

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

Leihgabe Prof. Ambos

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

DOCTRINA

El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas.

Juan José Bustos Ramírez.

Principios de garantía jurídico-procesal.

Hernando Londoño Jiménez.

Cotejo de letras y peritaje grafotécnico.

Luis Gonzalo Velásquez Posada.

El hurto de uso en el nuevo Código Penal.

Jorge Enrique Valencia M.

El procesado en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Fernando Coronado Ramírez.

11

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Personalidad y peligrosidad en el nuevo Código Penal. Condena y libertad condicionales. Providencia de 17 de febrero de 1981.

Luis Enrique Romero Soto.

JUZGADO QUINCE SUPERIOR. Sobre la denominada "compensación de culpas" en el derecho penal. El problema de la culpa de la víctima y el elemento "relación causal" en el delito culposo. Providencia de noviembre 7 de 1980.

Mario Salazar Marín.

FORO HISTÓRICO

Experticio antropológico. El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal.

Fernando Vélez Vélez.

NECROLOGÍA

Ha muerto un penalista por **Jaime Giraldo Lema.**

CO/XIV
F/Z

2345

1981

JULIO

AGOSTO

SEPTIEMBRE

AÑO III • Julio • Agosto • Septiembre de 1981 N° 11

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1981

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

© Nódier Agudelo Betancur, 1981.
© Editorial Temis S.C.A., 1981.
Calle 13, núm. 6-53.

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

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

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

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

Impresa por EDITORIAL TEMIS S.C.A., Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas. Doctor Juan José Bustos Ramírez	265
Principios de garantía jurídico-procesal. Doctor Hernando Londoño Jiménez	274
Cotejo de letras y peritaje grafotécnico. Doctor Luis Gonzalo Velásquez Posada	301
El hurto de uso en el nuevo Código Penal. Doctor Jorge Enrique Valencia M.	319
El procesado en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Doctor Fernando Coronado Ramírez	335

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Personalidad y peligrosidad en el nuevo Código Penal. Condena y libertad condicionales. Providencia de 17 de febrero de 1981. Ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto	343
JUZGADO QUINCE SUPERIOR. Sobre la denominada "compensación de culpas" en el derecho penal. El problema de la culpa de la víctima y el elemento "relación causal" en el delito culposo. Providencia de noviembre 7 de 1980. Doctor Mario Salazar Marín	348

FORO HISTÓRICO

Experticio antropológico. El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el nuevo Código Penal. Doctor Luis Fernando Vélez Vélez	357
--	-----

NECROLOGÍA

Ha muerto un penalista por Jaime Giraldo Lema	378
--	-----

DOCTRINA

EL DELITO DE DESAPARECIMIENTO FORZADO DE PERSONAS COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD Y LAS MEDIDAS INTERNACIONALES PREVENTIVAS*

Doctor JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

1. LA DESAPARICIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO GENERAL

En los diferentes considerandos del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace alusión a la "dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana", a la "fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana" y en el art. 3 se señala expresamente: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6, num. 1, afirma: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"; y en el art. 9, num. 1, agrega: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta".

Estos principios se han ido plasmando ya desde los inicios del estado de derecho, en el siglo XIX, en las legislaciones de los diferentes países, y en especial han recibido protección en los códigos penales y de procedimiento penal. Es importante, pues, destacar que la persona humana ha logrado una amplia protección en la legislación penal de la mayoría de los países. Más aún, los autores en materia penal, desde FRANZ VON LISZT, en el siglo pasado, han propiciado que la persona humana constituya el eje fundamental de los bienes jurídicos que el Estado debe defender. Este desarrollo, iniciado en el siglo diecinueve, ha tenido diferentes repercusiones en el presente siglo.

Por una parte los códigos penales modernos y los nuevos proyectos empujan el catálogo de delitos justamente con aquellos referidos a la persona hu-

* Ponencia presentada al Coloquio sobre "La política de desaparición forzada de personas" celebrado en París, bajo la presidencia del Premio Nobel de la Paz, en el Senado de Francia en los días 29 y 30 de enero y 1º de febrero de 1981.

mana, a diferencia de los códigos anteriores que se iniciaban con aquellos que atacaban la seguridad exterior o interior del Estado, poniendo entonces a este como el bien básico protegido penalmente. Y al concretar los ataques contra la persona humana, en primer lugar están los delitos contra la vida y la salud individual y a continuación aquellos contra la libertad y la seguridad, es decir, estos dos grupos de delitos constituyen el núcleo fundamental de las ofensas contra la persona humana, que son objeto de punición.

Por otra parte, en el presente siglo se ha extendido y precisado la protección a la persona humana, es decir, no solo a la vida, la salud y la libertad, sino también, y en forma muy especial, a su capacidad de determinación, a su intimidad y, en definitiva, a su dignidad de ser humano. Es por eso por lo que se ha prohibido la tortura y, además, la utilización de mecanismos electrónicos o de la informática que atenten contra la personalidad.

Por último, consecuentemente con estos principios, se ha producido una amplia morigeración de la actividad represiva del Estado. Es así como en gran cantidad de países se ha abolido la pena de muerte de los códigos penales¹, y ya desde mucho antes, la tortura y todas aquellas penas infamantes o que signifiquen una degradación del individuo. En tal sentido también se combate con fuerza en la actualidad, y ha caído en crisis la propia pena de privación de libertad, por sus efectos negativos sobre la persona humana en cuanto a su dignidad y su calidad intrínseca de ser social. Aún más, desde un punto de vista jurídico-penal, no solo se pone límites al Estado, sino también a los ciudadanos. Es así como, conforme a la Convención europea de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2, II, a), la legítima defensa solo justifica la muerte de otra persona cuando se realiza en protección de la vida, la salud o la libertad, pero no respecto de otros bienes inferiores, como por ejemplo, la propiedad.

Es dentro, pues, de esta evolución —que se ha ido produciendo en los ordenamientos legales de cada país desde principios del siglo pasado, y que en el presente siglo ha sido además reforzada desde un punto de vista jurídico internacional—, que debemos considerar el significado del desaparecimiento forzado de personas.

2. POSIBILIDAD DE CONFIGURAR UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PENALMENTE

Hay que destacar antes que nada que el castigo del desaparecimiento de una persona privada de libertad no es una novedad dentro de la tradición legislativa interna de los países. Así, en la tradición española, ya desde el Código de 1822 (art. 667): “Si la persona robada en cualquiera de los casos de los artículos 664 y 665 no hubiese parecido al tiempo de terminarse el juicio, ni diere razón de ella el robador, sufrirá este la pena de trabajos perpetuos; pero si pareciere después el robado, y resultare que el no haber parecido antes no

fue por culpa del reo, saldrá este de los trabajos perpetuos, y no sufrirá más que la pena que le corresponda con arreglo a los tres artículos precedentes”, pasando por el Código de 1848/1850 (art. 413)² y el de 1870 (art. 503)³, hasta el Código actual (art. 483)⁴.

Esta tradición hispánica tiene varios aspectos que es necesario resaltar. En primer lugar, siempre se ha impuesto una pena grave, comprendida dentro de las establecidas para el asesinato. Por otra parte tal figura delictiva ha estado referida solo al caso de desaparecimiento de personas por actuación de un particular y *no* cuando es el efecto de la acción de la autoridad; evidentemente al legislador del siglo XIX no le pasó por la mente la situación existente actualmente en el mundo. Pero además este delito ha sido controvertido desde diferentes puntos de vista, uno de los cuales consideraremos de inmediato y los otros más adelante. Defensor de este precepto prohibitivo fue FRANCISCO PACHECO, comentador del Código de 1848/1850: “Grave es en verdad esta pena, como que es una de las del homicidio, cuando concurren en él ciertas condiciones que lo agravan (art. 324); pero téngase presente que es una justa presunción de tal homicidio la que aquí hay; y que declarándola formalmente la ley, erigiéndola en verdadero delito, no podía ser más suave con los que incurriesen en semejante caso”⁵. En cambio, ALEJANDRO GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, comentador del Código de 1870, si bien destaca la gravedad del hecho: “La desaparición de una persona que ilegalmente ha sido por otra detenida, es, ciertamente, un gran motivo de alarma social. Constituye un aumento *real* en el daño mediato del delito de detención ilegal y una presunción, fundada también, de aumento en su daño inmediato...”, agrega que este hecho no debe ser castigado “...nunca con una sanción correspondiente a un delito de un orden distinto y superior”, para concluir: “Si la razón del castigo no se busca en la detención ilegal, sino en la presunción de la muerte violenta del detenido, lo primero a que el método obliga es a borrar el presente artículo del título en que está inscrito y llevarlo al capítulo II del título VIII, donde se trata del asesinato”⁶.

Ciertamente GROIZARD tiene razón en cuanto a la indefinición existente respecto a qué es lo que se protege *en primer término* al prohibir estos hechos. Y ciertamente no es la libertad, sino la vida en cuanto bien superior. Naturalmente se trata de un hecho complejo, en que junto con la vida entran en consideración otros intereses, lo que también aparece muy claramente recalcado por

² El art. 413 expresa: “El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona, o sustrajere un niño menor de siete años, y no diere razón de su paradero, o no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena perpetua”.

³ El art. 503 expresa: “El que detuviere ilegalmente a cualquier persona, o sustrajere un menor de siete años, y no diere razón de su paradero o no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado...”.

⁴ El art. 483 señala: “El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor”.

⁵ Pág. 259, 5ª edic., Madrid, 1881.

⁶ Pág. 731, t. v, 2ª edic., Madrid, 1913.

¹ Cfr. *La pena de muerte*, publicación de Amnesty International, 1979.

el propio GROIZARD. Primero que todo la libertad, pero también un respeto general a la persona humana, a su *dignidad y trascendencia en el mundo social*, lo que también aparece reconocido en el art. 6 de la Carta Internacional de Derechos Humanos y en el 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Y ello se expresa en su posibilidad de una multiplicidad de actos en la vida jurídico-social, que aparecen negados con el desaparecimiento, desde los más simples y personales, hasta el de ser reconocida su muerte (con la contrapartida de todos los actos relativos a ella, tanto civiles como religiosos); en definitiva, el derecho reconocido a mantener su *identidad* de persona humana tanto en la vida como en la muerte, cuestión fundamental en la historia del hombre y de la humanidad y que es lo que ha determinado su acervo y evolución histórica, cultural y ética. Es esto lo que hace aumentar enormemente "el daño" de este hecho, constituyendo un ataque más profundo que el simple homicidio, pues no solo afecta la vida, sino al hombre en todas sus dimensiones y, por ello, con razón se ha castigado en España con las penas del asesinato.

Pero las consideraciones que hasta ahora hemos hechos se mueven solo en el plano de los actos cometidos por un particular. Y si bien todo desaparecimiento forzado de personas como tal, desde un punto de vista desvalorativo adquiere siempre una gran gravedad social, no hay duda que en lo que se refiere a la praxis judicial el desaparecimiento forzado de personas cometido por un particular es sumamente raro. Lo relevante en la actualidad no es tal hecho, sino aquel en que el desaparecimiento se produce en virtud de la intervención de la autoridad estatal, como lo revelan los casos, por ejemplo, de Chile, Argentina, Uruguay, Etiopía, Afganistán, etc., y, ya antes en Latinoamérica, Guatemala y Nicaragua⁷. Esta nueva configuración de los desaparecimientos forzados de personas plantea también la valoración de una serie de nuevas circunstancias.

Los hechos mencionados, desde el punto de vista de quién sufre la acción lesiva, no están referidos a una persona aislada, como en el caso de los desaparecimientos forzados de personas cometidos por un particular, sino siempre a un *grupo de personas*, y, en virtud de sus *creencias u opiniones*. Con ello se trasgrede claramente lo dispuesto en los arts. 2 y 7 de la Carta Internacional de Derechos Humanos y en los arts. 18, 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Hay pues el ataque a derechos consustanciales al nacimiento del estado de derecho y a la consideración del hombre como persona, que aparecen recogidos en todas las Constituciones democráticas, y que aunque en parte reconocen formalmente aquellos Estados en los cuales se practican estos hechos, así en la nueva Constitución chilena en el art. 19, num. 2, 6 y 12. A diferencia pues de los hechos cometidos por un particular, esta nueva forma del desaparecimiento de personas implica siempre una *política de Estado* de carácter discriminatorio respecto de un grupo en razón de sus opiniones po-

⁷ Cfr. intervención KAMMINGA, Comisión de Derechos Humanos, E/1980/13/Add.1 (E/CN.4/1408/Add.1) pág. 126.

líticas, y en el que entonces un grupo desde una posición *exclusivamente de fuerza o poder* (en definitiva de pura violencia) niega a otro sus derechos más elementales de persona humana. Se está ante un hecho que presenta características cuantitativas y cualitativas semejantes a las del genocidio, la esclavitud y los crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, si consideramos no ya quién sufre la acción, sino quién la ejerce, también estos hechos adquieren una especial significación. Estos actos son llevados a cabo directamente por la autoridad, y a veces por organismos u organizaciones para-pro gubernamentales, pero siempre vinculados al Estado y con la ayuda abierta o encubierta de este; baste recordar la historia de las tres 'A' en Argentina, o de las "manos blancas" o "escuadrones de la muerte" en diferentes países latinoamericanos. Con lo cual, entonces, a diferencia de los desaparecimientos forzados de personas cometidos por particular, aparece en primer plano un nuevo aspecto jurídico-penal, más complejo aún y de carácter institucionalizado. Base esencial de este bien complejo es el consenso existente internacionalmente de que el Estado (y sus autoridades) tienen como función esencial —lo que constituye a su vez en gran medida su reconocimiento como tal— el asegurar los derechos de sus ciudadanos. Y es por eso por lo que en todos los códigos penales se contemplan, ya sea dentro de los delitos contra la seguridad interior o contra los derechos reconocidos por la Constitución y otros semejantes, sanciones en contra de las medidas arbitrarias o ilegales o desprotectoras de la autoridad. Evidentemente que dentro de ese tipo de actos el desaparecimiento forzado de personas realizado o provocado por la autoridad constituiría el hecho más significativo, pues con él de una plumada se borran todas las llamadas garantías del ciudadano, ratificadas además internacionalmente en la Carta Internacional de Derechos Humanos (arts. 8 a 11) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9 a 10, 14, 15, 16). Surge aquí un nuevo bien institucionalizado, que es el de la seguridad ciudadana⁸, conforme al cual *el Estado como tal* aparece comprometido a velar por el equilibrio y respeto de los derechos de sus ciudadanos, en toda su amplitud y extensión, en relación con los organismos propios del Estado, y en especial con aquellos que ejercen una actividad eminentemente coercitiva. Este bien institucionalizado tiene claramente un carácter complejo, pues fuera de comprender el compromiso (o deber) del Estado y las garantías fundamentales de los ciudadanos, abarca también los bienes concretos afectados, que son los mismos considerados en el desaparecimiento forzado de personas cometido por un particular. El aspecto institucionalizado ha sido muy claramente puesto de relieve por KAMMINGA, de Amnesty International: "...las desapariciones involuntarias o forzosas comprenden dos elementos esenciales. Primero, la detención o el secuestro realizado por agentes del gobierno, con apoyo directo o indirecto del gobierno. Segundo, el gobierno se niega a reconocer toda detención o arresto y niega la necesidad de realizar una investigación. Tales desapariciones se dife-

⁸ Cfr. JUAN BUSTOS, "Estado y seguridad ciudadana", en *Temas de Derecho Penal*, N° 14, Medellín, Colombia.

rencia de las violaciones convencionales de derechos humanos en que el gobierno se niega a reconocer que el interesado está bajo su custodia, por lo que resultan inútiles todos los recursos legales destinados a la protección de los individuos⁹.

En definitiva, tanto si miramos la situación constituida por el desaparecimiento forzado de personas en sus aspectos internos como internacionales, aparecen comprometidos intereses o, mejor aún, relaciones sociales de significación fundamental para una sociedad en particular y para la comunidad internacional.

3. CONFIGURACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DE ESTOS HECHOS EN EL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL

A) *En el derecho interno.* Estos hechos se deben configurar en el derecho interno tanto entre los delitos contra la vida como en los que atentan contra la seguridad del Estado o contra los derechos garantidos por la Constitución, o, mejor aún, contra la seguridad ciudadana. Los cometidos por un particular habría que clasificarlos dentro de los atentados contra la vida; y los realizados por la autoridad, en virtud de la especialidad del sujeto activo y la trascendencia significativa de ello, dentro de los segundos.

Hay, sin embargo, un aspecto importante de técnica jurídica que se debe considerar y que ya fue planteado por GROIZARD en España y admitido por la doctrina predominante en la actualidad¹⁰, que ha llevado justamente a la supresión de este delito en el nuevo Proyecto de Código Penal español. Decía GROIZARD: "Nuestra censura alcanza, sin embargo, a algo más que a la parte artística del Código en esta materia. Desaprobamos no solo el sitio en que la declaración se hace, sino la esencia y substancia del precepto. Castigar con la pena peculiar del asesinato una presunción, más o menos fundada, de que ese delito se ha realizado, es uno de los mayores errores que en materia penal pueden cometer legisladores y jurisconsultos. El homicidio y el asesinato son, por su naturaleza, delitos *reales*, y solo haciendo de ellos delitos *formales* podría compadecerse lo que ahora se dice con lo que sobre ellos se ha legislado en artículos anteriores. Sin un cuerpo material del delito, no hay nadie, cuyas ideas alcancen alguna influencia en el movimiento científico y legislativo de nuestra época, que se haya atrevido a sostener que puede recaer una sentencia de asesinato ni de homicidio"¹¹.

GROIZARD en verdad confunde un problema probatorio o procesal con el de la naturaleza del delito, lo que no ha sido tampoco debidamente tomado en

⁹ Intervención KAMMINGA, Comisión de Derechos Humanos, ob. cit.

¹⁰ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 2ª edic., pág. 117; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 11ª edic., Edit. Bosch, pág. 651; RODRÍGUEZ DEVESA, 3ª edic., pág. 310.

