de 25 de junio de 1976 publicada en el B.O. del 1º de julio siguiente, que modifica el art. 5 del C.P., introduce el 5 bis y modifica numerosos tipos de la parte especial.

"La pena capital puesta en vigencia no constituye un hecho aislado; por el contrario, integra un contexto político absolutista en el que la represión es la única respuesta del gobierno al descontento social" afirma H. SOLARI YRIGOYEN⁵.

Aunque en la Argentina no se vislumbra, a corto plazo, la abolición de la pena de muerte, es de desear que esperanzadores cambios políticos retornen a la situación anterior.

En lo que respecta a la nueva Constitución española, dispone el art. 15 en su parte final que "Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

Constituye un gran regocijo para todos esta declaración, aunque la misma esté limitada en lo referente a las leyes penales militares.

En efecto, es notable el avance de la democracia española, digna de destacar. En gran parte esta fórmula de transacción fruto del "consenso" de los partidos políticos mayoritarios se debió a que la inmensa mayoría de la opinión pública española estaba en contra de la pena capital.

La opinión pública española de hoy no es la misma de hace unos años. Afortunadamente ha perdido validez la penosa confesión que nos hiciera GIM-

4. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "La pena de muerte en el actual derecho iberoamericano" en *La pena de muerte. 6 respuestas de BARBERO SANTOS, BERDUGO BERISTAIN IPIÑA, COBO DEL ROSAL, GARCIA VALDES, GIMBERNAT ORDEIG*.

5. SOLARI YRIGOYEN Hipólito: "La pena de muerte en la actual legislación argentina" en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1978, No. 4, Pp. 144. Otros comentarios a esta Ley 21.338 en CAPOLUPO, Enrique R.: "La pena de muerte" en *Revista Argentina de Ciencias Penales*. Mayo-Septiembre, 1977. Pp. 46 y sgts.; BAIGUN, David: "El ordenamiento penal del nuevo gobierno" en *Nuevo Pensamiento Penal*. Año 1976. Pp. 393 y sgts. (concretamente Pp. 410-411); y, TOZZINI, Carlos: "Nuevos tipos en la reforma penal" en *Nuevo Pensamiento Penal*. Año 1976, pp. 421 y ss. (concretamente pp. 423-425).

BERNAT ORDEIG, cuando refiriéndose a ella en España decía hace unos años "cierto que en este país esa opinión pública bien poca cosa puede hacer..."⁶.

En gran medida esta mentalidad de la sociedad española es el producto de un largo proceso de información desde diversos ángulos, entre los que debemos resaltar la muy valiosa posición de los docentes españoles que en diversas Jornadas de Profesores de Derecho Penal han propugnado la abolición de la pena capital.

DOS PALABRAS SOBRE EL PROTESTO

Dr. Jorge Enrique Valencia *

La incorporación concluyente y casi que dogmática de algunos criterios que presiden el *ius privatum*, acomodados naturalísticamente a través de un análisis de muy dudosa validez al magisterio penal —particularmente alrededor del complejo estructural que informa el Decreto 1.135 de 1970— que hemos tenido oportunidad de examinar a espacio y que se personifican en un nutrido, pero anarquizante repertorio de fallos, autos y sentencias, pronunciados por admirados colegas de judicatura, toleran las apretadas glosas que a renglón seguido se exteriorizan ante el disentimiento radical de tales proposiciones con las *ratio iuris* que preconizamos en el diario discurrir judicial.

El protesto, en su más simple y descarnada concepción, no es otra cosa que el acto explícito y solemne practicado por un notario público y excepcionalmente por el banco, a iniciativa del creador o tenedor del título, destinado a dejar constancia expresa de la razón del impago de documento. Apuntamos que es un acto solemne, porque comprensivamente debe extenderse por escrito, amén de que tiene que satisfacer en forma integral las exigencias que reclama la legislación mercantil, en su artículo 706. Esto —tratándose de la letra de cambio—. En relación con el protesto del cheque, el Código de Comercio no pide mayores solemnidades ni subidos formulismos y al parecer basta una simple atestación de cualquier funcionario del banco para que se consolide su validez, que para efectos represivos será siempre intolerable, desasida de toda técnica procedimental o inadecuada para arribar, sin desvíos ni perturbaciones, a lo que el ingenio italiano denominó esbeltamente "verdad verdadera".

* Juez Superior en la ciudad de Call. El presente artículo ha sido publicado también en la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, sede de Valparaíso, en el número 13, 1978.

6. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Prólogo" a su obra *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1976, P. 7.

El artículo 729 del Código de Comercio, estipula la caducidad de la acción cambiaria, cuando el título-valor no ha sido presentado y protestado en el lapso que cita el artículo 718 *ejusdem*. Innecesario escoliar aquel truísmo de derecho mercantil de que una cosa es la *presentación* del cheque y otra muy distinta el *protesto* del mismo. Las reflexiones que aquí toman cuerpo —valga la acotación— parten de la base de que el instrumento ya ha sido exhibido al banco para su ccbro y no es cubierto por cualesquiera de las circunstancias fácticas a que alude el Decreto sobre protección penal de instrumentos y efectos negociables.

Afirmar y ponderar la necesidad de que el valor mobiliario presentado en sede penal, deba anticipadamente avenirse a los términos finitos establecidos en el artículo 703 del Decreto 410 de 1971, se nos antoja, *unus ex multis*, crimen de lesa razón contra el ordenamiento jurídico-represivo vigente. Esa doctrina —para llamarla de alguna manera— que anda por nuestros Despachos Judiciales en trance de consagrada *densus sententiis*, según la cual, el Juez del crimen no inicia la pertinente acción, si el título circulatorio no aparece protestado dentro de los condicionantes plazos que enseña el artículo predicho, es sofisma digno de ser explorado con suma atención. La vacilante postura que refluye en extenso ámbito jurisprudencial, presenta a nuestro juicio, en línea de principios, los siguientes despropósitos:

1º) Entre las condiciones de procedibilidad —que hacen posible el ejercicio de la acción pública— no estipula la ley instrumental, ningún acto preliminar que someta a los damnificados de la infracción sublime en el Decreto 1.135 de 1970, a la actuación previa o al cumplimiento anticipado de alguna pretensión procesal, como sí ocurre —*exempla docent*— con los reatos que exigen querrela de parte. Al subordinar el adelantamiento de la indagación a la concreción de un aspecto externo y meramente objetivo, se está inventando un procedimiento que el legislador a quien se presume sabio en estas materias, no ha contemplado ni ha previsto como obstáculo material o formal para el correcto desenvolvimiento de la acción penal. La facultad jurisdiccional no puede agotarse así, en términos descomplicados y simples, *in limini iudicii*; sin que se entre a dirimir —como es de usanza— la definición del techo criminoso y las circunstancias y modalidades de la imputación.

No alcanzamos a intuir cómo el incumplimiento de un mero acto protocolario conlleva el suficiente poder procesal vinculante para enervar, aniquilar o subsumir los efectos irrevocables del tipo penal en cuestión. En puridad, que esta forma de emplear la dialéctica, no la entendemos, a no ser que brote mitológicamente como Minerva de la cabeza de Zeus.

2º) Bien puede el juzgador en base al poder de impulsión de que dispone y que es consustancial a su encomendamiento, suplir la inactividad del denunciante, ordenando los movimientos esenciales al pleno éxito de la verdad efectiva, material, histórica que trata de desentrañar. De ahí que nada le impida,

ex officio, sin necesidad incluso de excitación externa remitir comunicación al banco, imprecando datos, antecedentes y referencias, con los cuales se determina legalmente la causal de impago del documento, o lo que resulta igual, practicar diligencia de Inspección Judicial a la cuenta corriente del girador, lo que suple probatoriamente hablando, el protesto.

Más aún: dispone de un precioso instrumento legal para aportar fundamentos preliminares al diligenciamiento, si es que su mente se nubla de hesitaciones o perplejidades. Al efecto, bien puede producir auto de sustanciación que le permita traer mejores elementos de convicción, para conocer con mayor campo de seguridad y menos margen de error, si es del caso abrir o no la respectiva investigación criminal. Este criterio, calcado de las propias normas procedimentales, lo prohija con notable énfasis el Tribunal Superior de Bogotá. Empero, ni lo uno ni lo otro se hace en medio de la más desesperante atonía y la más desconsiderada e irreverente indemnidad.

3º) Al acatar inconsultamente los curiosos postulados que aquí se controvierten, se alentó un audaz, anónimo e híbrido fenómeno sin vecindad alguna en la literatura procesal patria que ha desintegrado y desnaturalizado por completo la realidad de superiores principios sustantivos: la prescripción corta, breve y reducida de quince días.

Sin haber escudriñado o debatido la definición de la *causa crimini*, la opinión mayoritaria al amparo de tan conturbante praxis jurídica, recortó en cuatro años, once meses y quince días, el instituto consagrado en la Ley 95 de 1936 para extinguir la acción y la condena judiciales, llevándose de calle la asequible fórmula legal plasmada en el artículo 105 del estatuto represor.

4º) Es cosa común y no por ello menos lamentable, que el protesto del título de crédito se arma perpetuamente ante funcionarios bancarios de menor categoría, en forma inidónea y simplista, no exenta de yerros y descuidos. Cuantas veces la judicatura de oficio o por iniciativa del propio acriminado se ha visto en la obligación de rectificar los informes indiligentemente suministrados por el banco, desvaneciendo así mayores abusos, cuando no corrigiendo irritantes injusticias.

Peligrosa, pues, en grado sumo la práctica elevada a canon obligatorio en los Juzgados Penales, al no corroborar probatoriamente el motivo exacto de la devolución del cheque. Esa fe inmovible y privilegiada a las referencias bancarias, presenta graves desventajas y riesgosos defectos. Tales entidades también se equivocan como que la infalibilidad ciertamente, no es patrimonio de nadie.

5º) En forma alguna se discute que a la faz de la legislación mercantil, el no protesto oportuno del cheque inhibe, *conditio iuris*, el surgimiento de la acción cambiaria, caducando en consecuencia la expectativa cartular. Lo que si no puede aceptarse —que ni siquiera en juego de dialéctica— es que

tal predicamento se traslade intuitivamente a la órbita punitiva con la extraña pretensión de procurar análogos y equivalentes efectos legales.

Nunca se recalcará bastante —en esta materia— sobre la necesidad imperiosa de fijar el ámbito de acción de ambas disciplinas. No es excitante descubrimiento aseverar que tanto el Derecho Comercial como el Derecho Penal, regulan por medio de normas especializadas, diversos conflictos interhumanos. El primero reglamenta el desenvolvimiento de concretas operaciones económicas de producción y circulación de mercancías, sin prescindir del régimen de las personas y de los bienes sometidos a esas operaciones, y el segundo, estudia la naturaleza del delito, aplicando sanciones criminales a quienes violenten con su prohibido proceder, las pautas jurídicas establecidas por el Estado. Superfluo abundar en tales disquisiciones si no se quiere contrastar el acierto elemental del razonamiento. Al fin y al cabo se habla para juristas.

Baste entonces afirmar perogrullescamente que el legislador tutela semejantes intereses en ambas disciplinas. Ahí donde se manifiesta la defensa de intereses individuales dentro del vasto campo de las relaciones comerciales, el derecho mercantil extenderá su manto protector; a *contrario sensu*, si se trata de la trasgresión de reglas lesivas al ejercicio de la función de represión, surgirá el magisterio penal.

Carece en consecuencia de eficacia el novedoso injerto de elementos representativos, valorativos y motivantes que se quieren entronizar a gusa de forzada realidad en la disciplina criminal, mediante la intercalación de planteamientos y valores que responden a motivaciones jurídicas distintas, heterogéneas y aún excluyentes.

6º) Nos asalta seriamente la duda de la manera como ventilarán los disertos colegas que tan impermeablemente adhieren a la concepción *sub iudice*, la realidad de concretos casos prácticos.

Sin detenernos mucho en la disgresión nos preguntamos ¿qué sucedería en el evento de que los empleados bancarios entraran en recesión forzada de sus ordinarias actividades en un lapso de once días? El veintiocho, jueves, fecha acordada para el reintegro masivo, es día de fiesta y como resulta obvio intuirlo, aquellos no laboran. El veintinueve, viernes, se cierra el banco al público por tratarse del balance mensual y si acaso se trabaja es en forma precaria y por escasas horas, durante las cuales el movimiento incesante de las operaciones y la aglomeración de la gente, dificultan al máximo la ejecución de cualquier acto bancario. El treinta, sábado, no se trabaja. Item sucede con el domingo, treinta y uno. Sólo el primero se consume el rito del protesto, cuando es axiomático ya que ha expirado el plazo restringente para la realización del mismo.

Aquí se ha agotado el tracto que indica la legislación mercantil para el protesto del documento.

¿Cómo calificaría la jurisdicción penal ese resultado nugatorio, frustáneo de la gestión adelantada por el tenedor si éste ha estado atento a cumplir con tan exótica imposición?

Relanzando injurídicamente el ejercicio de la acción pública, por cuanto el cheque aparece protestado por fuera del término máximo legal. ¿No es éste un argumento *ab absurdo*?

Podrá aplicarse con alguna dosis de aceptable lógica que se trata de un caso de excepcional de fuerza mayor o si se quiere de caso fortuito, o mejor aún que los quince días para el protesto son hábiles. Como se evidencia, patentiza, verifica o demuestra al juez del crimen la exactitud incontrovertible del aserto, si no existe término probatorio para ello y en la generalidad de las veces aquel se limita a producir un simple auto de sustanciación que es por naturaleza inapelable, absteniéndose de abrir investigación y ordenando el archivo de las diligencias? Lo anterior sin contar con que el denunciante es lego en la materia e ignora fatalmente los mecanismos, minucias y bondades de la sabiduría procesal penal.

Los precedentes planteamientos de *iure condito* que conservan singular y valimiento y plena vigencia para la intelección de la filosofía y propósitos que inspiraron la génesis del Decreto 410 de 1971, al regular la compleja enciclopedia de los efectos de comercio, limpiándola deliberadamente de la acentuada influencia anglo-sajona que caracterizó a la Ley 46 de 1923, imprimiéndole el ecuménico criterio de "riqueza social", según afortunada expresión de Vivante, y transformándolos por último en "cosas mercantiles", con todas sus reglas de incorporación, legitimación, autonomía y literalidad, no pueden proyectarse a despecho de su propia individualidad esquemática al terreno punitivo, en la forma irreflexiva y asaz inconsecuente como la están ubicando, en medio de la más desordenada exégesis doctrinal, los jueces de la jurisdicción criminal.

Es largo ya el listado de dictérios contra el magisterio penal. No lo aumentemos con interpretaciones fatigadas o con el empleo de recetas mecanizadas o insasibles.

COMENTARIO DE LIBROS

*Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels**

Dr. Gerhard Dornseifer. Verlag Dunkler und Humblot. Berlín. 1979

Profesor Juan Bustos Ramírez

No hay duda que el gran olvidado en el último tiempo de la trilogía penalista de mediados del siglo diecinueve ha sido Adolf Merkel. El finalismo, y en especial Armin Kaufmann, puso de moda a Karl Binding, y con justa razón, ya que una transformación de la teoría del delito poniendo el acento y el punto de partida en la teoría de la acción, sólo es posible si correlativamente se provoca una profundización en la teoría de la norma. Con posterioridad Roxin y en general los autores del Proyecto Alternativo alemán de Parte General revivieron el pensamiento de Franz v.Liszt, y al igual que los finalistas tal afán estaba completamente justificado. Una consideración global de las ciencias penales, poniendo hincapié en la importancia que tienen para una concepción del delito y la pena, las políticas del Estado y aquellos aspectos que son el sustrato sociopolítico del delito, no podía pasar por alto el gran aporte de v.Liszt. Karl Binding y Fran v.Liszt aparecen pues como dos hitos claros de referencia en las últimas décadas de la historia del derecho penal. Entre ellos pareciera esfumarse la personalidad de Adolf Merkel, quizá porque justamente arremetió contra *el idealismo normativo* y *el empirismo positivista*. En resumen su ataque contra cualquier dogmatismo.

A la tarea de explicitar este papel fundamental jugado por Adolf Merkel en la ciencia penal está destinado el excelente trabajo de GERHARD DORNSEIFER. Y quizá no sin menos razón que en los casos anteriores. Joven discípulo de Armin Kaufmann, dentro pues de los últimos eslabones de la teoría finalista, se encuentra al igual que Merkel ante dos alternativas, una que ya

* Teoría Jurídica y Dogmática Juridicopenal de Adolfo Merkel.

no satisface y otra que no logra concretarse nítidamente, y, también como Merkel, y volviendo expresamente a él, trata de buscar un camino de superación.

La obra dividida en cinco capítulos toca en cada uno de ellos los puntos esenciales de la labor desarrollada por Merkel.

En el primer capítulo plantea las posiciones fundamentales de una teoría jurídica realista. Merkel, como muchos penalistas actuales, sufre el fuerte influjo que representó en el siglo XIX la irrupción de la sociología y junto a ella de las ciencias naturales. De ahí su fuerte ataque al idealismo, que confunde lo que sucede con lo que debe suceder. Pero ello no significa que Merkel caiga completamente en la vertiente naturalista tan en boga en aquella época y arduosamente defendida por v.Liszt. Su punto esencial de crítica es el de la negación de la responsabilidad individual, aspecto crucial no sólo en aquella época sino también ahora. Frente a una acentuación eticizante de la responsabilidad individual en el finalismo, desde Roxin en adelante la tendencia ha sido hacer desaparecer el planteamiento mismo de responsabilidad y reemplazarlo por simples conceptos utilitarios, como el de necesidad de pena o proporcionalidad. Evidente contradicción en un mundo que, por lo menos en la lucha ideológica, tiende a ser más humano.

Ciertamente Merkel, como anota, Dornseifer acoge en gran medida el positivismo evolucionista de Spencer, pero a través del "entendimiento constructivo" logra una superación que lo entronca con el pensamiento actual de Albert de un racionalismo crítico.

Falta quizás en este capítulo una consideración del pensamiento de Merkel en relación al marxismo.

En el segundo capítulo se trata la posición de Merkel respecto de la filosofía del derecho y la ciencia del derecho. Dornseifer recalca aquí las relaciones entre Merkel y la escuela analítica de la filosofía positivista e igualmente con la posición de Welzel y Kaufmann de las estructuras lógico-objetivas. Pero seguramente, más allá de todas estas equiparaciones o comparaciones, que pueden sólo estar en la estructura mental del observador, lo importante a destacar, como señala el propio Dornseifer, es el hecho claro en Merkel (y también en Liszt y en Welzel) de que la teoría jurídica es una ciencia límite, cuyos conceptos básicos se enraizan por lo tanto, en el ámbito de otras ciencias.

El tercer capítulo está dedicado a la posición de Merkel respecto del derecho. Aquí se detiene sobre todo en el problema de la validez del derecho, para lo cual le sirve de referencia el pensamiento de Kelsen, Hart y Welzel, sobre todo. Destacando el punto de partida de Merkel, de que "el deber ser" es una consecuencia del juicio sobre lo que "es", lo cual lo lleva a planteamientos que en modo alguno entroncan con el positivismo, sea el de Kelsen o el de la filosofía analítica, y más bien encuentra una proyección en los intentos superadores de Welzel y Kaufmann.

La estructura de la norma jurídica es el objeto del capítulo cuarto, en que se recalca con justicia la importancia del aporte de Merkel al criticar la teoría imperativista, que concebía el derecho como una suma de prohibiciones y mandatos, con lo cual no lograba explicar las normas de competencia, los derechos subjetivos y las disposiciones de distribución. La falla fundamental de la construcción de Merkel es el problema del destinatario de la norma, como señala Dornseifer, al entender que la norma sólo podría dirigirse al imputable, pues no tendría sentido dirigir la norma a quien no la entiende y no la puede seguir, con lo cual se confundía dos órdenes diferentes: el del deber ser y el de la capacidad de motivación, la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero ello mismo no hay duda que hace de la concepción de injusto de Merkel un antecedente de la moderna concepción personal del injusto, y por otra parte tal inquietud se encuentra también en aquellos que pretenden una eliminación del concepto de culpabilidad, y que consecuentemente, como es el caso de Gimbernat Ordeig plantean en el estado de necesidad siempre como un problema del injusto.

El último y quinto capítulo está dedicado a la posición de Merkel en el campo del derecho penal. El primer aspecto tratado es el que dice referencia con la acción punible, en lo cual lo más importante es su crítica a Binding en el sentido de que el delito no simplemente es una desobediencia, sino una lesión de intereses, lo único que puede explicar las variaciones históricas en el enjuiciamiento y apreciación de los delitos, y, además la problemática de la medición de la pena. El otro punto importante que se destaca es el referido a la concepción de la culpabilidad, donde si bien a diferencia de los clásicos Merkel plantea un concepto determinista, por otra parte en oposición a la nueva escuela defiende la significación para el derecho penal de la culpabilidad y la responsabilidad. Para Merkel la culpabilidad y la imputación se asientan sobre “la conciencia de la propia causalidad y por otra parte (sobre) los juicios de valor en relación a nuestras acciones...” (Dornseifer, pág. 96). Por último también en la pena se pone de relieve las tentativas superadoras de Merkel, en cuanto trata de conciliar pena retributiva con una concepción final de la pena: “La retribución que yace en la pena satisface su fin sólo cuando ella es justa” (Dornseifer, pág. 97). Este planteamiento de Merkel últimamente ha renacido en Jakobs, quien ha recurrido para ello al análisis sistemático de Luhmann.

En resumen, la obra de Dornseifer es una presentación completísima del pensamiento *realista* de Merkel, con todas sus proyecciones actuales y las enseñanzas que nos dejara. No sin razón fue precisamente Dorado Montero quien trajo el Derecho Penal de Merkel al español.

CARTAS AL DIRECTOR

INSPECCION DE POLICIA
“Porcecito” - Santo Domingo
Agosto 22/1980

Doctor
NODIER AGUDELO

“NUEVO FORO PENAL”
M E D E L L I N

Sr. Director:

Aunque soy modesto servidor estatal (Inspector Departamental de Policía), estoy íntimamente convencido que para quienes —de alguna manera— tenemos ingerencia en la administración de Justicia, es obligatorio el consultar la acertada publicación que usted tan oportunamente orienta.

Hace algunos años, el doctor Alvaro Gómez Hurtado, en público debate, acusó a los pobres jueces (pleonazgo) de ser los causantes de la impunidad, cuando han sido los jueces, quienes, incansablemente, han solicitado al ejecutivo y a los cuerpos legislativos, la dotación técnica y económica requerida para el cabal y acertado cumplimiento de sus deberes, interpretando así un clamor social que sale de las profundas entrañas de una patria amenazada por una delincuencia cada día más sofisticada. Importante es citar aquí el Acto Legislativo N° 1 de 1979, donde el ejecutivo señaló una suma no menor al 10% del Presupuesto Nacional, para la rama jurisdiccional y el Ministerio Público, ya que, según el Dr. Turbay, era prioritario el dotar “al aparato de la Justicia de una financiación adecuada que le permita afrontar las importantes tareas con las herramientas adecuadas”, de donde se colige que la impunidad nace, no del corazón del Juez laborioso, pero inerme por abandono estatal, sino del mismo ejecutivo, afirmación de por sí dolorosa, pero que adquiere solidez, al citarse el siguiente párrafo del mensaje que Lleras Camargo leyó ante el Congreso en 1961, párrafo citado por el Dr. Federico Estrada Vélez,

en la presentación de El Nuevo Código Penal efectuada por el periódico "El Mundo" (no es una "cuña"), y donde extractamos lo siguiente:

"El clamor general sobre la justicia, al cual se suman no pocos de los jueces que encuentran inadecuada la organización presente y que a pesar de sus conocimientos y voluntad no logran dominar el complejo y arcaico mecanismo destinado a consagrar la rutina, la lentitud y la impunidad, obligará seguramente al Congreso a dedicarle la más seria atención al examen de la Reforma. Es cosa grave que aún por ligereza y muchas veces sin plena información, todo un país acepte como axiomática la quiebra de su organización judicial, y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente, nacida de los hechos mismos, a refutar esa convicción pública. Nadie debería tener un mayor interés en el estudio de estos proyectos de ley que los propios jueces, cuyas sentencias caen en una atmósfera de escepticismo y suspicacia, son motivo de agitada controversia y, aún ajustada rigurosamente a la ley, no pueden librarse de la irrespetuosa reacción que suscita la acción judicial. Un país que no cree en sus jueces ni confía en su justicia, está siempre al borde de las más grandes calamidades y a ese estado nos ha conducido sin duda, el descuido en organizar la administración de justicia en una forma más adecuada para las condiciones presentes, o siquiera acomodada a las exigencias de la población actual colombiana".

Ahora, pasando a un aspecto ya parroquial, pero de singular importancia, me aventuro a decir que la impunidad surge majestuosa, desde innumerables Inspecciones de Policía (especialmente de orden departamental), donde un sinnúmero de personas designadas para ejercer tales cargos, carecen de conocimientos previos o precisos para adelantar las diligencias preliminares en asuntos de entidad mayor, siendo ello de por sí muy grave, porque a veces esas "diligencias" sólo son un mar de incoherencias que desorientan al más calmado Juez del conocimiento, generando —repito— una censurable impunidad, y cercenando de un "solo tajo" el sagrado derecho que a su defensa tiene todo aquel que viole las fronteras del estatuto penal sustantivo, porque para la gran totalidad de estos funcionarios, las causales de inimputabilidad que invoca el presunto sindicado, sólo son "meras disculpas" para "entorpecer" (?) la investigación, máxime que los funcionarios a quienes aludo, siempre parten de la falsa premisa de que el sindicado es responsable, no obstante estar en embrión la etapa de la indagación preliminar, premisa falsa que sólo conduce a falsos derroteros, derroteros preñados de nocivas consecuencias para la sociedad, y que corresponderá ACLARAR al Juez competente, quien a su vez tendrá un mayor recargo en sus labores.

Si la vigencia del nuevo Código Penal, se señaló para enero del año próximo, si el nuevo instrumento procedimental ya se avizora, ¿qué será de quienes en apartados corregimientos también, en asuntos de "poca monta", administramos igualmente justicia, si —no obstante las fallas consignadas— no hemos recibido del gobierno seccional, las instrucciones pertinentes?

El Dr. Ignacio Mejía Maya, Jefe de Orden Público y Justicia del Departamento, puso su empeño en la institucionalización de cursillos para quienes laboramos frente a las Inspecciones Departamentales, en forma periódica, sin que hasta el momento se hubieren efectuado. ¿Cuál será la razón?

Para finalizar, cito una anécdota que "encaja de perlas" en esta comunicación: Hace algunos años, en algún corregimiento paisa, el inspector de ese momento, practicó el levantamiento "judicial" (?) de unos despojos mortales, los que fueron hallados en lugar que persona normal no frecuentaría. Se apreciaban pequeños orificios en el cráneo, y el sexo se presumía por el reloj que portaba el occiso. Tal diligencia finalizó así, sin necropsia, ni indagación posterior: "...el suscrito Inspector ordena que se le de cristiana sepultura a los despojos...", para días más tarde, y en el mismo negocio, dictar el siguiente auto (?): "Como se opera el fenómeno del Art. 163 del C. de P. P. pasen las diligencias al archivo. Cúmplase", y... las "diligencias" (era una mera), pasó al archivo, lo que puedo demostrar en caso de ser requerido para ello.

El tema anterior, especialmente porque en muchas oportunidades los funcionarios de policía de carácter departamental, iniciamos diligencias preliminares sin conocimientos previos o precisos, merece que "Nuevo Foro Penal" sugiera algo al respecto: los beneficiados seríamos todos.

Cordialmente,

Victor Hugo Ibarbo Sepúlveda
C.C. N° 8'288.740 de Medellín

INSPOLICIA. "PORCECITO" (SANTO DOMINGO).