¹¹ Ob. cit., págs. 731 y 732.

cuenta por los autores posteriores que se apoyan en él. En primer lugar, nadie dice que el desaparecimiento forzado de personas es un homicidio o un asesinato; lo que se plantea es la asimilación de penas con el asesinato en razón de los intereses dignos de protección que con él se afectan. Ahora bien, es cierto que hemos afirmado que constituye un atentado contra la vida. Pero aquí no se trabaja con una presunción, por lo menos absoluta, lo que sería contrario al carácter realista del derecho penal y a las necesarias garantías de determinabilidad que deben tener los hechos que se castigan. Aquí más bien se trata de un juicio de probabilidad, esto es, una valoración que surge de determinados hechos constatados y que además son delito (detención arbitraria o ilegal de una persona), lo cual reafirma aún más el juicio de probabilidad, que todavía se aumenta más cuando el sujeto activo es la autoridad, en razón de las garantías de protección que esta debe ofrecer al ciudadano. Por lo demás este tipo de juicios de probabilidad los realiza el derecho penal de modo normal, y es lo que ha dado origen a todos los llamados delitos de puesta en peligro o de peligro, en los cuales, a partir de determinados hechos producidos, se emite un juicio de probabilidad concreto respecto de la vida, la salud, la libertad, etc. (por ejemplo, el castigo por conducir en estado de ebriedad, que contemplan muchos códigos, y en general, los delitos de peligro en la circulación). Un ejemplo todavía más extremo de estos delitos de peligro lo constituye el llamado homicidio o lesiones en riña.

En definitiva, el delito de desaparecimiento forzado de personas, desde un punto de vista técnico, es un delito de peligro, en que justamente frente al hecho material de la detención y desaparecimiento es posible formular un juicio de probabilidad de puesta en peligro de considerable intensidad y amplitud, por abarcar a la persona humana en todas sus dimensiones, en el caso del cometido por un particular, y además por el compromiso del Estado, en el caso del cometido por la autoridad. No hay, pues, en realidad, reparos técnico-dogmáticos para la configuración como delito del desaparecimiento forzado de personas, ni tampoco para que, en razón de la importancia de los bienes que afecta, se le castigue con una pena tan grave como la del asesinato, como con razón ya señalaba PACHECO.

B) *En el derecho internacional.* Cuando el desaparecimiento forzado de personas es cometido por la autoridad (y organizaciones para-pro-estatales), cuyo objetivo es la eliminación, desde una posición de fuerza y violencia estatal, de un determinado grupo en razón de sus ideas u opiniones políticas, mediante actos que atentan contra su personalidad, estamos en presencia de un crimen del todo semejante a los crímenes contra la humanidad en general¹² y de genocidio en particular¹³.

Es por ello por lo que la Asamblea General de las Naciones Unidas debería reconocerlo como una forma más de tal tipo de crímenes. Y junto a ello apli-

¹² Cfr. la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, artículo 6, letra c.

¹³ Cfr. la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

carle las disposiciones anejas a tal categoría, es decir, su imprescriptibilidad y la no consideración como delito político para los efectos de la extradición¹⁴.

Dentro de este orden de ideas quedaría, sin embargo, por precisar un aspecto, esto es, el de quiénes son responsables por estos crímenes.

A este respecto es necesario distinguir entre la responsabilidad por el acto mismo realizado y la responsabilidad internacional por la comisión de estos hechos. En cuanto a lo primero será responsable la autoridad que directamente los ejecutó, y, en los casos de organización para-pro gubernamental, la persona particular que los realiza además de la autoridad que los apoya. Pero el problema importante es el de carácter internacional, y desde este punto de vista no hay duda que es el Estado, como tal, quien aparece comprometido por tales hechos, que se deben a su acción política discriminatoria y atentatoria contra los derechos humanos; luego es el Estado el responsable ante la comunidad internacional por la comisión de estos hechos. Esto significa que además de las sanciones y medidas que la comunidad internacional puede y debe tomar en contra de determinado país, hay también una serie de repercusiones en el orden de la actividad jurídica de ese Estado. Si es el Estado el responsable ante la comunidad internacional, no podrá alegar en su favor la no retroactividad de la ley penal, ya que esta es una garantía propia del ciudadano frente al Estado y no una forma de ampliar la arbitrariedad de este, y si el Estado no puede invocar esta garantía tampoco lo pueden hacer quienes actúan en su nombre, ya sean autoridades o particulares. Por otra parte, tampoco la amnistía o el indulto tienen entonces sentido, ya que se trataría de actos del Estado en su propio beneficio, es decir, una nueva arbitrariedad; no cabe entonces en estos casos la institución de la amnistía y el indulto.

Por último cabría establecer las relaciones existentes entre este crimen contra la humanidad y las posibles configuraciones ya vistas en la legislación interna de cada país. Reconocido este crimen contra la humanidad como tal, ciertamente absorbe los posibles delitos por desaparicimiento forzado de personas, cometidos por la autoridad, que se hayan configurado en el derecho interno —salvo que no tenga por base una política discriminatoria, caso en el cual sería un delito independiente—; en cambio el delito del particular exclusivamente, esto es, que no sea en realidad para-pro gubernamental, permanecerá siempre como un delito independiente.

4. CONSIDERACIONES ANEXAS Y MEDIDAS CONCRETAS DESDE UN PUNTO DE VISTA INTERNACIONAL

El crimen contra la humanidad, de desaparicimiento forzado de personas, plantea dos órdenes de consideraciones diferentes.

¹⁴ Cfr. la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; sobre la extradición véase el art. VII de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Además habría que hacer aplicables los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Una se refiere a la impotencia en que se encuentran tanto el particular como la comunidad internacional frente a estos hechos: "Tales desapariciones se diferencian de las violaciones convencionales de derechos humanos en que el gobierno se niega a reconocer que el interesado está bajo su custodia, por lo que resultan inútiles todos los recursos legales destinados a la protección de los individuos"¹⁵. Esta situación ciertamente se puede intentar paliar mediante la creación de una comisión para estos efectos, como ya se ha hecho¹⁶, pero pensamos que no es suficiente. Así como en el derecho interno ha surgido la institución del defensor del pueblo (*ombudsman*), justamente para detener eficazmente la arbitrariedad del Estado, del mismo modo en el ámbito internacional, dada la gravedad de este tipo de situaciones, es necesario propugnar la creación del *Defensor de los pueblos*, aun cuando se tenga que plantear como organismo colegiado. De este modo se tendrá una institución con la suficiente autoridad y representatividad, que pueda actuar rápidamente y con eficacia en estos casos, en los cuales la prontitud y el peso internacional de la intervención son fundamentales.

La segunda consideración se refiere al hecho de que el desaparicimiento forzado de personas constituye una política de los Estados dictatoriales. Es decir, que resulta fundamental para evitar la repetición de estos hechos que la comunidad internacional impulse la existencia de regímenes democráticos. En tal contexto aparece muy claro además que no es una garantía de democracia en modo alguno la existencia de tribunales de justicia, más o menos independientes del gobierno, pues la realidad ha demostrado que son ineptos en estos casos para garantizar los derechos humanos más elementales¹⁷, y que por el contrario siempre sucumben frente al gobierno y son manejables por este, y por ello mismo no hace falta su supresión o sustitución, como sucede con los partidos políticos o el Parlamento. Esto motiva necesariamente una reflexión sobre los orígenes de este fenómeno. Y ellos no pueden ser otros que la total desvinculación que existe en general entre el poder judicial y el pueblo. Es decir, una verdadera independencia del poder judicial es posible cuando de algún modo exista una participación directa del pueblo en su generación y control. Estimamos que la comunidad internacional tiene que preocuparse especialmente de este problema de la desnaturalización total del poder judicial en estos casos y dentro de las dictaduras, lo cual evidentemente hace ilusoria cualquier declaración o medida sobre los derechos humanos. Creemos que debería también formarse una comisión que analizara este problema y estableciera un Estatuto Internacional del Poder Judicial, en el que evidentemente no puede faltar esta determinada vinculación entre dicha institución y el pueblo en cuanto a su generación y control. Sin una tal conciencia internacional respecto de este problema y sin un tal Estatuto, la eficacia de las demás medidas y declaraciones permanecerá siempre en un bajo índice de rendimiento en situaciones críticas.

¹⁵ Intervención KAMMINGA, ob. cit.

¹⁶ Cfr. Comisión de Derechos Humanos (E/1980/13/Add.1 - E/CN.4/1408/Add.1) págs. 129 y ss.

¹⁷ Cfr. sobre esta ineptitud de la vía judicial: "La protección de los derechos humanos por la vía judicial, en Jornada Nacional de Abogados vinculados a la Defensa de los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 17, 18 y 19 de noviembre de 1980, en especial el punto VI.

PRINCIPIOS DE GARANTÍA JURÍDICO-PROCESAL

Doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ.

Presidente del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.
Tratadista de Derecho Procesal Penal.

1. DEBIDO PROCESO

Este principio es un mandato de la Constitución Nacional, en cuyo art. 26 se prescribe que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal penal, al desarrollar este principio en su art. 1º, requirió además el aseguramiento pleno de la garantía de defensa en el respectivo proceso, lo cual incluye naturalmente las tres etapas en que se encuentra sistematizado el Código de Procedimiento Penal, a saber, la instructora, la de acusación y la de juzgamiento.

Todo el postulado del debido proceso, imperativo para el juzgamiento, es equivalente al otro principio de la ley sustancial, que consagra el de la legalidad referida al hecho punible, a la pena y a la medida de seguridad. Son dogmas legales, en el sentido de que su inobservancia hace irrelevante la condena o enerva el juzgamiento, los que no obstante producirse con flagrante violación de aquellos principios rectores, estigmatizarían el proceso penal con un altísimo coeficiente de injusticia, de arbitrariedad, de atropello a las vías legales.

Ambas filosofías, la de la "legalidad" en el Código Penal, y la del "debido proceso" en el Código de Procedimiento, tienen su nacimiento institucional en la Constitución y su desarrollo a la vida jurídica en ambos estatutos. Por eso los dos códigos tienen un profundo contenido de garantías individuales, no solo para quien delinque sino también para el hombre inocente, quien por una equivocada interpretación de la ley o abuso del poder, puede verse perseguido contra todo derecho.

Por lo anterior, las normas penales deben mantenerse en estrecha relación jurídica con las de procedimiento. Y por ello, un código penal que quiera verse inspirado en principios democráticos y liberales, no puede llegar a serlo si faltare entre sus mandatos legales el principio de reserva, el cual ha sido acuñado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*. Constituye clamorosamente una auténtica garantía de las libertades individuales. Representa además una verdadera seguridad jurídica, en el sentido de que a nadie se puede sorprender con la imputación de un hecho delictuoso, si

este no ha sido previamente declarado así por el legislador y con la conminación de una sanción penal, la que entre nosotros constituye pena de prisión, arresto o multa. La extensión del principio de legalidad comprende naturalmente las medidas de seguridad que solo persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación¹. Por lo mismo, yace en el subfondo del principio una cierta indiferencia y autorización para que el ciudadano pueda hacer todo lo que no está legalmente previsto como hecho punible, así se trate de la conducta más reprochable jurídica y moralmente, sin que el magisterio punitivo pueda intervenir para contrarrestarla penalmente. Es la llamada "zona de libertad" de que hablara SEBASTIÁN SOLER.

Este principio de reserva, freno al despotismo, control de la tiranía y los abusos del poder estatal, ha regido desde hace siglos el mundo de la juridicidad. Y tanta ha sido su significación como derrotero en la civilización jurídica de los pueblos, que distintas corrientes filosóficas y escuelas del derecho penal lo han declarado su aliado, cuando no han reclamado para sí su paternidad. Unos al sostener que encuentra su origen en el *Digesto*, otros que en la Carta Magna de Juan sin Tierra, o que proviene del pensamiento roussoniano, o que viene del Iluminismo, con BECCARIA. Pero la más acertada investigación histórica se lo atribuye a FEUERBACH en Alemania.

Lo cierto del caso es que el principio se incrustó con tanta hondura en la conciencia pública de los pueblos, que la propia Revolución Francesa lo incluyó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que en los últimos tiempos fue solemnemente reiterado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando en su Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, prescribió en su art. 15: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, al delincuente se beneficiará de ello...". A esta declaración adhirió nuestro país, por medio de la ley 74 de 1968, mediante la cual se aprobaron los pactos internacionales de derechos civiles y políticos².

En muchas partes del mundo jurídico de hoy se están violando persistentemente estas reglas. En su remplazo han irrumpido los gobiernos totalitarios, los regímenes despóticos, las abyectas tiranías, ciertas aparentes democracias, en donde se ha entronizado el abuso del poder en contra de la libertad individual.

¹ Código Penal colombiano, art. 1º: "Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté previsto expresamente como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada el 22 de noviembre de 1969 y que fue aprobada por medio de la ley 16 de 1972, dice en su art. 9º: "Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fuesen delictivos, según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Es en estos críticos y oscuros momentos de la humanidad, cuando en ciertos países se busca, por medio de la legislación penal, darle amplísimas facultades al juez, haciéndolo casi omnímodo intérprete de la ley, para que con dicha facultad pueda aplicarla de una manera extensiva y analógica. A estos fines, se crean tipos penales indefinidos, borrosos, abiertos, o tipos aparentes de acción, todo lo cual constituye un derecho penal antiliberal, porque atenta ostensiblemente contra el supremo derecho de la libertad individual e introduce dentro de la sociedad la más inquietante y peligrosa inseguridad jurídica. Por eso ha dicho RICARDO C. NÚÑEZ:

“La exigencia de que la punibilidad de un hecho solo puede ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de que aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer. La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada. Esto se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquellos y estas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia”³.

Este principio llamado también de “exclusividad”, es considerado burgués por los marxistas; en Alemania nazi se desconoció y se reemplazó por el de “juez legislador”, quien debería aplicar justicia según el “sano sentimiento del pueblo”. Y en Rusia, los jueces están autorizados para condenar de acuerdo con su “conciencia revolucionaria”. El tristemente célebre proceso de Nüremberg quedó estigmatizado en la conciencia jurídica universal, por haber constituido el más ominoso desconocimiento y violación de dicho principio. Fue una afrentosa violación de los derechos humanos.

Por lo mismo que venimos diciendo, en la creación de los delitos e imposición de las penas, no puede existir en derecho penal más fuente que la ley. La doctrina, la costumbre, la jurisprudencia podrán tener influencias más o menos directas en la formación y modificación de las leyes penales, pero no son fuentes de derecho⁴. Si no fuera así, la libertad individual estaría permanentemen-

³ Cita de FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, *Manual de derecho penal mexicano*, Edit. Porrúa, S. A., México, 1974.

Por su parte, GONZALO QUINTERO OLIVARES ha dicho: “Así pues, el principio de legalidad hoy, es, ante todo, un postulado de ‘garantía’, que según JESCHECK compone la ‘parte formal’ del principio de Estado de derecho. Mejor sería entender que, bajo un aspecto exterior ‘formal’, late una íntima referencia material al Estado de derecho. La constatación del cumplimiento por la ley positiva de los enunciados del principio de legalidad es, como indica en España RODRÍGUEZ MOURILLO y ratifica MUÑOZ CONDE, «piedra de toque para comprobar si se respetan o no las exigencias del Estado de derecho... precisa determinación que constituye la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de derecho una verdadera exigencia ética»”. (*Represión penal y Estado de derecho*, Edit. Dí-rosa, Barcelona, 1976, pág. 52).

⁴ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pág. 122.

te amenazada y nunca podríamos estar seguros de no estar incurriendo en la comisión de un delito. Por ello el principio de reserva o de legalidad del hecho punible, de las penas y medidas de seguridad, constituyen la máxima garantía dentro de un auténtico Estado de derecho. Es dogma o postulado que no puede faltar en donde exista una auténtica inspiración democrática en la orientación del destino de los pueblos. Por eso decía CARRARA, que si queremos que la ley penal sea el supremo código de la libertad, la ley debe ser la única fuente del derecho penal.

El *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, ha sido una de las grandes conquistas del Derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico⁵. Y ese bautismo lo tuvo ciertamente en la Revolución Francesa, cuando en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, proclamada el 26 de agosto de 1789, se dijo en su artículo octavo: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. Como se puede advertir, tan sabia fórmula consagratoria de los principios de legalidad y del debido proceso, está recogida en la portada de nuestros dos códigos, el penal y el de procedimiento, principios que, como ya hemos visto, tienen su origen en el art. 26 de la Constitución Nacional. Por esta razón resulta aplicable entre nosotros lo que con referencia a la legislación de su país decía en México el jurista JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE:

“Las normas de procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el derecho constitucional de un pueblo. Si la Constitución Política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existiese esa identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la Constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de las disposiciones contenidas en contrario en otros cuerpos de leyes”⁶.

⁵ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “La detención preventiva”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, 1980, pág. 25: “En la portada de los códigos penales y de procedimiento, lo mismo que en los títulos sobre derechos civiles y garantías sociales de las Constituciones, no puede faltar la consagración del principio de reserva o de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su libertad mediante una condena, sino por un hecho que previamente haya sido definido en la ley como delito. Porque un código penal que quiera inspirarse en principios de una verdadera filosofía democrática y liberal, no puede dejar de inscribir dicho postulado dentro de su normatividad jurídica. El *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, ha sido una de las grandes conquistas del derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico”; GIUSEPPE BETTIOL, en *Instituciones de derecho penal y derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 95: “Desde el punto de vista técnico-formal el principio equivale a una reserva de ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad. En general, no solo los códigos sino también las Constituciones sancionan tal principio para que sean garantizadas las libertades de los ciudadanos. Reserva de ley significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir, el poder legislativo”.

⁶ JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ed. Botas, 1945, pág. 190. Por su parte, BETTIOL, en ob. cit., pág. 89, al hacer referencia al art. 25 de la Constitución italiana que consagra el “principio de legalidad”, dice: “Estamos frente al tradicional principio liberal democrático que ha caracterizado todo código penal europeo y latinoamericano desde la época del Código Penal de Napoleón de 1810. Su solemne afirmación en la Constitución italiana presenta un evidente significado político tras las experiencias, incluso penales, de la dictadura ideológica del fascismo. Es una reafirmación de la libertad de la persona humana”.

Por toda esta tradición jurídica y filosófica, resultaba entonces como un imperativo abrir el articulado del Código de Procedimiento Penal con la siguiente norma:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso, en el que aparezca asegurada plenamente la garantía de defensa.

De este precepto y del art. 26 de la Constitución Nacional, se desprenden los siguientes principios:

1º) Para la existencia legal de un hecho punible, se requiere la existencia previa de la ley que lo tipifique. Es el llamado principio de reserva: *Nullum crimen sine praevia lege penale*;

2º) No puede imponerse pena o medida de seguridad sin que estén previstas en la correspondiente disposición penal y con anterioridad al hecho punible: *Nulla poena sine praevia lege penale*;

3º) La garantía de toda persona a quien se le haya imputado un hecho punible, a ser juzgada por los tribunales competentes, por sus jueces naturales previstos en la Constitución y en la ley: *Nemo iudex sine lege*⁷.

4º) La plena observancia de las formas propias de "cada juicio", como dice la Constitución, o de "cada proceso", según el artículo que se analiza, lo que permite afirmar que sin el respeto debido a las ritualidades procesales para el esclarecimiento del hecho punible y el juzgamiento de su autor, no se puede llegar a una sentencia condenatoria. Quebrantar esta garantía, es también violar el derecho de defensa: *Nemo damnatur nisi per legale iudicium, o nulla poena sine iudicio*.

Sobre esto último ha dicho EUGENIO FLORIAN que "la ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley; en otras palabras: el derecho penal material no puede realizarse más que por la vía del derecho procesal penal, de suerte que nadie pueda ser castigado sino mediante un juicio regular y legal. El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en forma procesal y ante los órganos jurisdiccionales establecidos en la ley"⁸.

Desde luego que la norma sobre el debido proceso, en lo que hace referencia al juzgamiento por "juez competente previamente establecido", tiene a nuestro juicio una excepción, cuando al producirse el tránsito de una legisla-

⁷ EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, pág. 17: "En el campo del procedimiento como en el del derecho penal, rige el principio de legalidad, el cual se encuentra expresado en dos máximas fundamentales: *Nemo iudex sine lege*, que expresa que la persona llamada a conocer de un delito y a aplicar la pena, no puede ser una cualquiera, sino solo la que esté habilitada por la ley, pues en cuanto órgano de la jurisdicción penal es delegado por esta para la función. La ley penal no puede aplicarse sino por los órganos y los magistrados instituidos por la ley para ello, los cuales son, por tal causa, los poseedores del poder de ejercer la jurisdicción penal. Y, consecuentemente con esto, la ordenación de la jurisdicción penal no puede establecerse o variarse más que por la ley; nadie puede ser llevado ante jueces que no sean los que tienen jurisdicción sobre él, ni sería lícito crear tribunales especiales o extraordinarios".

⁸ EUGENIO FLORIAN, ob. cit., pág. 17.

ción a otra, la nueva ley prima sobre la anterior, entra a regir inmediatamente, cuando establece los jueces o tribunales de competencia o determina el procedimiento. Así lo establece el art. 40 de la ley 153 de 1887, en armonía con el artículo quinto del procedimiento penal al decir que la ley que "determine la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará a partir de su vigencia".

Corolario de lo anterior, es que la jurisdicción y la competencia pueden establecerse por medio de la ley, con posterioridad a la comisión del hecho punible, lo mismo que la ritualidad del proceso, en todo aquello que no afecte las garantías sobre la libertad individual o derecho de defensa. Con lo cual se evidencia una restricción al alcance del principio rector sobre juez competente "previamente establecido". Y esto es apenas lógico dentro del ordenamiento jurídico procesal, por cuanto la nueva ley de procedimiento generalmente se presume más ágil, más adecuada a los fines del proceso, más técnica, más receptora de las nuevas y más avanzadas corrientes del pensamiento en dichas materias. Por eso ha dicho BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ.

"Las leyes que determinan la jurisdicción y competencia tienen vigencia inmediata. Al procesado no le es dable escoger juzgador; este lo determina el Estado, alindando las competencias. Y las ritualidades del proceso, la forma de sustanciarlo, rigen automáticamente. Las competencias se determinan según necesidades de dividir correctamente el trabajo de la jurisdicción penal, considerando la naturaleza de los hechos punibles y el territorio de su ocurrencia. Es el Estado quien determina qué juez debe conocer de determinado delito y las formalidades a que debe someterse cada proceso. Ambos aspectos son de inmediata observancia para el correcto desarrollo de la función penal. Cosa bien distinta son las garantías procesales, en que rige el principio de la ley más favorable, así sea posterior al hecho que se juzgaba conforme a la ley coetánea a su ocurrencia"⁹.

Alternativamente hemos venido analizando en esta exposición tanto el principio de "legalidad", consagrado en el primer artículo del Código Penal, como el precepto sobre el "debido proceso" del artículo primero del Código de Procedimiento Penal, no solo por el estrecho parentesco jurídico que los une, sino también por la influencia tan directa que el primero tiene sobre el segundo. Es así como en varias de las disposiciones procesales, para poderse tomar alguna decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación, se requieren algunos presupuestos que respetan el principio de "legalidad". Un ejemplo sería el objeto de la investigación tendiente a establecer preferentemente si el hecho es o no constitutivo de delito y quién o quiénes sus autores o cómplices. Y con respecto a las medidas de aseguramiento, solo podrán proceder contra el procesado, cuando en el respectivo expediente exista prueba que permita al funcionario inferir razonablemente que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado, según reza el art. 333. Otro ejemplo sería el referente a la acusación, la cual solo se podrá formular cuando en el expediente aparezca

⁹ BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, *Instituciones de derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 171.

prueba suficiente que permita al funcionario inferir razonablemente la existencia probable del hecho típicamente antijurídico, que el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa; o que al momento de realizar el hecho se encontraba en las circunstancias del art. 31 del Código Penal, según lo dispone el art. 356 del de Procedimiento. Por último, para poder profirir sentencia condenatoria, el juez debe tener certeza de la responsabilidad del procesado, basada en prueba legalmente producida, al tenor del art. 126 de la ley procesal.

Como se advierte, son todos ordenamientos jurídicos que en una forma u otra están garantizando el debido proceso, la legalidad de todo el juicio, pero fundamentalmente de la recepción de las pruebas, previa existencia a todo esto de la legalidad del hecho punible, de la pena y las medidas de seguridad.

Cuando entremos en el estudio de las normas referentes al objeto de la investigación penal, de las medidas de aseguramiento, de los requisitos para la acusación y presupuestos para poder dictar sentencia condenatoria, puntualizaremos la filosofía que cada una de ellas encierra y el alcance de las mismas.

2. EL DERECHO DE DEFENSA

Desde el primer artículo del Código de Procedimiento Penal se garantiza "plenamente la garantía de defensa".

Es un derecho inviolable en todas las etapas del proceso. En la instrucción, en la acusación y durante el juzgamiento, el acusado, como principal protagonista del proceso penal, está severamente protegido y escudado en la inviolabilidad de su pleno derecho a defenderse dentro de los lineamientos legales del estatuto procesal. Si no fuera así, se habría renegado de una sana y adecuada política en estas materias. Sería un procedimiento enmarcado en una filosofía antiliberal que repugna al mundo jurídico de hoy. Dicho principio, que aureola toda la norma sobre el debido proceso, es la máxima dignificación y espiritualización del derecho procesal moderno. Y si a ello se pudiera agregar en la praxis el respeto profundo por los jueces de la república, bien seguros podrían estar todos los ciudadanos de que el Estado de derecho, por curiosa paradoja, se afianza y vigoriza cuando se invoca en favor del hombre que delinque.

En nuestro procedimiento penal, ese derecho de defensa surge desde el mismo momento en que se tiene noticia de la existencia de un proceso penal en su contra y en el cual obren imputaciones sobre la comisión de un hecho punible. En esta eventualidad, la persona inculpada tiene derecho a solicitar del funcionario respectivo le reciba declaración como procesado.

Los fines de la ley sobre este particular, no pueden ser más claros y definidos. Se busca ante todo que quien va a ser sujeto de la relación procesal, pueda empezar a ejercer su defensa, a través del interrogatorio en calidad de procesado, desde el mismo momento en que ha tenido noticia del proceso incoado en

su contra¹⁰. Constituye igualmente una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de la misma, cuando al inculcado ya le quede más difícil ejercer su derecho de defensa. Como sería el caso en que solo se diera una orden de captura o citación para interrogatorio, con el subsiguiente auto de privación de la libertad, en las postrimerías del término legal de la instrucción. En cuyo caso, de una manera desleal se habría privado al imputado de la oportunidad de presentar sus propios descargos en momentos más propicios para su defensa y a solicitar la recepción de pruebas en su favor.

Otra fundamental garantía orientada al derecho de defensa, es la ninguna obligación por parte del procesado a declarar acerca de la imputación que se le hace. Puede negarse a ello, sin que la autoridad respectiva pueda constreñirlo en ningún sentido a hacerlo.

Sin embargo, se introdujo como inconveniente circunstancia, novedosa dentro del procedimiento penal, el juramento del procesado cuando quisiere declarar sobre los hechos inculcados. En cuanto a esta innovación, que a nuestro juicio vulnera sensiblemente el derecho de defensa, nos ocuparemos a espacio cuando tratemos sobre el interrogatorio al procesado, en su capítulo correspondiente.

De todas maneras, este derecho de defensa empieza protegido y reforzado desde la primera oportunidad del interrogatorio, con la exigencia insalvable de que siempre deberá estar asistido en dicha diligencia por un defensor, designado por el propio procesado o nombrado de oficio, bien si precedió una captura, si hubo citación para interrogatorio o presentación espontánea para ser oído en declaración.

Este interrogatorio es indudablemente un medio de defensa y no de prueba¹¹. Por ello se indaga dentro de él, por las facultades mentales del procesado, sus medios de subsistencia, las circunstancias de lugar, tiempo y modo, los motivos determinantes y los demás factores que hayan influido en la comisión del hecho. Por ello, de su propio testimonio puede resultar que al momento de la comisión del hecho punible era un inimputable, o que había obrado dentro de un estado de necesidad, en legítima defensa de su vida, honra o bienes, dentro de alguna de las circunstancias de exclusión de la culpabilidad o de atenuación del hecho punible, etc. Por ello resulta apenas elemental el que dentro del respectivo interrogatorio se le haga conocer, si no por el *nomen ju-*

¹⁰ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 130: "Este interés por solicitar la propia indagatoria puede ser: o por la conveniencia de ejercer inmediatamente la defensa ante la inculcación ya recogida, o por evitar la eventualidad de una captura, con notorias repercusiones públicas en la vida social y familiar. Del ejercicio de este derecho por parte del denunciado, dimana para el juego una equilibrada posición de prudencia y buen juicio".

¹¹ En la Relación Ministerial al proyecto preliminar del Código de Procedimiento Penal para Italia, se dijo: "El proyecto mantiene al interrogatorio el carácter de medio de defensa y no de prueba. El interrogatorio puede ser fuente (no medio) de prueba, por cuanto de él se pueden recabar elementos idóneos para determinadas indagaciones probatorias; pero por sí mismo no puede él caracterizarse más que como medio de defensa reconocido a todo imputado, como que esencialmente sirve para hacerle saber las acusaciones y recibir de él sus eventuales disculpas".

ris, al menos por los elementos descriptivos, el hecho punible de que se le acusa. Con esta información clara y precisa podrá ya en concurso con su defensor, iniciar con mejor eficacia el ejercicio de la defensa.

Pero un momento culminante del proceso, en el cual deba estar firmemente protegido el derecho de defensa, dentro de un auténtico sistema acusatorio, es cuando se formula la acusación por parte de la Fiscalía General. Es así como dictado el auto en que se admite dicha acusación, se ordenará dar traslado de ella al procesado y a su defensor, a fin de que el último la conteste indicando claramente lo que admite o niega sobre la misma, pudiendo además formular las peticiones y proponer las excepciones que sean pertinentes para la defensa y legalidad del proceso, como lo previene el art. 380 del procedimiento penal.

Esta ritualidad procesal contiene el más auténtico núcleo rector sobre el derecho de defensa. Es en esta oportunidad cuando se presenta para el acusado hasta ese momento la mejor concreción de los cargos en su contra. Este conocimiento le va a permitir a la defensa preparar la argumentación y las pruebas dentro del debate público. Por eso ha dicho GIUSEPPE BETTIOL: "¿Cómo se puede entender plenamente la figura del imputado si se prescinde de la concepción del hombre, de sus deberes y de sus fines, que ha animado en la obra del legislador? Se dirá que esta es cosa de la política, no de la filosofía. Pero, ¿qué cosa es la política sino uno de los momentos concretos que una orientación filosófica asume en una determinada situación? ¿Cómo se puede entender el principio del libre convencimiento del juez en la valoración de las pruebas sino en un régimen político, y por tanto, filosófico, de autonomía de la conciencia humana en la búsqueda de la verdad incluso procesal? Y la necesidad de una oportuna y adecuada notificación de la acusación, ¿no es acaso ella una manifestación del derecho de defensa del imputado que no puede ser condenado sin haberse antes justificado? ¿Y no es acaso este derecho de defensa la expresión procesal de una concepción filosófica de libertad?"¹². Este derecho a conocer la acusación y a defenderse de ella con entera libertad, sin trabas procesales, sin subterfugios ni maniobras judiciales, es la confirmación plena del principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Desde luego que a lo largo de todas las etapas del proceso van surgiendo las oportunidades legales para ejercer el derecho de defensa. Solo citamos algunos casos a manera de ejemplo: El poder de la recusación, cuando los funcionarios no se declaran legalmente impedidos para conocer del proceso; la garantía de poder solicitar el cambio de radicación, lo que de acuerdo con la ley procesal tiene como finalidad garantizar la imparcialidad de la administración de justicia, la publicidad del juzgamiento, la debida defensa del acusado y las

¹² BETTIOL, ob. cit., pág. 179; ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ, en "Cuadernos de los Institutos", N° 138, Córdoba, Argentina, 1977, pág. 61: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, preceptúa además el artículo 18 de la Constitución y coordinándolo con la disposición de la Declaración de Derechos Humanos que reconoce el «derecho a ser oído públicamente y con las garantías debidas», podemos afirmar la relevancia de esta garantía a fin de asegurar la igualdad, justicia y paz social".

condiciones materiales para su salud y seguridad; la facultad que tienen el capturado y el procesado, excepción hecha del poder sustentar los recursos de casación y de revisión, para en el ejercicio de su defensa, poder hacer lo mismo que le está permitido a su defensor; el derecho para este, durante las diligencias previas y el proceso investigativo, de intervenir en todas las diligencias en que se requiera la presencia del capturado o procesado, lo mismo que recoger y solicitar pruebas para fundamentar su defensa; el poder interponer los recursos ordinarios de apelación y de hecho, como también los extraordinarios de casación y revisión; la garantía de invocar los autos de conclusión que finalizan definitivamente el proceso sin agotar el trámite procedimental para proferir sentencia, como en las declaratorias de que el hecho no ha existido, que la conducta es atípica, que el procesado no lo cometió o que obró conforme a causal de justificación o de inculpabilidad, o que se ha extinguido la acción penal, según el numeral segundo del art. 125 del procedimiento, la consagración del principio de contradicción en la etapa de juzgamiento, en virtud del cual y con entera libertad la defensa puede controvertir todos los cargos de la acusación pública; la igualdad de oportunidades que se le dan al procesado para que se practiquen todas las pruebas que tiendan a su defensa, las cuales deberán recibirse con el mismo celo que las pruebas de iniciativa del agente investigador¹³.

Como se advierte en todo este reglamento jurídico, el Código de Procedimiento Penal adquiere la categoría de un verdadero estatuto de garantías, de una codificación de derechos, sin cuyo cumplimiento en favor del capturado y procesado, la autoridad que los vulnerara estaría cometiendo graves delitos contra el derecho de defensa y la libertad individual. Son todos ellos unos parámetros jurídicos que han buscado su uniformidad en el derecho procesal latinoamericano. Por eso han sostenido ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARIÁ OLMEDO:

"La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad. Es un derecho proclamado por todas las Constituciones, y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, expresa o implícitamente.

"La intervención se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado, cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera fuere la estructura procedimental de este. En el sistema mixto comúnmente seguido por los códigos procesales penales americanos, el principio capta también, en consecuencia, el período de la instrucción, y debe dársele entrada aun en la investigación preliminar, aun cuando esté a cargo del Ministerio Fiscal o de la Policía.

¹³ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARIÁ OLMEDO, *Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina*, en "Cuadernos de los Institutos", N° 108, Córdoba, Argentina, 1970, pág. 42: "El principio que consagra la inviolabilidad de la defensa debe regir en todo el curso del proceso, incluso durante la instrucción preparatoria del juicio plenario, y de él surgen los derechos de intervenir, declarar, probar, alegar y elegir defensor".

"De aquí que los códigos más modernos autoricen al imputado a hacer valer los derechos que la Constitución y la ley le acuerdan desde el primer acto de procedimiento dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso. Es una regla que debe ser extendida a todas las legislaciones, por cuanto es fiel expresión de la garantía judicial... Los derechos que no pueden negarse al imputado para el normal ejercicio de su defensa en el proceso penal, resultantes de la necesidad de su intervención, se muestran en la audiencia, en la prueba, en la discusión y en la asistencia técnica (defensa formal). La tutela del interés social trueca algunas de esas manifestaciones en imperativos para el Tribunal, como son las de conseguir la efectiva participación del imputado en el proceso, el nombramiento oportuno del defensor, y el llamamiento para la declaración indagatoria del sospechado de participación. El interés social requiere que el imputado pueda defenderse materialmente y sea defendido técnicamente, todo desde el comienzo del proceso"¹⁴.

Desde luego que la ley, en un soberano acto de justicia y de respeto por los derechos humanos, debe proveer a que esa garantía procesal no se torne ilusoria para quienes no están en capacidad económica de elegir una defensa técnica y letrada. En dichas circunstancias, el acusado siempre tendrá que estar asistido por un defensor de oficio o por un representante del Estado con esa misma investidura. De lo contrario, el debido proceso resultaría viciado en su más fundamental garantía. Por eso ha dicho don ANGEL OSSORIO: "Constituye la defensa de los pobres una función de asistencia pública, como el cuidado de los enfermos menesterosos. El Estado no puede abandonar a quien, necesitado de pedir justicia, carece de los elementos pecuniarios indispensables para sufragar los gastos del litigio"¹⁵. Si esto no constituyera un imperativo más moral que legal, querría decir que la justicia estaría más pronta al lado de los poderosos que de los humildes, y que como consecuencia de ello, los mecanismos procesales tendientes a la libertad individual, resultarían más ágiles y expeditos en favor de los primeros que de los últimos¹⁶.