JURISPRUDENCIA

LIMITACIONES DEL JUEZ FRENTE AL VEREDICTO DEL JURADO.

La aceptación del veredicto supone para el juez su acogimiento íntegro, y una vez aceptado, no podrá por tanto al momento de tasar la pena poner en duda su existencia y mucho menos desconocerlo, so pena de violar la ley procesal (Art. 565 C.P.P.). Su limitante de interpretación y aceptación está reducida a la posibilidad de impugnación de dicho fallo de conciencia, por ser éste contrario a la evidencia procesal o contrario en los términos en que se exprese a la estructura normativa; es por lo tanto necesario tener en cuenta que el juez está mediatizado por el veredicto; romper esta relación significa desconocer la soberanía del jurado.

Diciembre 5 de 1979.

Magistrado Ponente: Dr. José Luis Gómez Pérez

Nota: El hecho que dio lugar a la providencia transcrita en algunos de sus apartes, consistió en que el juez de primera instancia frente a un veredicto que reconocía al sindicado la preterintención y el estado de ira, partiendo del mínimo de dieciseis (16) meses que correspondería como pena, aumentó ésta en un año con el argumento de que "El reconocido estado de ira no es propiamente el arquetipo o modelo de tal figura...".

* * *

La aceptación del veredicto, no fue óbice para que el Juzgado, al tasar la pena, lo desconociera en la práctica, como pasa a estudiarse este aspecto del fallo que se revisa.

Es equivocado y contrario al sistema de juzgamiento por Jurados, el argumento sobre el cual hace descansar el a-quo el incremento de la pena que,

en su mínimo, resulta de la aceptación del veredicto. Dice en efecto el fallo: "Con todo, considera el fallador que dadas la gravedad y modalidades de la delincuencia (el procesado obró con extrema deslealtad y notoria ventaja contra su amigo, pues la posesión del arma lo colocaba a salvo de cualquier contingencia) y que además el reconocido estado de ira no es propiamente el arquetipo o modelo de tal figura, ya que si fue que realmente se produjo ese estado emocional fue justamente porque lo provocó Muñoz Aguirre con su comportamiento aquella noche, se incrementará en forma apreciable aquella pena mínima. Para decirlo así, también se considera que si bien es cierto que al implicado se le debe abonar su buena conducta anterior a título de circunstancias de menor peligrosidad, también lo es que en su perjuicio obra la mayor temibilidad prevista en el num. 6º del artículo 37, toda vez que se dificultó la defensa de la víctima, quien evidentemente no vaciló en trezarse a puño limpio con su mejor amigo con la seguridad de que por la estrecha amistad que los unía éste era incapaz de accionar su arma. Todo lo anterior explica que los 16 meses se incrementen en un año, para un total de 28 meses de presidio".

Olvida el fallador que la limitante de la interpretación y aceptación del veredicto está reducida al estudio de la posibilidad de que se haya vertido contra la evidencia procesal como se dijo y por una sola vez. Y en el caso sub-examen es un extraño olvido, por cuanto antes se había pronunciado el Juzgado sobre su viabilidad y por haberlo encontrado acorde con la realidad procesal, lo aceptó. Incurrió entonces en contradicción insalvable, de la cual no lo exime que haya afirmado que el reconocimiento del estado de ira fue fruto de "máxima generosidad y extrema benevolencia hacia el procesado", lo que hizo al examinar la procedencia de la atenuante, porque una vez aceptado el veredicto, al tasar la pena no se puede siquiera poner en duda su existencia, mucho menos desconocerlo. Al haberlo hecho incurrió en contradicción, o lo que es lo mismo, en desacuerdo con el veredicto, que a su vez se traduce en la violación de la ley procesal, que obliga a fallar inintegrum de acuerdo con el veredicto (Art. 565 del C. de P.P.). Importa destacar también que al argumentar de la forma que consta en la transcripción, desconoce la soberanía del Jurado. El Juez está mediatizado por el veredicto en este sistema de juzgamiento, de manera que su inconformidad al paso que es intrascendente si con el veredicto no se quebranta la evidencia procesal, no puede tener el alcance de desconocerlo en la práctica, so pretexto de tasar la pena, que es lo que sucede en el caso que se revisa, en el cual la dosimetría descansa sobre argumentos que desconocen el veredicto y lo llevan a incrementar de esa manera la pena. Este procedimiento empleado por el a-quo resulta además violatorio de la ley como se vio, porque desconoce la atenuante expresamente reconocida por el jurado. Y porque habiendo sido tratadas in extenso en la audiencia pública las circunstancias de hecho que la sustentan, todas ellas aceptadas por el Jurado si se interpreta correctamente el veredicto, resulta

en su contra alegar la "extrema deslealtad y notoria ventaja", de un lado, como la "temibilidad" del justiciable, pues de existir realmente obligarían el rechazo y no su acogimiento. Haber echado mano el fallador de instancia de estos conceptos para incrementar la pena, es lo que hace que lo rebase y lo desatienda, lo cual es violatorio de la ley y por ende del sistema de juzgamiento por Jurados.

Indica lo antes dicho que la Sala debe proceder a una nueva tasación de la pena, de conformidad con los artículos 362, 365 y 28 del Código Penal, bases justas de la correcta interpretación del veredicto, en el cual hay que entender, no huelga repetirlo, que el Juzgado al reponder en la forma favorable ciertamente para el procesado, lo hizo no contra la evidencia de los hechos, sino de acuerdo con ellos aún si se quiere fundados en la mera convicción íntima, que es suficiente. En tal forma y por la naturaleza de las circunstancias que rodearon la culminación de los hechos, resulta antitético sostener que hubo "extrema deslealtad y notoria desventaja" y, como si fuera poco: "mayor temibilidad", con el reconocimiento del estado de ira, por lo menos, en el cual existe una transitoria turbación, un "furor brevis", que no se compece con el estado de frío cálculo que requiere la ventaja o la "temibilidad". Si este concepto algo significa todavía. Esto significa que no pudiéndose exceder el veredicto, no hay por los anotados conceptos base legal para el incremento que hizo el a-quo, sobre la correcta base de diez y seis meses (16) de presidio, que resultan de la mitad de la pena de presidio impuesta en el art. 365 para el homicidio ultraintencional, disminuído a su vez, hasta la tercera parte en gracia de la atenuante del estado de ira e intenso dolor reconocido en el veredicto y que consagra como atenuante el art. 28 del C. Penal.

La anterior reducción cobija las penas sometidas a duración.

Como el procesado viene detenido desde el día de la comisión del delito, octubre 22 de 1977, quiere ello decir que ha cumplido íntegramente la pena principal impuesta. Por lo que su libertad no está sometida a ninguna restricción. En este sentido se modificará el fallo.

Por lo antes expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, oído el concepto de su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo de fecha y origen indicado con la MODIFICACION de que la PENA PRINCIPAL queda en concreto en la cantidad de DIEZ Y SEIS MESES DE PRESIDIO y las penas sometidas a duración reducidas en esta misma proporción. Igualmente se modifica el fallo en el sentido de ordenar la libertad inmediata del procesado sin limitaciones en razón de haber cumplido la totalidad de la pena en detención preventiva.

Se discutió y aprobó por acta N° 018 de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Los Magistrados,

José Luis Gómez Pérez

José Saúl Gómez Piedrahíta

J. Héctor Jiménez Rodríguez

Alberto García Quintero

Secretario.

DOSIS PERSONAL DE MARIHUANA. VALOR DEL DICTAMEN.

Para que el dictamen pueda servir de base a una decisión, debe haber sido elaborado científicamente y resistir la crítica racional. La experticia médico - legal no puede ser prueba definitiva sino sólo un criterio de orientación. Lo decisivo está en la prueba de la intención o aspecto subjetivo de la conducta del agente. Probado que se encuentre que el sujeto posee la hierba no para el tráfico o distribución sino para el consumo, el dictamen no puede trocar la naturaleza de las cosas y convertir el mero consumidor en traficante. Es bien difícil señalar en cada evento lo que sea dosis personal incluso a partir de una determinada cantidad de marihuana. Esto, por cuanto múltiples factores influyen en el poder de la sustancia: la variedad de la planta, el terreno donde se hubiere cultivado, la parte de la planta que se utilice, el estado físico o químico de la muestra, el estado del organismo, el acostumbramiento, etc. Por tal circunstancia, muchos dictámenes sin suficiente motivación no pasan de ser meras opiniones sin fundamento científico alguno. El Decreto 701 de 1976, fijaba la cantidad de dosis personal en 28 gramos de marihuana-hierba o 10 gramos si de hachis se tratare. Aún cuando declarado inexecutable, la cantidad sirve como criterio doctrinario de orientación, probado que el sujeto no la tuviere para traficar. Esto, según reciente providencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente: Dr. J. Héctor Jiménez Rodríguez

Mayo 22 de 1980.

NOTA: El hecho base de la presente Providencia consistió en la incautación a un sujeto de 8 gramos con 861 miligramos de marihuana. Las

consideraciones jurídicas del honorable Tribunal se transcriben a continuación.

* * *

4º. El alcance y significado del concepto de dosis personal es de inculcable trascendencia como que su determinación no sólo incide en la responsabilidad del acusado sino en las consecuencias punitivas que emanan de ellas, toda vez que en el ámbito del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 no es lo mismo portar la marihuana para el uso o consumo propio que hacerlo en cantidad reveladora de actividades de tráfico.

La cantidad máxima que respecto de cada sustancia constituye dosis personal obedece a muchos criterios, a saber: La calidad y pureza de la droga, las condiciones del sujeto, el grado de tolerancia que produce el mismo fármaco y su forma de ingestión, etc.

En escrito de rutina, sin mayores fundamentaciones y luego de sentar la premisa de que Gildardo de Jesús Sánchez Sánchez "acepta consumir la yerba y no hay signos de intoxicación en este momento", el médico-legista Jorge Amado Uribe A. *entiende u opina* "que la cantidad decomisada excede una dosis personal" (folios 23).

Sin embargo, esta Corporación ha sostenido con elocuentísimos argumentos "que en los procesos por dosis personal de estupefacientes es muy relativo el valor del dictamen médico. Todo lo importante que se quiera, ese dictamen sólo importa de veras cuando ha sido elaborado científicamente y resista la crítica racional. Pero aún así, con su mayor grado de perfección fáctica, el criterio médico-legal será de reducido valor porque son tales las variantes en juego que difícilmente son abarcables con mediana certeza por un entendimiento humano. Si el médico no es legislador ni puede ser juez, debe reducirse procesalmente a su papel de médico y este papel está muy limitado humanamente por la naturaleza misma del problema.

"O sea que para el juez la prueba definitiva no es la experticia médico-legal que, no obstante, ha de calificarse, cuando ostenta racionales fundamentos y ha sido practicada con observancia de las reglas del arte, como un buen criterio de orientación sino la que se refiere a la intención del agente o aspecto subjetivo de la conducta típica. El médico señala, en su misión legal y atendiendo a la "calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínicas del sindicado" (como reza el artículo 39 del E. N. E.), la dosis personal, *pero su dictamen no puede trocar la naturaleza de las cosas y convertir al mero consumidor en traficante*. De suerte que, por encima del dictamen, el juez tiene desde luego el límite de lo racional y, a su lado, el no menos importante de los principios fundamentales de la Constitución y la legislación. Si la experticia se pone de espaldas a la razón, es a ella y no a ésta

a la que el juez debe a su turno darle la espalda. *Ninguna razón permite al juez fallar irracionalmente, ni ley alguna se lo exige o tolera*" (subrayas del texto, sentencia de 14 de abril de 1980, Magistrado ponente Dr. Juan Fernández Carrasquilla).

5º. El concepto de dosis personal ha sido objeto de ardorosas polémicas jurisprudenciales y doctrinarias, y no coincide siempre, como se estima con algún empirismo, con porciones reducidas o cantidades mínimas de la sustancia estupefaciente.

En un ensayo sobre la materia escribe el Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, Procurador Primero Delegado en lo penal: "Los textos no suelen señalar una cantidad sobre lo que constituye dosis personal en tratándose de marihuana. Se sabe, no obstante, que el poder alucinógeno de la droga depende del contenido de THC y que en la forma de hachis es aproximadamente de cuatro a ocho veces más activa. El Instituto de Medicina Legal ha emitido conceptos en forma por demás disímil, pues en algunos casos ha dicho que la dosis personal de marihuana es de 200 miligramos, en otras oportunidades ha conceptualizado que equivale a 400 miligramos, y aún hemos conocido un experticio en el cual se indicaba que tal *dosis está representada por diez gramos*" (Revista del Ministerio Público, Febrero de 1980, Nº 14, pág. 177).

Para que se vea cuán diversas tesis se han expuesto acerca del alcance o significado de la comentada locución, se inserta este paso de la obra "Aplicaciones de la ciencia a investigaciones forenses": "...Un cigarrillo contiene entre 0,5 y 1,5 gramos, lo que ha sido considerado como "Dosis personal". Criterio que no todos comparten. Otros contemplan *cifras del orden de la onza* (subraya la Sala, y aclara que esa cantidad equivale a dieciseis gramos).

"Quienes hemos tenido ocasión de trabajar en el laboratorio experimentalmente, lo mismo que observaciones hechas conjuntamente con eminentes psiquiatras, consideramos que en esto intervienen varios factores circunstanciales y de índole diferente que influyen notoriamente y con relativa frecuencia, como son entre otros:

a) Variedad de la planta; así por ejemplo, las cultivadas en climas fríos dan principios activos de muy baja potencia.

b) Las cultivadas en terrenos pobres en nitrógeno también dan principios activos de baja potencia.

c) Parte de la planta usada para la confección del cigarrillo, así por ejemplo las raíces carecen de principios activos, al paso que los carpelos de la flor hembra contienen tres o cuatro veces más resina que las hojas.

d) El estado físico o químico de la muestra, pues sufre transformaciones muy notorias, así por ejemplo cuando está muy vieja la potencia de sus

principios activos es muy baja, el pH parece influir también sobre este particular, fermentaciones, etc.

e) El estado del organismo.

f) El acostumbramiento" (Imprenta Nacional, 1974, págs. 585 y 586).

La suma de los factores que acaban de resaltarse indica, no se oculta, cuán difícil es la labor de señalar en cada evento la dosis personal del usuario, y cómo en el subjuice el dictamen apenas sí alcanza la categoría de opinión o de concepto sin mayores bases científicas.

6°. En reciente fallo sostuvo la Corte Suprema de Justicia que las expresiones "dosis personal" y "dosis de aprovisionamiento para uso personal" "se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de esa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad". Es que, destaca la Sala, las actividades de tráfico resultan compatibles con el aporte y conservación de cantidades mínimas que el agente destina a esos menesteres.

En la misma sentencia del 6 de mayo último, después de sentar la tesis de que en muchos casos lo exiguo o reducido de la cantidad de droga exime del dictamen pericial y revela existencia de una dosis personal y de que para resolver el asunto objetivo de juzgamiento puede acudir a otras fuentes científicas ante la imposibilidad de dilucidar a la faz de los criterios del artículo 39 del Estatuto lo que en una específica situación ha de tenerse por dosis para el consumo propio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso de manera textual que cuando el Ministerio Público "se remite a las regulaciones del Decreto 701 de 1976, así haya sido anulado, no está incurriendo en un desatino sino afirmando una realidad técnica de imperiosa acogida y observancia. Si ese Decreto *se expidió después* de oír al Consejo Nacional de Estupeficientes, que valoró aspectos científicos y pulsó la realidad nacional, no es aventurado y sí sensato aceptar que las porciones limitativas allí señaladas pueden, doctrinariamente, tomarse como guía general. Entonces, no yerra y sí acierta el juez que tiene por "dosis personal" al decomiso de marihuana-hierba, hasta 28 gramos o 10 gramos si se trata de marihuana hachis, no entendiéndose en esa posesión un propósito de venta o gratuito suministro a terceros, o sea evidenciándose un consumo particular y **propio**. En el caso de porciones superiores a las indicadas, no puede tomarse como situación inherente a la noción de "dosis personal", a no ser que se respalde esta distinta conclusión con dictamen médico-legal que así lo demuestre y acredite" (Magistrado ponente, Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

7°. Si se atiende a la naturaleza y cantidad de la sustancia, a la personalidad del agente de la infracción, a la forma como llevaba consigo el fármaco y a la destinación o uso que le daría, es necesario aceptar que la tenencia de los reducidos gramos de marihuana no desbordada la dosis para un consumo

propio, mudanzas que varían la específica calificación de los hechos y ubican la conducta en la norma que la define y sanciona con arresto de un mes a dos años y multa de doscientos a mil pesos, abriéndose paso entonces, según el artículo 453-1 del C. de P. Penal, la excarcelación del acusado, quien debe otorgar fianza prendaria de cien pesos para garantizar su comparecencia al juicio y que no cambiará de domicilio sin autorización del funcionario de la causa (artículo 460 íbidem). De ahí las sustanciales enmiendas que experimentará el proveído impugnado.

De otra parte, como la exclusión del delito más grave (en este caso el cohecho) rompe la conexidad o enlace de las infracciones que originó la competencia del juez de mayor jerarquía (artículo 39 ídem), el asunto debe ir a conocimiento de los jueces promiscuos municipales de Amagá (Reparto), competentes por razón de la naturaleza del hecho y del factor territorial (Ley 17 de 1975, artículo 5º-4, en armonía con el 41 del C. de P. P.).

En virtud de lo expuesto, y en acuerdo parcial con el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el auto de que se hizo mérito, con las siguientes REFORMAS: a) Gildardo de Jesús Sánchez Sánchez debe responder en juicio como autor presuntamente responsable de uno de los delitos que define y sanciona el Capítulo V, del Decreto 1188 de 1974 (llevar consigo marihuana en cantidad que no excede la dosis personal), según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, lugar y modo expresadas en los considerandos; y, b). El acusado tiene derecho a gozar del beneficio de excarcelación si otorga fianza prendaria por valor de cien pesos (\$ 100.00), en los términos y para los fines indicados en la parte motiva.

Líbrese despacho telegráfico a la oficina de primera instancia para que reciba la fianza, extienda la respectiva diligencia de caución y dé la boleta de libertad.

El Juzgado de origen remitirá el proceso a los señores Jueces Promiscuos Municipales de Amagá (reparto), para su conocimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Los Magistrados,

J. Héctor Jiménez Rodríguez

Alvaro Medina Ochoa

Luis Alfonso Montoya Cadavid

Alberto García Quintero
Secretario.

DELITO DE FUGA. INEXISTENCIA COMO CONSECUENCIA DE FALTA DE VIGILANCIA O PERMISOS ILEGALES.

No se configura el delito por la sola existencia de la orden judicial de detención o de condena y su conocimiento por parte del reo. Es necesario, además, que el Estado ejerza sobre el sujeto efectivos resguardos materiales o efectiva vigilancia. Si sólo existe aprovechamiento de la ausencia de fuerza o vigilancia, no se configura el delito. Tal sucede cuando el sindicado queda en libertad como consecuencia de permiso ilegal y no regresa al establecimiento de reclusión.

Abril 25 de 1980.

Dr. Alvaro Medina Ochoa

Nota: Consistió el hecho, en que el agente encargado de la vigilancia de un sindicado de homicidio, después de llevarlo al Juzgado competente para una diligencia de sorteo de jurados, lo dejó en libertad, le dio permiso para que fuera a su casa y amaneciera con los suyos quedando ambos de encontrarse al otro día para regresar al lugar de reclusión. El sindicado, antes de que el agente llegara por él a su casa temprano, conforme habían acordado, “decidió irse a laborar en el agro, en remota comarca del Municipio de Jardín, para procurar en tal forma el sustento de su menesterosa familia, acosada por su ausencia de 15 meses, por la enfermedad de su consorte y el atropello automotor del hijo mayor. Sólo se le recapturó el domingo 11 de noviembre de 1979, cuando ya había recaído sentencia absolutoria en firme dentro de la causa que se le ventilaba por homicidio”.

Tal fue el supuesto fáctico, base de la decisión del Honorable Tribunal cuyas consideraciones jurídicas transcribimos.

* * *

Se encara entonces, inútil ocultarlo o remitirlo a duda, el conocido fenómeno de la extralimitación o abuso del permiso ilegal, justamente cuando entraña resignación o abandono de la *custodia penitenciaria* que aparejan, conforme al Código de Procedimiento Penal y al Código de Régimen Carcelario, la detención preventiva y la condena criminales.

Ahora bien, el Tribunal ha sostenido en algunas de sus Salas de Decisión y en no escasos salvamentos de voto, que la falta o carencia de custodia,

vigilancia o control del recluso, liberan a éste del deber de no atentar contra dichos mecanismos de restricción de su libertad, y lo restituyen al estado del procesado ausente, sin que ello estructure para éste ilicitud contra la administración de justicia, y ni siquiera implique agravio al estatuto sobre régimen carcelario, pues el artículo 210 del Decreto 1817 de 1964 enseña que “para los efectos simplemente disciplinarios se considera consumada la evasión, cuando el detenido o condenado se escape o intente escaparse de un lugar cerrado, aunque no haya podido salir del recinto del establecimiento, así sea éste abierto”. Lo que diáfananamente supone y exige custodia o encerramiento para que emerja la evasión.

En salvedad de voto de agosto 2 de 1974, se lee lo siguiente:

“En efecto, la fuga de presos, delito llamado ‘evasión’ en la doctrina y en otras legislaciones, consiste en sustraerse voluntariamente a la esfera de custodia o vigilancia de la autoridad, burlando una condena o un mandamiento judicial de detención preventiva formalmente legítimo.

“La fuga se perfecciona en el mismo acto en que el agente recobra o alcanza por sus propios medios la libertad, o como dice Soler, citado por la H. Corte, ‘en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores. Mientras no ha logrado esa relativa consolidación de su estado de libertad, el delito se encuentra en tentativa... (Auto de marzo 15/56).

“Frente a las nociones anteriores es necesario concluir que de acuerdo con las anormales circunstancias en que salió el procesado, sin guardia o vigilancia, su negativa a regresar al centro de reclusión no puede erigirse en ilícito de fuga de presos. Basta observar simplemente que el efecto principal del auto de detención, o sea la restricción de la libertad, se había suspendido de facto con el irregular permiso o licencia. En estas condiciones mal podía sustraerse a la custodia, pues, ya se dijo, el régimen de la detención preventiva no operaba en el transitorio estado de libertad que le otorgó la autoridad.

“Refiriéndose a la acción típica que encarna el ilícito de fuga de presos manifiesta el tratadista doctor PEDRO PACHECO OSORIO: ‘...el detenido a quien se le concede licencia para retirarse sin vigilancia alguna del lugar de detención no es punible por el hecho de no regresar a la cárcel, pues él no se ha fugado, ni ha salido de ningún encierro o peligro, sino

que ha sido puesto fuera, y la ofensa a la justicia no la ha realizado él, que no ha burlado aquellos resguardos ni vigilancia, sino quien le concedió el permiso ilegal, el cual responde como autor de la fuga respectiva' (Derecho Penal Especial, Tomo I, pág. 364).

"Si, pues, para la estructura del delito no basta la legalidad de la medida cautelar y el conocimiento de la misma por el sindicado, es lógico que resulte inútil hablar de la tarifa probatoria que impone el artículo 439 del C. de P. P. en orden a la detención preventiva.

"...

"Observo, complementando las razones anteriores, que el argumento extraído del artículo 206 del C.P., a saber: que allí se contempla la hipótesis de sobrevenir la fuga o evasión a consecuencia de un permiso ilegal, tiene más de apariencia que de fundamento lógico, pues bien puede ocurrir que quien goza de licencia o permiso anómalos para separarse del lugar donde se encuentra detenido, esté sujeto a una efectiva custodia, control o vigilancia al momento de reconquistar su libertad.

"Como dice PACHECO OSORIO, citado por BERNAL PINZON, quien, es bueno destacarlo, participa de la tesis que se viene exponiendo, '...resulta paradójico afirmar que pueda fugarse de esos lugares quien ha sido puesto fuera y lejos de ellos por la misma autoridad'. El mismo autor, anota BERNAL PINZON en la página 452 de su obra 'Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir', dice: 'El resultado, pues, previsto como agravante en dicho inciso (2º del art. 206), es la no vuelta del preso al sitio de la detención o de la custodia'.

"También varios autores extranjeros, a la cabeza de ellos la autoridad de MANZINI, sostienen que *penalmente* no hay fuga sino cuando el detenido elude la *efectiva custodia* utilizada por el Estado. Y el argumento no puede ser más lógico y convincente, aún de jure condito, pues la disposición del código italiano (artículo 385) que inspiró el nuestro es igual, mutatis mutandí, a la norma del artículo 203" (Dr. J. HECTOR JIMENEZ RODRIGUEZ).

Yerra gravemente el señor juez a-quo sobre los fundamentos de la represión de la fuga de presos cuando, pretendiendo dotar a las resoluciones judiciales de un absolutismo jurídico de que realmente carecen, anota sentenciosamente que "el esquema jurídico del delito de fuga de presos es de gran

claridad. La causa la representa el auto detentivo ejecutoriado. El efecto lo constituye el dolo genérico, la voluntad finalista de fugarse. El policía o la cárcel no son más que *medios* para mantener limitada la libertad de quien está comprometido con el Estado por un auto de detención" (f. 126).

Según advierte PACHECO OSORIO, "el fundamento de la incriminación reside en la ofensa que se hace a la justicia al burlar los resguardos materiales o la vigilancia con que se quiso asegurar la detención del evadido". Porque ciertamente "no existe la obligación positiva de cumplir la pena, sino la de no oponerse a los actos de autoridad mediante los cuales la pena es impuesta: El condenado o detenido se encuentra sometido a la fuerza pública, y a ésta le incumbe mantenerlo en tal estado. Por lo tanto claro está que el delito no puede consistir en aprovechar de una ausencia de fuerza, sino en vencer la fuerza que somete al detenido" (S. SOLER, en Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 256).

De tales postulados concluye atinadamente el comisionado GUILLERMO DUQUE RUIZ:

"Corresponde, pues, al Estado, no sólo administrar justicia ('La justicia es un servicio público a cargo de la Nación', art. 58 de la Constitución Nacional), sino también prestar 'a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias' (art. 119, ord. 2º de la Carta). No son los detenidos quienes tienen la obligación de cuidarse a sí mismos, porque ellos como lo enseña MANZINI, citado por BERNAL PINZON, no se encuentran en una relación de servicio obligatorio hacia el Estado, como el militar, sino que están sometidos a un estado coercitivo que no compete a ellos garantizar" (Cfr. Crónica Judicial, Nº 308, págs. 237 a 241).

Precisamente ajenos a los *medios* de que trata el enjuiciamiento protestado ("el policía o la cárcel") se encuentran el sumariado contumaz y el reo ausente: en obvia relación con el Estado por medio de los autos de detención o proceder, pero sin la compulsión de la vigilancia o custodia. ¡Y a nadie se le ha ocurrido sostener que esa latitancia o tal falta de sumisión a la majestad de las resoluciones judiciales implique fuga de presos!

No basta entonces la orden judicial de detención o condena, y el conocimiento más o menos solemne de la expedición o vigencia de dichos proveimientos. Es menester que el Estado los haga efectivos merced a aquellos medios ameritados por el a-quo. Sin ellos habrá desobediencia del contumaz o de quien extralimita el permiso ilegal, pero fuga no. El encargado de cumplir dichas resoluciones es el Estado, no el particular destinatario de la ineficaz orden judicial.