¹⁴ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍA OLMEDO, ob. cit., págs. 26 y 27; BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, en cita de LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 157: "Pero si el derecho de defensa no tiene una configuración especial en la Carta, no por eso se amengua en ella su trascendencia, y de allí el que nuestro sistema armonice con los otros en permitir un cúmulo de intervenciones al imputado, directamente o por medio de representante; intervenciones que no solo consisten en reclamar contra el arresto, sino que se extienden al conocimiento de todas las actividades públicas de investigación y acusación; a oponer desde un principio pruebas sobre la inocencia o la no participación en los actos; a recusar al funcionario sin competencia procesal; a pedir la imposición de la ley favorable y que se aplique la vigente; a no formular acusaciones contra sí mismo ni contra los parientes en la escala prescrita; a proponer razones, acciones, excepciones y recursos contra los mandamientos del funcionario; a sustentarlos y a que se den motivos mejor fundados, en caso de que los suyos no sean atendibles. En fin, la garantía de defensa es objetiva porque exige el previo pronunciamiento legal sobre la licitud de la conducta y las circunstancias dentro de las cuales se desarrolla la acción; y subjetiva en el sentido de que el imputado puede oponer hechos, ideas o interpretaciones distintas que destruyan su culpabilidad, o la disminuyan, o la sitúen en otra descripción normativa".

¹⁵ ANGEL OSSORIO, *El abogado*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, pág. 189.

¹⁶ PIERO CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 241: "Para que no vacile la fe en la justicia, tampoco debe ser admisible la sospecha de que la libertad personal de los humildes valga menos que la de los potentados; o que la justicia sea más rápida cuando se trata de arrestarlos a ellos y más lenta al dejarlos en libertad, cual si para las familias de los pobres el encarcelamiento del padre no costara, más que para los ricos, hambre y dolor".

3. RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El hombre, por el solo hecho de ser imputado de la comisión de un delito, por grave que este sea, no pierde los derechos inherentes a toda persona humana. Algunos de ellos, como el de la libertad individual, podrán sufrir algunas restricciones legales con respecto al individuo como tal, pero no como persona, dentro del contenido propiamente humano de esta expresión. En estas condiciones, el proceso penal tiene que iniciarse y desenvolverse con un pleno acatamiento y respeto profundo por la dignidad humana. La ley que olvidare estos principios o el juez que los violare, estarían conformando una concepción de la justicia y del derecho completamente deshumanizados y en virtual oposición con el signo espiritualista que debe informar al moderno derecho procesal penal.

Sobre estos parámetros morales, espiritualistas y legales, ha dicho nuestra ley de procedimiento que toda persona a quien se atribuya un hecho punible tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Es lógico que aquella atribución del hecho punible debe entenderse desde el primer momento de la imputación hasta el último de la ejecución de la pena. En todos esos grados y etapas del proceso, la persona sometida a él no puede sufrir ningún avasallamiento, agravio o afrenta que tienda a disminuirla como tal. Y si uno de los fines del proceso es el de encontrar la verdad material, histórica, la "verdad verdadera", los caminos para hallarla no pueden estar ensombrecidos con procedimientos nefandos, con repudiables técnicas de investigación, porque todo ello estaría atentando contra la dignidad humana y su aliada, la libertad individual. Por eso con acierto decía GIUSEPPE BETTIOL:

"...En la salvaguardia de los intereses de la colectividad lesionada por el delito, estará todo orientado hacia la tutela de la libertad sustancial y procesal del imputado y de su dignidad de persona; libertad y dignidad devienen de este modo aquellos valores —a nuestro parecer universales— indispensables para entender un proceso penal moderno. Si un significado tiene la democracia es precisamente el de revalorizar la persona humana en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede venir nunca sacrificado por razones de utilidad: el hombre"¹⁷. Infortunadamente, en el convulsionado mundo de hoy, cuando las razones de Estado priman sobre cualesquiera otras, cuando muchísimos gobernantes en los cuatro puntos cardinales de la tierra solo se sostienen mediante la violación permanente de los derechos humanos, aquellas "razones de utilidad" que sacrifican al hombre, se hacen presentes de continuo, bien en legislaciones penales del agrado y conveniencia de dichos gobernantes, o por la interpretación prevaricadora que en favor de esos gobiernos hacen los jueces en momentos de emergencia política.

¹⁷ BETTIOL, ob. cit., pág. 174.

No obstante ser este un principio más aclimatado en el derecho natural que en el derecho positivo, el legislador siempre ha querido recordarlo cuando ha buscado edificar el derecho sobre bases sólidas, sobre el respeto a la persona humana, por lo cual ha dicho NICOLA FRAMARINO: "Si el Código Penal debe ser la espada infalible para castigar al delincuente, el Código ritual, inspirado en las teorías de la sana lógica, al ser el brazo que guíe firme y segura aquella espada al pecho del reo, debe ser al propio tiempo el escudo inviolable de la inocencia. Bajo este aspecto el Código de Procedimiento Penal, que es el corolario legislativo de la ciencia y del arte judiciales, es el índice seguro del respeto a la personalidad humana y el termómetro fiel de la civilización de un pueblo"¹⁸. Por eso ha dicho también VICENTE ACCATTATIS: "El respeto de la persona humana significa, ante todo, que la persona no puede ser jamás considerada como instrumento, que no puede ser nunca degradada a cosa; ni siquiera cuando es puesta en confrontación con las exigencias de la sociedad organizada"¹⁹. En esta "confrontación", agregaríamos nosotros, debe existir un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los del individuo, pero en aras de una política criminal utilitaria, no se puede sacrificar al hombre por servirle a la sociedad.

Es así como so pretexto de defender las instituciones de un país o los más valiosos intereses de una comunidad organizada, no se puede dentro del proceso penal ejercer la tortura para conseguir el esclarecimiento del hecho punible que ha atentado contra aquellos bienes o intereses jurídicos. Ese acto es el más ofensivo contra la libertad y la dignidad humanas, y quien lo practique o lo permita, estará ofendiendo su propia investidura al servicio de la justicia y estará manchando su propia dignidad personal²⁰. Practicarla en contra de un testigo, para obligarlo a orientar una investigación penal en el sentido en que lo quiere el torturador, o en contra del acusado para que admita hechos punibles que lo comprometan penalmente, es envilecer la misión misma del investigador o del fallador. Por eso, ahora mismo podemos gritar nuestra angustia con las pa-

¹⁸ NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Buenos Aires, Librería Editorial General Lavalle, 1945, pág. 11; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), se proclama: *Art. 1º*. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros: *art. 5º*. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, o inhumanos o degradantes. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), aprobada por la ley 16 de 1972, en el capítulo II, referente a los derechos civiles y políticos, preceptúa que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

¹⁹ VICENTE ACCATTATIS, "El sistema carcelario italiano entre represión y misticación", en *Crímenes de la paz de Franco y Franca Basaglia*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1977, pág. 189.

²⁰ El Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el siguiente artículo tercero: "Ningún Estado permitirá la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

labras de JULIO CARO BAROJA, cuando en el prólogo a una inmensa obra llena de humanismo, dijo: "Nuestra época se ha deshonrado ante la historia por la aplicación que en ella se ha hecho de la tortura en causas políticas, cuando la tortura ya estaba desterrada de todo tribunal de justicia como algo horrible"²¹. Y no solo en causas políticas se manifiesta este flagelo de la justicia universal, sino también en procesos penales por delitos comunes, en los que es de poca entidad el bien jurídico protegido.

El infamante sistema, más practicado por policías y detectives, o por lo que se ha dado en llamar 'policía judicial', ha sido también tolerado por jueces y fiscales, y se ha extendido a los funcionarios administrativos de las cárceles y presidios de todo el mundo. Por eso es cierto que "nuestra época se ha deshonrado ante la historia". A la justicia se le han oscurecido sus caminos con el ludibrio de esos procedimientos desalmados y afrentosos. Un ataque así contra la dignidad humana es una grave ofensa contra toda la sociedad, la cual tiene derecho a exigir que se respete a uno de sus miembros, así este con su comportamiento delictuoso haya quebrantado sus vínculos con el ordenamiento social.

Por eso, el hombre privado de su libertad, es sagrado. Su silencio dentro del proceso lleva la garantía de no poder ser perturbado en nombre de la ley. Y si en representación de esta se le quisiera coaccionar física o psicológicamente para que rompa ese silencio, la prueba así conseguida estaría viciada de nulidad. Faltó en ella la libertad y la espontaneidad que le dan su valiez²². Por ello en el procedimiento penal, cuando se trata de recepcionar un interrogatorio, se prohíbe a los funcionarios ejercer violencia sobre el interrogado, lo mismo que hacerle preguntas capciosas. Por su parte, el Código Penal en su art. 279 prescribe:

El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

Pero este respeto a la dignidad humana, también tiene que trascender a las cárceles y presidios. Allí es donde más debe hacerse sentir una honda concepción humanitarista del hombre sobre el prójimo caído en desgracia²³. Infortu-

²¹ ANTONIO BERISTAIN, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., 1977, pág. 18.

²² "A los efectos de la presente declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente por (o instigación de) un funcionario público, a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras..." (Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente).

²³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, ob. cit., pág. 205: "Si no en el frontispicio de los establecimientos carcelarios, a lo menos en la conciencia de sus directores, guardianes y demás personal administrativo, debiera estar presente, como supremo ideal humanizador, el hermoso pensamiento del legendario coronel MANUEL MONTESINOS Y MOLINA: «La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta». O el lema de CONCEPCIÓN ARENAL: "Odia al delito y compadécete del delincuente". Sobre este aspecto ya habíamos hecho resaltar la censura contra la deficiente y muchas veces perjudicial alimentación que se ve obligado a recibir el recluso en aquellos establecimientos, por la avaricia y la insensibilidad del Estado, cuyo criterio es invariable, o sea, que a la cárcel penetra el delincuente, cierto o presunto, y no el hombre sujeto de derechos inalienables.

nadamente el personal de nuestras cárceles y presidios no tiene la formación moral ni la preparación intelectual suficiente para cumplir la delicada misión que se le ha encomendado.

Esos lóbregos, insalubres y deshumanizados lugares, contruidos las más de las veces de una manera antifuncional, solo hacen pensar, con su grosera arquitectura, que allí sufre nuestro prójimo, que su angustiado grito en demanda de justicia solo se rompe contra sus muros, y que sus dolores, los del cuerpo y los del alma, no encuentran lenitivo alguno en sus semejantes. Por eso, a tanta soledad, a tanto sufrimiento y tantas penas, no puede agregárseles, sin cometer un crimen de lesa humanidad, la agresión física, la tortura, la injuria verbal, el olvido pleno de sus derechos como ser humano. Por eso, dentro de las "reglas mínimas" para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas, se dice que, "es evidente que todos los reclusos tienen derecho a esperar que sus derechos sean protegidos y que, a título de tratamiento, no se les someta a métodos físicos o psicológicos que ofendan las conciencias de la comunidad mundial"²⁴.

Pero el principio fundamental y así calificado por las Naciones Unidas, es el de que la privación de la libertad debe tener lugar en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto de la dignidad humana. El ingreso de los detenidos debe estar organizado conforme a este principio, y debe ayudárseles a resolver sus problemas personales urgentes.

Si esto se cumpliera entre nosotros, no habría tanta y tan permanente reacción de la población carcelaria contra el tratamiento que sufren los reclusos, contra los métodos y sistemas para imponer la disciplina.

El escaso aire que reciben, la poca luz que los alumbraba, el diminuto espacio para su lecho, la tacaña y degradante alimentación que reciben, sus enfermedades que no se curan, sus dolencias que no se mitigan, sus lágrimas que nadie enjuga, sus reclamos que nadie escucha, todo ello constituye como una especie de venganza injusta de la sociedad contra los hombres encarcelados o en prisión. ¡No sabe la sociedad que olvidándolos de esa manera, moralmente está contribuyendo a la reincidencia, a engendrar más delitos, a que el hombre privado de la libertad en esas condiciones, máxime si es inocente, reniegue de la justicia y se rebele contra el orden establecido!

Muchos delincuentes habrá enfrentados contra el orden social, por la injusticia que padecieron en una cárcel, por el atropello de que fueron víctimas en una prisión. Siempre que la dignidad humana fue ultrajada en nombre de la justicia, el mundo perdió en valor moral, las instituciones disminuyeron en su valía protectora de los derechos humanos, y el funcionario que acudió a tamaño oprobio y vergüenza, debió haberse sentido inferior dentro de la especie humana. Vale la pena entonces cerrar este tema con el vibrante mensaje de J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA:

²⁴ En las Reglas de protección contra la tortura y los tratos degradantes de la Comisión respectiva de las Naciones Unidas, se destacó que las personas sometidas a cualquier tipo de detención, por la razón que fuera, debían gozar de los derechos humanos fundamentales. En la resolución se observa que la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano y degradante son "flagrantes violaciones de los derechos humanos que continúan ocurriendo, no obstante su rechazo por la Asamblea General...". Referencia de ANTONIO BERISTAIN, ob. cit., pág. 93.

"Nosotros hacemos parte de una legislación que abolió la tortura de raíz. No necesitamos convencer a nadie, sino que tenemos la facultad para exigir: Basta citar la Constitución Nacional. Con ella no solamente protegemos a los torturados, sino que debemos sancionar a los torturadores. Mirar cómo 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 que sirve, por sí misma, por su ultraactividad psicológica y por ser agresión total contra el Estado de derecho, para que sus víctimas aparentemente irredentas, 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 regresemos 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"²⁵.

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La validez de este principio, desde la sola atribución a una persona de un hecho punible hasta la declaración legal de responsabilidad penal mediante sentencia ejecutoriada, entraña de por sí una filosofía tan profunda, tan humana y espiritualista del proceso, que de no olvidarse de dicho dogma cuando se analiza y se juzga la conducta del hombre frente a la ley penal, la justicia cumpliría mejor y más rápidamente su sagrada misión de dar a cada uno lo suyo.

Como lo reza la norma, se trata de un auténtico derecho que, por serlo, no le es dable a nadie negarlo sin cometer una grave falta contra esa que constituye una auténtica garantía del proceso penal.

Sin embargo, el principio tiene muchos enemigos, entre ellos la arbitrariedad de los funcionarios que tienen que ver con la investigación, la acusación y el juzgamiento, y el abuso que hacen los mismos de sus propias funciones, tanto procesal como extraprocesalmente.

Esa arbitrariedad, que resulta opuesta a la presunción de inocencia, surge en cuanto se ordena una captura improcedente según los derroteros legales, o cuando se cita para interrogatorio del acusado sin la prueba requerida para ello, para no citar dos ejemplos del comienzo de la instrucción.

²⁵ J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Nuevo Foro Penal", N° 8, Medellín, 1980, págs. 88 y 89.

Y el abuso, que generalmente se confunde con la arbitrariedad o es ella misma, se comete cuando, por ejemplo, se informa a los medios de comunicación, buscando tal vez resonante publicidad, que determinada persona ha sido capturada, interrogada, detenida, acusada o juzgada, por haberse encontrado culpable de determinado hecho punible. Con lo cual, dicho principio sobre presunción de inocencia habrá quedado muy maltrecho ante la conciencia pública.

Desde luego que, dados los actos jurídicos que necesariamente deben producirse dentro del proceso penal, entre otras cosas, para que aquel nazca a la vida jurídico-procesal, queda la sensación de que la presunción es la contraria, es decir, la de culpabilidad²⁶. Pareciera que mientras más a fondo se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le adelanta, en esa misma intensidad fuera disminuyendo la presunción de inocencia. Es decir, que mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, la presunción de inocencia va rebajando en la misma proporción a los grados procesales de la acusación.

Según lo anterior, para que el principio tuviera el valor pleno y absoluto que se le ha querido dar, se necesitaría que al presunto infractor de la ley no se le privara de su libertad sino al término de la sentencia condenatoria. Pero es lo cierto que una medida de tan extrema gravedad, no solo perjudicaría los altos intereses de la justicia, sino también a cierta seguridad que la misma sociedad civilizada tiene derecho a reclamar de los soberanos poderes del Estado. En razón de ello ha dicho CLARÍA OLMEDO: "Si durante el proceso el imputado goza de un estado de inocencia (que no es propiamente una presunción) resulta inicuo que pueda ser castigado con detención o encarcelamiento o con cualquiera otra limitación de su libertad antes de que ese estado de inocencia sea destruído por la sentencia firme que lo declare culpable. De aquí que la coerción procesal contra el imputado deba tener carácter meramente cautelar, no pudiendo ser definitivas las medidas que se adopten por cuanto solo se fundamentan en méritos meramente provisionales, vale decir en méritos de posible declaración futura de culpabilidad"²⁷.

¿Se irá destruyendo entonces gradualmente dicha presunción, por la declaratoria de captura en estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por una orden de captura escrita, por el interrogatorio en calidad de capturado, por el auto de aseguramiento o privativo de la libertad, por el auto en que se formula la acusación, por la comparecencia en calidad de procesado a la audiencia pública, por el juzgamiento, por el veredicto condenatorio, etc.?

Es cierto que en todas estas eventualidades se le está haciendo a la persona la incriminación de haber consumado un hecho punible, lo que parecería hacer periclitar el dogma de la presunción de inocencia, en virtud del acervo

²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

²⁷ "Cuadernos de los Institutos", N° 121, Córdoba, Argentina, 1974, pág. 14.

probatorio que gradualmente ha ido recogiendo el proceso. De este criterio han participado insignes tratadistas de procedimiento penal, entre ellos BETTIOL, ALTAVILLA y FLORIAN. Este último ha dicho con razonamiento lógico y síntesis conceptual:

"...Muy a menudo la presunción de inocencia puede descartarse y eliminarse, pues que todos los días se presentan casos de acusados varias veces reincidentes o confesos, o de reos delatados por pruebas materiales inmediatas o denunciados por su propia captura en el momento del crimen, *deprehensio in crimine*. Ahora bien, todo esto no se relaciona con ninguna presunción, sino que, por el contrario, encierra elementos de prueba que se manifiestan desde el comienzo y que revelan un estado de hecho desfavorable al acusado. Aquí la presunción de inocencia está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se ve rápidamente eliminada por elementos adversos"²⁸. Lo que existe, como agudamente lo observa el mismo autor, es una tendencia a esa presunción, la que nosotros encontramos manifestada a todo lo largo del proceso: ante todo, en el derecho a la libertad, como regla general dentro del proceso, por mandato de la ley, en todos los derechos y garantías que tiene la defensa para cumplir su cometido, lo que de otra manera sería una falacia, un engaño dentro del ordenamiento jurídico.