Así que, si éste recibe libertad por medio de uno de los agentes físicos del ente inmaterial llamado Estado, no por el hecho de disfrutar de dicha libertad incurre el procesado en fuga de presos. Reo de ésta será apenas el encargado de la custodia o conducción del detenido que, suplantando al juez y usurpando sus trascendentales funciones, se abroga un atributo que le es ajeno y otorga un permiso que no está dentro de sus atribuciones. Permiso o licencia que por ser ilegal no puede vincular sino a su autor y a quien disfruta de él. Si éste lo extralimita o incumple será desleal con el funcionario usurpador, pero con la administración de justicia o con el Estado no.

No quiera "sacralizarse" el derecho o equipararlo a la moral. Las órdenes judiciales no pueden mudarse en fórmulas sacramentales de virtud innata o imperio sobrenatural. Cuando restringen la autonomía personal deben estar acompañadas de los medios que las hagan eficaces, sin pretender, contra la naturaleza humana, que el propio implicado las resguarde espontáneamente, cuando los agentes de la propia autoridad las menoscaban.

"El derecho sin la fuerza es la impotencia".

Al acreditarse ésta, por falla del servicio de vigilancia, no puede el Estado movilizarse penalmente contra quien usa la libertad que no se ha procurado a sí mismo, sino que ha de dirigirse contra quien arbitrariamente otorga el permiso ilegal. Penalizar al primero sí sería "truculento" como dice el a-quo (f. 126), vale decir, "cruel, atroz, tremendo" (Diccionario de la Real Academia, 19ª edición, página 1304. Madrid, 1970).

Tanto más "cruel, atroz y tremendo", cuando el detenido que hizo uso del permiso ilegal y fue desleal a quien se lo otorgó, al Estado no, fue absuelto por el cargo que originó su detención, mediante sentencias de diciembre dos de 1978 y junio dos del pasado año, resultado que el calificador de primer grado no tuvo el acierto de acreditar dentro del sumario, pero que el sustanciador de la Sala acreditó en el Juzgado 1º Superior.

Así que el recurso debe prosperar. Y por atipicidad de la conducta, calificarse el sumario con sobreseimiento definitivo que ampare a Lotero Quiceno: el hecho imputado no lo considera la ley como infracción penal (C. P. P., art. 491-1).

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, Sala Penal de Decisión, oído el parecer fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, *REVOCA* el enjuiciamiento apelado, de la fecha, origen y contenido indicados, y en su lugar *SOBRESEE DEFINITIVAMENTE* en favor de Javier Alcides Lotero Quiceno respecto de la imputación por fuga de presos que originó en autos su vinculación procesal.

ORDENA su libertad inmediata e incondicional.

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la Sala, según consta en acta Nº 31.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Alvaro Medina Ochoa
Magistrado

Luis Alfonso Montoya C.
Magistrado

Julián Muñoz Sánchez
Magistrado

Alberto García Quintero
Secretario

C O M E N T A R I O *

Dr. Fernando Velásquez V.

I

La represión del delito de fuga de presos, se remonta hasta el Derecho Romano, que distinguía entre *fuga simple* y *calificada*, la última de las cuales en su modalidad de *fractura de cárcel*, acarrea inclusive la pena de muerte, toda vez que se consideraban sagrados los muros de las prisiones¹.

CARRARA, al igual que los clásicos distinguía entre *fractura de cárcel* y *evasión*, especies del género *eximición*², sin considerar como criminosos la eximición de persona y la evasión, cuando "el elemento criminoso no se encuentra en los medios empleados", pues "el reo que para escaparse emplea artificios o se aprovecha de la negligencia de sus custodios, obedece a una LEY NATURAL y queda excusado; la ley reserva sus rigores contra los custodios negligentes o corrompidos"³.

* Con el presente comentario no se pretende agotar el tema en ningún momento; sólo se aspira a ubicar la providencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín, a la luz de la FUGA SIMPLE y dentro del contexto de los permisos ilegales, hipótesis esta última, que es una de las muchas variantes que presenta este controvertido delito.

1. FRANCISCO CARRARA, Programa de Derecho Criminal, Vol. VII, Temis, Bogotá, 1973, parágrafo 2820.
2. EXIMICION, viene del verbo eximir: libertar, y es el delito en que incurre el que arrebató a la justicia a una persona o cosa sobre las cuales esta había puesto las manos, tal el caso del arrestado reducido por las manos de la fuerza pública en vías de ser conducido a la cárcel o provisionalmente detenido en un cuartel, posada o alcaldía, que es liberado por un tercero. El hecho toma el nombre de EVASION, si la misma persona se fuga o es sacada de la cárcel; y será FRAC-TURA DE CARCEL, si el hombre encerrado en la prisión se libra de ella rompiendo paredes, puertas, techos, rejas u otras defensas destinadas a impedir la fuga (parágrafos 2810 y 2812).
3. Ob. cit. parágrafo 2813.

En apoyo de su tesis de no represión de la fuga simple, trae el maestro de Pisa, como ejemplos, los Códigos Leopoldino (art. 103), Sardo (art. 272 y ss.) y del gran ducado de Toscana (art. 562).

Esta corriente de la no represión de la fuga simple, encontró también eco en el Código Penal Francés de 1810; al paso que el Español de 1848 (art. 124 y ss.), el de 1870 (art. 129) y el de 1932, sólo penaban la evasión de los condenados y el quebrantamiento de condena⁴. Por su parte el Código Zanardelli para Italia expedido en 1889, solo penaba la fuga calificada (art. 226).

Fue el Código Rocco de inspiración fascista, el que resucitó a cabalidad la tradición romana, extendiendo la punibilidad hasta la fuga simple (art. 385), es decir la realizada sin el empleo de medios violentos contra las personas o las cosas⁵.

El Código Español actual, reformado en 1944 y refundido en los años 1963 y 73, establece la distinción entre *quebrantamiento de condena* o de *prisión simple* (art. 334), *agravado* (art. 335), y, la *extracción* y *evasión* de reclusos (art. 336)⁶.

Tratándose de los Códigos Penales Iberoamericanos, encontramos que muchos no reprimen la FUGA SIMPLE y sólo se ocupan de la CALIFICADA, bien por la violencia contra las personas o sobre las cosas, o porque se realiza mediante fractura, empleo de llaves o ganzúas, o mediante escalamiento; sea que se trate de *procesado* o de *condenado*. Así lo confirman las siguientes legislaciones: Argentina de 1921 (art. 280), reformada en 1968; la Boliviana de 1834 (art. 261); la Brasileña de 1940 (art. 352); la de República Dominicana de 1884 (art. 245); la de Haití de 1836 (art. 203); el estatuto Mexicano de

1931 (art. 154); el Panameño de 1922 (arts. 198 y 199); la legislación paraguaya de 1914 (arts. 199 y 200)⁷.

Reprimen por su parte, la fuga simple, las siguientes codificaciones: La de Costa Rica de 1941, distingue el quebrantamiento de pena con el empleo de violencia, narcótico, fractura, ganzúa, llaves falsas o verdaderas (art. 408), lo mismo que el quebrantamiento de pena simple (art. 408); el quebrantamiento de medidas de seguridad es también reprimido (arts. 410, 411, 412 y 414). El Código de Defensa Social de Cuba de 1936, distingue el quebrantamiento de sanción privativa de la libertad simple y calificado (art. 332), del quebrantamiento de medidas de seguridad (arts. 336 y 338). El Chileno de 1874, consagra la evasión en el sentido de los clásicos (arts. 299 a 304) y el quebrantamiento de condena (art. 90). El de Honduras de 1906 sólo regula el quebrantamiento de sentencias (arts. 108 y 109); el de Nicaragua de 1891, reprime el quebrantamiento de sentencias (arts. 108 a 111) y la fuga durante el proceso, que cuando es simple solo conlleva el aumento de las prisiones y seguridades (art. 114). El Código de Puerto Rico de 1902, reprime la fuga del condenado (art. 152); el de El Salvador de 1904, sólo castiga el quebrantamiento de sentencias (arts. 79 a 82). El de Uruguay de 1933, trae la evasión de preso o detenido calificada (arts. 184 y 187) y el quebrantamiento de condena (arts. 191 a 193); finalmente el Venezolano de 1964, siguiendo el de 1926, reprime la fuga violenta del detenido (art. 259) y la fuga del sentenciado, sea simple o calificada (art. 260).

No se encuentran normas represoras de la fuga en el Código del Ecuador de 1938, que si reprime severamente a quienes la procuren o faciliten (arts. 282 a 287). El Código de Guatemala de 1936, no computa el tiempo al condenado el tiempo que pase fuera de la prisión que le haya sido destinada (art. 104), y si la fuga se realiza encontrándose el sujeto en prisión correccional, no tiene derecho a las rebajas de pena (art. 105). El Código del Perú de 1924, finalmente, sólo castiga a quien obligare a otro a evadirse o le preste colaboración (art. 335).

II

Concretándonos al estudio de la fuga de presos en Colombia, encontramos que las diversas legislaciones han evolucionado desde la no represión de la fuga simple hasta su represión, tratándose aún de contravenciones. En efecto, el Código Penal de 1890, en su artículo 284 sólo reprimía la fuga calificada, norma que con propósitos puramente ilustrativos pasamos a transcribir:

7. Véase a LUIS JIMENEZ DE ASUA, Códigos Penales Iberoamericanos, Estudio de Legislación comparada, Ed. Andrés Bello, Caracas, 1943, dos tomos.

4. Véase a EUGENIO CUELLO CALON, Derecho Penal, T. II, Parte especial, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, Pág. 330 y Ss.

5. La redacción actual del mencionado texto del Código Italiano es del siguiente tenor:

"El que se fugue habiendo sido legalmente arrestado o detenido por una infracción, será castigado con reclusión hasta por seis meses.

La pena será de reclusión hasta por dieciocho meses, si el culpable comete el hecho empleando violencia o amenaza contra las personas, o mediante fractura; y será de dos a cinco años, si la violencia o las amenazas se cometen con armas o por varias personas reunidas. Las disposiciones anteriores se le aplicarán también al condenado admitido a trabajar fuera del establecimiento penal. Si el fugado regresare a la cárcel antes de la condena, la pena se disminuirá". Puede consultarse a SILVIO RANIERI, Manual de Derecho Penal, T. IV, Temis, Bogotá, 1975, Pág. 89 y Ss.

6. Consúltese a ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS y JOSE MARIA LUZON CUESTA, Código Penal, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1964.

“El que estando legalmente preso o detenido, se fugare no siendo reo rematado, escalando el edificio en que estuviere en arresto, detención o prisión, o rompiendo alguna pared, puerta o ventana, o usando de cualquiera otra violencia que causare detrimento a las personas, o al edificio, sufrirá la pena de dos a seis meses de reclusión.

Si no hubiere habido para la fuga escalamiento, fractura o violencia en los términos expresados, sólo aumentarán las prisiones y seguridades”⁸.

El Proyecto Concha de 1912, traía en su artículo 194 la fuga calificada, insistiendo en el 195 en la necesidad de la “violencia contra las personas o las cosas”, no ya por parte del detenido legalmente como en la primera norma, sino del condenado mediante sentencia judicial⁹. En el artículo 196 se sancionaba al que procurara la fuga del detenido o preso, prevalido o no de violencia¹⁰.

El Proyecto, se convirtió en la Ley 109 de 1922, la que después de sucesivas prórrogas no rigió finalmente; la Comisión integrada en 1925 para revisar el estatuto no introdujo modificaciones dignas de mencionarse¹¹.

El Código Penal que rige desde 1938, trajo como novedad importante, el abandono de la tesis de no represión de la fuga simple (art. 203), lo que ha originado no pocas y bien cimentadas críticas¹². La norma inicialmente expedida, exigía como presupuestos, el que la persona se encontrare LEGALMENTE DETENIDA, por imputársele la comisión de un delito (inc. 1º), o que se tratase de un CONDENADO (inc. 2º).

El art. 203, fue modificado mediante decreto legislativo 236 de 1957, expedido por la dictadura militar entonces imperante en nuestro país, que le introdujo las siguientes modificaciones:

a) Se exigió que el fugado se encontrare en DETENCIÓN PREVENTIVA y se cambió la penalidad de arresto por la de prisión (inc. 1º), lo que evitó que quedaran cobijadas como delictuosas las acciones de personas que simplemente retenidas trataban de procurarse su libertad.

b) Se equiparó el “CONDENADO POR DELITO”, con la particular categoría de infracciones que reportaren un “ESTADO DE ESPECIAL PELIGROSIDAD SOCIAL”, aumentando el mínimo de la sanción imponible (inc. 2º)¹³.

c) Se introdujo una modificación bastante escandalosa, al extender la represión de la fuga tanto simple como calificada, si el fugado “purga pena POR CONTRAVENCION” (inc. 3º).

Se reprime también en el actual Código, el favorecimiento de la fuga por un particular (art. 204)¹⁴; el favorecimiento y culpa del guardián (art. 205); los permisos ilegales (art. 206); y la atenuante para el fugado que regrese dentro de los tres meses siguientes a la fuga, de modo voluntario.

En lo que toca a la regulación de la fuga en el nuevo Código Penal, manifestemos que mantiene la represión de la fuga simple (art. 178), introduciendo entre otras las siguientes modificaciones:

a) La fuga supone la privación de la libertad de la persona en virtud “de AUTO o SENTENCIA que le haya sido notificado” (inc. 1º)¹⁵.

8. Código Penal, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Bogotá, 1906.

9. No podía ser de otra manera, si se tiene en cuenta que el padre de esta codificación, sostenía que “Los empleados públicos son quienes tienen deber de concurrir activamente al cumplimiento de las leyes o actos de justicia; los demás ciudadanos únicamente están obligados a no oponer resistencia de fuerza a tales actos, y, el acusado que se fuga como el que se oculta o dice una mentira, sin acompañar estos hechos de violencia u otro delito no incurre en pena alguna. teoría es esta aceptada hoy universalmente y que no se discute” (JOSE VICENTE CONCHA, Tratado de Derecho Penal, Paris, sin fecha, Pág. 225).

10. La Reforma Penal en Colombia, Tomo I, Imprenta Nacional, Bogotá, 1924, Pág. 68 y Ss.

11. Ob. Cit. T. II, pág. 390 a 393.

12. Que la regulación está inspirada en los postulados del fascismo, no cabe duda. basta con comparar el texto del Art. 203 con el 385 italiano. Por ello, nos identificamos con BERNAL PINZON, cuando dice al respecto: “Pecó, y pecó gravemente, en nuestro sentir, el legislador colombiano, no sólo por haber transplantado esas normas tan drásticas, sino también por no haber estatuido ninguna circunstancia atenuante del delito, y principalmente por haber invertido la gravedad de éste en la hipótesis de ayuda o auxilio para la fuga” (Delitos Contra la Administración de Justicia, Temis, Bogotá, 1965, Pág. 434).

13. Debe anotarse que tal categoría de infracciones hoy no existe, pues el decreto 14 de 1955 que las creó, fue expresamente derogado mediante decreto 1699 de 1964, derogado este último por el decreto 522 de 1971.

14. Esto nos demuestra que el legislador colombiano, si fue más lejos que el fascista, pues “no consideró las circunstancias atenuantes de responsabilidad que existían en el Código Italiano, y que se refieren al vínculo del parentesco en la hipótesis de la fuga procurada” (Bernal Pinzón, Ob. Cit., Págs. 432 y 433). Y agréguese a lo anterior la represión tratándose de contravenciones.

15. Esta norma introduce mucha claridad, pues en la legislación vigente se discutía la necesidad o no de la notificación para que se configurara la fuga. Así, ANTONIO VICENTE ARENAS, Comentarios al Código Penal, T. II, A. B. C., 1969, Pág. 280, sostiene que el retenido puede ser sujeto activo del delito de fuga, no es ésta, sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina, ante cuyos clamores se trajo la modificación introducida por la nueva codificación. En tal sentido, véase a ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Penal Especial, Primera Parte, sin editorial ni fecha, Medellín, Pág. 202; GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Derecho Penal Colombiano, Vol. I, Temis, Bogotá, 1973, Pág. 135. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ, Derecho Penal Especial, Temis, Bogotá, 1965, Pág. 149. PEDRO PACHECO OSORIO, Derecho Penal Especial, T. I, Temis, Bogotá, 1978, Pág. 341.

b) La penalidad es la misma, de dos a seis años de prisión, trátese de procesado o condenado.

c) Se rebaja la pena imponible en lo que toca a su mínimo, hasta un año de prisión, cuando se trata de fuga calificada por la violencia.

d) Se amplía la represión de la fuga cuando se trata de contravención al procesado *que se le haya notificado auto*, con lo que la situación se hace bastante gravosa, si se tiene en cuenta que el Código de 1938, sólo la reprime cuando se estuviere *purgando pena* por contravención.

En el art. 179 encontramos la represión para los casos de *favorecimiento* de la fuga, por parte de "el empleado oficial encargado de la vigilancia, custodia o conducción", con lo que quedan excluidos de la norma los particulares y aún otro tipo de empleados oficiales que pese a no estar "encargados de la vigilancia, custodia o conducción", pueden facilitar la fuga. Se trata obviamente de un favorecimiento doloso.

¿Significa lo anterior, que el particular o el empleado oficial no encargado de la vigilancia, custodia o conducción, no puede ser reprimido? Creemos que no, pues tal hipótesis se ubicaría en los arts. 23 y 24 de la Parte General, que tratan "De la Participación".

El art. 180 por su parte, consagra una hipótesis de favorecimiento culposo, y referida sólo al "empleado oficial encargado de la vigilancia, custodia o conducción", no así al particular o al empleado oficial no encargado de la vigilancia, custodia o conducción. ¿Significa esto que se podría hacer extensivo a estos dos últimos el favorecimiento culposo con base en los arts. 23 y 24? Creemos que no: en primer lugar, porque la participación en el delito es por esencia dolosa. En segundo lugar, porque los arts. 23 y 24, no consagran la participación culposa y el caso del art. 180, sería excepcional.

En cuanto al art. 181, se observa que consagra una especial circunstancia de atenuación, para el partícipe (sin distinguir de que tipo de partícipe se trata), que facilite la captura del fugado o logre su presentación ante autoridad competente. Por lo demás se repite la atenuante ya consagrada en el Código de 1938, para el evadido que se presentare voluntariamente, dentro de los tres meses siguientes a la fuga.

Esta regulación de la participación, se va a prestar de todas maneras, a serias divergencias, pues si lo que se quiso, fue hacer extensiva la participación únicamente al favorecimiento por parte del empleado oficial encargado de la vigilancia, se debió consignar así expresamente. De lo contrario, el favorecimiento debe extenderse a los particulares y a los empleados oficiales no encargados de la vigilancia, custodia o conducción, como que debe interpretarse armónicamente, la Parte General del estatuto con la Especial.

III

Pasamos seguidamente a estudiar el tipo penal contenido en la norma 203 de nuestro Código Penal y concretamente, con respecto a la fuga simple.

Todo delito, dogmáticamente hablando, es acción típica, antijurídica y culpable, en ello convergen tanto Causalistas como Finalistas. Las diferencias están dadas por la concepción diferente de *acción* (un hacer voluntario para unos; un hacer voluntario finalmente dirigido, para otros), y por el contenido diverso que se asigna a cada uno de los elementos del esquema.

Ahora bien, el tipo de fuga, como todo tipo penal, consta de *elementos descriptivos* y *normativos*, que constituyen el aspecto OBJETIVO del tipo; y de *elementos subjetivos*, que constituyen el aspecto SUBJETIVO ¹⁶.

En el tipo en estudio, encontramos que el autor está determinado por "el que" de la disposición. El elemento descriptivo, por la acción de "fugarse" o "evadirse". Elementos normativos, serían el "estado en detención preventiva" (inc. 1º), o siendo "un condenado", o un sujeto que reportare "un estado de especial peligrosidad social" (inc. 2º), o que purgare "pena por contravención" (inc. 3º).

En cuanto al aspecto subjetivo, éste incluye el dolo, especiales momentos de ánimo y los elementos subjetivos del injusto. El dolo, en nuestro caso sería querer y conocer la realización del tipo de fuga ¹⁷.

Cuando hay congruencia entre el aspecto subjetivo del tipo y el objetivo, estamos ante el fenómeno de la *congruencia típica*, es decir hay *acción típica*. Pero para que se pueda hablar de delito, es indispensable continuar desarrollando el esquema, con miras a establecer si esa acción típica, es antijurídica y culpable ¹⁸.

16. El núcleo objetivo del tipo, dice HANS WELZEL "es la acción, ordinariamente junto a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que constituye las circunstancias del resultado de la acción... El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior" (Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Pág. 93). Con lo cual podríamos decir, que al aspecto objetivo corresponden el sujeto pasivo, el resultado, el medio y la causalidad.
17. Para los causalistas, como es sabido, el dolo no se puede ubicar en el tipo, sino en la culpabilidad. Se contraponen al Finalismo, que sostiene que el núcleo central del tipo subjetivo es el dolo, el cual contiene dos aspectos, uno INTELLECTUAL, que comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal; y otro, VOLITIVO, que está constituido por la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización) (Véase Welzel, Pág. 96 y Ss.).
18. Una sobria exposición sobre esta materia, puede consultarse en "Diversos Contenidos de la Estructura del Delito", NODIER AGUDELO B., en Revista NUEVO FORO PENAL, No. 1, 1978, Pág. 3 y Ss. Para el caso en estudio, no interesa profundizar en los otros elementos del esquema, pues la tesis que finalmente acogió el H. Tribunal, fue la que sostuvo el apoderado del sindicado, es decir, la no existencia de acción típica.

Desglosado como lo hemos hecho ya, el tipo del art. 203, entramos a estudiar el elemento descriptivo del tipo, "fugarse" o "evadirse", para lo cual recurrimos a la doctrina extranjera, al paso que remitimos a la nacional.

La EVASION, nos dice el italiano SILVIO RANIERI, apoyado en casación de la Corte Italiana, de mayo 19 de 1969, es:

"La sustracción voluntaria del que está legalmente arrestado o detenido por una infracción, a la esfera de custodia en que se encuentra...

La conducta consiste en los actos con los cuales el sujeto se SUSTRAE a la esfera de custodia en que legalmente se encuentra, violando la obligación de no eludirla. No es, pues, evasión el sustraerse al arresto mientras éste se lleva a cabo.

Es indiferente la índole de los actos, siempre que no constituyan infracción por sí mismos o circunstancia agravante (art. 385, párrafo segundo), y también es indiferente el lugar del cual se evade el detenido, que puede ser tanto un lugar cerrado como un lugar de trabajo abierto"¹⁹.

Para MAGGIORE, la acción se concreta en la evasión, y

"'evadirse' (de e-vadere, irse fuera), significa etimológicamente, huir de un lugar cerrado; jurídicamente equivale a sustraerse al estado de restricción de la libertad (arresto o detención), y por consiguiente, a librarse"²⁰.

El tratadista español FEDERICO PUIG PEÑA, refiriéndose al quebrantamiento de condena, bien simple o bien agravado, dice:

"Consiste en la acción encaminada a incumplir por más o menos tiempo la pena impuesta por el tribunal competente... es necesaria una voluntad firme de sustraerse definitivamente al

19. Ob. Cit. Pág. 88 y Ss. Cita el autor, algunas jurisprudencias de la Corte de Casación de su país, según las cuales, "Puesto que el detenido no tiene también el deber de limitar la propia libertad personal, no cometerá evasión si, puesto en libertad temporal por los agentes que lo custodian, no regresa a la cárcel" (sentencia de 2 de mayo de 1946); ó "también si el arrestado queda sin custodia, porque, por ejemplo, los carabineros lo dejaron solo en medio de la calle, preocupados por seguir a otros delincuentes" (13 de noviembre de 1948), "pero no puede decirse otro tanto si un delincuente huye de un hospital o durante el traslado a la cárcel, aprovechándose de la deficiencia temporal de la guardia o custodia" (casación de Oct. 19 de 1966), pues "en efecto, en este caso no falta el ejercicio del poder del guardián a que debe estar sometido el detenido para que haya evasión" (casación de octubre 20 de 1951). Esta concepción sobre la evasión, interesa sobre manera en el derecho colombiano, como que nuestra norma es casi la misma del Código Italiano.

20. Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1955, Pág. 378.

cumplimiento de la pena, por lo que "no delinque el reo que sale a otorgar un poder y vuelve a la cárcel inmediata y espontáneamente (15 de junio de 1875). Sin embargo, el Tribunal Supremo sostuvo doctrina contraria en otro fallo posterior (22 de junio de 1888). Creemos, sin embargo más acertada la primera postura, pues no hay INTENCION de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la condena (y entonces hay delito) o no lo hay (y entonces solo debe haber una responsabilidad disciplinaria), la cual está por otra parte, de acuerdo con el criterio, que por lo que respecta a estas infracciones se observa en los modernos Códigos Penales"²¹.

Para el también italiano V. MANZINI, *evadirse*

"significa sustraerse completamente, con una acción propia, voluntaria e ilegítima, a la esfera de custodia en que una persona se halla legítimamente.

No se evade quien es puesto ilegalmente en libertad por la autoridad competente, por error de ésta, determinado por una causa no imputable, ni en todo ni en parte, al arrestado o detenido. Por ejemplo, si éste obtiene la libertad a consecuencia de una falsa orden no provocada en modo alguno por él, no responde de evasión, con tal de que la orden de liberación se refiera a su persona y no a otra persona distinta a la cual se hubiese sustituido... En consecuencia, comete el delito de evasión también quien se evade mediante escalamiento, destreza, llaves falsas, engaño u otro fraude, disfraz, cohecho, sustitución de personas, etc., (salvo el concurso de delitos), sin que importe nada, a los efectos de la noción de delito que se aproveche o no de la ausente o deficiente vigilancia de los custodios, o de un permiso que éstos le hubieran otorgado, siempre que exista la custodia ambiental"²².

A pesar de que reina aparente acuerdo entre la doctrina extranjera sobre lo que constituye la acción en el delito de fuga de presos, los tratadistas se dividen, cuando de determinar a que SUSTRACCION se dirige la conducta

21. Derecho Penal, Tomo II, Vol. I, Parte Especial, Ediciones Nauta, Barcelona, 1969, Pág. 299.

22. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1961, Págs. 370 a 372. SEBASTIAN SOLER, en su Derecho Penal Argentino, tomo V, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1967, Pág. 256 y Ss.; lo mismo que CARLOS FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, tomo VII, Parte Especial, Abeledo Perrot, 1971, Pág. 423, coinciden en definir la evasión como lo hacen los autores italianos, y el español que ya transcribimos.

del autor, si a la sustracción de la esfera de vigilancia o custodia, ejercida por el Estado a través de los medios destinados para tal fin; o, si por el contrario, tal sustracción se refiere al estado de restricción de la libertad legítimamente ejercida por el Estado.

SOLER, cree que el "condenado o el detenido se encuentra sometido a la FUERZA PUBLICA, y a ésta le incumbe mantenerlo en tal estado" y se inclina por la primera de las tesis enunciadas, igual sucede con FONTAN BALESTRA ²³.

MAGGIORE, sostiene que "en un régimen en que predomina el principio de la autoridad inconcusa del Estado y de la Ley, no puede declararse legítima, en homenaje de la libertad, la rebelión contra la disciplina coercitiva dispuesta por la justicia" ²⁴, acogiéndose a la segunda de las tesis enunciadas.

La doctrina nacional, sigue también los mismos pasos de la extranjera, apreciándose claramente las dos tesis ²⁵.

En cuanto al *momento en que se consume la fuga*, digamos con SOLER, que ello ocurre "en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores. Esto es, cuando los guardianes han perdido la custodia y no saben el sitio exacto en que se encuentra" ²⁶.

De lo dicho hasta aquí, se deduce, que somos partidarios de la tesis, según la cual la evasión o fuga, supone sustraerse a la restricción de la libertad, materialmente ejercida por el Estado a través de los vigilantes o custodios

23. Obs. Cits., Págs. citadas.

24. Ob. Cit. Págs. 379. Esta misma tesis de claros lineamientos fascistas, es sostenida por MANZINI, para quien el objeto de tutela penal en el delito de evasión "es el interés público relativo al sometimiento de los particulares a la administración de justicia en sentido lato, por cuanto conviene mantener inviolada la condición de restricción de la libertad personal que el Estado ha impuesto a los particulares por razones de policía judicial, o de coerción procesal o punitiva" (Ob. Cit. Pág. 360).

25. La primera de las tesis enunciadas, la sostienen en nuestro medio PEDRO PACHECO OSORIO, Ob. Cit., Pág. 343; JESUS BERNAL PINZON, Ob. Cit. Pág. 443; ANTONIO J. URIBE PRADA, "Don Quijote, Abogado de la Mancha", Temis, Bogotá, 1978, Pág. 86; LUIS CARLOS PEREZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Temis, Bogotá, 1968, Pág. 469. JOSE VICENTE CONCHA, Ob. Cit. Pág. 225. ANTONIO VICENTE ARENAS, Compendio de Derecho Penal, Pág. 202. ANGEL MARTIN VASQUEZ ABAD, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. U.P.B., 1950, Pág. 217. La segunda tesis, es acogida sin recelos por ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ, Ob. Cit. Pág. 204; al parecer lo acompañan, GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Ob. Cit., Pág. 133. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ, Ob. Cit., Pág. 145.

26. Ob. Cit. Tomo V, Pág. 260. En igual sentido también CARRARA, parágrafo 2815 y FONTAN BALESTRA, Ob. Cit. Pág. 423.

destinados a tal fin; creemos que la evasión no se concreta en la burla al Estado, considerado como un ente formal o abstracto, concepción insostenible a la luz de los más primigenios postulados democráticos. Inclusive, no somos partidarios de la represión de la fuga simple, trátase de procesado o de condenado; y se nos hace *aberrante* que se extienda la punición de la fuga aún a las contravenciones. La fuga simple, solo debería originar sanciones de tipo disciplinario, tal como ocurre en muchas codificaciones que rigen o han regido en nuestro continente y de las que hablamos en acápite primero de estos apuntes ²⁷.

En cuanto al *lugar de donde debe realizarse la evasión*, lógicamente debe ser la prisión o el lugar destinado para que el procesado o condenado esté recluso; sin embargo, se ha impuesto el *criterio de la extensión*, según el cual, dicho recinto se extiende aún a los hospitales, sanatorios, manicmios, recintos judiciales, etc., aún al vehículo que es utilizado para transportar al reo o procesado, tal opinión es sostenida por CUELLO CALON en España y por los autores italianos, como que la legislación de aquel país, así lo establece en su art. 385 inc. final. Por lo demás este criterio también rige en nuestro medio ²⁸.

I V

La Corte Suprema de Justicia, ha sostenido en torno a la fuga de presos dos criterios básicamente, tal como se desprende de los extractos que transcribimos:

En julio 27 de 1950, sostuvo la corporación en el caso de un procesado que no regresó al lugar de detención, usando el permiso ilegal concedido por sus guardianes, lo siguiente:

"La fuga, por causa de su esencia de ruptura del régimen carcelario se comete, sea en realidad o sea en virtud de una ficción de prolongamiento del régimen que acompaña al detenido dondequiera que se halle, en el territorio en que funciona

27. Creemos con EUSEBIO GOMEZ, glosador de la legislación argentina, que "el instinto de la libertad es el que lleva a un sujeto privado de la misma a evadirse del lugar en que está sometido a la privación. Reprimirlo sería inhumano. Actitud semejante sólo puede adoptarse cuando para la evasión se emplean los medios a que se refiere el precepto legal: la violencia en las personas, la fuerza en las cosas" (Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Tomo V. Compañía Argentina de Editores, 1941, Pág. 610).

28. Manifiesta EUGENIO CUELLO CALON, que se impone este criterio porque "el legislador parece haber considerado como razón de punibilidad de este delito (fuga de presos) el interés público en asegurar el mantenimiento del estado de privación de la libertad en que los detenidos y procesados se encuentran, y tal estado subsiste lo mismo en aquellos locales que en las cárceles y establecimientos penales" (Derecho Penal, Parte Especial, T. II, Bosch, Barcelona 1952, Pág. 289).

la cárcel en que el responsable se halle detenido, y que, por tanto, el juez competente para juzgar al evadido es el del territorio" (en G.J., tomo LXVII, pág. 614).

En marzo 15 de 1956, el anterior criterio fue rectificado de la siguiente manera:

"Son, pues, dos los elementos materiales que estructuran la infracción, cuya imputabilidad supone, por lo demás, la intención y voluntad de fugarse (dolo genérico): una detención legalmente decretada y el acto de liberación con que el agente hace nugatoria la restricción de su libertad personal por el poder público.

Ahora bien: que es el segundo de estos elementos el que sirve para determinar la consumación del ilícito, no solo se infiere de los términos empleados por el artículo 203 ('El que se fugue, estando legalmente detenido'), sino de la doctrina de los autores. '*La evasión se consuma* —dice SEBASTIAN SOLER— *en el momento en que el sujeto logra desvincularse de su anterior estado de detención, por haber salvado los obstáculos materiales opuestos por los dispositivos de encerramiento y por haberse desvinculado de los perseguidores.* Mientras no se ha logrado esa relativa consolidación de su estado de libertad, el delito se encuentra en tentativa' y GIUSEPPE MAGGIORE 'El momento consumativo se verifica en el acto mismo en que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea capturado de nuevo. Mientras no se verifique ese resultado (la liberación), puede haber tentativa'" (G.J. t. LXXXII, págs. 336 y 337).

En 21 de julio de 1944, había dicho:

"No es válido el argumento de que la fuga es una manifestación meramente ancestral del hombre... *tampoco se descaracteriza la fuga a causa de consumarse sin violencias* que el Código no tiene en cuenta sino para aumentar la sanción" (G.J. 2010 a 2014, pág. 645).

En 1956, dijo, volviendo a insistir sobre la tesis de marzo 15 del mismo año:

"La evasión se realiza sustrayéndose el preso de la acción restrictiva de su libertad y burlando la vigilancia de las autoridades encargadas de su custodia y conducción, y natural que esa evasión tiene un momento de culminación y ese momento se-

ñala y fija el lugar de su ejecución" (G.J. tomo LXXXIII, pág. 1023).

Igual tesis volvió a sostener en 1957:

"En otros términos, la fuga presupone la existencia de un auto de detención; provisional, por la imputación de un hecho constitutivo de infracción penal, o definitivo, como resultado de una sanción por delito cometido, y la *sustracción de la privación de la libertad, es lo que la ley sanciona como fuga*" (G.J. tomo LXXV, pág. 778).

Sobre los elementos estructurales, sostuvo en auto de 1958:

"*Este ilícito contra la administración de justicia solo requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el detenido esté en forma legal; y b) Que esa detención obedezca a un delito que se le imputa.* Si hay providencia escrita de autoridad competente; si ella se ha dictado de acuerdo con las formalidades previstas en la ley; y si esta providencia la conoce el imputado, y se evade, el delito de fuga está jurídicamente perfecto, sin que sea necesario que la evasión se efectúe de la cárcel, pues puede cometerse en otros sitios a que hubiera sido llevado el detenido para la práctica de una diligencia o mientras se le conducía con esa finalidad. *Nada de ello incide en la estructura del delito, si se han llenado las exigencias que se acaban de indicar*" (G.J. tomo LXXXIX, pág. 608).

Las orientaciones de la Corte, han sido recogidas por el Tribunal Superior de Medellín, en diversas providencias; a continuación transcribimos importantes extractos:

En junio 16 de 1970, confirmó el H. Tribunal sentencia especial proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Dabeiba, de octubre 22 de 1969, por medio de la cual se ordenaba la cesación de todo procedimiento en contra del procesado:

"Ahora bien, la fuga de presos, delito llamado 'evasión' en la doctrina y en otras legislaciones, *consiste en sustraerse voluntariamente a la esfera de custodia o vigilancia de la autoridad, burlando una condena o un mandamiento judicial de detención preventiva formalmente legítimos.*

Son tres los presupuestos de esta ilicitud, a saber:

a) Que el agente de la infracción se encuentre legalmente detenido purgando una condena o en forma preventiva;

b) Que la detención tenga por causa un delito o un estado de especial peligrosidad social;

c) *Que se realice el hecho físico de la evasión*" (Crónica Judicial, N° 303, año 58, pág. 314 y ss.).

Tesis contraria a la anterior fue la sostenida en noviembre 3 de 1971, cuando el Tribunal se pronunció sobre el caso de un sindicado que huyó de un despacho judicial, cuando aparentemente no tenía vigilancia a la vista:

"La fuga de presos no puede tener el alcance que se le pretende dar. Este delito se caracteriza por una burla a la autoridad, burla que consiste en obtener una libertad ilegalmente, haciendo cesar una detención sin que funcionario alguno la haya concedido. No se necesita ocultamiento, ni la huida precipitada, pues entonces se desnaturaliza la infracción. *Basta la simple evasión, por cualquier medio y en cualquier forma, para que el delito se configure*" (Crónica Judicial, N° 304, año 59, págs. 204 y 205).

En un caso, en que el fugado se le permitió trabajar sin vigilancia fuera del lugar de detención, y decidió no volver, dijo la misma Corporación en junio 8 de 1972:

"Estar detenido es no sólo estar encerrado sino llevando sobre sí un mandato jurídico de privación o soportando un régimen disciplinario de tipo carcelario. De manera que quien se fugue, prevalido de la confianza que se ha depositado en él, al permitirle salir a espacios abiertos a cumplir tareas de cualquier género, no solo está abusando de la confianza en él depositada sino que está quebrantando el régimen disciplinario del establecimiento y, aunque el señor juez se le haga imposible aceptarlo, al igual que el Dr. PACHECO OSORIO, se está saliendo de su encierro. . . *fugarse de una cárcel, es, en sentido material, salirse de su ámbito, pero en derecho es algo más sutil, algo que trasciende la vulgar acepción del vocablo, para buscar, dentro de estructuras de más compleja naturaleza, un sentido que aprehende situaciones abstractas y libera el espíritu de las limitaciones semánticas*" (Crónica Judicial N° 305, año 60, págs. 166 y 167).

Mediante providencia de marzo 18 de 1972 la Corporación, citó a la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

"*El delito de fuga es la simple violación de un mandato judicial de detención o condena de un procesado y de las normas de régimen disciplinario de la institución en que se cumple tal*

mandato, la que puede realizarse no solo mediante violencia en las personas y edificios, sino también mediante fraude, engaño y abuso de confianza dada al evadido, casos todos estos en los cuales aquel se sustrae o evade del régimen de una cárcel determinada, al que está sometido por orden emanada del juez del proceso" (Crónica Judicial N° 305, año 60, pág. 168).

En julio de 1979, en el caso de un procesado que citado para un sorteo de jurados, con permiso ilegal de su guardián, se evadió por espacio de dos días, dijo la misma Corporación:

"Si el bien jurídico tutelado con la figura de la "Fuga de Presos" es la eficacia de la administración de justicia, se entiende que el Estado debe disponer los medios necesarios para tal fin. Pero si, como ocurre en el caso de autos, el personal humano en quien se ha depositado esa misión no la cumple a cabalidad o se desvía de sus estrictas funciones, *de ninguna manera se puede reprimir al individuo que, restringido en su libertad, acude a todos los medios posibles para que su estado de reclusión no se haga tan penoso*" (providencia no publicada).

De las transcripciones que hemos hecho, se colige claramente, que son también dos las tesis —al igual que en la doctrina nacional y extranjera— que se debaten en nuestro medio judicial.

En la providencia que el H. Tribunal ha proferido con fecha 25 de abril de 1980, encontramos que éste se afilia a la tesis, según la cual la evasión supone que el recluso haga nugatoria la restricción de su libertad, por parte del poder público, burlando la vigilancia ejercida por sus custodios, así como los resguardos materiales que la limitan.

Para el caso, el procesado no burló la vigilancia sobre él ejercida, pues en el momento en que decidió irse del lugar donde se encontraba en compañía de su familia, no estaba sometido a ningún tipo de custodia, como que mediaba un permiso ilegal, en virtud del cual había sido puesto afuera. Desde este punto de vista, sería un contrasentido, afirmar que se ha fugado alguien, que previamente ha sido liberado por sus custodios.

La opinión que sostuvo el H. Tribunal, es diferente a la sostenida por el señor Juez a-quo²⁹, quien es partidario de la tesis, según la cual, fugarse es sustraerse al estado de restricción de la libertad en que legalmente se encuentra el procesado o condenado; apartes de la providencia por él dictada en febrero 16 de 1980, son los siguientes:

29. Como Juez del conocimiento actuó el Dr. ANDRES F. NANCLARES A., Juez 1º del Circuito Penal.

“Al marcharse faltando a la confianza depositada en él por el policía, Javier, en lugar de estar burlando al agente, lo que estaba era quebrantando ese nexo jurídico que lo mantenía vinculado a la investigación por homicidio. Como él no estaba vinculado al policía ni a la cárcel en virtud de ningún mandato, obviamente era con el Estado con el que tenía el compromiso jurídico. Entre Javier y el Estado, a través de medios físicos como la custodia de un policía o los muros de una cárcel, existía una relación jurídica que coartaba la libertad del primero. Cuando el señor apoderado sostiene que Javier no se valió de ninguna maniobra para salirse de la cárcel o eludir la vigilancia del agente, está cayendo en una imprecisión de orden lógico formal. El efecto lo constituye el dolo genérico, la voluntad finalista de fugarse. El policía o la cárcel no son más que *medios* para mantener limitada la libertad de quien está comprometido con el Estado por un auto de detención. De modo que el señor apoderado, al establecer una relación causativa entre el policía y el detenido, está confundiendo el medio con la causa. No puede dársele al guarda, al estructurar el delito de fuga, la calidad de causa, pues de él no emana la obligación del preso, sino la mera entidad de *medio* entre el auto detentivo y la fuga. Desde el punto de vista jurídico-formal, pues el señor apoderado, y con él el grupo de intérpretes que le sirven de referencia, incurren en una truculenta desvertebración del tipo penal descrito en el art. 203 del C. Penal”³⁰.

Para concluir estos apuntes, digamos que con el comentario realizado, se ha cumplido el objetivo inicialmente propuesto, como era ubicar la providencia que inicialmente publicamos, dentro de los diversos marcos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, que sobre el tema se han propuesto. Hemos hecho hincapié, de otro lado, en que la represión de la fuga simple, no tiene sentido en un Estado como el colombiano, que dice tener un ordenamiento jurídico orientado hacia los postulados democráticos.

30. Puede consultarse el expediente No. 481, Fl. 126, radicado bajo el No. 2710, paquete 110.

FORO HISTORICO

UNA TEORIA JURIDICA SOBRE LA TORTURA

Dr. J. Guillermo Escobar Mejía

Medellín, 23 de abril de 1980

FISCALIA DECIMA
DEL TRIBUNAL
SALA DE DECISION PENAL

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSE LUIS GOMEZ P.
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

Honorables Magistrados:

En el curso sobre el nuevo Código Penal que organizó el Colegio de Abogados de Medellín, pudimos escuchar una excelente conferencia dictada por el Dr. Juan Fernández Carrasquilla. En uno de sus apartes, empujado al impulso de temática sublime, angustiado ante el terrible deber judicial que nos corresponde cumplir ante una horrida realidad que nos circunda, dijo, refiriéndose al injusto tratamiento que están recibiendo innumerables intoxicados crónicos, que era necesario construir una teoría jurídica que científicamente fundara una conceptualización sobre la llamada “dosis personal” del Estatuto de Estupefacientes. Con honda alegría espiritual hemos visto que, en jurisprudencia del 14 de abril del presente año, ya se ha cristalizado el anhelo jurídico y la realidad social ha sido enriquecida con principios de equidad.

Grato es significar que el H. Magistrado Ponente, en este caso sub judice, hizo parte de la revolucionaria jurisprudencia que nos permitíamos citar. Ello y el conocer el mérito y la reciedumbre moral de los demás Magistrados que integran esta Sala de Decisión, animan, ahora, con fundamento de

autoridad que anticipadamente reconocemos, el impulso creativo que obsede a esta Fiscalía para pretender hoy, en este caso, que, tomando altura en el éter immaculado de los principios científicos y por regiones dominadas por la filosofía del Derecho, el H. Tribunal se atreva, con escudo esmaltado y probó, a construir con seriedad y empeño una teoría jurídica sobre LA TORTURA.

Será necesario, en primer término, alinderar, con rigor y adustez, nuestro campo de acción. De lo contrario la amplitud de la horrorosa figura, puede distraernos y al final restar méritos a nuestra concreción judicial. Sí, ya lo hemos dicho: Tan sólo nos corresponde evaluar los efectos de la tortura en el proceso penal; definir hasta donde afecta el valor de las pruebas judiciales y qué actitud debe asumir el Juez, cuando, en un expediente que espera su resolución de autoridad, encuepra la sombra siniestra del verdugo. Nada más: esos son los límites estrictos que concitan al cumplimiento de nuestro deber.

Corresponde a otros el estudio sociológico de la vergonzosa presencia de la tortura; no hacemos parte del torbellino discrepante; no estamos autorizados ni al reportaje, ni a la polémica candente. Nos corresponde, repetimos, el estudio del caso concreto y con él la proyección jurisprudencial. Por tanto, las referencias que hagamos así sean sociológicas, como ineludiblemente tiene que acontecer, tienen, empero, un estricto valor académico y no se salen del sagrado recinto de la Justicia. Dicho en forma más amplia y comprensiva: Pertenecen al cumplimiento del deber del juez que si lo obvia es alcahuete, connivente y aún puede llegar a ser prevaricador. Nuestras razones pertenecen a la rama jurisdiccional, a su deber de administrar justicia en casos concretos. En una palabra: Están vestidas de TOGA.

* * *

EL CASO:

El señor Alcalde de Guadalupe obtuvo noticia de un sembrado de marihuana, extenso, ubicado en la finca "El Algarrobo", en jurisdicción del Municipio de Anorí. Informó a sus superiores en la ciudad de Medellín y estos dispusieron el envío de una comisión policiva, integrada por los agentes: Misael Grajales Ospina, Jesús Albeiro Montoya Osorio, Didier Agudelo Betancur, Rodolfo Pareja Villada y José Gerlein García Galeano.

El 20 de enero de 1979, esta comisión, en cumplimiento de su deber, se dirigió al sitio de la referencia. Allí encontraron un sembrado de 7.000 matas de marihuana, cuya altura era de dos y tres metros. Regaba las matas el procesado José Constantino Cadavid Giraldo y custodiaba el sembrado el joven José Horacio Molina Elorza. Decomisaron una escopeta marca Rémington, calibre 16, con 22 cartuchos.

Era un triunfo de los representantes del orden. Su deber era simple: Capturar y hacer indagaciones de Policía Judicial. En ese momento los ciuda-

danos detenidos tenían derecho a su integridad personal y al respeto de su dignidad: Estaban protegidos por el manto inviolable de un ESTADO DE DERECHO. Las autoridades, por respeto a sí mismas y por transparente mandato de la Constitución y de la Ley, no tenían derecho a mancillar su acto de autoridad, como en realidad lo hicieron. Leemos, con grima, los siguientes apartes procesales:

Al fl. 18, en una frase de Constantino Cadavid, por primera vez, aflora la indebida conducta de los agentes: "...lo que pasa es que esos señores del F-2 tratan muy mal a uno y dice uno que eso no es y ellos dicen: 'Cómo no cabrón' y aporrean a uno...".

Perdón, antes al fl. 15, en su indagatoria, había dicho José Horacio Molina: "Muy bien porque esa gente yo les iba a decir la verdad y ellos me estaban aporriando mucho, y ellos inclusive me decían que tenía que decir y yo por no dejarme matar de ellos tuve que decir lo que ellos me decían, todo lo que haiga dicho ahí, fue porque ellos me estaban maltratando mucho y yo les iba a decir la verdad y entonces ellos me aporriaron y yo por no dejarme aporriar les tenía que aceptar y decirles que sí...".

Al fl. 44 vt., amplifica Horacio Molina:

"En el trabajo..." "...me amarraron por detrás y me dieron una patada en el costado derecho, me voltieron boca abajo, me agarraron a madera y después me pusieron una pata en la nuca y sacaron un revólver pa (sic) matamen (sic) y entonces de ahí me hicieron parar y me pusieron una peinilla de filo aquí en la nuca (señala la nuca) y no me hicieron más nada y eso me lo hicieron para que dijera que el señor Jesús Quirós era el dueño de eso. En este estado el suscrito Apoderado solicita al señor Juez dejar constancia sobre la verdad o no del permiso al médico a que se refiere el sindicato; a la vez solicitó que el señor médico informe en relación con la dolencia que haya encontrado al sindicato: El suscrito funcionario interviene y dice: Sí, él me solicitó permiso y sí se le concedió".

Al fl. 55 el señor Médico Director del Hospital San Juan de Dios de Anorí, doctor Francisco Abel Tobón A., certifica al señor Juez de Anorí, lo siguiente: "El suscrito médico director de la unidad de salud de Anorí certifica: Que ha practicado el primer reconocimiento médico legal al señor JOSE HORACIO MOLINA encontrando:

- 1) Fractura de la 11 costilla de la parrilla costal izquierda en su región anterior.
- 2) Que las lesiones fueron producidas con arma corto-contundente.
- 3) La incapacidad provisional es de más de 15 días.

4) La incapacidad definitiva y secuelas se darán en un nuevo reconocimiento médico legal”.

Este dictamen tiene por fecha el 9 de marzo de 1979. Recordemos que los hechos tienen por calenda el 20 de enero. En cuanto hace al numeral 2, es de inferir que se trata de huellas equimóticas dejadas por la cinta metálica de una peñilla o machete. Finalmente, el proceso se agotó sin orden de desglosar las pertinentes constancias para adelantar el proceso que por lesiones personales exige este mismo dictamen médico; tampoco se allegaron los “nuevos reconocimientos médico legales”, para establecer “la incapacidad definitiva y secuelas”. Esto sucede porque los jueces olvidan su ascético y sacrosanto deber de ser irreductibles en el cumplimiento de su deber judicial, amedrentados, tal vez por su propia sombra que los hace pusilánimes o quizá por una presentida atmósfera de complicaciones personales, no enfrentan el injusto con paladina resolución. Es tan decadente la moral judicial que soslayando todo compromiso de testimonio se subsumen los jueces en píelagos gelatinosos de silencio, al punto que de no haber sido por la diligente conducta del señor Apoderado, el señor Juez hubiera ocultado la lacerante situación. Digamos esto, jurisprudencialmente, para resurrección del poder Judicial; freno de la barbarie; entereza y carácter de los jueces; en fin, para cumplir con nuestro DEBER. Y no es mucho pedir. No se requiere ser un arquetipo de coraje o remedar campos del Mío Cid; basta, simplemente, entender que la denuncia y la oposición al delito es connatural a nuestras obligaciones judiciales y tener una noción enteriza de la funcionalidad del Poder Jurisdiccional: Que cada Juez se sepa no fragmentación subjetiva y celular, sino un TODO, que él representa. Somos condensación de los avances de la civilización. En cada Juez está cristalizado el Estado de Derecho.

Y no haya desaliento en el pensar que quizá todo naufrague en esferas de juzgamiento que nos son extrañas. Recordando a Pedro Nel Ospina, pudiera decirse: “El único esfuerzo que se pierde, es el que no se hace”; y, sucede en esto de la dinámica social que el empuje total, por simple ley de la inercia, ineluctablemente remueve los obstáculos y abre caminos rectilíneos.

* * *

Retornando al cauce procesal y llegando, nuevamente, al fl. 44 vt. que habíamos dejado, escuchamos de José Horacio Molina una anotación más de coacción. Se refiere ella ya no a los sufrimientos físicos soportados en el lugar de la captura, sino al método de quebrantamiento psicológico que se utilizó en el fortín del F-2 de Medellín, a donde se trasladó a los detenidos el 23 de enero, cuando en verdad debieron ser puestos a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí, competente, por el factor territorial, para instruir el sumario. Dice el joven Molina: “Yo tuve que decir porque y les iba a decir la verdad, porque ellos me dieron un golpe y me iban a llevar

para un aparato que llaman *el tábano* para torturamen y yo por no dejarme torturar, tuve que decir porque ya me habían dado un golpe y me iban a maltratar” (subrayas nuestras que quieren llamar la atención sobre la tecnificación de los medios de tortura).

Hasta aquí José Horacio Molina Elorza, el joven de 17 años de edad. Pudiera hacerse otras citas, pero las anteriores resultan suficientes para entender su drama.

Tal vez valga agregar, del mismo Molina, una frase más, en razón de no referirse así mismo, sino a Constantino Cadavid. Su oración testifical, es esta: “Sí, a Constantino también lo aporriaron, claro que yo no vi, porque él estaba en el cultivo y yo estaba en un ranchito porque estaba muy enfermo, eso quedaba a unos 50 metros más o menos y no se veía el ranchito a donde estaba Constantino, porque tapaba el ranchito, él me dijo que lo habían aporriado y se quejaba mucho de una mano” (f. 45).

Y Constantino Cadavid da fe del comentario al fl. 46:

“El día que me capturaron, como anteriormente lo dije, fue un 20 de enero, sábado, yo estaba trabajando cuando menos pensé llegaron y me capturaron, ¿cierto?, me quitaron la peñilla y me dijeron ‘No te movás hijueputa que es el F-2’, con la correa de la peñilla me amarraron las manos por detrás, me hicieron echar boca abajo y me humillaron mucho, me daban con el pie, me corrían la peñilla por el lomo aquí en la nuca (señala la nuca o mejor el cuello) y me ponían esas armas de fuego en la cabeza o en cualquier parte del cuerpo cierto?, y me decían que tenía que decir quien eran los principales y yo les decía que yo no sabía y más me aporriaban y me humillaban y me decían: ‘Tenés que *cantar* hijueputa o te matamos’, entonces yo les dije que no me humillaran tanto, que era mejor que me mataran y me hicieron dos tiros ahí contra la cabeza, que me tiraban tierra a la cara, entonces me dijeron, ‘no me negués, que nosotros estamos más informados que vos’, y posiblemente porque yo no sabía nada porque yo con el único que cuadré, fue con ese muchacho Horacio Molina, y después me cogieron con un garrote y me dieron mucho garrote a dos manos, que tenía que decir lo que ellos decían que les dijera, eso fue a donde me cogieron, y yo viendo que me iban a matar, inclusive yo no he sido de esas cuestiones, no me ha tocado eso, uno amarrado indefenso, tiene que acceder mejor dicho, aunque sean mentiras o caprichos de los captores y luego se fueron y capturaron a Horacio, pero dejándomen a mí amarrado y sujeto a otros dos señores, no es más”.

Más adelante, agrega: “Desde el momento de la captura no fue, claro que ellos allá me dijeron que tenía que decir la verdad, que ellos iban mejor informados que él, “no nos vas a negar perro hijueputa que, no nos obligués a tenerte que matar y tirarte a una cañada de estas...” (f. 46 vt.).

No hay, Honorables Magistrados, dictamen médico-legal sobre las lesiones de Cadavid Giraldo. A nadie le preocupó el asunto. Ni al señor Juez, ni al Alcalde, ni al Personero. A nadie. Además, este Constantino tiene una carnadura de jornalero tan sólo comparable a su crasa ignorancia y no hubo apoderado profesional que indagara, como en el caso de Horacio Molina, si había solicitado un permiso para ser atendido por el médico. Seguramente, ni siquiera lo hizo porque el jornalero, como hacen los animales montaraces que se curan las heridas con ramas de su propio bosque, así, también, las gentes oriundas del campo se curan las heridas con destilados de su propio dolor y pócimas de amarga soledad. Esto los hace superiores: Son filósofos estoicos que poseen un alma de roble.