Apuntan igualmente a dicha "tendencia" o bien "estado de inocencia", el principio de contradicción, los diversos recursos legales, el cambio de radicación de los procesos, la recusación en las diversas instancias, por cuanto en todos estos momentos —a título de ejemplo—, se estaría buscando una declaratoria de inocencia, valiéndose de los mecanismos antes citados y que da la ley.

De todas maneras, y en un más claro y concreto desarrollo de los planteamientos anteriores, podemos advertir que la presunción de inocencia incrustada como principio rector, no guarda armonía con los dispositivos procesales referentes al sujeto pasivo de la acción penal. Vemos cómo, por ejemplo, se puede abrir en su contra el proceso penal, cuando del medio de conocimiento o de las diligencias practicadas, el funcionario pudiera inferir que dicha persona es autora o cómplice de un hecho punible. Y cuando esto ocurriera, el mismo funcionario está facultado para llamar a dicha persona a un interrogatorio en calidad de procesado. Como se advierte, en esta situación jurídica, la presunción de inocencia quedaría ahogada en el inciso. Su calidad de "procesado" solo viene a desaparecer con un sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria debidamente ejecutoriados, lo que a nuestro juicio equivale a tener que admitir

²⁸ EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1968, pág. 335; GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, Ediciones de la Universidad Libre de Colombia, 1962, pág. 15: "En el proceso se advierten tres momentos o estados en relación con la responsabilidad. El primero es el de la presunción de inocencia, que algunos autores llaman «estado de inocencia». Ese estado o presunción no se destruye con la imputación (denuncia, indagatoria) ni con los actos jurisdiccionales del proceso (auto de detención preventiva, llamamiento a juicio, embargo preventivo) porque estos están edificados sobre bases de probabilidades. La presunción o estado de inocencia perdura a través del proceso, y solo desaparece con el agotamiento del «juicio previo» y la sentencia condenatoria, con carácter definitivo, si es que el proceso no es susceptible de revisión, lo cual hace muy discutible que aquella haga tránsito de cosa juzgada".

que hasta dicho momento definitivo del proceso, hubo un "presunto culpable" y no un "presunto inocente"²⁹. Aunque dentro de un juego habilidoso de palabras se podría invertir aquel predicado, diciendo que siempre habrá un "presunto inocente", mientras una sentencia condenatoria en firme no declare lo contrario.

Otro tanto ocurriría cuando se ordena la privación de la libertad. En dicho caso, el funcionario, para justificar dicha medida esencialmente cautelar, tiene como motivación la de que por las diligencias practicadas, ha podido inferir razonablemente que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado. No parte en manera alguna dicha medida de la presunción de inocencia, sino de la presunción de culpabilidad, la cual sí se va destruyendo, bien cuando desaparezcan esos motivos que dieron lugar a la medida de aseguramiento, o cuando no se logre acumular la prueba necesaria para una acusación pública o una sentencia condenatoria. Es que "inferir razonablemente", como lo exige la norma procesal, que una persona es autora o cómplice de un hecho punible, jamás puede entenderse como una presunción de inocencia, como tampoco lo es cuando se le formula al procesado una acusación, por haber aparecido dentro de la investigación adelantada en su contra, "prueba suficiente que permita inferir razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico", y de que "el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa". Y así se podría seguir agregando ejemplos que conducirían *ad absurdum*, como sería el de que todas esas medidas y decisiones en contra del procesado, pudieran coincidir con la declaración expresa o tácita de la presunción de inocencia³⁰.

Tal vez a esto que se ha dicho se debe la crítica y explicación que ha hecho CLARÍA OLMEDO a la presunción de inocencia: "Esta (la Constitución) nos dice que ha de presumirse la inocencia y ha de preservarse la reputación y la honra de quienes no hayan sido declarados responsables. Es decir, interpretando más

²⁹ ENRICO ALTAVILLA, *Sicología judicial*, vol. II, trad. de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá-Buenos Aires, Edit. Temis y Depalma, 1970, pág. 1066: "En verdad, la presunción de inocencia no tiene contenido real, pues si se procede, si se ha emitido una orden de captura y si se ha llamado a juicio, todos estos son signos evidentes de que se ha creado una presunción de culpabilidad, que solo puede invertirse cuando contra una absolución el ministerio público introduce una impugnación".

³⁰ GIOVANNI LEONE, ob. cit., t. I, págs. 564 y 565: "Esta afirmación de la presunción de inocencia del imputado fue acogida por el pensamiento jurídico liberal, que tomó origen de aquel histórico documento (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano); mientras no encontró en la Relación Ministerial al proyecto del Código de 1930 una vigorosa reacción, la cual se concretó en la afirmación del absurdo de tal presunción. Se afirmó en dicha Relación: «Sagrado e inviolable sin duda el derecho de defensa, cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena; pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se puede admitir aun ni como forma retórica. Mientras hay un procedimiento en curso, no hay culpable ni inocente, sino únicamente indiciado: solo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente».

"En sustancia, la misma legislación fascista no derrocó la presunción de inocencia, sino que la declaró solamente inútil, no pudiéndose hablar, en el curso del proceso, ni de presunción de inocencia ni de la opuesta presunción de culpabilidad".

cabalmente el texto: es el principio de inocencia que se enuncia, desde un punto de vista positivo, como de reputarse inocente a todo ciudadano que no haya sido declarado culpable sino por sentencia firme que así lo exprese. Entre tanto no es culpable, y si no es culpable, es inocente. Así es como se desenvuelve el principio para poderlo captar con mayor precisión y evitar las duras críticas que se le han hecho generalmente cuando se habla de la existencia de una presunción. Si fuera una presunción de inocencia, se podría ir destruyendo durante el proceso, con la sospecha de culpabilidad, en caso de que se pensara que es «*juris tantum*», ya que no resiste a la prueba en contrario, y si fuere «*juris et de jure*», no podría eliminarse con la sentencia firme"³¹. En lo cual no le falta razón al eminente jurista argentino, porque como se verá luego, al amparo de dicha presunción o estado de inocencia, el procesado podrá ser espectador silencioso del proceso, sin tener que alegar nada en su favor, mientras a la acusación pública le corresponde la carga de la prueba, no solo con respecto al hecho punible objetivamente considerado, sino también a su autor y su correspondiente culpabilidad³².

Ese "estado de inocencia", según CLARÍA OLMEDO, o "tendencia" a la presunción de que hablara FLORIAN, debiera reconocerse desde el mismo momento en que se ha de decidir sobre una captura³³. Lo decimos, porque se trata generalmente de un momento procesal en que todo es muy incierto, muy vaga la prueba, confusas las circunstancias que rodearon la comisión del hecho en investigación. Por ello, ordenada una captura y como consecuencia de ello vincular a dicha persona como procesada, con el respectivo interrogatorio, le queda ya el estigma que contradice un poco el principio que hemos venido analizando. Pero en concordancia con el mismo —y lo vamos a estudiar en seguida—, dentro de nuestro procedimiento penal se consagró el derecho a la libertad, siendo esta la regla general, con las obvias excepciones, por las causas y condiciones preestablecidas en la ley³⁴. Debiendo proceder igualmente toda ausencia de coerción de la libertad individual, siempre que se presenten dudas, no solo sobre la existencia del hecho típico, sino también sobre su autor y su culpabilidad.

³¹ JORGE A. CLARÍA OLMEDO, "Cuadernos de los Institutos", N° 132, 1977, pág. 125. Y agrega: "Este principio de inocencia que, como indicáramos al principio, no es una presunción sino un estado en lo conceptual aunque no en el texto de la Constitución".

³² GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, t. III, Buenos Aires, Edit. Heliasta S.R.L., 1974, pág. 374: "Presunciones en lo penal: En el enjuiciamiento penal, la presunción consiste en la inocencia del procesado; por tanto, de no probar la acusación pública o privada los hechos que alegue y el estar penados, procede la absolución, lo mismo que en caso de duda. Ello no excluye el fallo basado en indicios vehementes, que presumen precisamente la ejecución aun no habiendo plena prueba directa".

³³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, en "Nuevo Foro Penal", N° 6, cit., pág. 27: "Otro principio universal que nunca debe olvidarse en estas materias, es el de presunción de inocencia, el cual debiera operar en todas las etapas del proceso, aun desde el mismo momento en que se deba resolver si se ordena o no la captura de una persona".

³⁴ CLARÍA OLMEDO, *Las garantías constitucionales*, en "Cuadernos de los Institutos", cit., pág. 91: "El principio de inocencia debe presidir cualquier criterio normativo sobre coerción personal del imputado, por lo cual la interpretación de esas normas debe ser restrictiva sin excepciones, y en caso de duda sobre las cuestiones de hecho configuradas en ellas, habrá de estarse en favor de la libertad".

Como los italianos llegaron a la conclusión de que no se podía hablar dentro del proceso sobre presunción de inocencia, ni sobre presunción de culpabilidad, resolvieron el problema que originó una aguda polémica en la doctrina y la jurisprudencia, diciendo en sus textos legales que “al imputado no se le considera culpable hasta la condena definitiva”. Y sobre esto se pregunta CARNELUTTI: “¿Por qué un principio así se declaró nada menos que en la Constitución? Se diría un principio lógico, no jurídico: la duda no es certeza, y la imputación no comporta más que una duda, así sea fundada. Si del principio lógico se ha hecho una norma jurídica, ha sido para exigir de las gentes que se comporten, en orden al imputado, de modo que no le ocasionen las mortificaciones que vendrán sobre él, si vienen, de la certeza del delito, es decir, de la condena”³⁵. De donde tendríamos, trasplantando esta argumentación a nuestra ley procesal, que la “presunción de inocencia”, de principio lógico que era, se convirtió en una norma jurídica, para recabar la mayor prudencia y equidad de los funcionarios, cuando tengan que resolver sobre la imputación de un hecho punible a una persona, lo mismo que cuando tengan que decidir sobre su libertad, su acusación, juzgamiento o condena³⁶.

Estas son naturales consecuencias del principio, pero habrá otras que las iremos encontrando en la medida en que avancemos en el estudio y análisis del estatuto procesal penal. De momento agregaremos que el interrogatorio que se le hace al procesado, lo consideramos como un medio de defensa y no de prueba, porque si fuera lo último, tendríamos que el propio legislador —y en la más importante diligencia del proceso, como lo es el interrogatorio al acusado— estaría, si no presumiendo, por lo menos buscando la culpabilidad, en lugar de estar presumiendo la inocencia. Tampoco se le podría considerar como objeto de persecución, ya que esta circunstancia estaría desfigurando el principio. Al respecto ha dicho CLARÍA OLMEDO: “Si el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por sentencia firme, de ese dogma surge una primera consecuencia, que se proyecta en todo el curso del proceso, desde el primer momento hasta el final; para la ley procesal, debe ser un sujeto de la relación procesal (o del proceso, si no se admite esta concepción), y nunca un objeto de persecución.

”Decir que el imputado debe ser sujeto de la relación procesal, significa elevarlo de nivel, dignificarlo, reconocer que debe ser una persona con derechos y con deberes; no una víctima olvidada, a quien se detiene e incomunica desde la primera sospecha, con la idea no oculta que confiese”³⁷. Creemos por esto mismo, y además pertenecer a un genuino sistema acusatorio, que nuestra ley procesal, con indiscutible acierto, suprimió la incomunicación, que dados los

³⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 125.

³⁶ GIOVANNI LEONE, ob. cit., t. I, pág. 463: “En relación al tema de las pruebas, la presunción de inocencia sirve para llevarnos de nuevo a un principio que circula en todo el proceso; el principio del *favor libertatis* en virtud del cual todas las normas restrictivas de la libertad no pueden constituir objeto de aplicación analógica...”.

³⁷ CLARÍA OLMEDO, “Cuadernos de los Institutos”, N° 108, cit., págs. 17 y 18.

motivos en que se fundaba según la ley anterior, también contradecía el principio sobre presunción de inocencia³⁸.

En definitiva, si del propio ordenamiento procesal no pareciera confirmarse la presunción de inocencia, marcándose así una muy notoria contradicción entre el principio rector con una buena parte de las restantes normas de procedimiento, en la aplicación de este se debe buscar ante todo las interpretaciones que tiendan al *favor rei* y al *favor libertatis*. A nuestro entender, así se desprende no solo de la letra sino también del espíritu de la ley que otorgó facultades extraordinarias para la expedición del Código. Esa idea de libertad, dentro de un generoso criterio que no pugne grave y abiertamente con los intereses de la sociedad, debe primar siempre en las decisiones del proceso penal. El luminoso pensamiento de GIUSEPPE BETTIOL invoca este camino, como el mejor para evitar los peligros de una injusticia:

“Nosotros podemos conceder que en el proceso penal no opere una presunción de inocencia entendida en estrictos términos técnicos, porque un proceso penal puede ser iniciado en cuanto subsistan indicios a cargo del imputado; sin embargo, ello no excluye que la idea expresada por la presunción de inocencia deba considerarse como una idea motriz de un proceso que no esté al servicio de una tiranía política. Se trata de uno de aquellos postulados políticos del proceso que explican y justifican el proceso penal moderno como una conquista del principio de libertad contra la opresión.

”Es verdad que para comenzar un proceso penal son necesarios «indicios» a cargo del imputado, pero una presunción de culpabilidad requeriría siempre la prueba de los mismos indicios *in limine*, mientras que tal prueba puede ser suministrada —si acaso— solo mediante el proceso. En sustancia, no existe propiamente ni una presunción de inocencia ni una presunción de culpabilidad a favor o a cargo del imputado, pero ello no quita que el criterio de libertad —cual expresión de la idea de inocencia— anime todo el proceso penal”³⁹.

5. LIBERTAD PERSONAL

Se consagra en el Código de Procedimiento Penal el derecho de toda persona a la libertad y la seguridad personales, pudiéndose solo proceder a la priva-

³⁸ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 618: “Entendidas en su verdadero sentido, las presunciones legales no se oponen a la estructura del proceso penal; pero como constituyen una limitación a la libertad del juez para valorar las pruebas, es mejor suprimir las que vayan contra el sindicado, porque contrarían los principios universales de que ningún hecho ilícito existe mientras no sea probado plenamente y que al sindicado se le considera inocente mientras no se pruebe plenamente su responsabilidad penal. Este último principio constituye una verdadera presunción de inocencia, que determina la ausencia de carga de la prueba de la no responsabilidad”.

³⁹ BETTIOL, ob. cit., pág. 191. Y agrega, pág. 281: “En el proceso penal de la Rusia soviética se partía incluso de una presunción de culpabilidad que ponía prácticamente a cargo del imputado la prueba de su inocencia. Hoy —a cincuenta años de la Revolución— en un clima político menos ardiente que consiente hablar de una ‘legalidad socialista’, mientras el recurso a la analogía deviene menos frecuente en materia penal, también en el campo procesal penal la primitiva presunción de culpabilidad que invertía la carga de la prueba ha sido suavizada...”.

ción de su libertad por las causas y en las condiciones preestablecidas en la ley. Con esto se cumplió el mandato de la ley 6ª de 1979, por la cual se concedieron facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal. En dicha ley se ordenó que en el nuevo estatuto procesal se "consagrara el principio de la excarcelación". Lo que en síntesis significa que la libertad individual de toda persona sometida a un proceso penal debe mantenerse al máximo, respetarse en grado sumo, protegerse por parte de los funcionarios que en un momento dado pudieran restringirla. Por eso podemos afirmar que si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal es un instrumento jurídico que traza las pautas para el esclarecimiento del hecho punible, la individualización de su autor o autores, la determinación de la respectiva responsabilidad penal, también es cierto que debe considerársele como un vigoroso estatuto legal protector de las libertades individuales, escudo de la seguridad personal y fuente de muchos y muy sagrados derechos del hombre que es sometido a un proceso penal. Razón tuvo entonces PIETRO FREDAS para decir: "La Declaración de los Derechos del Hombre es la conquista más grande de la humanidad. La libertad individual encuentra su defensa en el Código de Procedimiento Penal". Así reitera lo que otros, y especialmente EUGENIO FLORIAN, han afirmado sobre este punto, es decir, que "el Código de Procedimiento Penal es el Código de los hombres de bien, porque le opone vallas a la arbitrariedad y proporciona armas adecuadas para luchar contra los delincuentes"⁴⁰. Nosotros agregaríamos que el mejor termómetro para medir la civilización y la cultura jurídica de un pueblo, en lo referente al amparo y defensa de las libertades individuales, estaría en la manera de concebir sus códigos fundamentales, como lo son el penal y el de procedimiento, los que a diferencia de los demás códigos, son los que tienen que ver con ese supremo bien del hombre como es su libertad.

No es entonces un criterio defensor el que inspira estos principios. De tiempo atrás en nuestros códigos se había defendido la misma filosofía, no solo porque ese debe ser el talante jurídico de un pueblo inmerso en las corrientes más avanzadas de la cultura en todos los campos, sino porque también ha sido el eco de organismos internacionales que también han levantado la misma bandera civilizadora. En efecto, en la ley 74 de 1968, por la cual se aprobaron los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se dijo lo siguiente:

"Art. 9º. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta".

⁴⁰ EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, pág. XXXIV; CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 163: "Hay, pues, ¡y cómo y hasta qué punto!, un interés en la libertad, dentro del proceso penal, y hay incluso su fuerza de propulsión...".

Como se advierte, su texto es el mismo del artículo cuarto de nuestra ley procesal y que estamos analizando.

Posteriormente, en virtud de la ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dijo:

"Art. 7º. Derecho a la libertad personal.

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

"2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

"3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

"4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

"5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

"6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordene su libertad si el arresto o detención fueron ilegales. En los Estados partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

"7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios".