Toda subraya nuestra pretende una idea. Subrayábamos en el texto de Constantino Cadavid la palabra *CANTAR*. Lo hicimos porque sabemos que ella sintetiza todo un tratado de psicología del torturador:

La revista "Concilium", cuya autoridad en Europa es ampliamente reconocida como foro y faro de la teología cristiana moderna, en uno de sus números, perteneciente a las ediciones/79, publicó un valioso estudio sobre el método que se utiliza para formar, enfermar pudiéramos decir, los modernos escuadrones de torturadores. Es una técnica compleja y patológica: Va desde el propio sufrimiento hasta la competencia en la crueldad. El educando se autoflagela, soporta la sed y el escarnio; como medida de compensación se befa del que no resiste o del sensible. Es un estoicismo en marcha no hacia la virtud, sino hacia el sadismo. Se arranca de un embrión deshumanizador: El propio masoquismo que al recibir por enfermiza axiología el privilegio de VALOR, aún como disvalor la sensibilidad de los demás. Todo esto encuadra dentro de un programa que al tiempo es tentación de ascos y prebendas, merecidas y ganadas por el "super-hombre" que debe convencerse de la grande importancia de su desempeño social en razón de estereotipos mentales fijados acriticamente: "Lo hacemos por la patria"; "lo hacemos por la religión cristiana"; "lo hacemos por la familia"; "lo hacemos por nuestros hijos", etc.

Al finalizar el curso ya está "construido" el "super-hombre", el verdugo moderno. Empero, como su papel es tan horrible y quebranta la evolución civilizada que está en marcha y concretizada en cada uno de nosotros, es necesario, para que la conciencia crítica y la vergüenza no emerja, en el mañana, con los ayes de los torturados, que se construya un lenguaje protector que nutriéndose de la paradoja lleve a la conducta cruel, como sedante, un humor negro. Por ello no se habla de salas de tortura, sino de "casas" de diversión y al torturar mismo, se le llama: "hacer cantar". En esto, claro está, hay un refinamiento psicológico.

* * *

¿Qué obtuvo la tortura en relación con los sujetos José Constantino Cadavid y José Horacio Molina Elorza? Un ablandamiento total. Pudiera de-

cirse que el dique de reserva íntima, ante la presión de los golpes y las amenazas, sufrió un vencimiento total, se desmoronó en términos absolutos. El derecho del silencio que el Derecho Penal protege porque nuclearmente está unido a la presunción de inocencia que sólo cede ante la prueba judicial legítimamente recepcionada; este silencio que es alba que se ciñe a la dignidad del hombre, porque es connatural a éste su deseo de defensa, el temor al displacer; y, porque en el silenciar puede existir una razón altruista o afectiva, este silencio, en fin, que en el derecho constituye una celda inviolable a la que sólo puede llegar la comedida exhortación de decir verdad, fue roto, escarnecido, torturado.

Por ello los procesados hablaron.

Eso se buscaba. Eso se obtuvo. Nada importa, por ejemplo, que José Horacio Molina Elorza haya tenido que denunciar a su propio hermano: Jorge Isaac Molina Elorza. Este fue detenido en su sastrería de Guatapé, cuando la comisión retornó al atardecer del 20 de enero.

Aquella peinilla cuyo cintilar amenazante estuvo sobre la garganta de José Horacio Molina Elorza, también cortó el Art. 25 de nuestra Constitución Nacional: "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Esta exoneración del deber denunciar, está también repetida, directamente, por el Art. 13 del C. de P. Penal. Existe, además, vigilantes y precisas, una serie de normas sobre conducta judicial en relación con la investigación de los autores y partícipes de un delito, que con severidad consagran la hidalguía, la lealtad y la dignidad, como principios rectores para recepcionar indagatoria. Por ello el artículo 387 del C. de P. Penal atisba sólo hacia las preguntas conducentes a la averiguación de los hechos y el Art. 388 acrimina los sistemas inadmisibles de interrogación con un tenor imperativo: "Es absolutamente prohibido no solo el empleo de promesas, coacción o amenazas para obtener que el procesado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva".

Las diligencias que violen estos mandatos de antemano, por gangrena jurídica, deben cercenarse del proceso y se reputan, con la máxima sanción del derecho, como INEXISTENTES.

Y al final de cada proceso, en la hora última del juicio, cuando se trata de dictar sentencia penal, el artículo 215 del C. de P. Penal, recuerda que para dictar una sentencia condenatoria debe existir plenitud en la prueba de la infracción y en la responsabilidad del procesado; y, advierte que sólo es válida la prueba "legalmente producida"; es decir: LEGITIMA.

Al Derecho Penal y, más profundamente, a LA CIVILIZACION, no les interesa la verdad formal, sino la verdad esencial cuyo presupuesto ineluctable es la legitimidad, el respeto al Estado de Derecho.

Aún la verdad "verdadera", si ha sido fruto de una conducta viciosa o antijurídica, tórnase despreciable e inaceptable. No importa que la secuencia sea la impunidad de un delito concreto, el parangón es ya axiológico y en respaldo del Estado de Derecho y de la evolución civilizada de la humanidad, vale el sacrificio de la particularidad.

Con estos presupuestos podemos llegar ya a una verdad "verdadera", pero viciada:

Al fl. 6 en diligencia que se cumplió ante la Policía Judicial (un teniente del F-2, en la ciudad de Medellín, y que se denomina con el título cínico de "versión libre y espontánea", el retenido José Horacio Molina Elorza, destruida su reserva y su interioridad, confesó, circunstanciadamente, el delito de siembra de marihuana y denunció como coautores: a su propio hermano, Jorge Molina y a Jesús Quirós, como autores intelectuales y proveedores financieros de la siembra ilícita; indicó como actores materiales a José Constantino Cadavid y a Ernesto Rivera; marcó tilde de complicidad para el mayordomo de la finca, Danilo Jurado. Se acriminó así mismo, sin reserva alguna.

Al fl. 7, José Constantino Cadavid Giraldo rinde su "versión libre y espontánea". Ha de verse como coincide en cada momento, en cada personaje y en cada circunstancia, con José Horacio Molina Elorza. Tan solo difiere en una agregación: Denunció, también, al campesino César Zea como el cultivador independiente de "unas 15 a 20 matas de marihuana" que estaban sembradas "más abajo" en "un pequeño cultivo".

Este perfecto ensamble circunstancial revela, apodícticamente, que ellos dijeron toda la verdad. Ciertamente, cada uno de los personajes por ellos indicados actuaron delictualmente; nadie dude, repetimos, que esta es la "verdad verdadera", porque sólo ella produce la traumaturgia de la impoluta transparencia de un cristal puro. Sí, los hechos narrados responden al proceso delictual verdadero, tanto que la ideación se torna objetiva cuando se convierte en planteamientos de realización y, luego, casi físicamente se asiste a la roza del barbecho y al germinar de las matitas de marihuana y a su cuidado y abono, al regadío, al crecimiento hasta el tiempo de la poda del ramaje que ya se iba a realizar. Todo ello es cierto, pero está podrido: Esa verdad no es legítima.

En razón de la conducta de estos dos procesados, se detuvo a Jorge Isaac Molina, en Guatapé, y a José de Jesús Quirós Rivera, por el F-2, en la ciudad de Medellín.

Uno y otro niegan toda participación en el delito.

Esto, a pesar de la coacción que sufriera Jesús Quirós, cuya voz denunciante, dice al fl. 21:

"...me llevaron al F-2, me guindaron a golpes, me dijeron que tenía que decir no sé que cosas, que se trataba de un cultivo de marihuana que habían cogido esa semana antes, que de lo contrario, *después de las seis de la tarde veríamos a ver...*".

(La amenaza, para la hora vespertina, era más grave que los golpes mismos. Sin embargo, Quirós, tuvo la reciedumbre anímica suficiente para resistir y silenciar).

José Isaac Molina no sufrió ni golpes ni amenazas. Su suerte pudiera enviársela los ángeles mismos. No entendemos el porqué fue la excepción. Ello le permitió asumir una enhiesta actitud de negatividad procesal. El significado de esta actitud constituye, siempre, un motivo de análisis judicial que puede resultarle adverso a un procesado; pero lo indiscutible es que este ampararse en la renuencia o en la negación es un derecho para cada sindicado.

* * *

Al fin, hubo un día de sol: El 2 de febrero: —Las autoridades del F-2, ahíta ya su concupiscencia investigativa, entendiendo que ya había prueba suficiente para condenarlos a todos, envió el proceso al Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí.

Aparentemente, se retorna a la normalidad plena. Da para pensar así el saber que la justicia ordinaria tiene un alma universitaria, compenetrada por formación y vocación con el Estado de Derecho que debe, cotidianamente, vivificar.

Y realmente desaparecen las coacciones, formalmente todo es puro, diamantino y legítimo.

Entonces, los procesados José Horacio Molina Elorza y Constantino Cadavid Giraldo, amparándose en la tortura sufrida, juegan a una rectificación parcial que será su constante durante la etapa sumarial y en el juicio. Dirán, con euforia, que ellos son los únicos autores materiales de la siembra de marihuana, que sólo accidentalmente y por unos días les ayudó Ernesto Rivera, quien actuaba de buena fe creyendo que el sembrado era de frisol o de tomate; del mayordomo, Danilo Jurado, afirmarán que nada sabía. Inventarán como autor intelectual, único, a un personaje fantasmagórico: "Don Aurelio", cuyo apellido no se recuerda.

Para infiltrar credibilidad a tal supuesto, José Horacio Molina afirma haber conocido a "Aurelio", ocasionalmente, en Guatapé, en donde le propuso que emprendiera la siembra de marihuana y para el efecto le entregó semillas, dos mil pesos y le indicó el terreno donde podía trabajar "sin preocupación

alguna". Quedando en retornar a los dos meses, sin que cumpliera su promesa e ignorándose dónde puede encontrarse. Así las cosas, consiguió a Constantino como peón y luego, al no tener noticias de Aurelio, resolvió asociarse con Constantino, quien vendió un cerdo y le dio cuatro mil pesos de capital para entrar en sociedad.

Constantino, respaldará integralmente a Molina.

Dirán, consecuentemente, uno y otro, que Jorge Isaac Molina y José de Jesús Quirós Rivera son inocentes.

Las referencias sobre José Isaac Molina son lacónicas. En cambio es ostensible el ánimo defensivo en favor de Quirós Rivera. A tal punto se llega que la explicación que ellos dan a las torturas sufridas es sólo esta: Querían los del F-2 que responsabilizáramos a don Jesús Quirós, cuyo nombre tenían anotado en un papel. Pero la verdad suprema es esta: Quirós por encima de TODO y TODOS es inocente. Puede la justicia castigarlos, dicen los procesados, pero CUANTO ANTES debe liberar de todo cargo a Quirós.

De pronto, el sumario parece no tener sino un solo objetivo: Destruir los cargos contra Quirós; un solo sujeto: Jesús Quirós; una sola preocupación: Liberar a Quirós. Claro está que en razón de la ligazón que los une, por ser bueyes de una misma yunta, Jorge Isaac Molina resulta beneficiado porque el día que caiga el yugo para Quirós, también cae para él. Sin embargo, procesalmente Molina tan sólo es pálida sombra, sólo brilla, sólo se menciona al señor Quirós.

Todo esto está idóneamente orquestado por la acuciosidad profesional de un distinguido abogado, de merecidas campanillas, que contratado por Quirós asume insomne su deber de defensa. Así, desfilan abundantes testimonios sobre la patriarcal conducta del señor Quirós; se edifica la hipótesis del odio de los carniceros de Guatapé contra el rico competidor que es Quirós, como explicación de los vejámenes persecutorios del F-2; se fomentan y amplifican en los careos las rectificaciones propicias, se llega hasta lo insólito: El Cabo Didier Bermúdez Sepúlveda, al fl. 50 vt. y 51 hace la apología de Quirós, confirma el odio de los carniceros de esa localidad y... afirma que Molina no ha acusado a don Jesús Quirós, que éste es víctima de una confusión con un sujeto que apodan "El Barbado". En concordancia ya se verá el esfuerzo descriptivo de Horacio Molina para decirnos que su "don Aurelio" es "acuerpado, no tiene señales particulares que lo distinguan, él se *ajeita pero es muy tupido de barba*" (f. 83).

Casi que una risa no nos cabe en el cuerpo. Sin embargo la silencio una amargura:

"¿Sabes cómo se consigue hacerse libre?"

"Primero, ganando dinero; luego, pensando".

"¿Y la muchedumbre de los desposeídos?"

"El montón, la masa, nunca será nada".

(El diálogo de la cita ha sido tomado de Azorín, de su comentario crítico-literario a una novela de Pío Baroja: "Aurora Roja").

José de Jesús Quirós Rivera no tuvo necesidad de pensar, otros pensaron por él. Y obtuvo la libertad cuando como corolario del sobreesimiento temporal que lo amparó, prestó fianza por \$ 500.00, como puede verse al fl. 173. Arrastró consigo, por los caminos de la libertad física a: Jorge Isaac Molina Elorza, Danilo Jurado y Ernesto Rivera. Sobre el campesino Zea desde antes se dispuso desglosar las copias pertinentes para proseguirle investigación independiente, autónoma.

Quedaron sí enjuiciados: José Horacio Molina y Constantino Cadavid. Así siguieron el camino procesal, a costas con su cruz a cuyo peso agregaron las cruces de los otros. Por ello puede decirse que de cierta manera también son "Cirineos". Al fin concluyeron el recorrido y llegaron a la cima: 27 meses de presidio.

Esta sentencia, por el grado jurisdiccional de consulta, nos corresponde, ahora, revisar.

* * *

Quien estudie con rigor este proceso, necesariamente llegará, probatoriamente, a esta distinción:

A. La prueba que se recogió inicialmente está afectada directamente por la tortura.

B. Posteriormente, por acción del Juzgado Promiscuo Municipal de Anorí, se instruyó un sumario sin externas coacciones y respondiendo en su trámite a los mandatos de ley.

¿Cuál su valoración?

La prueba perteneciente al ordinal A, no admite vacilación alguna: Se reputa como inexistente. Ya hemos dado las razones jurídicas pertinentes.

En cambio, cuán grave se presenta la valoración de las pruebas del ordinal B.

Lo fácil, lo mecánico y lo aparente, sería decir como lo hiciera el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi, en el fallo condenatorio, que esta prueba está incontaminada y que por ello las confesiones de Horacio Molina y Constantino Cadavid, hechas con euforia espiritual y sin presión judicial, constituyen un legítimo acopio para el criterio judicial.

Sin embargo ello no puede aducirse sin cierto rubor ético: ¿Acaso, no puede decirse que estas segundas confesiones y la euforia al rendirlas, no son, en precisión psicológica, efecto de una causa viciada: La confesión torturada?

Negar esto es no comprender el grave y quizá irreparable daño que produce la tortura: Ella destruye, en un momento dado, la identidad del torturado. Luego, el proceso de recuperación es tortuoso y paulatino. Podemos ser engañados y no apreciar el fenómeno en su profundidad, por apariencias de seriedad y aún de alegría. En veces la misma reiteración de la verdad arrancada con la tortura y el agregado de circunstancias verdaderas que ni el tormento pudo arrancar, dirá que la personalidad del sujeto aún está enferma y su miedo, oculto bajo la obsecuencia, sigue confesando lo que por derecho pudiera silenciar. Cuando así se piensa, se piensa científicamente. Y, entonces, nadie será osado a afirmar que se trata de una confesión "libre y espontánea"; vale decir: Legítima.

¿Por qué decíamos, en el párrafo anterior, que la tortura destruye la identidad del torturado? Una respuesta dramática y seria la encontramos en un artículo de Cristina Peri Rossi:

"La tortura constituye un intento de despersonalización, de posesión del prisionero, de ataque, minucioso y metódico, a la identidad de la víctima. El espacio, el tiempo, la realidad, el cuerpo: Todo esto le es enajenado al prisionero. Lo único que le queda es la memoria, su ideología, su convicción, el sentido de su lucha, sus afectos. Contra este último baluarte se dirigirá toda la batería de la tortura para aniquilarlo. Es en esta instancia donde el dolor, con los aberrantes procedimientos por todos conocidos, entrará a operar, como arma destructora".

"El torturado intuye que sólo puede salvarse del aniquilamiento, si logra preservar, aún en circunstancias tan adversas, su identidad. Es posible que intuya también que la confesión arrancada es el límite que lo separa del sometimiento total, de la defeción, o sea, de su pérdida de identidad. Es muy curioso —y aún no ha sido debidamente estudiado por los psicólogos— hasta qué punto la confesión se vuelve un elemento simbólico, hasta qué punto los dos implicados: El torturador y el torturado, son conscientes de que la confesión es el símbolo de la identidad. Toda la dialéctica: Víctima-verdugo, opera sobre este elemento muchas veces insignificante en sí mismo, pero cargado de valor para ambas partes, puesto que apoderarse del "secreto" de la víctima es haber ganado la partida, destruirlo, provocar su desmoronamiento, y, en cambio, mantener "el secreto", no confesar, no delatar, aún a costa de la vida, es el triunfo moral del torturado".

De lo anterior se desprende una consecuencia cuya verdad la constata el folclore mismo, la experiencia judicial y, aún llegamos a pensar que por

tratarse de la identidad, cada quien, en diálogo con su interioridad, merced a una introspección, puede establecer. Nos referimos a lo siguiente: Cuando el torturado resiste la tortura y logra defender su identidad, la autonomía de su yo, entonces se opera en su alma un fortalecimiento, un enorgullecerse de sí mismo, que hace de la tortura, inclusive, una bandera ideológica de su supremacía. Esto se ve, hermosamente, en el libro, escrito con sangre, de Julio Fucik, a quien dedica Pablo Neruda uno de sus mejores poemas. En cambio, cuando el torturado es vencido y la entrega de su interioridad lo despersonaliza, entonces, ausente ya de los valores que nutrían su presencia vital, se sumerge en la indolencia, en la repetición o avanza ya por dinámica del ultraje, por lo que se pudiera llamar: Ultraactividad de la tortura, por caminos de mayor degradación se subsume en la desvergüenza, como si el lodo fuese su único alimento. Cuando tal acontece tenemos la figura cínica del traidor o el delator de oficio.

Borges admira la identidad de los "malevos" de Buenos Aires. El folclore lo canta en tangos llenos de rebeldía que por ello mismo, seducen el alma de las gentes que viven los bajos fondos ciudadanos. Los procesos judiciales, en muchas ocasiones, confirman el aserto. Para no ir muy lejos, basta mirar de qué manera inútil Constantino acusa al campesino Zea. En fin, nosotros mismos, en nuestra introspección, haríamos propósitos de identidad.

Esta es la tortura: Destruye en un momento dado la personalidad y sus efectos continúan, aún acreciendo el deterioro psíquico, durante un futuro difícilmente determinable.

Es tan grave que no solamente afecta al torturado, sino a la sociedad que lo soporta silenciosamente. Se esparce en ella un sentimiento de inseguridad que la retrae de toda actividad social-dinámica y cada quien busca refugio en la intimidad de sí mismo o en el núcleo hogareño, mientras una paranoia, niebla que todo lo cubre, envuelve todas las actividades cotidianas. Al tiempo, un complejo de culpa atormenta al organismo social y finalmente parece que una actitud esquizoide la domina.

No está bien, por tanto, el facilismo que tradicionalmente domina los análisis judiciales.

Digamos, por ejemplo: La tortura que se ejerció sobre José Horacio Molina Elorza, fue tan grave para su identidad que no tuvo empacho en DENUNCIAR A SU HERMANO.

Digamos, por ejemplo:

La tortura que se ejerció sobre Constantino Cadavid, fue tan grave que en un momento dado venció a su instinto de conservación. Este dato, valiosísimo por demás, nos lo ha dado Constantino, sin darse cuenta de su importancia, cuando en medio de su narración nos dijo: "...y me decían que tenía que decir quien eran los principales y yo les decía que yo no sabía y

más me aporriaban y me humillaban y me decían: 'Tenés que cantar hijueputa o te matamos', entonces yo les dije que no me humillaran tanto, *que era mejor que me mataran* y me hicieron dos tiros así contra la cabeza, que me tiraban tierra a la cara..." (f. 46).

Cuando así increpaba: Cuando exigía la muerte, Constantino Cadavid peleaba por su identidad.

Pero, como "no hay más cobarde que la vida" (frase extractada de la sabiduría popular), y... "uno amarrado indefenso, tiene que acceder mejor dicho..." (fl. 46), Constantino Cadavid permitió la destrucción de su identidad. Al tiempo, los velos del templo de la ley, tuvieron que rasgarse y, ahora, no será propiamente convalidando, legitimando lo aparente, como puede recuperarse lo augusto de su autoridad.

¡Nada de simplismos! ¡Nada de mecanicismos! Hay que descubrir la verdad sobre la tortura y dejar sentado, con piso jurídico, que ella gangrena, en su totalidad, el proceso penal.

Mas diríamos: Es tan grave y siniestra su acción que el ESTADO DE DERECHO está obligado a asumir esta jurisprudencia si pretende, también, preservar su IDENTIDAD.

Sustentémoslo:

Con diafanidad, austeridad conceptual y, al par, profundidad, Theodor Reik, auscultando el origen de la tortura, nos enseña:

"Hans Fehr, demostró lo superficiales que son todas las interpretaciones de las torturas de la Edad Media. Yo creo que tiene razón al sostener que entre la tortura y el juicio de Dios, existe una gran vinculación y que aquella es la sucesoria de la ordalía. Su fin primitivo fue, según Fehr, un fin mágico. Era necesario sacar al demonio que se había posesionado del cuerpo del criminal. Sólo mucho después predominó otro motivo: Obtener la confesión. Las ceremonias y preparativos que precedían a las torturas, confirman que tenían su origen en la antigua Ordalía".

"El cristianismo, en un principio, rechazó todas estas instituciones, lo que constituye otra prueba de sus orígenes mágicos, paganos. La Iglesia primero condenó la ordalía, pero más tarde la asimiló y transformó. Lo mismo sucedió con la tortura, usada después 'ad majorem Dei gloriam'..." (Psicoanálisis del Crimen, Ed. 1965, pág. 200).

En "Vigilar y Castigar", Michel Foucault, se detiene, en parte, a analizar la tortura como arquetipo del signo penológico que tuvo por objeto único "castigar el cuerpo"; luego, en proceso de modernidad, se castigará el alma y no el cuerpo. En este camino aún avanzamos. El final de la tortura lo demarca, cronológicamente, Foucault, en este párrafo: "Esta desaparición

de los suplicios se puede considerar casi como conseguida alrededor de los años 1830 - 1848". (Página 22). Desde entonces... "Los jueces, poco a poco, pero por un proceso que se remonta a mucho tiempo, se han puesto, pues a juzgar otra cosa distinta de los delitos: El 'alma' de los delincuentes" (Pág. 26); y, "a la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones" (pág. 24). Nuestras cárceles evolucionan y cambian de método, pero en definitiva, todo se reduce a perfeccionamientos, para "que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo" (cita de Mably, traída por Foucault).

En esta evolución del criterio penológico, dígame lo que se quiera, existe una conquista de la civilización. Y no una conquista gratuita: Requirió la epopeya de la Revolución Francesa.

Por tanto es pertinente citar a un mentor espiritual, el más calumniado y vituperado: Voltaire. En su Diccionario Filosófico, apunta bajo la palabra TORTURA:

"Dícese con frecuencia que la tortura era el medio de salvar al culpable robusto y de perder al inocente débil; que en Atenas no daban tormento más que por los crímenes de Estado; que en Roma no pusieron nunca en el potro a ciudadanos romanos para averiguar sus secretos; que el abominable Tribunal de la Inquisición renovó ese suplicio, y que, por consecuencia, debe causar horror a todo el mundo; que es tan absurdo dar tormento para averiguar un crimen, como fueron absurdos los juicios de Dios, porque muchas veces el culpable quedaba vencedor y muchas veces el culpable vigoroso y terco resistía el tormento, mientras que el inocente y el débil sucumbían en aquel caso y en éste; que la tortura es un suplicio más largo y más doloroso que la muerte; que con ese suplico se castiga al acusado antes de estar seguros de que ha cometido el crimen, que se le castiga más cruelmente que matándolo; que mil ejemplos funestos han debido desengañar a los legisladores de esa costumbre horrible, que se abolió en muchos países de Europa, en los que consta que se cometen menos crímenes que los países donde se aplica la tortura".

"Después de esto preguntamos por qué el tormento sigue aplicándose en Francia, que goza fama de ser una nación humanitaria y de costumbres apacibles, y se nos responde que subsiste porque está establecido, y confiesan que hay muchas personas benéficas en Francia, pero niegan que el pueblo sea humano".

Concluye Voltaire afirmando, con su terrible lógica, que un acto de tortura "...es peor que las matanzas de Saint Barthelemy, que se perpetraron en la época tenebrosa del fanatismo".

A esto llega la tortura: Es tan siniestra medida en términos humanos y civilizados, que un solo acto de tortura es agresión superior a la terrible degollina de la noche de San Bartolomé.

Si alguien quisiera polemizar sobre la lógica volteriana y afirmar que su ejemplo resulta desproporcionado, diríamos que lo único que nos importa es establecer un presupuesto mínimo que nadie sería temerario a desconocer: Valga, al menos, la ejemplificación para tomar una medida aproximada de la deshumanizada desmesura de la tortura.

Hay una obrita, pirámide del espíritu, monumento imperecedero del respecto al Hombre, que escribió Cesare Beccaria: De los Delitos y de las Penas. No podemos prescindir de su concurso, porque desgraciadamente no es un anacronismo:

“La ley que impone la tortura es una ley que dice: Hombres, resistid al dolor; si la naturaleza clava en vosotros un inextinguible amor propio, si os ha dado un inalienable derecho a vuestra defensa, yo creo en vosotros un afecto completamente contrario, es decir, un odio heroico contra vosotros mismos, y os mando que os acuséis y que digáis la verdad incluso, entre el desgarramiento de vuestros músculos y el descoyuntamiento de vuestros huesos”.

Esto decía Beccaria enfrentando una tortura institucionalizada, legal. Pero la tortura como institución legítima fue abolida históricamente, como lo enseñara Michel Foucault “alrededor de los años 1830-1848”. Nosotros hacemos parte de una legislación que la abolió de raíz. No necesitamos convencer a nadie, sino que tenemos facultad para exigir: Basta citar la Constitución Nacional. Con ella no solamente protegemos a los torturados, sino que debemos sancionar a los torturadores: Mirar como se extiende la Constitución en ramajes de leyes y arrancar el ramaje jurídico necesario para vapulear a los mercaderes del tormento y hacer respetar el templo del Estado de Derecho. Pero esto no basta: Laberínticamente, por vericuetos maliciosos que horadan la presencia de lo jurídico, los culpables, los verdugos de hoy, evaden, con sonrisa matrera, el condigno castigo que serviría para sofrenar la pujanza de lo bárbaro, de lo anacrónico, de lo brutal. Por ello se hace necesario una jurisprudencia que por ser nuestra y de nuestra aplicación, nadie pudiera obstaculizar y que sirva, al par, para desalentar a los ejecutores de la tortura, indicándoles que ella es tan torpe para los fines propuestos cabe el proceso penal que sirve, por sí misma, por su ultraactividad psicológica y por ser agresión total contra el Estado de Derecho, para que sus víctimas aparentemente irrederentas, sean redimidas. Si así se hace en todos los casos, si el Poder Jurisdiccional impone por doquier y siempre los principios de la equidad, entonces, lenta pero firmemente, los violadores de los derechos humanos, aprenderán la lección de su propia torpeza y tal vez así se desanimen y regresamos a nuestro tiempo histórico: Un derecho liberal, respetuoso del Hombre, que solamente

puede ser superado cualitativamente, ya que la justicia siempre camina hacia adelante, le está vedado mirar atrás.

Y esto no es difícil, porque es científico. Basta actualizar la profunda frase de Beccaria: “Yo creo en vosotros —dice la tortura a los torturados— un efecto completamente contrario, es decir, un odio heroico contra vosotros mismos...”. Actualicemos lo que significa ese “odio heroico contra sí mismo”, y apodóticamente podemos afirmar, con base en la psicología, que se trata, realmente de una pérdida de la identidad, una anulación, o, una atrofia de la psique del torturado, cuyo efecto analítico-probatorio no puede ser distinto a considerar que las hasta ahora llamadas posteriores y legítimas confesiones judiciales, en verdad no son ni libre ni espontáneas, están enfermas y también son ilegítimas y por ende inexistentes.

Además, la tortura que ensangrienta un proceso judicial afecta a tal punto la función substancial de Justicia que ésta para redimirse no le queda otro camino que absolver, para poder retornar a su elipsis histórica, porque toda prohibición conlleva un deber que puede ser magno como éste. La prohibición histórica la determina Teilhard de Chardin, en estos términos: “... conviene afirmar, y mantener siempre, un punto capital: El de que en ningún caso ni para ninguna finalidad pueden las fuerzas colectivas obligar al individuo a deformarse o a falsearse...” “esto es, siempre, ilegítimo”. (“Los Derechos del Hombre”, pág. 161, Ed. 1973).

Con él, con Chardin, están todos los grandes pensadores del mundo. Hemos repasado, en el libro ya citado, (que recoge la respuesta que a un cuestionario de la UNESCO dieran: E.H. Carr, Benedetto Croce, Gandhi, Jacques Maritain, Aldous Huxley, etc.), lo que ha de decirse hoy y lo que ha de hacerse en relación con los derechos humanos y en parte alguna se hace referencia a la tortura, se le estima tan superada, tan aberrante, tan anacrónica, en una palabra, tan absurda, que no les merece ni siquiera una frase. La lucha de hoy ha superado la declaración de derechos de 1789. Estos, ya se presuponen. Se puede afirmar con E. H. Carr: “Cualquier declaración de derechos que hoy día se considere de alguna validez, debe contener derechos sociales y económicos además de políticos”.

Entonces, si la tortura es flagrante violación de la historia y del presente, si desgarrar y lacera no sólo los nervios y las carnes del torturado, sino que con él, totalidad histórica, se desgarrar y lacera todo el sistema jurídico, es necesario, para restituirnos en nuestro histórico deber judicial, que nuestro rechazo sea TOTAL. Y no bastaría con anular el proceso y reconstruirlo en utópica ensoñación de “un debido proceso”, porque el daño de la tortura es de tal índole que desintegra o atrofia en medida que aún físicamente, dado el compuesto psíquico, es inasible y de recuperación imponderable. Entonces, no queda otro camino de resurrección que sobrepasar la particularidad pro-

cesal, merced a la absolución del torturado, y retornar al compromiso de la civilización universal que tiene como vigía de privilegio al Poder Judicial de cada uno de los pueblos.

Esto es lo medular de nuestra tesis. Cuando la proponemos, primigeniamente, reclaman todos los Constantinos que han sido, son y serán, en sí mismos, una totalidad histórica reclamante de una Justicia total, pura, enhiesta.

* * *

Honorables Magistrados:

¿Por qué, en este concepto, se ha utilizado tanto la palabra "total"? ¿Será un capricho semántico? ¿O acaso una retórica detonante que pretende arrancar, al vuelo de las palabras, una jurisprudencia radical que ampare la impunidad y destruya, así, la seguridad jurídica que es soporte del orden social?

El solo atreverse a la desnudez de estos interrogantes, advierte, al menos, la convicción de poseer un patrimonio conceptual que cuestiona, agita y reclama, con sentido de responsabilidad que inadmite todo lo que sea diverso a la tersura del pensamiento y a los fines auténticos de la Justicia. La Fiscalía pretende una jurisprudencia no emocional, sino cerebral.

Sentimos el imperativo de cuestionar, agitar y reclamar, sin salir de nuestro ámbito de función: En el brevísimo lapso de vida jurídica que tiene esta Fiscalía, ya hemos encontrado la tortura en tres procesos penales. El primero, al revisar un proceso, que correspondió, como Magistrada Ponente, a la muy distinguida doctora Alicia Roldán. Allí se llegó hasta el extremo, después de los golpes, de realizar, a límite, la tenebrosa "mise en escene" del ahorcamiento para arrancar coactivas confesiones a la pareja detenida como autores de una paupérrima "circulación de moneda falsa". Inclusive, con ligereza, el inicuo tratamiento fue extendido a un tercero que incidentalmente transitaba cerca de los capturados.

El segundo caso correspondió a la Sala de Decisión Penal que tiene como Magistrado Ponente al doctor Julián Muñoz. Para indagar en donde estaban los bienes que en hurto vil sustrajeron a un agente de policía, se torturó a un delincuente juvenil. El resultado obligado fue la detención y el ludibrio de dos inocentes. Uno de ellos fue un anciano de honorabilidad acrisolada que en medio de vejámenes demostró a cabalidad su inocencia; el otro fue detenido por un Juez que no supo valorar la prueba. El Honorable Tribunal corrigió el agravio y revocó la providencia detentiva.

Entonces, el problema que afronta la Justicia es grave. Tal vez muy antiguo: Cuando Francesco Carrara escribió los prolegómenos de su "Programa de Derecho Criminal", obra de oceánica sabiduría, se preocupó honda y directamente del asunto: Alindero y separó la función policial, de la función

penal; estimó que la actividad de la primera, si se acogía en el proceso penal, originaría confusión y arbitrariedad; finalmente, concluyó:

"...son dos fuerzas reunidas en la misma mano de la autoridad social; pero son dos fuerzas esencialmente distintas. Si la primera se mide con las normas de la segunda, se debilita hasta la impotencia; si la segunda se mide con las normas de la primera, se exagera hasta la ferocidad" (Parte General, Vol. I, Ed. 1956, pág. 21).

Hoy la proliferación de los delitos ha hecho que la policía judicial científica, sea una necesidad fundamental. Ella, en forma rápida y eficaz debe asumir la indagación preliminar de los delitos y la aprehensión de sus autores. Pero para cumplir tan alto y loable desempeño, es menester que sea "científica"; vale decir: Que posea una formación especial, cuyo presupuesto inicial no puede ser otro que el respeto de la dignidad humana. De lo contrario su acción distorsiona la Justicia, en los términos denunciados por Francesco Carrara.

¿Tenemos una Policía Judicial científica? No. No la hemos preparado; así esté habilitada jurídicamente: Libro Segundo del C. de P. Penal; Título I: Artículos: 282-308.

Es ella una de esas utopías legislativas, irrealizadas por falta de presupuesto, cuya presencia, pragmática resulta dañina: Es empírica y brutal; empero, los jueces, acriticamente, con base en su consagración legal, le dan validez y delegan en su pretensa "cientificidad"; o en la convalidación juramentada y formal de sus informes; o en el crédito a sus "versiones libres y espontáneas", todo su deber de reflexión y depuración. En la dejadez judicial, está el triunfo de lo arbitrario.

¿Y la tortura es fruto del empirismo? Sí y No. Sí: Porque sólo el complejo de inferioridad en la capacidad investigativa, hace a un lado la inteligencia y la humanidad de los métodos legítimos, para acogerse a lo brutal y a la ilegitimidad. No, en el sentido restringido a su metodología: A veces, que horror paradójico, se pudiera hablar de la tortura científica: El tábano, el vendaje, la interrupción del sueño, el hambre, la "mise en Escene" de ahorcamiento, etc.

La anterior distinción nos permite presentir, con sentido de detección de la fenomenología morbosa, que existe un foco concentrado que se irradia tóxicamente a todo el organismo de la misma manera alarmante que define la patología con el término de metástasis: "Reproducción de un padecimiento en órganos distintos de aquel en que se presentó primero, con desaparición o no de su manifestación primordial". Así se explica el porqué ante delitos comunes, aún de poca monta, y con prueba fácil, la acción policiva auna a la captura, empuja a la pasividad de los capturados, el golpe y el ultraje. Va conformándose toda una mentalidad lesionadora que se expande con tanta plurali-

dad y gratuidad que, necesariamente, hace pensar en una compulsión colectiva y enfermiza. Su resultado es bifronte: Produce daño al procesado y de contera daña la prueba penal.

Se dirá que con lo anterior hemos probado mucho, pero no hemos avanzado nada, ya que todo es una redundancia sobre el primer punto: La ilegitimidad de la "confesión torturada" que ordinariamente se produce a escala de la Policía Judicial. Y esto, se agregará, es ya una tesis pacífica. Cuando así se arguye, de inmediato surge de nuestra parte un reconocimiento pleno y una grande complacencia espiritual: Hemos demostrado una primera TOTALIDAD.

Empero, no es verdad que la temática se escinda y que esta primera fase concluye en un punto final. Al contrario, por ley de interacción natural, sirve como premisa mayor, si se quiere, para llegar a otro absoluto: Las confesiones posteriores de quien perdió su identidad como sacrificio propiciatorio al ímpetu de tortura, esas confesiones judiciales que mal hemos llamado: "Libres y espontáneas y legítimas", ellas, también son secuela de la coacción, de la pérdida de libertad ínsita en la "despersonalización" y por ende son de absoluta ilegitimidad.

Vamos a comprobarlo. Nada más fácil y lógico, cuando se ha aceptado la tesis primera.

¿Qué agrade la tortura? Una respuesta amplia sería esta: La psique. Tal vez sea más concreto decir que la conciencia. Y hemos afirmado que el derrumbamiento de ésta, tiene como desastroso efecto el herimiento gravísimo de la identidad del sujeto. Para entender que no existe demasía en lo anterior y sentir un gran respeto por la tesis, es importante que nosotros, legos en la psicología profunda, anhelantes de verdad, tímidamente, solicitemos a un gran psicólogo, teórico y clínico, al tiempo que humanista, en una palabra: a Carl G. Jung, que nos lleve de su mano científica y nos permita manosear el texto de sus reflexiones y de sus experiencias clínicas, para entender qué es esto de la psique del hombre, qué es aquello que intuitivamente denominamos conciencia. Validos de su autoridad científica, penetremos en el maravilloso arcano, revestidos de un silencio respetuoso y augusto:

"Somos —dice Jung— una síntesis nueva, hechos con ayuda de tesoros ancestrales".

"En lenguaje filosófico, podemos expresar esto de la forma siguiente: Representémonos el espacio en su expansión infinita; si, partiendo de la capa más externa de nuestro esquema, nos alejamos hacia el exterior, caemos en el espacio de lo infinitamente grande; mientras que si de la zona más clara penetramos en la zona más oscura, dirigiéndonos hacia el centro, nos hundimos en lo infinitamente pequeño; infinitamente pequeño al que no podríamos asignar límites, dado que, en el espacio cósmico y de forma absoluta, no podríamos determinar lo que es grande y lo que es pequeño. Por eso no es una contradic-

ción entre los términos el situar en esta zona central oscura una expansión indefinida en lo infinitamente pequeño, expansión que si se encuentra proyectada en el espacio imaginativo adquiere dimensiones enormes. Si, procedentes de nuestro mundo, penetramos en esta zona oscura central, ésta parece disminuir cada vez más hasta que, penetrando aún más, desvela de pronto un horizonte inmenso que sería insensato querer minimizar" (pág. 388).

"...nuestra estructura psíquica, del mismo modo que nuestra anatomía cerebral, lleva en sí las huellas filogenéticas de su lenta y constante edificación, que se ha extendido a lo largo de millones de años. Nacemos, en cierto modo, en un edificio inmemorial que nosotros resucitamos y que se apoya en cimientos milenarios. Hemos recorrido todas las etapas de la escala animal; nuestro cuerpo tiene numerosas supervivencias de ellas: El embrión humano presenta, por ejemplo, todavía branquias; tenemos toda una serie de órganos que no son sino recuerdos ancestrales; en nuestro plan de organización, estamos segmentados como gusanos, de los que poseemos también el sistema nervioso simpático. Así, llevamos en nosotros, en la estructura de nuestro cuerpo y de nuestro sistema nervioso, toda nuestra historia genealógica; ello es cierto también para nuestra alma, que revela así mismo las huellas de su pasado y de su devenir ancestral. Teóricamente, podríamos reconstruir la historia de la humanidad partiendo de nuestra complejidad psíquica, pues todo lo que existió una vez está todavía presente y vivo en nosotros" (pág. 389).

"El sistema nervioso humano, por su parte, tiene tres subdivisiones: Un cerebro, sede de la conciencia, una médula espinal, sensitiva y motora, y el simpático, que es un sistema nervioso especial". "El simpático es algo más que un recuerdo sentimental de una existencia paradisíaca: Es un sistema que existe y vive en nosotros, que continúa viviendo, funcionando y trabajando, como lo hacía en tiempos inmemoriales" (págs. 390-391).

(Citas tomadas de la obra de Jung, intitulada: "Los complejos y el inconsciente" —Aliaza Editorial— 2ª edición).

Connuévenos el conocimiento de la paciente y compleja estructura anímica del hombre. La estratificación de la naturaleza y su taumaturgia de síntesis y construcción, nos llena de orgullo, orgullo de hombre y de humanidad en compendio, y, al par, ratifica conceptos de intangibilidad, predicables sin excepción, y establece en intuición científica o racionalidad lógica que cualquier lesión de profundidad que perturbe su integridad tiene magnos efectos que pueden ser impredecibles y en el actual estado del conocimiento humano su medida es inasible, inconmensurable.

Al lado de nuestra afirmación, estamos obligados a confesar nuestra incapacidad definidora: El tema, en esencia, toca con esa incógnita que es el hombre, como lo llamara Alexis Carrel. Lo único que nuestro tiempo puede confesar, es su esfuerzo investigativo y su asombro:

En el tomo II de su "Introducción a la Psicología", apunta E. R. Hilgard: "El actual estudio del cerebro humano es un ejemplo impresionante de las interrelaciones de la ciencia: La electrónica y la química modernas se han combinado con la anatomía, la fisiología y la psicología para hacer posible lo que ninguna de ellas podría hacer solas" (pág. 357).

Sin embargo el funcionalismo psíquico se niega a descubrir sus secretos. Paulatinamente, muy lentamente, se va clarificando el rostro de la Esfinge. Tan solo vamos acumulando datos químicos; anotaciones fisiológicas; descripciones de fenómenos. Pero aún todo permanece inconexo. Parece que es el reto máximo de la inteligencia del hombre: Descubrir las notas y sutiles causalidades de su comportamiento: Ora se exulta la neuropsicología cuando una nueva hormona, la noradrenalina diferencia el temor y la cólera; luego se hablará de enzimas, para señalarles rol importante en las conductas de adaptación; alguien dirá que somos un cosmos donde luchan el displacer de la vida y el retorno de la muerte: El instinto de conservación y la pulsión de Thánatos. En fin: Es la perplejidad de lo maravilloso.

Tal es la dificultad de definir con exactitud, que ni siquiera un largo estudio, con todos los medios humanos y el arsenal científico de los Estados Unidos, realizados sobre prisioneros de guerra, sometidos a la persuasión coercitiva que se ha denominado: "Lavado del cerebro" o "cambios de personalidad", ha podido construir una explicación cierta e indiscutible: "Se han propuesto cierto número de teorías para explicar psicológicamente los cambios que tuvieron lugar bajo estas circunstancias". Por ejemplo: "Färber cree que puede ser aprendizaje que combina la debilidad, la dependencia y el miedo"; "Moloney, sugiere mecanismos psicoanalíticos que pueden explicar el cambio de personalidad"; "Kelman, explica el cambio de actitud con conceptos de psicología social". "Otros dirán que es la lucha por la identidad". "Algunos hablan de culpabilidad", etc. (Tomado de Hilgard, obra citada, Tomo II, pág. 317).

Se hacen experimentos y el hombre se aproxima así a partes de una verdad. Primero, se hacen observaciones de perogrullo, como ésta: "La psicología del hambriento es indiscutiblemente bien diferente de la de una persona que no está pasando hambre". Después, podrá decirse: "Marañón ha descrito cómo el animal insulinizado se avalanza ansiosamente sobre el alimento, y al hombre, en esas mismas condiciones, que arrebatada a golpes, si es preciso, el pan de los enfermos vecinos, o entrando en un estado de semiconsciencia, va a una frutería y se apodera de varias naranjas...". (Tomado del texto de Anatol Milechnin: "La Hipnosis", pág. 49).

Con el mismo autor se pudiera hacer quimismo explicativo:

"Según Cannon el simpático es el sistema de las emociones expansivas, de la reacción de emergencia para la lucha o la huida ante situaciones peligrosas, mientras que el parasimpático unido asegura la restitución, la prepa-

ración, el almacenamiento de los recursos necesarios para los momentos difíciles".

Del párrafo anterior podemos deducir que el sujeto que ansiosamente teme la tortura, acumula recursos biológicos de resistencia: "1) Hace más lento el ritmo cardíaco. 2) Dilata los vasos, muy especialmente en el área esplácica. 3) Aumenta el tono de los músculos bronquiales. 4) Estimula la secreción lacrimal y salivar. 5) Contrae la pupila. 6) Estimula la actividad digestiva. 7) Aumenta el tono y los movimientos del aparato urinario. 8) Favorece la reserva del glucógeno en el hígado y los músculos. 9) Tiende a dar leucopenia, eosinofilia y linfocitosis. 10) Produce tendencia a la alcalosis".

"En cuanto al sistema endocrino, activa la secreción insulínica y las de paratiroides y timo".

"En conjunto, sistematiza las reacciones propias y propicias para la reparación nutritiva" (Milechnin, pág. 25).

Todo esto es admirable: La naturaleza, madre solícita e intuitiva, defiende a su criatura. Pero el resultado que pretende la crueldad es el agotamiento de la reserva de energía. Y por ello, sin saber nada de estas cosas complicadas, podemos decir con Pío XII:

"La instrucción judicial debe excluir la tortura psíquica y física y el narcoanálisis, primero porque con ello se vulnera un derecho natural, incluso si el acusado es realmente culpable, y luego porque con frecuencia tales procedimientos dan resultados erróneos. No es raro que den lugar exactamente a las declaraciones deseadas por el Tribunal y a la pérdida del acusado, no porque éste sea culpable de hecho, sino porque *su energía (...) está agotada* y así se encuentra pronto a hacer todas las declaraciones que quiera".

Estas palabras las pronunció el Romano Pontífice en una alocución pronunciada el 3 de octubre de 1953. Lástima que su pathos moral no las hubiera anticipado, en la época del magno Holocausto y la magna tortura, si lo hubiese hecho, su efigie espiritual no tuviese el testimonio recriminatorio de una obra histórico-literaria, ácida y triste: "El Vicario".

Decíamos que los descriptivo puede inducir, a veces, a un mejor entendimiento sobre los padecimientos o el tormento. Así, al lado del apunte científico sobre el hambre, podemos destacar, con más fuerza, la siguiente descripción:

"Comenzaba a oscurecer, cada vez estaba más abatido, me oprimía la fatiga y me recosté en la cama. Para ca lentamente las manos pasaba los dedos por mi cabello, a lo largo, a lo ancho, de través. Cogía pequeños mechones, pelos arrancados que se me quedaban entre los dedos e inundaban la almohada. No pensaba en ello en aquel momento, como si no se tratara de mí; por lo demás, tenía cabellos de sobra. Intenté nuevamente sacudir el extraño sopor,

que se infiltraba en todos mis miembros como una bruma; me senté de nuevo en la cama, me golpeé con la mano las rodillas, tosi todo lo fuerte que me permitía el pecho, y caí de nuevo en la cama. No podía hacer nada; me extinguió sin remedio, con los ojos abiertos, completamente fijos en el techo. Por último, metí mi dedo índice en la boca y comencé a chuparlo. Algo comenzó a moverse en mi cerebro, una idea que se abría camino allá dentro, una invención completamente de loco. ¡Eh! ¿Y si mordiera? Y, sin reflexionar, cerré los ojos y apreté los dientes.

Dí un salto. Por fin estaba despierto. De mi dedo goteaba un poco de sangre y la chupé. No me molestaba. Además, la herida no tenía importancia; pero de repente había vuelto sobre mí; movía la cabeza; fui a la ventana a buscar un trapo para ponerme en la herida. Mientras me ocupaba de esto, mis ojos se llenaron de agua y lloré en silencio. El esquelético dedo mordido tenía un aspecto muy lamentable. ¡A qué situación había llegado, Dios del cielo!

(Tomado de Knut Hamsun, Premio Nóbel 1920. Págs. 164-165 de "HAMBRE", novela descriptiva que constituye una narración casi autobiográfica. Por ello, sacudió la sensibilidad de Europa. La edición citada pertenece a la colección Crisol de Aguilar).

Claro está que nuestra preferente tendencia a lo descriptivo, jamás pudiera tomarse como negación de los esfuerzos científicos de investigación. La experimentación científica, aunada a la descripción sirve para confrontar la sinceridad y como una medida de examen crítico.

Por ejemplo: La experimentación ejercitada en ámbitos semejantes a las cabinas de los aviones, han dado lugar a una ramificación de la psicología, que estudia el comportamiento de las personas aisladas de estímulos ambientales y los efectos psíquicos que en ellos produce: LA PRIVACION SENSORIAL.

Sin un conocimiento exacto de las posibles reacciones humanas ante la soledad, el silencio, la rutina y la uniformidad, las conquistas del espacio, délfica aspiración de la ciencia moderna, serían quimeras naufragantes en la locura.

Por ello, los científicos iniciaron un minucioso examen sobre la literatura existente y encontraron documentación digna de atención y de inquietud; por ejemplo: Charles A. Lindbergh, el pionero de la aviación de los vuelos audaces, llamado "El Aguila Solitaria", en su autobiografía describía algunas extrañas sensaciones: Ensoñaciones, escuchar voces, etc.

La vida de algunos santos dedicados al ascetismo y a la austeridad en estrechez de claustro o de monotonía ambiental, como la de San Antonio de Egipto, ermitaño que se recluyó en una caverna en el desierto, hablaba de tentaciones cuya sinonimia no escapa al científico analítico. Factiblemente, se trataba de fenómenos acaecidos por privación sensorial.

Se indagó a pilotos de la R.A.F. y sus respuestas confirmaron sensaciones "de estar soñando y pérdida de la realidad". Y, al tiempo, UN SENTIMIENTO DE PANICO.

La Universidad de Harvard extendió sus estudios a los camioneros cuya soledad, rutina, ronroneo de motor y monotonía lineal de las carreteras, los ubicaban en planos de analogía; por ellos se supo de extrañas ilusiones: "Vieron enormes arañas rojas trepando por el parabrisas; otros han visto correr a través de la ruta animales inexistentes"; los más: Escucharon voces. Todos hablaban de un sentimiento de PANICO.

Se pasó a la experimentación: El primero en obtener datos experimentales demostrados fue el psicólogo canadiense Donald O. Hebb, en la Universidad McGill, a mediados de la década de 1950.

El Profesor Hebb y sus colegas, fabricaron un laboratorio de: Privación sensorial. Tuvieron como conejillos de indias a estudiantes universitarios que se prestaron al experimento por estímulo económico.

Una síntesis de lo observado, es la siguiente:

Recluidos los universitarios, uno a uno, en el cubículo de 1,20 por 2,70 M., registraron el siguiente proceso:

a. Inicialmente tendían a pensar en asuntos corrientes: Sus clases académicas, el experimento, la novia, etc. Luego, su mente derivaba hacia el pasado: Pensaban en su familia, en sus primeros días escolares, recordaban antiguas películas. Después, a las pocas horas, informaron que ensababan hacer mucho esfuerzo para concentrarse, para hilvanar los pensamientos.

b. Dejándose llevar de aquel estado anímico, algunos manifestaron "no pensar nada en absoluto"; otros, hablaban de divagaciones inconexas. De pronto, algunos tuvieron sensaciones auditivas.

c. Dentro de las 72 horas, (cumpliéndose por demás las necesidades normales: Alimentación, requerimientos fisiológicos, dormir a discreción, etc.), los estudiantes comenzaron "a ver imágenes" y como ellos sabían que se trataba de un experimento y aquellas ilusiones los fastidiaban, hacían esfuerzos para librarse de ellas pero era un "soñar despierto" y no lograban hacerlo. Un sentimiento de pánico se apoderaba de ellos.

d. Los sujetos tenían escaso control sobre sus alucinaciones. Oían voces de gentes que hablaban "en la escena". Y varios sujetos comenzaron a sentir "sensaciones de movimiento o tacto: Uno tuvo la sensación de ser golpeado en el brazo por perdigones disparados desde una diminuta nave-cohete que veía; otro, que se estiraba para tocar un pica-porte en su visión, sintió una descarga eléctrica".

e. Todos, finalmente, hablaron de sentimientos "de OTRIDAD": Eran otros y "algo parecía estar chupándose la mente a través de los ojos", así describió, un estudiante, el extraño fenómeno que lo aturdió y lo llenaba de miedo.

(Tomado de Edwin Diamond, obra: La ciencia de los Sueños. Capítulo: Privación Sensorial. Ediciones Troquel).
* * *

Estos avances técnicos y estos conocimientos científicos, enaltecen al hombre y son un acervo cultural destinado al progreso y a la seguridad. Son datos de civilización.

Sin embargo, la tortura los ha usurpado y los degrada: En ello se ha tomado inspiración para los cuartos "de icopor", que cumplen una finalidad dual: Aislar, en ambiente monótono, y producir una privación sensorial que produce desorientación, miedo y debilitamiento psíquico; de otra parte, son cuartos que realmente aíslan, en un momento dado, el alarido y el grito de dolor, del ambiente civil que con ello pudiera estremecerse. En fin, su sola estructura, como ocurre con los mausoleos, siempre inspirará: Aprehensión y angustia.

Una hórrida caricatura es el "VENDAJE": Priva del entorno y subsume al sujeto en noche de inseguridad y en recorrido, quizá en notas sordas, del experimento de Hebb. En alguna parte leíamos la fórmula de resistencia: "Para evitar la disgregación psíquica, hay que voltear los ojos hacia dentro". Así como el frío contrarresta el frío, el fuego al fuego, así: Lo psíquico, contrarresta lo psíquico.

El vendaje también posee incidencias fisiológicas: Produce, si está apretado, por presión sanguínea, por la sensibilidad de los ojos, un fuerte dolor de cabeza que impide lucidez y dominio de sí, frente al interrogatorio que se formula. Además, no puede olvidarse que su técnica está coadyuvada por otros medios de fatiga, como el "plantón"; el insomnio obligado; en fin: Fatiga — ansiedad — miedo.
* * *

Pero basta ya de desolación. El hombre puede ser invencible si está asistido por valores del espíritu. Puede sucumbir físicamente, pero conservar su identidad.

Epicteto, el estoico, negaba el dolor. Cuando su amo cruel (cuyo nombre no recuerda la historia), le retorció una pierna, con voz tranquila, le dijo: "Amo, si sigues, la vas a quebrar". Luego... agregó: "Te lo dije".

Julio Fucik sometido a martirologio por la Gestapo escribió un libro sin igual: "Reportaje al pie del Patíbulo". Fue sacado en papelititos clandestinos que, después de la guerra, su esposa pacientemente recogió uno a uno.

Este testimonio, desgarrado como ninguno otro por la tortura, es un mensaje de amor al hombre y por ello concluye con una línea que constituye un mensaje superior:

"¡Hombres! yo os amé. ¡Velad!".