La misma ley 74 de 1968 había prescrito que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Fieles a todos estos principios de la cultura jurídica universal, habíamos expresado esos mismos lineamientos antes de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, en una discreta sugerencia para que dichas bases fueran tenidas en cuenta al momento de las reformas: La tercera oportunidad procesal en que el juez debe reflexionar muy bien con respecto a la privación de la libertad de un sindicado, es al momento de resolverle la situación jurídica. Es aquí cuando se debe tener la mayor precaución en la decisión que se ha de tomar, por cuanto ese breve tiempo de detención transcurrido hasta ese momento, no ha alcanzado tal vez a tener serias y graves repercusiones en la vida del acusado, como serían los traumatismos económicos, la pérdida de su empleo, el

perjuicio en sus negocios, su desprestigio ante la sociedad, el impacto moral en toda su familia. Hasta ese instante, probablemente la unidad familiar todavía está intacta, aún no ha transcurrido el tiempo laboral que le haría legalmente perder el empleo que tiene en la empresa privada o pública, las economías familiares todavía alcanzan para proveer a los gastos más urgentes, aún el ritmo normal de sus negocios no ha sufrido ninguna alteración sensible, por todo lo cual esa breve detención pudiera no significar un serio impacto al reingresar en estado de libertad al seno familiar, de la sociedad y de sus actividades de todo orden. Fuera de que por haber sido tan breve aquella privación de la libertad, podría haber pasado socialmente inadvertida, en cuyo caso podría librarse del entredicho y las sospechas que generalmente la opinión pública sigue adjudicándole al excarcelado.

Todo esto tiene que hacer pensar seriamente en la urgencia y en la necesidad de modificar sustancialmente nuestro sistema de detención preventiva y del régimen de la excarcelación. Para el primer caso, debieran exigirse mayores requisitos, o trasladarse la detención a una etapa más avanzada del proceso, etapa en la cual se pueda ya con mayor acervo probatorio emitir un juicio sobre la muy probable culpabilidad del autor de los hechos. Y para el segundo caso, hacer más extensivas las causales de excarcelación, mediante cauciones que permitan mantener al sindicado vinculado a la investigación.

Las ideas que hasta ahora hemos venido exponiendo, han tenido y tendrán indudablemente muchos opositores, pero que no son la mayoría, porque el pensamiento jurídico volcado hacia el procedimiento penal moderno, está inspirado en estos mismos principios de respeto máximo a la libertad individual y de no privar de ella sino en casos urgentes y de verdadera necesidad. Por eso, FRANCESCO CARRARA, quien en nuestro concepto, hasta este momento de la historia del derecho penal es la figura que más sabias enseñanzas nos ha legado en todas estas materias, decía que "la excesiva precipitación para encarcelar antes de la condena definitiva y el afán tan grande de hacerlo, por simples sospechas de faltas a veces levísimas son una poderosa causa de desmoralización del pueblo... La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla, pues deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal del individuo..." Y concluye el Miguel Ángel del derecho penal, haciendo estas dos observaciones:

"1) Disminuir y abreviar en cuanto sea posible los encarcelamientos preventivos; 2) Una vez reducidos a los límites de la más estricta necesidad, reglamentarlos, de modo que no sigan siendo escuelas prácticas de perversiones morales"⁴¹. Por todo lo cual provoca decir con RICHARD BACH: "La única verdadera es aquella que conduce a la libertad. No hay otra ley".

Mirando ahora el problema de la libertad desde otro punto de vista, por el solo concepto de ecuanimidad y prudencia que fuera, sería preferible la libertad del procesado mientras una sentencia condenatoria en firme no declare su res-

⁴¹ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "Nuevo Foro Penal", N° 6, cit., págs. 30 y 32.

ponsabilidad penal. Sentar el criterio contrario, ante la mera expectativa e incertidumbre de la investigación, equivaldría sencillamente a un acto de injusticia, a una decisión arbitraria, a una innecesaria cautela. Como ocurre en todos los procesos penales que terminan con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria, después de que el acusado estuvo un tiempo considerable privado de su libertad, muchas veces hasta por varios años.

Cuando todo esto ocurre, se subleva el sentimiento de justicia, se indigna la conciencia pública, se rebela el espíritu de inconformidad. Los males que con ello se causa, son irreparables y ni siquiera una indemnización económica por parte del Estado, alcanza a compensar todos los perjuicios recibidos, por constituir la mayoría de ellos un gravísimo atentado a la personalidad moral del procesado. En cambio, manteniéndolo en el disfrute de su libertad, mientras se tramita el proceso, al concluir este con una sentencia condenatoria, ningún perjuicio habría recibido la justicia, por cuanto el condenado sería intimado a sufrir la pena impuesta. La teoría desde luego no podría tener carácter absoluto, porque también la sociedad se resentiría, y la justicia perdería confiabilidad, si en presencia de gravísimos delitos y ante la muy probable evidencia de culpabilidad de sus autores, estos no pudieran ser privados de libertad sino cuando en su contra existiera una sentencia condenatoria en firme.

Por estas razones, habrá eventualidades en que el conflicto entre el Estado con su derecho subjetivo de perseguir el delito y sancionarlo, y el individuo con su derecho a la libertad, dicho conflicto se resuelva en favor del primero, en aras de la seguridad pública y en interés de toda la sociedad. No se puede negar la existencia de delincuentes que abiertamente se han declarado enemigos públicos de toda convivencia ciudadana, que con frecuencia están exteriorizando, por las vías del delito, su rebeldía a reintegrarse sanamente a la sociedad, por lo cual una seria imputación de un hecho criminal en su contra, exige medidas cautelares sobre privación de su libertad.

Pero de todas maneras, el ideal sobre estas materias sigue siendo el de la más firme y permanente protección de la libertad individual en el proceso penal. Por ello prohijamos también el pensamiento de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE: "Si fuese posible, por respeto a la libertad humana, a nadie debiera privársele de ella sino hasta el fin del proceso, cuando han quedado plenamente comprobadas la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculcado. No siempre es necesario que la persona quede detenida desde que el procedimiento se inicia, sobre todo si se trata de delitos leves en que es forzoso tomar en cuenta la condición moral y social del inculcado, su arraigo en el lugar del juicio y la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia". Estructurar una ley con juicios tan ponderados y razonables como este, sería asegurar que, como mínimo, la justicia muy difícilmente se desbordaría en lesionamiento de la libertad humana.

Por todo esto, la doctrina, principalmente la italiana, ha querido crear una conciencia universal que orientada hacia el proceso penal, respete siempre los principios del *favor rei* y del *favor libertatis*. El límite a dichos principios, como antes lo hemos subrayado, es el de la estricta necesidad de que esa libertad

sea restringida excepcionalmente, bien por la gravedad del delito mismo, según el valor jerárquico de los bienes jurídicos lesionados, o dada la personalidad del presunto delincuente, cuando por su reiterada trasgresión a la ley penal no se le considerare acreedor a dicha libertad. Por ello, nuestra ley procesal, entre los casos excepcionales en que procede la privación de la libertad, incluyó el de aquellos procesados que hayan sido condenados por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada, según la previsión del artículo 330.

GIUSEPPE BETTIOL, quien en Italia ha sido un firme defensor de que la libertad individual debe protegerse al máximo dentro del proceso penal y que entre las normas que lo rigen se debe elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado, ha dicho: "Bajo un cierto ángulo visual, el principio del *favor rei* es el principio básico de toda la legislación penal procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por un criterio superior de libertad. No hay en verdad Estado auténticamente libre y democrático en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana. En la contraposición entre el *ius puniendi* del Estado, de un lado, y el *ius libertatis* del imputado, de otro, la preeminencia debe ser atribuida a este último si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe...".

COTEJO DE LETRAS Y PERITAJE GRAFOTÉCNICO

Doctor LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA

Abogado de la Universidad de Antioquia. Miembro de la Société Française de Graphologie.
Miembro colaborador de la Sociedad Española de Grafología

INTRODUCCIÓN

El cotejo de manuscritos y, en general, el peritaje de grafismos y documentos están consagrados actualmente en casi todas las legislaciones. Al señalar los trámites específicos de la denominada "tacha de falsedad", por ejemplo, el art. 290 de nuestro estatuto procesal civil dispone en uno de sus incisos: "*Surtido el traslado se decretarán las pruebas pedidas y se ordenará, de oficio o a petición de parte, el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones*". (Se subraya). El art. 293 del mismo ordenamiento, a su vez, autoriza el cotejo de determinadas letras y firmas "*para demostrar la autenticidad o falsedad*".

En materia penal, como se sabe, el juez o funcionario de instrucción está en la obligación de decretar la prueba pericial "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos". También es procedente este medio de prueba, según el estatuto vigente, cuando es menester traducir documentos a la lengua castellana "*y cuando se deba practicar un cotejo de letras*".

Ahora bien: ¿En qué consiste, exactamente, el llamado "cotejo de letras"? ¿Cuál es su verdadero alcance científico, si es que lo tiene, y su consecuente mérito probatorio? ¿Se justifica, en la actualidad, la previsión legal del cotejo de manuscritos como medio expedito para la verificación de su autenticidad? ¿Qué diferencia existe entre "cotejo de letras", prueba pericial grafotécnica y documentológica y "grafología"?

Planteamientos como los anteriores, que constituyen casi que un lugar común dentro de la literatura sobre pruebas judiciales, distan de ser novedosos. Prácticamente desde la aparición de la escritura, en efecto, legisladores y estudiosos de las más variadas latitudes han venido formulándose cuestiones semejantes y adoptando peculiares posiciones frente a este singular medio probatorio. Hacer algunas precisiones sobre estos tópicos, con miras a clarificar frecuentes confusiones y generalizados errores es nuestro propósito en el presente trabajo.

1. RESEÑA HISTÓRICA

A) Antigüedad de las maniobras falsificadoras

El fraude gráfico y documental, se dice con razón, es tan antiguo como la escritura misma. Investigadores como BERGMAN, BERCHARDT, BRUGSH, el propio

CHAMPOLLION y la nómina mayor de los científicos que acometieron con éxito la difícil empresa de descifrar las inscripciones jeroglíficas del país de los faraones, se hallaron con frecuencia ante burdos casos de falsificación que habían pasado inadvertidos hasta entonces.

La mutilación documental y las distintas formas de alteración gráfica, prácticas frecuentes en la remota antigüedad, obligaron a los diferentes pueblos a adoptar, muy pronto, severas medidas encaminadas a evitarlas¹. Es así como en antiquísimos textos religiosos, jurídicos y económicos, empiezan a incluirse frases intimidantes, destinadas a impedir la destrucción y alteración de los mismos. En los *kadurru*s de la antigua Mesopotamia, por ejemplo, se consignaban ya maldiciones temibles para quienes intentaran modificar sus términos y en sellos hititas, calendados hacia el segundo milenio antes de nuestra era, es dable encontrar conminaciones como estas: "Quien altere las palabras del Rey será reo de muerte... Quienquiera que altere las palabras de la tableta será aniquilado por el dios de la tormenta"².

En un célebre trabajo de tesis, invariablemente citado por todos los expositores al tratar de este tema³. MAGGIE GUIRAL ilustra su aserto de que "Los falsificadores han existido siempre", recordándonos que, según Suetonio, Tito habría podido ser el más grande falsario de su tiempo y que, según leemos en Procopio, Prisco de Emeso, que imitaba la escritura de sus contemporáneos, solo fue descubierto por su propia confesión.

No resulta extraño, por lo tanto, que en su *Instituto Oratoria* el jurista QUINTILIANO insistiera en la importancia de verificar convenientemente la autenticidad de los documentos destinados a hacerse valer en el *forum* y que pueblos civilizados como la antigua Roma, previeran sanciones penales para los falsarios, como ocurrió con la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* y en la *Lex Cornelia de Falsis*.

La fenomenología del falso gráfico y documental registra, pues, abundantes evidencias en la más remota antigüedad. La existencia misma de esas prácticas fraudulentas y la arraigada convicción —un convencimiento tan añejo co-

mo la expresión quirografía y tan real como la infinita diversidad de escrituras— de que la caligrafía individual es el directo resultado de movimientos altamente diferenciados o peculiares, explica que desde tempranas épocas se haya previsto el *cotejo* como un medio adecuado para comprobar la autenticidad de firmas y manuscritos diversos.

B) Del cotejo empírico a la peritación grafotécnica moderna

Hacia el año 300 de nuestra era, según los historiadores, se consagra legislativamente, por primera vez, este singular medio probatorio. En el capítulo "De Falso" de cierta ley, promulgada durante el imperio de Constantino el Grande, se decía, en efecto: "Cuando se presente un caso de falsedad, se procederá a una investigación por argumentos, por testigos, por comparación de escrituras y por todos los demás indicios de la verdad".

Se le reconoció desde entonces, es cierto, un mérito probatorio por demás precario. No obstante, pese a estar "tarifada" la confrontación de manuscritos como un simple "indicio de la verdad", los errores periciales confirmaron pronto el carácter problemático y equívoco del método. El propio JUSTINIANO; en el año 539, inicia en su *Novela 73* la relación de esa nutrida casuística de escándalos judiciales que caracteriza la historia del cotejo, relatando el caso de unos peritos que dictaminaron falsedad, probándose lo contrario después del fallo injusto que con su informe provocaran. En la *Novela 49* se había ocupado ya JUSTINIANO del cotejo de escrituras, advirtiendo sus graves peligros y dando recomendaciones prácticas para rodearlo de las mayores seguridades.

Es perfectamente comprensible que cotejaciones empíricas y exámenes *de visu* —los únicos que a la sazón se podían practicar— estuvieran rodeados por el albur, que la contingencia fuera su nota distintiva. La inmadurez de las técnicas de análisis gráfico, con todo, no constituye el único escollo con que ha tropezado la especialidad criminalística que ocupa nuestra atención. El perfeccionamiento paulatino de las artes gráficas, la mayor difusión de la escritura y, por sobre todo, la creciente importancia y consecuente auge del documento en la vida de los pueblos, ha traído consigo no solo un incontrolable aumento de la falsificación en sus diferentes modalidades, sino una progresiva perfección de sus técnicas específicas. Y es que el delito, como apuntara alguien con agudeza, a la par con la sociedad, se "civiliza".

La oscura Edad Media poco o nada aportó al desarrollo de las pruebas judiciales y en especial al de las disciplinas criminalísticas. En materia penal, como se sabe, la confesión del sindicado, obtenida mediante las más primitivas formas de tortura, fue la prueba por excelencia. La crueldad de los procedimientos —tanto en la investigación de los delitos como en la ejecución de las penas— fue, en efecto, la característica dominante del derecho penal intermedio. En el campo civil, por su parte, el principio "testigos vencen escritos" hizo que se proscribiera en la práctica toda forma de prueba pericial. Y la cotejación caligráfica no fue, precisamente, la excepción⁴.

⁴ Hay durante esta época, es cierto, referencias frecuentes a la falsedad documental, pero las únicas que registran antecedentes judiciales de alguna significación son las *sigilográficas* (falsificación de sellos) y las relacionadas con la *integridad material* de los documentos. Las falsificaciones de títulos nobiliarios, de cartas y privilegios reales y de documentos desprovistos de significación económica, pese a su frecuencia, pasaban generalmente inadvertidas, ante el desconocimiento de métodos y técnicas específicas de examen.

¹ El carácter mágico-religioso de la expresión gráfica primigenia constituyó, muchas veces, el mejor incentivo para la deformación, mutilación y destrucción total de obras pictóricas y documentos. Estudiosos como PIERRE LACAU, para citar solo uno de los más representativos, han estudiado *in extenso* estos aspectos y fenómenos, que explican el deterioro y en ocasiones la pérdida total de valiosos cuadros, manuscritos y esculturas antiguas. Para los egipcios y para otros importantes pueblos de la antigüedad, efectivamente, más que un simple instrumento de la comunicación, la escritura era algo así como una especie de benéfico amuleto, con "virtudes" especiales, y a la vez un peligroso talismán, dotado de misteriosa "actividad" y de temibles poderes destructores. De ahí la bárbara costumbre de "sacar los ojos" a las estatuas y relieves de los enemigos para "reducirlos a la impotencia" y la de borrar, airados, las efigies de reyes y personajes "non gratos" con la intención de "destruirlos".

² Cfr. LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA, *El dictamen grafotécnico*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1979, págs. II y ss.

³ MAGGIE GUIRAL, *Le valeur de la preuve dans l'expertise d'écritures*, Bosc et Riou, Lyon, 1927. Véase también: EDMOND LOCARD, *Les faux en écritures et leur expertise*, Ed. Payot, Paris, 1959, págs. 9 y ss. y JEAN GAYET, *Manual de la policía científica*, Barcelona, Ed. Zeus, 1965, págs. 327 y ss.

Fuera de los anotados factores hubo uno que tuvo particular incidencia en el olvido casi total de la confrontación escrituraria: el generalizado desconocimiento del arte caligráfico por nobles y plebeyos⁵, fenómeno que, como observa WALLACE⁶, convirtió la expresión gráfica en patrimonio casi que exclusivo de los clérigos, hasta el punto de llegar a convertirse esa ignorancia de *efecto*, en *causa*: el saber escribir, por sí solo, constituía legitimación suficiente para acudir ante el Tribunal Eclesiástico, con exclusión del Civil, en virtud de lo que dio en denominarse “beneficio de clérigo”.

A partir del siglo XVI y hasta comienzos del presente, dos tendencias procesales muy marcadas⁷ aparecen en Europa con respecto al cotejo caligráfico:

a) La *tendencia insular, anglosajona*, que rechazaba por principio este medio probatorio, y,

b) La *tendencia continental latina* que admitía la confrontación, con reservas, y se esforzaba en rodearla de las mayores garantías de acierto en la práctica.

Largo tiempo hubo de transcurrir para que el cotejo de manuscritos adquiriera “carta de naturaleza” dentro del régimen probatorio anglosajón. Escandalosos yerros de los peritos, no solo en Inglaterra sino en los países continentales, motivaron fundadas sospechas sobre los fundamentos científicos del método morfológico e hicieron que se le rechazara en forma sistemática como prueba de autenticidad o falsedad, al menos en materia penal. En asuntos civiles se aceptaba la cotejación, aunque solo en forma esporádica y no sin graves restricciones.