Suyos son estos dos pasajes:

"Los prisioneros y la soledad: Estas dos palabras parecen inseparables. Pero es un gran error. El prisionero no está solo. La prisión es una gran colectividad, de la que ni la más severa incomunicación puede separarlo si el mismo no se ha excluido. La fraternidad de los oprimidos está aquí sometida a una presión que la condensa, la robustece y la hace también más sensible. Atravieza los muros, que viven, que hablan o transmiten los mensajes. Abarca las celdas de un mismo corredor, que están unidas por idénticas preocupaciones, por guardianes comunes, por las comunes medias horas de aire puro, cuando basta una palabra o un gesto para transmitir un mensaje o salvar vidas humanas. Liga toda la prisión por las partidas en común al interrogatorio y las comunes permanencias en el "cine" (habla de la sala de espera contigua al cuarto del tormento), sentados durante horas, y por el regreso en común. Es una fraternidad de pocas palabras y grandes servicios, puesto que un simple apretón de manos o un cigarrillo pasado a hurtadillas abre la jaula en que te han arrojado y te libra de la soledad que debiera quebrantarte. Las celdas tienen manos, tú sientes que te sostienen para que no caigas cuando llegas tras las torturas del interrogatorio; de esa celda recibes el alimento cuando los otros te quieren matar de hambre. Las celdas tienen ojos: Te miran cuando partes para la ejecución, y tú sabes que debes ir con la frente alta porque eres su hermano y no debes debilitarlos ni siquiera ante un paso vacilante. Es una fraternidad sangrienta e irresistible. Sin su ayuda no podrías soportar si quiera la décima parte de lo que soportas. Ni tú ni nadie" (página 70).

Del cuarto de tortura, dijo: "Trinchera avanzada, cercada por el enemigo y bombardeada por tiro concentrado, pero resuelta a no rendirse jamás. Encima flotaba la bandera, y en su seno se manifestaba la determinación de todo el pueblo, luchando por la liberación".

"El 400 (nombre de la sala de tortura) era el sitio en que podía conocerse más profundamente a esa criatura que llamamos hombre".

"Allí, durante el interrogatorio, cada palabra puede servir de protección o de arma. Pero en el 400 es imposible ocultarse tras de las palabras. Aquí no se pesa lo que has dicho, sino lo que está en el fondo de tí. *Allí, lo más profundo de tu ser, sólo ha quedado lo esencial*; todo lo secundario que ennoblesce, afea o embellece el fondo de tu carácter, ha caído, como arrancado de de un tirón por el ciclón que precede a la muerte. No ha quedado más que el simple sujeto y su atributo; el fiel resiste, el traidor traiciona, el burgués desespera, el héroe pelea. En cada ser hay fuerza y nobleza, audacia y miedo,

firmeza e indecisión, suciedad y limpieza. Aquí solo ha podido quedar una u otra cosa. Esto o aquello. Y si alguien trató de navegar entre dos aguas, ha sido advertido más rápido que un bailarín que, con el platillo en la mano y la pluma amarilla en el sombrero, apareciese durante una ceremonia fúnebre” (Página 73).

La tortura no es ecléctica. Entre el torturador y el torturado hay una lucha dialéctica por la identidad: Aquel, a arrancarla; éste, a conservarla. Si lo primero, el hombre queda deshumanizado, avergonzado de sí mismo, afectado por complejos de culpa, enfermo de estereotipias, psíquicamente atrofiado. Si lo segundo, la voz del torturado atruena con su volumen de dignidad y, finalmente, es dignificada por la conciencia colectiva.

* * *

Hay un excelso torturado a quien tan sólo hemos mirado reverencial y místicamente: Jesús de Nazareth. Empero su testimonio debe, también, tener audiencia como proceso de autenticidad, de denuncia de tortura y clarificación de los efectos de ella:

Testimonio de Angustia:

Toda persona que presiente la tortura se angustia. Si antes veíamos el proceso fisiológico de acumulación de reservas, ahora, como alimento de fortaleza para la psique, la naturaleza anticipa en medida resistible los capítulos del tormento y, de esta suerte, cuando la crueldad se materializa agresivamente, el golpe de dolor no producirá shock y se evita las llamadas neurosis traumáticas. En cambio “el susto”, “el miedo por trauma imprevisto”, acorde al Maestro Freud produce lesión neurótica. (Ver: “Inhibición, síntoma y angustia”, Freud).

La psique de Jesús era armónica y por ello fuerte. El, fue sujeto de grande angustia. De esta manera aprovisionó a su psique para resistir el cruento capítulo de su pasión.

Sus palabras son elocuentes en la descripción de la angustia:

“Entonces llegó Jesús con ellos a la aldea que se llamaba Gethsemaní, y dice a sus discípulos: Sentaos aquí, hasta que vaya allí y ore.

Y tomando a Pedro y a los dos hijos de Zebedeo, comenzó a entristecerse y a angustiarse en gran manera.

Entonces, Jesús les dice: *Mi alma está muy triste hasta la muerte...*” (Mateo: Cap. 26, vers.: 36, 37 y 38).

San Lucas en el Cap. 22, versículo 44, dice:

“Y estando en agonía, oraba más intensamente: Y fue su sudor como grandes gotas de sangre que caían hasta la tierra”.

* * *

El médico Luis Alfonso Ramírez, en “Apuntes Médicos sobre la Pasión de Cristo”, da al sudor de la sangre, la siguiente explicación:

“Estudemos el mecanismo. Toda la superficie cutánea del cuerpo humano está lleno de unas pequeñas glándulas con orificios de salida al exterior, o sea las llamadas glándulas sudoríparas. Por acción térmica o química que produce un estímulo nervioso, estas glándulas se ingurgitan de líquido sudoral excretándolo en cantidad mayor o menor según el estímulo. Igualmente, alrededor de estas glándulas hay multitud de capilares sanguíneos los cuales por lesiones de la sangre y alteraciones de sus paredes, que se vuelven permeables, dejan escapar elementos sanguíneos produciéndose las llamadas hemorragias por diapedesis. Ahora bien, la abundante sudoración y la simultánea hemorragia por diapedesis se producen a raíz de una alteración del sistema nervioso vago simpático que es el que controla las reacciones glandulares y los vasos sanguíneos. Y esta alteración del sistema vago-simpático a la vez que la de la sangre y de las paredes capilares, se lleva a efecto merced a una descarga anormal de histamina (sustancia producida por el tejido retículo-endotelial) como consecuencia de un choque nervioso intenso”.

Autenticidad en el Proceso:

Jesús fue llevado primero ante Anás, el Pontífice:

“Y el Pontífice preguntó a Jesús acerca de sus discípulos y de su doctrina.

Jesús le respondió: Yo manifiestamente he hablado al mundo: Yo siempre he enseñado en la sinagoga y en el templo, donde se juntan todos los judíos, y nada he hablado en oculto.

¿Qué me preguntas a mí? Pregunta a los que han oído, que les haya yo hablado: He aquí, que no saben lo que yo he dicho.

Como el hubo dicho esto, uno de los criados que estaba allí, dio una bofetada a Jesús diciendo: ¿Así respondes al Pontífice?

Respondióle Jesús: Si he hablado mal, da testimonio del mal: Y si bien, ¿por qué me hieres?

(Juan, capítulo 18, versículos 19, 20, 21, 22 y 23).

Llevado Jesús ante Caifás, se sumió en profundo mutismo. Fueron traídos varios testigos. A la postre vinieron dos testigos falsos.

“Que dijeron: Este dijo: Puedo derribar el templo de Dios, y en tres días reedificarlo.

Y levantándose el Pontífice, le dijo: ¿No respondes nada? ¿Qué testifican estos contra ti?

Más Jesús callaba. Respondiendo el Pontífice, le dijo: Te conjuro por el Dios viviente que nos digas si eres tú el Cristo, Hijo de Dios.

Jesús le dijo: Tú lo haz dicho: Y aún os digo, que desde ahora habéis de ver al hijo del hombre sentado a la diestra de la potencia de Dios, y que viene en las nubes del cielo.

Entonces el Pontífice rasgó sus vestidos, diciendo: Blasfemado ha: ¿Qué más necesidad tenemos de testigos? He aquí ahora habéis oído sus blasfemias” (Mateo C. 26. Vers. 61, 62, 63, 64, 65).

Ha blasfemado: “Culpado es de muerte”.

Pero, como Palestina era provincia del Imperio Romano, la sentencia correspondía a su representante: Poncio Pilatos. Jesús por su mansedumbre no afectaba los intereses del Imperio, era uno de esos extraños Profetas, contestatario de la moral, peligroso para las jerarquías sacerdotales y los mercaderes del templo. Por ello, el águila romana aparece pacífica en el juicio y las turbamultas, acicateadas por los Pontífices, olvidaron los cargos de blasfemia, válidos en la primera instancia, y presentaron el cargo de subversión:

“A este hemos hallado que pervierte a la nación, y que veda dar tributo a César, diciendo que él es el Cristo, el Rey.

Entonces Pilato le preguntó, diciendo: ¿Eres tú el rey de los judíos? Y respondiéndole él, dijo: Tú lo dices.

Y Pilato dijo a los Príncipes de los Sacerdotes, y a las gentes: Ninguna culpa hallo en este hombre.

Mas ellos porfiaban, diciendo: Alborota al pueblo, enseñando por toda Judea, comenzando desde Galilea hasta aquí.

Entonces Pilato oyendo de Galilea, preguntó si el hombre era galileo.

Y como entendió que era de la jurisdicción de Herodes, el cual también estaba en Jerusalem, le remitió a Herodes”. (Lucas, cap. 23).

Ante Herodes, Jesús se negó a responder: “Nada le respondió”.

Y retornaron a Pilato: “Porque a nosotros no es lícito matar a nadie”.

“Así que, Pilato, volvió a entrar en el pretorio, y llamó a Jesús, y díjole: ¿Eres tú el rey de los judíos?

Respondióle Jesús: ¿Dices tú eso de ti mismo, o te lo han dicho otros de mí?

Pilato respondió: ¿Soy yo judío? Tu gente, y los pontífices, te han entregado a mí: ¿Qué has hecho?

Respondió Jesús: Mi Reino no es de este mundo: Si de este mundo fuera mi reino, mis servidores pelearían para que yo no fuera entregado a los judíos: Ahora, pues, mi reino no es de aquí.

Díjole entonces Pilato: ¿Luego rey eres tú? Respondió Jesús: Tú dices que yo soy rey. Yo para esto he nacido, y para esto he venido al mundo, para dar testimonio a la verdad. Todo aquel que es de la verdad, oye mi voz.

Dícele Pilato: ¿Qué cosa es la verdad? Y como hubo dicho esto salió otra vez a los judíos y dice: Yo no hallo en él ningún crimen” (Juan, cap. 18).

(Voltaire señalaba que el intempestivo retiro de Pilato, sin esperar la respuesta de Jesús, privó al género humano de una de las respuestas más importantes: La definición de verdad).

Luego, ante la presión de las turbamultas, de los príncipes de los sacerdotes y de los mercaderes del templo, Pilato, consciente de la inocencia de Jesús, propuso la liberación de éste o de Barrabás. Todos pidieron la crucifixión de Jesús y la liberación de Barrabás. Tal vez en esta escogencia hubo autenticidad popular: Barrabás no era un bandido, fue un caudillo zelote que combatía por ideales de autonomía política utilizando la violencia: La espada y el asalto.

Pilato busca, entonces, el sentimiento de conmiseración, para aplacar la ferocidad de los acusadores y evitarse la condena injusta: Hace azotar a Jesús y la soldadesca lo corona de espinas. Así, lacerado y vejado, lo muestra al pueblo que ante el estímulo de sangre acrecienta su sadismo colectivo y exige la consumación: “¡Crucifícalo, crucifícalo!”.

Un nuevo diálogo brota entre Pilato y Jesús:

“Y entró otra vez en el pretorio, y dijo a Jesús: ¿De dónde eres tú? Mas Jesús no le dio respuesta.

Entonces dícele Pilato: ¿A mí no me hablas? ¿No sabes que tengo potestad para crucificarte, y que tengo potestad para soltarte?

Respondió Jesús: Ninguna potestad tendrías contra mí, si no te fuese dado de arriba: Por tanto, el que a tí me ha entregado, mayor pecado tiene.

Desde entonces procuraba Pilato soltarle; mas los judíos daban voces, diciendo: Si a éste sueltas, no eres amigo del César: Cualquiera que se hace rey, a César contradice.

Entonces Pilato lo entregó a ellos para que fuera crucificado” (Juan, cap. 19).

* * *

Hemos descrito in extenso el proceso de Jesús, para que él sea apreciado, sin agregaciones retóricas, como lo que es: Un juicio político.

Y es pertinente la lengua cita, en este concepto cuya médula es la dignificación y el arbitrio del Juez —poder jurisdiccional—, porque Pilato reseña, históricamente, el miedo judicial y es la conciencia de culpa ínsita en todo prevaricato de justicia.

Admira también la autenticidad de Jesús. Quizá por haberlo entendido así, Marat, “el amigo del pueblo”, el insomne revolucionario de la profundización y del radicalismo de la revolución francesa, tenía sobre su escritorio, en los momentos terribles de la lucha, un solo libro abierto: Los evangelios. Jesús era para él, el arquetipo de la fortaleza y la autenticidad. (Lo anterior está tomado de “Los Girondinos” de Lamartine).

* * *

La Tortura:

Jesús tenía una gran capacidad psíquica para soportar la tortura. Esto, porque previamente, en el huerto de Gethsemaní, había alimentado su espíritu con una angustia “hasta la muerte”.

Sólo la psique que se ha nutrido de angustia, soporta la tortura. Este es un presupuesto científico, excelentemente analizado por Freud: “En el peligro real desarrollamos dos reacciones: La afectiva, o sea la explosión de angustia, y la acción protectora”.

He acá, sintetizado su mecanismo:

“El hecho de que una tal situación traumática de impotencia no nos sorprenda de improviso, *sino que la preveníamos y esperamos, constituye un importante progreso en el cuidado de la propia conservación*. Esta previsión nace en aquella situación a la que damos el nombre de situación peligrosa, en la cual es dada la señal de angustia. Quiere esto decir que en tal situación esperamos que se produzca una situación de impotencia o recordamos sucesos traumáticos anteriormente experimentados, y *anticipando el trauma nos proponemos conducirnos como si ya hubiera surgido*, no obstante ser tiempo aún de eludirlo. Así, pues, la angustia es, por un lado, una espera del trauma y por otro, su reproducción mitigada. Los dos caracteres que en la angustia se nos han hecho patentes tienen, por tanto, distinto origen. Su relación con la espera pertenece a la situación peligrosa, y su imprecisión y su falta de objeto, a la *situación traumática de impotencia, anticipada en la situación peligrosa*” (Freud: “Complemento al tema de la Angustia”, obras completas, Vol. I Ed. 1948, pág. 1.272).

Si a la angustia, anticipación de la tortura, se le suma un consciente y profundo sentimiento de resistencia, entonces, como enseña Bertrand Russell, lo consciente se convierte en fuerza psíquica y constituye una línea futura de conducta.

Cristo, ya lo hemos visto, estaba preparado para la tortura, sus profundas convicciones habían fincado, también, en profundidad, un propósito de resistencia que está ínsito en aquella frase: “. . . el vaso que el Padre me ha dado (se refiere a su sacrificio, a su tortura), *¿No lo tengo de beber?*” (Juan, cap. 18, vers. 11).

Y fue: La befa, la irrisión, el escarnio, el inri (sigla de un título burlesco: Jesús Nazareno, Rey de los Judíos). Y fueron: Los azotes, la corona de espinas, el camino de la vía dolorosa y la crucifixión.

Lo primero, las burlas, cumplen un doble papel: a) Desmoralizar, inferiorizar al torturado. b) Defienden la estructura sádica del torturador, por medio de un humor negro y amargo, destierran los sentimientos de pietismo (recuérdese, la digresión anterior sobre el particular).

Del sentimiento de inferioridad que se pretende introyectar en la víctima, si cabe hacer, al menos, somera digresión:

No existe tortura, sin este ingrediente psíquico. Acaso sea por su eficacia, en veces más temible que la del tormento físico. Ello no es gratuito:

Alfred Adler construyó toda una metodología educativa basada en la lucha contra los innatos sentimientos de inferioridad y el acrecer, en contrario, de sentimientos de participación y solidaridad social.

Por ello el torturador irrita el embrión primigenio y convence al torturado de su pequeñez, de su inferioridad. Si lo logra, destruye traumáticamente una formación social y una adaptación de realidad: ¿Qué importa, entonces, el heroísmo? ¿Para qué el sacrificio? Sólo queda un oscuro egoísmo INFANTIL que siente goce en delatar y en destruir todo nexo de solidaridad, a cambio de la caricia del torturador. Este daño, Honorables Magistrados, ¿quién podrá medirlo?

En parte, el sentimiento social, temporalmente, fue destruído en Jesús; luego, en la cruz emerge la resurrección del sentimiento social. Sucede sí que la fortaleza moral y psíquica de Jesús, plantea el primer abandono de manera combativa y acre: Jamás se ha pronunciado un anatema más terrible contra la tortura y los torturadores, que aquella recriminación dada por Jesús, en la vía de la amargura, a las mujeres llorosas:

“Mas Jesús vuelto a ellas les dice:

Hijas de Jerusalem, no me lloréis a mí, mas llorad por vosotras mismas, y por vuestros hijos.

Porque he aquí vendrán días en que dirán:

Bienaventuradas las estériles, y los vientres que no engendraron, y los pechos que no criaron.

Entonces comenzarán a decir a los montes: Caed sobre nosotros: Y a los collados: Cubridnos.

Porque si en el árbol verde hacen estas cosas, ¿en el seco, que se hará?”.

(Lucas, cap. 23, versículos 28, 29, 30 y 31).

Luego, en la cruz resucita el sentimiento social, cuando Jesús exclamó: “Padre, perdónalos, porque no saben lo que hacen” (Lucas, cap. 23, vers. 34).

Este sentimiento social está ínsito en la autenticidad. Por ello Fusik, fraternizando con Jesús, despedazado por la Gestapo, exclama: “¡Hombres! Yo os amé. ¡Velad!”.

Últimas palabras de Jesús:

La oratoria mística, en parte, nos ha arrebatado su contenido de Hombre:

“Y como vio Jesús a la Madre, y al discípulo que él amaba, que estaba presente, dice a su madre: ‘Mujer, he ahí tu hijo’.

Después dice al discípulo: ‘He ahí tu madre’. Y desde aquella hora el discípulo la recibió consigo” (Juan, cap. 19).

El concepto de existencia en su noción original es casi una connotación imaginativa de la evolución, sin embargo hoy se estima como una realidad científica. Ayer, en la noche de los tiempos, esta afirmación era herética y merecedora de anatema, empero desde Teilhard de Chardin que le dio contenido espiritualista, es apotegma que sólo un sectarismo de lo tradicional, se permite discutir. Lo existencial, como en el viejo concepto egipcio que rotaba en órbita excluyente los elementos antagónicos de noche y luz, constituye, en su estadio primigenio, la integración del ser y su desintegración en lo inerte, hasta que la relativa permanencia o estabilidad del existir estableció instintivas fuerzas de conservación que hoy perviven en nosotros como raíz filogenética y nos es usual y sin entenderlo le damos la común denominación de: Instinto de conservación. Es este un instinto de vida que, sin embargo, siempre será vencido por los instintos de muerte. Empero, el sino de inmortalidad del Hombre —pudiéramos decir de la vida— construyó otro instinto de vida: EL AMOR y así obtuvo la reproducción del ser que aparentemente muere, pero que en realidad sobrevive en caracteres que biológicamente llamamos herencia y que psicológicamente se tradujo en una creación nueva: La esfera afectiva.

Hay en esto una acumulación de milenios. Una grandeza infinita. Un mecanismo complejo, cuya estratificación y presencia es delicadamente sensible.

Así se explica como en cada torturado, más hondamente que el dolor físico, taladra la amenaza y la ansiedad afectiva. En Jesús, alma altruista y amorosa por excelencia, el sentimiento afectivo, necesariamente, estaba admi-

blemente desarrollado. De ahí la intensidad de sus expresiones: “He ahí tu madre” - “Mujer, he ahí tu hijo”; vale decir: No se trata de una simple delegación de responsabilidades filiales, hay más: Jesús se introyecta en Juan y en él supervive, evita la ruptura y permanece incólume su esfera afectiva.

Los torturadores de hoy, con atrocidad indescriptible, acentúan su agresión sobre la esfera afectiva de sus víctimas. Ello los torna en “figurillas”, como humanísticamente los denominara Fusik.

* * *

Con Jesús cumplían pena de muerte dos malhechores. Uno de ellos revelando analgesia física y moral (nota característica de los delincuentes instintivos, que fue puesta de realce por Lombroso; acentuada en Ferri y aceptada por la antropología criminal moderna, dígame por ejemplo: Hans Von Henting), se sumó a los denuestos: En ello debió sentir cierta complacencia. El otro tocado de admiración por la autenticidad de Jesús, la grandeza de su carácter ante el sufrimiento, pronunció frases de reverencial consuelo; Jesús, díjole:

“De cierto te digo, que hoy estarás conmigo en el Paraíso” (Lucas, cap. 23, versículo 43).

Respetamos, con sencillez y honestidad, las interpretaciones espiritualistas y religiosas que sobre este pasaje se han hecho. Empero, ello no es óbice para desestimar su sentido naturalístico y psicológico: Ya hemos visto como la tortura penetra y lesiona los instintos de vida: El amor y el instinto de conservación. El primero, por su naturaleza cualitativa superior, posee, dada su esencia antagónica con la muerte, una resistencia cualitativamente superior; el segundo, en esencia no logra romper el nexo con los instintos de muerte, por ello sucumbe de manera más fácil y su hundimiento contiene un paradisiaco sentimiento de placer. En términos freudianos: El instinto es coartado en su fin; esto es: Experimenta una inhibición o una desviación. Ello es apenas natural porque toda actividad “incluso la del aparato amímico más desarrollado, se encuentra sometida al principio del placer, o sea que es regulada automáticamente por sensaciones de la serie ‘placer-displacer’...” (Freud).

Lo anterior no es asombroso, es constatación de experiencias cotidianas: ¿Acaso, en los hospitales los enfermos aquejados por dolencias de intensidad dolorosa, no reclaman la muerte? ¿No es ello natural y explicable? Tanto que en nuestra legislación penal el fenómeno tiene cabida cuando se regula el homicidio piadoso de manera comprensiva, que llega a autorizar la aplicación del perdón judicial (Art. 364 del C. P.). Sí, porque los “graves padecimientos o lesiones corporales”, invitan a la muerte. Lo anterior es humano, biológico y psíquico.

Los novelistas con su profunda penetración logran desvedar estos temas: André Malraux en su obra “La Condición Humana”, pinta una escena que es

conmoveramente participante de nuestro tema: Los torturados por el régimen de Chiang Kai Shek, tendidos en el suelo, sin esperanza de piedad, traumatizados en su energía, tienen como único horizonte liberador: La muerte. Pero ésta promete ser lentísima, medida por laboriosa crueldad. Uno de ellos reflexiona: Tiene en su cinturón escondido cianuro suficiente para su muerte, es porción avaramente personal. Sin embargo un llamado de solidaridad y de sublime piedad, lo invita a entregarlo a su compañero gimiente... Reflexiona, vacila. Al fin vence el altruismo: Extrae el cianuro del cinturón y lo obsequia al torturado vecino; al pasar la cápsula liberadora ésta cae al césped y los dedos crispados la buscan con apremio y angustia... Cuando se encuentra un lampo de bienaventuranza ilumina los rostros.

Lo anterior está ratificado con una palabra-suspiro: "Todo está consumado". En esta palabra ya no hay amargura. Hay un hálito de triunfo: Es la presencia finalística de LA AUTENTICIDAD.

"Sed tengo".

"Y estaba allí un vaso lleno de vinagre: Entonces ellos hinchieron una esponja de vinagre, y rodeada a un hisopo, se la llevaron a la boca" (Juan, cap. 19, vers. 28 y 29).

"Sed tengo", es tanto como decir: Sed mía.

En Thomas Mann, que en "La Montaña Mágica" dialoga extensa y gravemente sobre los temas sustanciales, se encuentra casi como rito espiritual, un fervor casi mágico por lo que puede representar el agua para el hombre. Ello no es gratuito: Este elemento constituye las nueve décimas partes de nuestro cuerpo. Es un requerimiento, una sed constante de nuestro organismo. No puede ser de otra manera: El agua es el contribuyente más abundante de todos los tejidos pues se encuentra en proporción del 75 al 90%. Cumple además función principalísima en los procesos del metabolismo. Su evaporación por la piel y el árbol respiratorio, ayuda a la temperatura corporal normal.

El organismo reclama el agua, con una urgencia fisiológica proporcional a su pérdida: Normalmente, los riñones que son a manera de químicos especialistas, en su tarea de mantener una proporción exacta de agua en la sangre, filtran una cantidad de agua que oscila entre 1.000 o 1.500 c.c.; por transpiración se pierden, normalmente, 450 a 800 c.c.; por el pulmón: 250 a 350 c.c.

La tortura intensifica estas cantidades.

Es verdad, la afirmación empírica: La sed es el mayor de los tormentos. Entre otras razones por ser, estrictamente, una necesidad de requerimientos crecientes, una ausencia en fomento que carece de mecanismos de defensa. El

hambre que pudiera ser su aproximado, en esto se le separa: El organismo ha creado sus reservas adiposas y cuando carece de alimento se las come con dentelladas internas.

La expresión de Jesús: "Sed tengo", es naturalística: Dígallo si no, su escanciar del vinagre. Por lo demás tenía que ser intensa su deshidratación en razón de la intensidad de tortura, la calidad de ésta y su larga duración.

La escena evangélica del Jesús sediento y febricitante pone de manifiesto, además, algo común en todos los torturadores de la tierra: Su sadismo: A la sed, dieron vinagre y éste fomenta el sufrimiento.

* * *

"Y cerca de la hora de nona, Jesús exclamó con grande voz, diciendo Eli, Eli, ¿lama sabachtani? Esto es: Dios mío, Dios mío, ¿por qué me has desamparado?" (Mateo, capítulo 27, versículo 46; y en Marcos Capítulo 15, versículo 34).

Es la palabra más rica en contenido psicológico. Al par, siempre ha sido para los predicadores la más compleja, porque han distorsionado su natural sentido. La tortura subsume, en grado indefinible, la más infinita desprotección, el más intolerable sentimiento de soledad.

Nada más diremos sobre esta palabra. Es más: Pensamos dejarla en blanco: Al arbitrio reflexivo de cada quien; ella sintetiza en crisálida de desamparo lo que es la tortura misma. Nuestra palabra sólo bruñe, atrevidamente, la estepa desolada de su significado.

* * *

Finalmente, agotada su energía, Jesús exclamó "a gran voz: Padre, en tus manos encomiendo mi espíritu. Y habiendo dicho esto, espiró" (Lucas, Capítulo 23, versículo 46).

Todos los narradores de la agonía de Jesús, hacen hincapié en lo estentóreo de la exclamación. Fue su grito final. Indudablemente, la fuerza de su acento y el contenido de su expresión, son ex-abrupto de su triunfo: La muerte impedía, al fin, que le arrancaran su autenticidad.

* * *

Honorables Magistrados: Yo amo dos Cristos: El Cristo de la tortura y el Cristo del Látigo.

* * *

En contra de lo que se pudiera pensar, con espíritu ligero, era necesario que nos adentráramos en estas grandes divagaciones. De lo contrario, quizá, como se ha venido haciendo tradicionalmente, no se dé importancia a

la palabra humilde de los torturados que juzgamos. Nuestro esfuerzo pretende presentar la grandeza de sus cuestiones y de sus reclamos.

Al tiempo, somos conscientes de nuestra pequeñez:

Entonces, caminando a ciegas, ingenuos o atrevidos, avancemos por el sendero del deber —justicia— actuante que nos es perentorio recorrer. Nuestra incertidumbre, por no decir nuestra crasa ignorancia, ha de permitir que no seamos osados a dar empujones a los torturados hasta la sentencia condenatoria, que algunos secretarios se permiten denominar con un epíteto elocuente e impersonal: "Juicios rematados". Dejemos que sean ellos, los torturados, los que nos empujen hasta el estupor y nos digan cosas como estas:

Nosotros conocimos hasta el vórtice todas las emociones del desagrado: La sorpresa, el desdén, el disgusto, la aprensión, el temor, el sufrimiento.

En carne viva, aprendimos la enseñanza de Alexis Carrel: "La estrecha dependencia de la conciencia y de las actividades fisiológicas concuerda mal con la concepción clásica que sitúa el alma en el cerebro. En realidad, el cuerpo entero parece ser el substratum de las energías mentales y espirituales. El pensamiento es tan hijo de las glándulas de secreción interna, como lo es de la corteza cerebral. La integridad del organismo es indispensable a las manifestaciones de la conciencia. El hombre piensa, ama, sufre, admira y ora, a la vez con su cerebro y con todos sus órganos" ("El Hombre, un Desconocido", página 127, ed. Ziz-zag).

¿Sabéis, vosotros, algo de ello? ¿Habéis tenido la desventura de pensar con todo el cuerpo?

Claro que sí sabéis de emociones desagradables. Pero, aisladamente. Ignoráis cuál sea su poder lesionador cuando se produce escalonadamente o en mixtura horrorosa. Cuán intensa es, entonces, su coerción: Arranca de cuajo las raíces del afecto: Se denuncia al hermano y si se nos exige, también, al padre, al hijo, al amigo. Nos es indiferente el prójimo. Llegamos con el dolor a sentir el originario displacer de la vida y roto el instinto de conservación, exigimos como acto de piedad la muerte, pero no se nos da su conmiseración y el dolor creciente agota la energía y naufraga la resistencia en oscuras reacciones viscerales, hasta que el "secreto", que era nuestro yo, nuestro íntimo sentimiento de dignidad, la concreción final de identidad, lo entregamos y partida la psique, cuarteada como una semilla seca que crepita y pierde su "internidad", quedamos así, dehiscentes, desvalorizados.

¿Sabéis vosotros, Jueces enamorados de la verdad formal, cuál es mi verdad substancial, dónde está mi libertad, cuál es mi arbitrio? Si lo sabéis, explicádmela: Quiero saberla; entregádmela: Quiero recuperarla; decidme dónde puedo escoger: Me enferma esta rara euforia de mi condescendencia; este obse-

sivo sentimiento de culpa que me determina y esta vergüenza de mí mismo que quiero reparar así sea cargando cruces extrañas o que quiero agrandar delatando a otros, sumergiéndome en el cieno.

Decidme todo esto. No importa que llegue una condena, si en la parte motiva de la sentencia puedo aprender a reencontrarme a mí mismo.

Cómo envidiamos a aquellos que en mecanismo de defensa logran refugiarse en la amnesia ("El recuerdo que empequeñece, puede producir amnesia temporal" :Hilgard, pág. 226, tomo II); a nosotros no nos queda sino la esteotipia (Hilgard, pág. 222, tomo II).

¡Ah! Y sabéis vosotros algo de nuestro desamparo, de nuestra soledad, de nuestra indefensión? Todos estamos circundados de inseguridad y de ansiedad. Pero compensamos con un sentimiento de igualdad con los demás, que fue lento aprendizaje y que da arrestos a nuestra agresividad-defensa.

Todo esto cambia cuando estamos frente a la autoridad:

Desde niños aprendimos que el Agente de Policía es "La Ley". Y ellos dijeron: "No te movás hijueputa que es el F-2" (Constantino, fl. 46). Por eso, cuando llegaron, nos dijimos a nosotros mismos: "Llegó la Ley". Y, "me quitaron la peinilla". "Con la correa de la peinilla me amarraron las manos por detrás" (fl. 46). Y aprendimos que éramos "perros hijueputas", "que nos podían matar y tirar a una cañada de estas" (fl. 46 vt.). Y dispararon sus armas "oficiales", "ahí contra la cabeza, que me tiraban tierra a la cara" (fs. 46). Y el polvo que levantaron las balas cayó a mis ojos y me ardieron y se me irritaron y se llenaron de lágrimas. Tal vez no fue el polvo, quizá lloraba mi soledad. Un desamparo cósmico, una sensación de infinita indefensión, que me punzaba irresistiblemente y contundía el receptáculo sensible de mi psique.

Así es la tortura:

Después de ella queda algo así como una oquedad, en veces, invisible. Pensad que aquel complejo maravilloso que describió Jung, es tan sólo un corcho. La tortura es tirabuzón que lo penetra, su atornillar en espiral descendente, cada vez más profundo, desmenuza sutil y traumáticamente. Luego, al salir el tirabuzón, por fenómeno óptico de elasticidad, creemos que quedó intacto, sin embargo está horadado y quizá su daño sea irreparable.

Es la verdad substancial, Honorables Magistrados.

Una palabra más:

La psicología del conductismo ha experimentado con ratas el condicionamiento de conducta que producen el miedo y el dolor. Así ha comprobado que el miedo se torna en TENDENCIA ADQUIRIDA.

“Miller colocó varias ratas, una a una, en un compartimiento cerrado. Cada rata recibió una descarga eléctrica (¿“El tábano”?). En el compartimiento cerrado, que carecía de medios para huir. Todas manifestaron las mismas reacciones. Cada una reaccionó ante la carga con todos los signos del dolor y del miedo: Saltando, chillando, y defecando. Después de unas cuantas repeticiones de la descarga en este compartimiento, cada rata se ponía emocionalmente agitada cuando se le colocaba en él, sin que recibiera ninguna descarga. Todas las ratas habían adquirido un valor condicionado del compartimiento” (Página 259 del T. I: Hilgard).

Después, se facilitó a cada rata un medio de escape que de inmediato buscaban. Su instinto la compelia a salir, como fuera, del claustro temido.

Estereotipia:

Es un fenómeno que se aproxima al anterior. “Ha sido estudiada cuidadosamente en las ratas, pero se encuentran paralelos en la conducta humana” (Hilgard: Pág. 222, T. II). Consiste en asumir una conducta reiterativa; fijación “anormal” que proviene de un hono sentimiento de frustración.

Pues bien: Los crueles experimentos sufridos por las ratas —ya lo hemos dicho— tienen aplicación sobre el hombre y sus respuestas resultan ser las mismas.

La tortura convierte al hombre en una rata:

“En el otro lado del despacho había unos escribiendo a máquina y tomando declaración a un niño. Oí como le pegaron dos puñetazos y oí un grito de dolor. ‘Dame la mano’, me dijo. Me la cogió, dobló el brazo y me retorció las muñecas hacia adentro. Dí un grito. Me soltó y me agarró la otra y repitió lo mismo con más fuerza. Cuando grité me dio otra bofetada: ‘Como grites te mato’...”

“Se burlaba de que hubiera llorado, hacían comentarios groseros. ‘Bueno, vamos a ver, quítate el comando’, dijo uno como indicando que iban a ‘empezar’ y dirigiéndose a los otros: ‘No os preocupéis, ya nos arreglamos solos’. Me bajaron al sótano. Uno me agarró del pelo y me zarandó muy fuerte. Me empezaron a dar arcadas y mucha necesidad de ir al water. Cuando me subieron todos se reían: ‘Se ha cagado. Se caga’...”

(Testimonios citados por Eva Forest en su artículo: “Reflexiones sobre la Represión en Euskadi”).

* * *

El compartimiento cerrado, asociativamente, es equivalente a todo recinto de AUTORIDAD.

El miedo, como tendencia adquirida, ya no necesita de “choques”, está condicionado: Basta la señal o el estímulo para que emerja (verbigracia: La

luz roja, el flagelo del perro, sus alaridos y su miedo. Luego: La luz roja: Los alaridos del perro y su miedo. —Experimento de Pavlov—. Esa señal, quizá intensificada, puede ser: El Juez probo, austero y solemne. Es: “La Ley”, más majestuosa que el policía.

Sumado a ello la estereotipia. Si no queréis aceptarla en su contexto de “fijación anormal”; al menos, no se puede negar como resultado de una racionalización:

El sujeto sabe que bajo la tortura lo confesó todo. Entiende que su palabra, desnuda de excusas, ha de ser, es, su ineludible perdición judicial. La tortura le robó la esperanza. Entonces una laxitud moral lo domina, lo satura un sentimiento de entrega que por mecanismo de defensa tórnase en apatía. Si algún rayito de luz iluminaba su desgracia, luego ha de apagarse ante la displicente conducta de un Juez que lo mira como CONVICTO y que es ciego, como la imagen de la Justicia que domina su escritorio.

Ni siquiera ve las huellas físicas del tormento: Menos aún presentir o imaginar como resiente una costilla rota; o cómo humillan las equimosis que se van tornando azafrañadas a los quince días; ah, y cómo se tiñen las tumefacciones con un color lapizlázuli, de azul colérico-pasivo.

Entonces, el torturado ya sin esperanzas de reivindicación alguna, vencido por la complicidad moral de su Juez con los torturadores, reitera, indolentemente, el estereotipo de su nueva confesión: Frustración y masoquismo. Tal vez: Tan solo desesperanza.

Ahora, nuestro convencimiento claro, diáfano, lleno de transparencia, no puede más que sorprenderse —cristal de extrañeza— ante el engendro jurídico tradicional que estima, por decidía analítica, que la confesión posterior, condicionada por un fortiori: “La confesión torturada”, dizque se reputa: “Libre, espontánea y legítima”.

No, Honorables Magistrados, un examen jurídico sobre los efectos de la tortura, en relación con la prueba judicial, indica, sin refutación posible, que todas estas confesiones son una TOTALIDAD gangrenosa: Huelen a pútrido. Por ello son inadmisibles y tiene que decretarse, en su contra, la sanción de: INEXISTENTES. El Juez que no lo hiciere, está muerto para la ética.

* * *

La tercera tesis radical no habla ya de los efectos de la tortura. Enfrenta SU TODO. En consecuencia subsume las dos anteriores y de ellas toma racional fortaleza para su radicalismo. Se nutre además del deber histórico.

Un día fue invitado Ortega y Gasset para dictar una conferencia en la Universidad de Madrid. A la hora vespertina, que parece ser la hora de la reflexión, ante una muchachada anhelante de metas ciertas, dijo:

“...el hombre nace siempre en una época. Es decir, es llamado a ejercitar la vida en una altura determinada de la evolución de los destinos humanos. El hombre pertenece consustancialmente a una generación y toda generación se instala no en cualquier parte, sino muy precisamente sobre la anterior. Esto significa que es forzoso vivir a la altura de los tiempos y *muy especialmente a la altura de las ideas del tiempo*” (Página 17).

Y agregó:

Hay que hacerlo de manera íntegra. No puede hacerse fragmentariamente. Ello destruiría nuestra autenticidad. Para lograrlo se requiere “Una apasionada resolución de ser lo que estrictamente se es. Toda la vida nueva tiene que estar hecha por una materia cuyo nombre es AUTENTICIDAD (¡Oigan ustedes bien esto, que si nó, están perdidos, que ya empiezan a estarlo!)” —Pág. 26—.

“Cuando el régimen normal de una Institución es ficticio brota de él una omnimoda desmoralización. A la postre se produce el envilecimiento, porque no es posible acomodarse a la falsificación de sí mismo sin haber perdido el respeto a sí propio” (Pág. 25).

“Lo único suficiente e imprescindible para que un ser —individual o colectivo— exista con plenitud, a saber: Colocarlo en su verdad, darle su AUTENTICIDAD y no empeñarnos en que sea lo que no es, falsificando su destino inexorable con nuestro arbitrario deseo” (Pág. 5). ¡O nuestro visceral miedo o nuestra incuria mental!

“Una institución es una máquina y toda su estructura y funcionamiento han de ir prefijados por el servicio que de ella se espera. En otras palabras: La raíz está en acertar plenamente con su misión” (Pág. 5).

(Citas tomadas de la conferencia: “Misión de la Universidad”. Colección “El Arquero”, Revista de Occidente, Madrid. Advertencia: Nos permitimos excluir, sin afectar el texto en su estricto sentido, las locuciones de referencia universitaria, que desviarían la idea, ahora, actuante).

La praxis de la tortura, Honorables Magistrados, actualiza las palabras de Ortega y Gasset: Si no la detenemos, estamos perdidos, “¡que ya empezamos a estarlo!”.

Y no valga “apotropeica” alguna. Ningún juego de eufemismos pueden salvarnos, así sean sutiles, ingeniosos o ingenuos. Cuando por prudencia y propiciación, los griegos inventaron recursos de forma: A las Erinias, diosas crueles de la venganza, por temor las bautizaron con el bello nombre de “Euménides”: Las bien intencionadas... Empero, ello no disminuyó su angustia trágica.

Así, en forma apotropeica puede inventarse la disculpa: La tortura ha sido castigada por nosotros: Decretamos su nulidad. Mas: Su inexistencia como prueba procesal. ¿Qué más podemos hacer? Es suficiente. ¡Hemos cumplido con nuestro deber!

¡Mentiras! Es la ceremonia de “lavarse las manos”. Un magistrado romano, en el juicio de el Justo, va ya para dos milenios, así lo hizo. Sin embargo la historia no lo absolvió, así reconozca su buena fe, porque ha entendido que fue medroso para imponer toda la autoridad que poseía.

La tortura por ser eclosión de disvalores en serie, enhebra dañinas magnitudes crecientes: Destruye la identidad del torturado; su cronicidad: Destruye la autenticidad del Estado de Derecho.

Si esto es cierto y si es verdad que el Poder Judicial, como tal, le corresponde la defensa de los fundamentos jurídicos, su deber tiene que ser contestatario, no a medias, que es tanto como consentir, engañándose así mismo, sino en los términos de máxima radicalidad.

Afirmar:

- a) Que en todo proceso donde se compruebe una auténtica tortura, ésta es en sí: Una pena.
- b) Que esta pena, en exactitud jurídica y por mandato perentorio de la equidad, ante una Justicia substancial, tiene que ser reconocida al reo.
- c) Que el Juez sólo puede explicar las penas legales: Arresto, prisión, presidio.
- d) Que el reo —por arbitrariedad oficial— sufrió ya una pena que por naturaleza hace imposible una aritmética de conversión.
- e) Que el Juez por no tener parámetros, ya, para su dosimetría penológica, debe absolver.

Sí: Está obligado a compensar o a ser inequitativo. Si lo segundo, falsea su misión y se envilece: Robó al reo el sufrimiento, la pena cumplida. Si condena, indiferente, negando una realidad innegable, ciertamente, convalida, por suma, la acción del torturador.

No hay, pues, otra salida. Hay que darla. De lo contrario, pertenecemos al tiempo de Inocencio IV y de Inocencio VIII y obedecemos sus sangrientas Bulas de tortura: “Ad Estirpanda”, de 1252; y “Summis desiderantes affectibus”, de 1484.

Al menos, la Fiscalía, absorta en estas reflexiones, cree que en nuestro deber jurídico, actual y esplendente, no se puede obrar de manera diferente. Es consciente, también, que en contra sólo existe un contra-argumento: Esta tesis —se dirá— es muy peligrosa: Atenta contra la Seguridad Jurídica.

¿Qué es lo realmente peligroso? ¿La tortura o la absolución? No es caprichoso que en un mismo interrogante se ubiquen los dos términos: Tortura-absolución; porque la segunda, presupone la primera. Si ello alarma de veras —y en verdad que pensamos que así ha de suceder— la consecuencia política ha de ser el cese de la tortura: El Retorno de la Justicia a su órbita eclíptica.

Además: Ya el pseudo-argumento, enfrentado a una tortuosa realidad, en poderoso acto de contricción jurídica, cedió el paso a la Justicia.

Gustav Radbruch, paladín incansable de: “La Seguridad Jurídica, antes que todo”, mirando las consecuencias de sus tesis, remontó su vuelo por regiones superiores y, como un águila caudal, en un ensayo de altísimas especulaciones jurídicas, rectificó su “Filosofía del Derecho” y abandonó su vieja y cerrera posición, para adherir con fraternidad espiritual a las tesis iconoclastas y justas del Fiscal del Estado de Sajonia, doctor J.U. Schroeder, que al exigir responsabilidad “por sentencias inhumanas”, expresaba:

“Ningún Juez puede invocar, ni ninguna Jurisprudencia puede atenerse a una Ley que no sólo es injusta, sino que delictiva. Invocamos los DERECHOS HUMANOS, que están por encima de todas las leyes escritas, el Derecho inextirpable y eterno, que rehusa la validez a los mandatos legítimos de los tiranos inhumanos”.

La coadyuvancia de Radbruch no fue fulgurante y efímero relámpago de una improvisación. El, antes que todo es un pensador. Las disciplinas iusfilosóficas y su idiosincrasia germánica, hacen de él un constructor de respetables posiciones académicas.

Antes, obsesionado por “la seguridad jurídica” afirmaba, como puede leerse en apreciable cita de E. Schmidt:

“Especialmente la posición de Radbruch a favor de una obediencia incondicional del Juez a la Ley, sin preguntarse por la Justicia de su contenido, tuvo que producir una impresión tanto más profunda y encontrar un eco tanto mayor, en cuanto que Radbruch hacía de la necesidad del Juez en los casos de conflicto una virtud, porque veía precisamente en la resignada renuncia del Juez a su propia opinión la ocasión para la mayor elevación moral de éste; y por otra parte, reconocía en el Juez que se acomodaba a una ley injusta el derecho a consolarse con la idea de que en todo caso había contribuido a “LA SEGURIDAD JURIDICA” y de ese modo participaba incluso en la garantía de la Justicia. Todavía en el año 1932, cuando ya nos encontrábamos en plena crisis con respecto a la Ley, escribía Radbruch en este sentido” (pág. 43).

En 1946, Radbruch rectificaba y recogía sus banderas jurídicas, hechas ya girones por una praxis judicial que hizo irrisión del Derecho, como avan-

zada de civilización; y, por utilitarismo encubierto con el aforismo de “La seguridad social”, entronizó la barbarie y la tortura.

Ahora, decía:

“Claro es que, aún sin consideración de su contenido, toda ley positiva lleva ya consigo un cierto valor: Porque siempre será mejor que la total ausencia de leyes, al dar lugar al menos a la seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho. Al lado de la seguridad jurídica hay otros dos valores, que son el de la utilidad y el de la justicia. La jerarquía de estos valores señala el último puesto para la utilidad con respecto al bien común. De ningún modo se ha de admitir que es derecho “todo lo que es útil al pueblo”, sino que al pueblo le es útil, en último término, tan sólo lo que es derecho, lo que trae seguridad y tiende a la justicia. La seguridad jurídica, que corresponde a cualquier ley ya por el hecho de su misma positividad, ocupa un lugar intermedio entre la utilidad y la justicia; le exige, por una parte, el bien común, y por otra, la Justicia”.

“Cuando hay un conflicto entre la seguridad jurídica y la Justicia, entre una ley que falla en su contenido, pero que es positiva, y un derecho justo...” (...) se resuelve “con el sentido de servir a la Justicia” (Pág. 13-14).

Radbruch concluye su ensayo jurídico con este apóstrofe ratificante:

“La democracia es ciertamente un bien precioso, pero el Estado de Derecho es como el pan de cada día, como el agua potable y el aire que se respira; lo mejor de la democracia es precisamente eso: Que es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho” (Pág. 21).

(La anteriores citas fueron tomadas de un precioso librito intitulado “Derecho Injusto y Derecho Nulo”, publicado por Aguilar. Nuestro texto corresponde a la primera edición).

* * *

No valga, entonces, como burladero de la Justicia, aquello de “la seguridad jurídica, antes que todo”, porque, finalísticamente, ésta, también, resulta protegida. Mas: Quizás sea la única forma de protegerla. Si así no se aceptare, al menos queda como conflicto de valores que se resuelve en favor de LA JUSTICIA.

Digamos, consecuentemente y sin ambages y paladinamente:

Que la tortura es pesadilla de la historia. Que la civilización la ha proscrito. Que los jueces de hoy no admiten subterfugio alguno para convalidarla; que hay insatisfacción jurídica en estimar que basta con castigar a los culpables, porque ya un hombre la sufrió en su psique, en sus carnes, en sus huesos y en sus nervios. Que la infamante pena no admite cómputos com-

pensatorios arbitrarios, porque fue más allá y trastocó un principio rector del derecho penal, pregonado por Pablo Anselmo Feuerbach desde el año de 1800 y desde entonces ha sido principio inalterable de la legislación universal: "Nulla poena sine lege". Y que la ley colombiana exige, por la Ley 74 de 1968 que hizo legislación nacional el texto de la "Declaración de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas", que: "Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Y agreguemos: La Constitución nos asigna actos de poder, para realizar la Justicia y proteger el Estado de Derecho (C.N. Art. 55), y escribió con letras de oro que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (Art. 16). El mármol de la Constitución, pertenece a nuestra tesis.

Ciertamente, no debe haber vacilación, Honorables Magistrados. Pensad que es tan grave la tortura que las víctimas de la inquisición española, aún golpean, resucitadas en conciencia de culpa, la juridicidad moderna: Welzel, en su estudio: "El Problema de la Validez del Derecho", recoge, para salvaguardar cualquier reiteración, la apremiante frase de George Jellinek: "A las víctimas de la Inquisición Española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas eran normas de derecho". Welzel, responde con Radbruch: "Hay Derecho que no es Derecho".

Y agregaré, con estimable profundidad:

"El derecho de cada momento es el que se aplica, al mismo tiempo que se transforma con esa aplicación. Dicha transformación se realiza en primer término por medio de la JURISPRUDENCIA, que concreta los principios jurídicos abstractos y con ello, por una parte, los acomoda a las nuevas condiciones de la realidad efectiva, y, por otra, *los dota de una nueva interpretación de acuerdo con las concepciones valorativas en vigor*. Por consiguiente, las "estaciones de conexión" para pasar de la validez "sociológica" a la "jurídica" (es decir, a la validez del Derecho) son fundamentalmente los Tribunales. En este sentido puede hablarse con toda razón de una precedencia de la "vigencia" (del Derecho) respecto al reconocimiento general, por obra de los tribunales, aún cuando también los Tribunales son, en muchos aspectos, simples "instrumentos" de la "vigencia" del "espíritu de la época" (página 91, opúsculo: "Derecho Injusto y Derecho Nulo". Subrayas nuestras).

Integremos la cita de Welzel con una cita de esa cumbre moral que se llama Piero Calamandrei:

"Se necesitaría un paciente historiador que investigara, analizando la jurisprudencia judicial de medio siglo, si bajo el fascismo los jueces interpretaban las leyes con sentimiento fascista (*creo que no*) y si bajo la República

las interpretan con espíritu democrático (*quisiera creer que sí*); si al aplicar las leyes persecutorias de los judíos, los jueces se adhirieron al espíritu de persecución racial con que se las había dictado, o si dentro de lo posible trataron —*como en realidad lo hicieron en su mayoría*— de atenuar la infamia y mitigar la crueldad de tales leyes" ("Elogio de los Jueces", escrito por un abogado", ed. 1956, pág. 220).

En la misma obra, en la página 275, leemos esta terrible admonición:

"El verdadero peligro —para la Justicia— no viene de fuera; es un lento agotamiento interno de las conciencias, que las hace aquiescentes y resignadas: Una creciente pereza moral, que a la solución justa prefiere, cada vez más la transacción, porque ésta no turba la vida tranquila y porque la intranquencia exige demasiado trabajo".

En estos términos, el problema ya se sale de lo jurídico y pertenece a lo moral. No está por demás, entonces, escuchar un consejo autorizado:

El paradigma de la Justicia Colombiana es José Félix de Restrepo. Luchador por la libertad de los esclavos. Capaz de indemnizar con su propio peculio el perjuicio que sabía sufrido una de las partes por un error que de buena fe había cometido en un fallo civil. Suya es esta bella anécdota y este hermoso consejo:

"Cuando había perdido ya la vista, conservando la razón en toda su lucidez, habiéndose acercado uno de sus discípulos más queridos, el doctor Rafael María Vásquez, a la cabecera de la cama donde yacía el enfermo, juzgando el moribundo que era su hijo Manuel, extendió el brazo, y asiéndole la mano, le dijo con voz débil y conmovida: "Manuel, tú serás llamado algunas veces a juzgar; que la Justicia dirija tus actos; si es necesaria una injusticia para que no se transtorne el universo, deja que se transtorne antes que cometer la injusticia" ("Los que son y los que fueron", Fernando Gómez Martínez, página 171).

* * *

Francesco Carrara, a quien citamos todos los días en nuestros provinciales, se alegraba, con exultación científica, en su Programa de Derecho Criminal, de "...haber condenado al fuego todos los instrumentos de una insana y feroz injusticia". Institucionalmente, ello es verdad: Los sótanos de la tortura; el escaño sangriento del patíbulo; el antifaz de los verdugos, todos, unidad orgánica de la crueldad, han sido superados por la lucha de los pueblos: El Juez se vistió su toga; los procesos penales se dignificaron con la "presunción de inocencia"; y el gorro frigio que era escarnio de los presos, se tornó en símbolo de libertad. Por ello hay que decirle al Maestro Carrara que entendemos su frase no como una ensoñación, como un idealismo realizable en incierto futuro, sino como lo que es: Una verdad-deber.

* * *

Honorables Magistrados:

Hay en la plaza de San Pedro, en Roma, una vieja escultura. La pátina de los tiempos tan solo realza su notable impresionismo. Todos los libros de arte la reproducen, porque su rostro esculpe el más sublime dolor trágico. Es Laocoonte, sacerdote de Apolo, personaje arrancado de la leyenda troyana, que se opuso a la entrada del caballo de madera que ideara el ladino Ulises. Los dioses que tomaban parte en las guerras de los hombres se indignaron y la divina Atenea envió dos serpientes marinas que lo estrangularon junto con sus hijos.

Así lo cantó La Eneida.

Pensé concluir indicando que ese dolor era un argumento visual que supliría las deficiencias de mi concepto. Empero, estaba equivocado por idealista: Laocoonte y su bello dolor trágico nada puede decir acá. Tampoco Edipo, arrancándose los ojos para expiar el inconsciente incesto que escribieron los astros. Ni Homero el rapsoda de los caminos polvorientos. Ellos pertenecen al pasado, pueden ser trágicos pero son bellos: Su destino no acusa a los hombres, acaso a los dioses o a las estrellas.

En cambio he de citar, enfermo de impotencia y de angustia, una simple carátula de revista. La vi, accidentalmente, en el estante de una librería. Es: "El N° 37 de: El Viejo Topo". Llega aquí, a este proceso, porque es real, actual, indescriptible. Es la fotografía de la tortura:

Imaginad la cabeza y el rostro de un torturado forrado como una momia egipcia, no por vendajes, sino por cinturones militares de aguzadas y geométricas hebillas.

Uno a uno van circundando a la esfera, como si fuese la de un maniquí. Se tiene la idea de lo imposible, luego se piensa en la inexorable asfixia.

Así, paralizado ante ella, me dije: Está muerto. Pero me equivocaba: Le chorreaba sudor por el cuello: ¡Estaba vivo! Y respiraba: El correaje que servía de mordaza a la boca oculta y adivinada, se movió sutilmente y un murmurio quedo, sordo, pero audible me dictó sus sufrimientos y sus derechos, sin gemir, con serena altivez...

Los he reproducido, para vosotros.

Yo soy la altisonancia jurídica de los torturados.

De los Honorables Magistrados.

Atentamente,

J. Guillermo Escobar Mejía
Fiscal Décimo del Tribunal.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Imprimió
Editorial ACOSTA
Teléfonos: 51 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