La proscripción del cotejo caligráfico, sin embargo, provocó no pocas dificultades y problemas. Para obviarlos, la jurisprudencia inglesa se vio precisada a consagrar, a partir del siglo XVII, dos formas peculiares de “autenticación testifical” que bien podríamos llamar “cotejo impropio”:

a) La autenticación del testigo *ex visu scriptions*, vale decir, el reconocimiento juramentado de la grafía cuestionada, hecho por quien declara conocer la escritura genuina de su presunto autor “por haberlo visto escribir otros documentos”, y

b) La autenticación del testigo *ex scriptis olim visis*, esto es, la efectuada por quien jura conocer la caligrafía genuina del supuesto hacedor del documento dubitado, por “haber visto su escritura en otros documentos”.

⁵ La ignorancia de la escritura manual es, sin duda, la explicación principal del auge desmesurado que cobraron los sellos de cera, los cuales empezaron a usarse entonces en sustitución de la firma manuscrita. Los documentos públicos, tanto civiles como eclesiásticos, aparecían refrendados con el sello personal del funcionario, una antigua costumbre romana que se revivió con entusiasmo dado el reinante analfabetismo del período. Fue tal la importancia del sello que, en la práctica, se le identificó frecuentemente con la función pública. Se dice por ejemplo, que Jacobo II, al huir vencido por la revolución que entronizó la Casa de Orange en Inglaterra, arrojó al Támesis el Sello Real, convencido de que así paralizaría los negocios del Reino. La falsificación del sello real se sancionó en Inglaterra, según algunos autores, como “delito de traición”, a principios del siglo XII.

⁶ HERNÁN A. WALLACE, *Pericias caligráficas. El problema ante el derecho y sus reglas de interpretación legal y técnica. Nuevos aspectos de la evolución técnica y científica*, Buenos Aires, Edit. Tres Emes, 1956, págs. 31 y ss.

⁷ Cfr. WALLACE, *op. cit.*, págs. 34 y ss.

La diferencia entre el testigo *ex visu scriptions* el *ex scriptis olim visis* radica, pues, en que el primero ha visto escribir al supuesto autor del manuscrito controvertido, con anterioridad, y el segundo no. Ambos conocen, si así puede decirse, la escritura indubitada, pero el segundo tiene la desventaja de no haberla visto producir en forma directa e inmediata.

No se precisan mayores análisis para advertir el grave desvío de esta reacción jurisprudencial. Es comprensible y razonable que a la empírica cotejación formal de los manuscritos se hubiese restado credibilidad judicial. Más aún, que se le hubiese proscrito como medio probatorio. Ninguna razón, en efecto, autorizaba para confiar en un método cuyos fundamentos científicos yacían en la oscuridad y cuyos resultados prácticos tanto dejaban qué desear. La sustitución del cotejo empírico, sin embargo, por confrontaciones “a ojo de buen cubero”, realizadas “de memoria” y por personas sin preparación especial, lejos de mejorar las cosas las empeoraron considerablemente. No se hizo otra cosa, pues, que “salir de las brasas para caer en las llamas”.

Durante casi dos siglos, lamentablemente, la jurisprudencia anglosajona estuvo moviéndose dentro de esos extremos. En el célebre proceso de De la Motte, por ejemplo, dijo la Corte: “La defensa ha objetado el cotejo sosteniendo que no es admisible como evidencia. Está en lo cierto en el argumento, pero la objeción no se aplica en este caso... Esta no es la evidencia que ha sido ofrecida respecto de los documentos... sino que cada uno de ellos ha sido autenticado por testigos que tenían conocimiento de su escritura. Ellos declararon no solo sobre la similitud de la escritura, sino sobre el conocimiento que tenían de la misma por haber visto escribir anteriormente al prisionero. Es esta, caballeros, la única evidencia que puede ser producida respecto de los manuscritos, excepto en el caso de que alguna persona hubiera visto al prisionero escribir los documentos...”⁸.

Solo a mediados del siglo pasado, mediante estatuto de 1854, vino a aceptarse en Inglaterra, como una categoría especial de “testigos autenticadores”, al lado de los ya mencionados, a los *ex comparationis scriptor*, deponentes calificados, expertos o peritos.

Los frecuentes errores periciales, en su mayoría explicables por la carencia de técnicas y recursos adecuados, no fueron óbice para que en la Europa continental se admitiera siempre, aunque con las necesarias reservas, el cotejo de escrituras. En Francia, concretamente, se admite la confrontación pero se adoptan medidas encaminadas a hacerla más confiable. Unas medidas que van desde la reglamentación precisa de los cursos de formación profesional de los expertos y de los requisitos necesarios para actuar ante los tribunales⁹, hasta la indicación de las condiciones mínimas de aceptabilidad del informe del perito.

⁸ Cfr. WALLACE, *op. cit.*, pág. 39.

⁹ Hacia 1570 se inicia en Francia la reglamentación legal de este medio probatorio. Mediante estatuto de cinco artículos, Carlos IX otorga a la llamada “Comunidad de Peritos Calígrafos Verificadores” la facultad de expedirse exclusivamente en estas materias. El canciller de l'Hopital, mediante ordenanza de Saint Germain des Prés, expide los primeros títulos de idoneidad: “Maitres jurés écribains experts verificateurs en écritures et signatures, comptes et calculs contestees en justice”.

En los Estados Unidos de América la *opinion rule* que prohibía a los testigos exponer su concepto sobre los hechos declarados impidió aceptar el peritaje durante largo tiempo. A partir de 1854, sin embargo, cuando empieza a admitirse el testigo *ex comparationis scriptor* en Inglaterra, ceden los rígidos principios del Common Law en este aspecto y el declarante es autorizado para conceputar sobre los objetos de prueba afines a su especialidad profesional.

Inicialmente, cualquier persona se considera apta para dictaminar sobre la autenticidad de la escritura, rechazándose solo al analfabeto¹⁰. Únicamente cuando la escritura ofrece cierta dificultad o complejidad o corresponde a un estilo "poco frecuente"¹¹, lo mismo que cuando se sospecha alteración material del documento¹², se exige la intervención del testigo calificado o perito calígrafo.

Este estado de cosas en América y la admisión en Francia, a partir de determinado momento, de dictámenes provenientes de cualquier persona "idónea", aunque no ostentara título profesional ni hubiese superado las rigurosas pruebas de selección que antes se exigían, propiciaron el desprestigio de la prueba. Escándalos judiciales como el de la Boussiniere¹³ y el tristemente famoso Caso Dreyfus¹⁴, fueron obligada consecuencia no solo de la inmadurez del medio probatorio sino producto, en cierta forma, de la inadecuada reglamentación legal del mismo.

Desde la *Novísima Recopilación* (libro VIII, tít. I de la ley VI) el cargo de perito estaba sometido en España a controles muy estrictos: "Todos los que pretendan obtener títulos de lectores de letras en el Reyno serán examinados por los tres examinadores y visitadores generales haciéndoles leer de cuantas especies de letras antiguas manuscritas se conservan y se conocen con él y preguntándoles acerca de la inteligencia de las reglas que son precisas para la debida instrucción de la diversidad de caracteres con los demás que juzguen oportuno según lo han executado antecedentemente en los exámenes que han hecho por encargo y comisión del Consejo"¹⁵.

¹⁰ Salazar v/Taylor 1893-18, Colorado, 544, 33, pág. 369 y Rusell v/Brousseau.

¹¹ Crawford v/Lindsay, 1845.

¹² Birmingham National Bank v/Alabama, 1897, Otey v/Hoyt, 1854.

¹³ Se discutía la autenticidad de un testamento. En forma unánime, los peritos certificaron la autenticidad del mismo después de prolongados análisis. Más tarde, sin embargo, la confesión de un cómplice —quien suministró a las autoridades pruebas documentales del caso— demostró que dicho testamento había sido obtenido por el sistema de *recorte*, componiendo su texto con trozos auténticos de escritura. El texto así formado se reprodujo luego por procedimientos litográficos y con tinta débil, para ser retocado luego con tinta corriente.

¹⁴ En 1894 un dictamen pericial atribuyó al capitán Dreyfus la elaboración del "bordereau" que anunciaba a un agente extranjero la remisión de importantes documentos militares. En 1897 se produjo una revisión del caso, con la intervención de una brillante nómina de doce expertos: J. Crépieux Jamin, Joseph Bridier, W. Preyer, Hurst, Rougemont, J. P. Moriaud, Marneffe, Gray Birch, T. H. Gurring, M. J. Holt Schooling, David N. Carvalho y Daniel T. Ames, quienes llegaron a la conclusión unánime de que la comunicación cuestionada no había sido escrita por Dreyfus. Poco después Esterhazy, quien había huído a Londres, confesó ser el autor de la falsificación. Un yerro lamentable de los expertos y de los jueces que dio bastante qué decir sobre el valor probatorio del coitejo de escrituras.

¹⁵ Cfr. FÉLIX DEL VAL LATIERRO, *Grafocrítica. El documento, la escritura y su proyección forense*, 2ª ed., Madrid, Ed. Tecnos de Estudios Jurídicos, 1963, pág. 263.

Tiempo después se admiten como peritos, fuera de los archiveros-bibliotecarios, los licenciados en filosofía y letras que hubiesen estudiado en dicho programa las materias de paleografía y diplomática, y, en poblaciones en donde no ejercían dichos profesionales, los maestros de primera enseñanza, por presumir que eran los más conocedores del arte caligráfico¹⁶.

Con respecto al valor probatorio reconocido a la confrontación escrituraria se lee ya en la Tercera Partida (título XVIII, ley 118) lo siguiente: "*E si el judgador deuse ayuntar con aquellos omnes sabidores, e catar e escodriñar la letra e la figura della, e la firma, el signo del Eseriuano, e si acordaren todos en Uno, que la letra es tan dessemeyante, que pueden con razón sospechar contra ella; emtonces es en aluedrio del judgador, o de otorgar que vala, si se quisiere. Ca a tal prueua como esta, tuieron los sabios antiguos que non era acabada... é por esto la pusieron aluedrio del judgador, que siga aquella prueua, si entendiere o creyere que es derecha, e verdadera, o que la deseche, si entendiere en su coracon el contrario*".

Tras las investigaciones de CHEVALIER y P. JOSERISH, pioneros de los métodos químicos y microfotográficos, los trabajos de AINSWORTH MITCHELL y DAVID N. CARVALHO y los estudios de E. LOCARD, SCHNEICKERT, OSBORN y AMES, las investigaciones gráficas y documentales entran por caminos más firmes y fiables. Como advierte F. GORPHE, con razón, ha sido solo en los últimos tiempos "Cuando el peritaje de los documentos escritos comenzó entrar en una vía científica y, en consecuencia, más probatoria, como resultado de las investigaciones técnicas y los trabajos de los laboratorios policiales, particularmente REISS, seguido por su alumno BISCHOFF en Luisiana, OSBORN en Nueva York, BREWESTER en Calcuta y LOCARD en Lyon"¹⁷.

La adopción, pues, de métodos químicos y microfotográficos, el empleo de la cromatografía, la electroforesis, las radiaciones ultravioleta e infrarroja y el aprovechamiento de los adelantos tecnológicos en el campo de la óptica y del laboratorio, han venido a imprimir al peritaje gráfico y documental una mayor consistencia y seriedad y han hecho que la grafonomía y la grafometría se asienten sobre bases más objetivas y comprobables.

2. EL PERITAJE GRAFOTÉCNICO EN LA ACTUALIDAD

El estudio pericial de documentos y escrituras forma parte, hoy día, de esa amplia gama de especialidades técnicas y científicas que se conocen con el

¹⁶ Desde muy temprano empezó a sancionarse en forma drástica la temeridad de los seudoperitos en España. Por auto de 18 de julio de 1729 se designó un cuerpo de auxiliares de la justicia en esta rama, integrado por seis maestros y se prohibió en forma enfática la actuación de personas diferentes, so pena de multa por veinte ducados y diez días de cárcel, pena que se duplicaba en la primera reincidencia y cuya duración quedaba a juicio del juez en las posteriores.

¹⁷ FRANÇOIS GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1967, págs. 203 y 204.

nombre genérico de *criminalística*¹⁸. Importa, sin embargo, para evitar fáciles confusiones al estudiar estos aspectos, distinguir con claridad la *confrontación o cotejo de letras y firmas* de la llamada *grafología* y especialmente de la *prueba pericial grafotécnica*, dentro de la cual es preciso incluir la *documentológica o documentoscópica*¹⁹.

El neologismo *grafología*, ideado por el abate francés JEAN HYPOLITE MICHON a mediados del siglo XIX para designar en forma privativa la naciente disciplina que tenía por objeto el estudio del carácter de los hombres a través de su escritura, ha venido utilizándose desde entonces con un marcado sabor sicologista y asociándose con frecuencia a prácticas esotéricas, a simples “juegos de salón” y a labores muy alejadas del quehacer científico. La locución que se comenta, no obstante, subsiste para distinguir la investigación formal de los factores psicológicos que intervienen en la producción de la grafía manual —especialidad que preferimos denominar, con el italiano MARCO MARCHESAN, *grafosicología*²⁰— y para designar, en forma genérica, el estudio científico del grafismo.

En la actualidad, pues, la expresión *grafología* se emplea indistintamente en su acepción histórica o michoniana, como sinónimo de *grafosicología* y en su moderna significación, más amplia y acorde con su estructura etimológica, de estudio de los fenómenos gráficos en su totalidad.

La aplicación de los conocimientos grafológicos —tomando el vocablo en el sentido lato o general que se acaba de apuntar— a la identificación y estudio de la autenticidad de grafismos y documentos, ha dado origen a la especialidad criminalística que se conoce en la actualidad con los nombres de *grafología forense*, *grafotecnia* o *grafocrítica*²¹, uno de cuyos métodos de examen lo constituye el llamado *cotejo o confrontación gráfica*.

Una cosa es, pues, la *grafología psicológica* o *grafosicología* y otra muy distinta la *grafología forense* o *grafotecnia*. Aunque la traducción grafoescritural de los fenómenos síquicos interesa, y mucho, al grafólogo forense, resulta ingenuo, por decir lo menos, pretender identificar grafosicología y grafotecnia. Aplicar, pues, al estudio crítico de los grafismos manuales, métodos extraños, como los de la grafología psicológica —cosa por demás frecuente en los “dictámenes” de peritos improvisados y de grafólogos “amateurs”— resulta absolutamente inadmisibile.

¹⁸ El vocablo *criminalística*, empleado por primera vez por el austriaco HANS GROSS a fines del siglo pasado, se concibe de muy diversas maneras dentro de la literatura especializada. Lo empleamos, en este contexto, en su acepción original y más ampliamente aceptada de aplicación de la ciencia y de la técnica a la investigación fenomenológica del hecho delictivo.

¹⁹ Cfr. LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA, *op. cit.*, págs. 328 y ss.

²⁰ MARCO MARCHESAN, *Tratado de grafosicología*, Madrid, Librería Gral. de Victoriano Suárez, 1950.

²¹ La pristina significación dada al vocablo *grafotecnia* por su creador, E. SOLLANGE PELLAT, resulta cada vez menos apropiada. Para PELLAT la *grafística* es el estudio genérico del grafismo. La *grafología*, el estudio de los fenómenos psicológicos a través de sus manifestaciones gráficas, comprende a su vez la *grafonomía* o ciencia de la descripción y clasificación de los grafismos y la *grafotecnia* o arte de interpretar psicológicamente las diversas modalidades grafonómicas.

El español FÉLIX DEL VAL LATIERRO ha propuesto, con relativo éxito, la denominación de *grafocrítica*, neologismo que define como el estudio de la autenticidad del documento moderno, entendiéndose por tal el posterior a la escritura procesal o procesada (S. XVI).

En cuanto al *cotejo o comparación de grafismos*, se trata, como es fácil comprender, de un simple método, de un procedimiento analítico, de una vía de percepción y verificación de determinados fenómenos gráficos. Estadísticamente hablando, la confrontación ocupa un señalado lugar dentro de la metodología grafotécnica —más del 80% de los peritajes que se practican entre nosotros, por ejemplo, se reducen a simples cotejos— pero dista de ser el único procedimiento de examen gráfico, como parecen creer muchos. Importa tener presente, asimismo, que las técnicas de comparación son muy diversas y, sobre todo, que tienen muy diferente valor probatorio, según se trate de grafismos producidos por medios mecánicos, como los impresos y los dactilografiados, o de grafismos de producción manual, como son los manuscritos y los pintados.

Casi nadie discute en la actualidad la precisión y exactitud que pueden alcanzarse en los cotejos de grafismos mecánicos, pero son grandes las reservas que existen con respecto a la confrontación de las grafías manuales. Veamos, entonces, cuáles son las principales modalidades de esta última y precisemos, en cada caso, su valor científico y técnico.

3. MODALIDADES DEL COTEJO DE MANUSCRITOS

El cotejo o comparación de grafías manuales, impropriamente denominado por la ley, a veces, “cotejo de letras”, admite diversas modalidades según el criterio o criterios de confrontación adoptados en cada caso:

1º) *Cotejo empírico o morfolétrico*. Es, como hemos visto, el más elemental y antiguo de los métodos de análisis gráfico. Consiste en comparar los aspectos formales y externos de los signos en busca de semejanzas o desemejanzas entre ellos. Dada su relativa sencillez y la ausencia de métodos mejores, fue el único sistema de verificación de escrituras empleado durante siglos por calígrafos y escribanos. Todavía hoy, aunque parezca extraño, sigue siendo el modo de operar de peritos aficionados, abundantes en nuestro medio. De ahí los frecuentes yerros y falacias de esta clase de dictámenes.

La forma o contorno de los dibujos literales, sin duda alguna, es el más llamativo, el más notorio de los aspectos grafonómicos. Esta circunstancia, unida a la relativa facilidad de su examen “a simple vista”, a lo sumo con una lupa, ha convertido el cotejo morfolétrico en una de las prácticas frecuentes del hombre de la calle. Su adopción por el experto, sin embargo, está rodeada de graves peligros y no pocas limitaciones.

En primer término, debe observarse que las formas o contornos gráficos son los aspectos más externos y superficiales de una escritura y los que, justamente, más expuestos están al cambio espontáneo y a la modificación intencional. Desde RAVENAU, autor de la primera publicación de importancia sobre la peritación caligráfica, viene rechazándose por esta causa el cotejo formal de las escrituras manuscritas²². Este rechazo ha venido haciéndose cada vez más ge-

²² En el capítulo destinado a la “Manera de formar las letras” de su clásico *Traité des inscriptions en faux* (1666) advertía ya el citado expositor: “Il ne faut pas s’y arrêter entièrement à la forme des lettres pour décider de la fausseté ou vérité d’une pièce, parce que c’est la chose plus aissée à contrefaire et à imiter” (Cfr. también a E. LOCARD, *op. cit.*, pág. 11).

neral. DOUDON, por ejemplo, escribía a principios de siglo en su célebre obra *La question de l'expertise en écritures*, lo siguiente: "El modo de operar de las personas no iniciadas en la grafística es aquel que viene naturalmente al espíritu. Consiste en buscar en los documentos que se exhiben los mismos tipos de letras... por poco que dos o tres tipos de letras ofrezcan cierta analogía se llega, con la ayuda de la imaginación, a una identidad de autor. Esos expertos improvisados no advierten que operando de tal forma ellos se adhieren a los elementos más superficiales y menos diferenciados de la escritura"²³.

J. CRÉPIEUX JAMIN, gran sistematizador de la grafología y precursor del método grafonómico moderno, advertía también a comienzos del presente siglo: "*La ressemblance des contours n'a qu'une valeur secondaire pour identifier une écriture, parce que le contour n'est qu'un des éléments de l'identité, le plus superficiel, le plus grossier. C'est cela, malheureusement, qui frappe les calligraphes, les greffiers et les instituteurs que deviennent tout à coup experts près des tribunaux*"²⁴.

Olvida el método en cuestión que son precisamente las formas y los elementos externos del grafismo, los aspectos que el falsificador, cualquiera que sea el método adoptado por él²⁵, procura reproducir con mayor fidelidad, única forma de lograr el cometido propuesto. Reducir el examen pericial a la simple cotejación de formas o contornos literales, en consecuencia, es hacer gravitar la prueba sobre la más inestable de las bases. Es, ni más ni menos, limitar el estudio al análisis del aspecto más susceptible de manipulación por el falsario.

La confrontación morfológica, de otro lado, parte del errado presupuesto de la constancia de los valores formales de la grafía manual, cuando la realidad tiende a ser precisamente la contraria. La excesiva coincidencia morfodimensional de manuscritos de alguna extensión, lejos de constituir una prueba de su uniprocedencia, como equivocadamente lo supone el método simplista que comentamos, constituye la mejor evidencia de la falsificación. El fenómeno, de universal aceptación en la actualidad, se conoce con el nombre de "Signo de Pierce", en honor al técnico norteamericano que lo demostró matemáticamente, por vía probabilística.

En la jurisprudencia extranjera, la argentina por ejemplo, se registran históricos pronunciamientos sobre el tema. En un célebre fallo de la Corte de Tucumán, dictado en el caso de Luis Manuel Villafañe y otro, de fecha 17 de septiembre de 1935, con ponencia del magistrado Rafael García Zabala, se decía: "Es sensible que casi todos los expertos hayan acudido al procedimiento desacreditado de la verificación de escrituras con una simple comparación de for-

²³ Cita de HERNÁN A. WALLACE, *op. cit.*, pág. 211.

²⁴ J. CRÉPIEUX JAMIN, *Les bases fondamentales de la graphologie et de l'expertise en écritures*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1934, pág. 35.

²⁵ LUIS GONZALO VELÁSQUEZ P., "La falsedad documental en el laboratorio criminalístico", Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia, año 3, vol. III, N° 2, Bogotá, diciembre 1978, págs. 81-97.

mas y que las conclusiones no se fundaran en procedimientos técnicos modernos de mayor garantía, donde hay que atender más a los caracteres generales del grafismo que a las formas individuales de las letras..."²⁶.

Ahora bien. De que el cotejo morfolétrico sea un procedimiento inadecuado, por sí solo, para la determinación de la autenticidad de los grafismos manuales, no se sigue que deba desecharse. La confrontación de las formas o contornos literales resulta interesante, en todos los casos, como complemento de otros exámenes más rigurosos y se hace realmente imprescindible en los de *imitación indirecta* (falsificaciones por calco, transparencia, proyección y pantógrafo, principalmente) y en el examen pericial de textos impresos y mecanográficos. La metodología del cotejo formal, obviamente, es muy diversa de la empírica y debe hacerse con sujeción a ciertas normas técnicas cuya exposición rebasa las pretensiones de este trabajo.

2°) *Cotejo grafológico o grafosicológico*. A partir del francés MICHON y especialmente de J. CRÉPIEUX JAMIN, la identificación de los manuscritos se viene relacionando de manera íntima con la investigación grafosicológica.

El método grafológico, sin embargo, fue diseñado con miras muy diferentes de las que interesan al criminalista y al juez. "La grafología —observa el chileno SANDOVAL SMART refiriéndose a la *grafosicología*— no es, como muchos creen, el estudio de las investigaciones documentales en su totalidad, sino una parte de ellas, que pretende sacar conclusiones psicológicas del estudio de las escrituras. El gesto gráfico ... no es sino una forma especial del movimiento animal, que se traduce en un recuerdo gráfico, objetivo, sobre el soporte (papel, pergamino, madera, etc.) y como antes de esta fijación gráfica era un movimiento, debe estudiarse no solo estáticamente sino dinámicamente.

"Sobre estas premisas fundamentales —sigue diciendo SANDOVAL SMART— se ha levantado un edificio formidable, que debemos declarar humildemente, lo encontramos de cimientos muy febles. Ocurre igual cosa que con el psicoanálisis, que partiendo de algunas premisas sólidas, se ha perdido en una frondosidad tal, que hace pensar en ciertas religiones, en que se llega a exagerar tanto lo deducido de una pequeña base creíble, que caen en el descrédito..."²⁷.

El italiano SALVATORE OTTOLENGHI, sistematizador del método signalético o señalético de que luego hablaremos, advertía con razón que las conclusiones grafológicas no pueden aceptarse sin un riguroso beneficio de inventario, dado su carácter conjetural y presuntivo. Es ingenuo, en efecto, pretender que la identificación científica de los manuscritos pueda lograrse por medio de la investigación caracterológica. La determinación del carácter por la escritura manual no pasa de ser, todavía, un interesante filón investigativo, una simple meta del trabajo científico. Los logros de la grafología psicológica —y no desconocemos el sólido fundamento de estas investigaciones y su promisorio futuro—

²⁶ "Jurisprudencia Argentina", t. 53, pág. 520. Cfr. HERNÁN A. WALLACE, *op. cit.*, pág. 212.

²⁷ LUIS SANDOVAL SMART, *Manual de criminalística*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1960, pág. 451.

siguen siendo balbucientes y todavía eminentemente problemáticos. En estas condiciones, si ni siquiera en el terreno psicológico, para el que fueron diseñados, ofrecen los métodos en cuestión la necesaria madurez, difícilmente podrían obtenerse mejores resultados con la incorporación de los mismos a la órbita de las investigaciones forenses.

Con sobrada razón el argentino FERNANDO LÓPEZ PEÑA incluye dentro de las causales de impugnación del peritaje la que él denomina "trasgresión de la ciencia aplicable". "Un caso típico —dice— de una trasgresión a los principios científicos de la pericia caligráfica sería el que se funda, para una determinación de autoría o de falsedad, en las normas de la «grafología». Desgraciadamente, como en muchos lugares no existen calígrafos matriculados, esa función se cumple en muchos tribunales por personas que solo tienen conocimientos grafológicos. Sin discutir la validez científica de las conclusiones grafológicas en otros campos, se reitera que no es función del grafólogo expedirse sobre autoría de escritos. El grafólogo podrá determinar el carácter del escribiente, es decir, afirmar que es un pesimista, un abúlico, un extravertido o un supradotado de sentido común, pero personas con esos defectos o virtudes hay muchas en el mundo y a través de esas condiciones de carácter no se puede identificar a nadie, pues cabe la posibilidad de que las mismas existan, junto a otras, tanto en la persona que produce el escrito auténtico como en la que produce el falso. La grafología estudia, como lo hace el peritaje caligráfico, un mismo objeto, que es la escritura, pero una tiende a señalar los elementos psicológicos y la otra tiende a la individualización (no a la caracterización) de una persona por su escritura. Si un perito calígrafo (idóneo o con título habilitante) se basa en la grafología para determinar que una firma es falsa, por ejemplo, *habrá trasgredido la ciencia que debía aplicar* y por esa razón es justamente atacable de nulidad su trabajo..."²⁸.

El método grafológico o grafopsicológico no es, pues, aplicable en los casos de determinación de la autenticidad de grafismos manuales. Por su inmadurez, por su falta de consistencia científica, porque no fue diseñado para este difícil propósito específico y, en fin, por el marcado carácter conjetural y especulativo de sus conclusiones.

Sobre este particular observa con acierto indiscutible el tratadista LUIS CARLOS PÉREZ, quizás el único que ha estudiado *in extenso* y con la requerida seriedad este asunto, entre nosotros: El método grafológico o grafopsicológico "...es apenas uno de los medios, el más conjetural y aproximativo, de cuantos se han ideado y se practican para estudiar los documentos hechos a mano o caligrafiados, abandonando los métodos científicos que buscan demostrar objetivamente la autenticidad o inautenticidad de un escrito"²⁹. En forma análoga se expresa el comentarista GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ: "Según nos enseña la criminalística —dice— hay varios métodos para estudiar los documentos

²⁸ FERNANDO LÓPEZ PEÑA, *La prueba pericial caligráfica*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1976, pág. 135.

²⁹ LUIS CARLOS PÉREZ, *La práctica jurídico-penal*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1976, pág. 274.

escritos o caligrafiados, que son los que con más frecuencia son dubitados. Uno de tales métodos es el *grafológico*, que es también el más usado, pero no es el único... Siendo apenas uno de varios métodos, de todos ellos se ocupa la peritación..."³⁰.

3º) *Cotejo grafométrico o cuantitativo*. Las comprobadas deficiencias de la cotejación formal hicieron pensar en caminos más rigurosos, verificables y objetivos. Nació así la llamada *grafometría* o estudio de los aspectos cuantitativos de la expresión gráfica. Como su nombre lo indica, el análisis grafométrico tiene por objeto establecer las relaciones constantes de dimensión que existen en la escritura, para lo cual se vale de complejos procedimientos.

Si bien es cierto que la aplicación de criterios matemáticos y estadísticos al estudio de los fenómenos gráficos constituye un complemento útil de otros exámenes, pocas veces resulta aceptable su utilización exclusiva. El análisis grafométrico, de obligada realización en los casos de calco, transparencia y falsificación con pantógrafo, por ejemplo, muy dudosa validez ofrece en los demás casos de imitación y en los de simulación y transferencia.

El método grafométrico, pues, puede y debe emplearse como complemento de muchos análisis grafonómicos y señaléticos, pero no es, como piensan algunos, una especie de "Lámpara de Aladino" que despeje, mágicamente, la oscura problemática de la autenticidad grafoescritural. Se trata, simple y llanamente, de un método de comprobación estadística y matemática que, racional y cuidadosamente empleado, sirve solo de complemento a otros análisis más rigurosos.

4º) *Método señalético o señalético*. Se trata de un procedimiento de análisis gráfico integral en el cual cobran toda su importancia desde los más simples aspectos de forma (cotejo morfolétrico) y proporción (cotejo grafométrico) hasta los más "intangibles" detalles de construcción y kinesia del manuscrito. Fue el francés BERTILLON quien, hacia 1897, expuso en la célebre "*Revue Scientifique*", de París, las directrices fundamentales del método. Trabajos posteriores de los italianos SALVATORE OTTOLENGHI y sus discípulos GASTI, SORRENTINO y FALCO, en la Escuela de Policía Científica de Roma, consolidaron el procedimiento, imprimiéndole una estructura que se aproxima bastante a la metodología actualmente en uso.

Cuatro grandes pasos deben cumplirse en el método señalético: *Observación, señalamiento* de los caracteres distintivos de cada una de las piezas confrontadas, *cotejo* de esas características o peculiaridades y, por fin, *juicio de identidad*. En cada una de las etapas anteriores debe seguirse, a su turno, un orden lógico determinado, de manera que no quede nada sin examinar, clasificar y evaluar.

El examen minucioso y sistemático de los grafismos manuales materia de la comparación, efectuado en forma metódica, arroja numerosos datos y permite, con frecuencia, identificar las características constantes de los mismos.

³⁰ GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Pruebas penales colombianas*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1970, págs. 336 y ss.

Cuando los acopios confrontados son espontáneos y abundantes, se comprende sin dificultad, la labor de identificación resulta mucho más cómoda y las posibilidades de error disminuyen en forma considerable.

4. MÉRITO PROBATORIO DEL COTEJO DE MANUSCRITOS

La doctrina y la jurisprudencia, con sobrada razón, han sido cautelosas en este punto. Ya expusimos los extremos a que llevó la proscripción sistemática del cotejo de grafismos en el derecho probatorio anglosajón y aludimos, a modo de contrapartida, a los escándalos judiciales motivados por la aceptación, más o menos incontrolada, de este medio de prueba, durante los siglos XVIII y XIX en la Europa continental.

Con miras a sustituir la confrontación pericial de manuscritos, todavía en ciernes, por métodos "más confiables", cayeron los ingleses en el desatino de confiar tan delicadas y complejas verificaciones a verdaderos profanos —pues no otra cosa eran los testigos *ex visu scriptiois* y *scriptis olim visis*— con los desastrosos resultados que la historia se encargó de immortalizar.

Los franceses y los italianos, en principio menos "radicales", se vieron precisados, sin embargo, a adoptar graves restricciones en lo tocante a la peritación de grafismos y documentos: "*Cuando haya contradicción entre los expertos y el testigo que declara haber visto firmar el acta argüida de falsa, la declaración debe prevalecer, porque aquello que se afirma de viva voz es más digno de fe que la escritura misma*" (Ordenanza francesa de 1670, ratificada en 1737). En Italia, por su parte, llegó a considerarse "*...como un principio vulgarísimo en jurisprudencia, que la prueba caligráfica en materia de falsedad es un medio falaz y lleno de peligros*".

Largo tiempo ha transcurrido desde entonces y, a pesar de los innegables adelantos de la investigación gráfica y de la técnica policial, el cotejo de manuscritos sigue siendo un medio de prueba incierto, lleno de dificultades y, con frecuencia, de valor puramente problemático. De ahí las reservas con que es preciso practicarlo, no admitiendo como válidas sino las conclusiones cuya fundamentación sea meridiana en la claridad y rigurosa en sus procedimientos.

Ante el dilema, no obstante, de rechazar por principio el medio de prueba (antigua tendencia procesal anglosajona) o de aceptarlo con limitaciones (tendencia continental europea) el mundo moderno se ha decidido en forma franca por la última alternativa. Y ha hecho bien, porque cada día son mayores los logros obtenidos y la confianza que, en consecuencia, está brindándose a la cotejación escrituraria.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales, por ejemplo, lentamente se inclinan a otorgar mayor crédito a la comparación pericial de los manuscritos. Bajo el régimen probatorio de la antigua ley 147 de 1888, la Corte Suprema de Justicia hizo un detenido estudio de la "grafología" desde el punto de vista de su validez y eficacia probatoria. Refiriéndose a la cotejación formal o morfológica y a la simplemente grafológica, dijo entonces la Corporación: "...las

letras, rasgos, perfiles y demás circunstancias de una firma³¹, bien pueden ser distintos sin que ello implique necesariamente que fueron escritos por personas diversas. La firma de una persona puede ser tan variada, que fácil es considerarla como escrita por distintas personas. Cierto que hay algo característico y permanente en la firma que una persona acostumbra para sus actos públicos y privados, pero *esa persistencia de la forma* puede variarse o con el trascurso del tiempo, o por una emoción o enfermedad. En estos casos *la forma y rasgos de la letra cambian...*"³².

Se trataba, en el caso anterior, de un testamento cerrado, presuntamente suscrito en su lecho de enfermo, por un sacerdote católico, quien falleció una semana después de entregarlo al notario. Con base en las acusadas variaciones morfológicas de la firma —una deficitaria grafía patológica, seguramente— se tachó esta de falsa y se demandó la consecuente nulidad del testamento. Un perito grafólogo afirmó inicialmente la autenticidad del autógrafo; otro, vacilante, se limitó más tarde a certificar su "no identidad" y un tercero, por fin, se pronunció abiertamente contra la genuinidad del grafismo. El fallo de primera instancia, revocado después por el tribunal, consideró auténtica la firma, conclusión compartida más tarde por la Corte, la cual estimó "no probada" la falsedad.

En abril de 1940, en vigencia ya del Código Judicial que consagrara la ley 105 de 1931, la Corte Suprema de Justicia, en conocido fallo, reiteró su anterior criterio con respecto al valor probatorio del cotejo de letras al decir: "La grafología no está recibida hoy como ciencia. No hay en ella principios inconcusos de los cuales puedan derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas... Y en los casos de cotejo de firmas, no tiene como se ha visto conforme al artículo 656 del Código Judicial, valor de plena prueba, pues no es un indicio necesario, sino simple indicio, cuya gravedad le corresponde apreciarla al juzgador según las circunstancias especiales que la rodean".

Conforme al art. 656 del derogado estatuto procedimental civil, efectivamente, la eficacia demostrativa de la confrontación se encontraba "tarifada" y reducida a la categoría de un simple indicio: "La prueba resultante del cotejo —decía la abrogada disposición— es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias".

El criterio de nuestro máximo tribunal de justicia era, pues, acorde, no solo con el sistema de apreciación probatoria entonces imperante, sino ceñido a las más estrictas normaciones legales. Consultaba ese criterio jurisprudencial, de otro lado, las modestas posibilidades científicas y los precarios recursos técnicos de nuestros peritos de entonces y el limitado grado de desarrollo científico

³¹ Adviértase la expresa referencia que se hace del criterio morfológico de comparación, a la sazón predominante.

³² Sentencias de mayo 21 de 1927 y aclaratoria de junio 20 del mismo año ("G. J.", t. XXXIII, núms. 1734-1735, págs. 308 y ss.).

de la disciplina. Coincidentalmente, sin embargo —prescindiendo de circunstancias ajenas a la peritación misma— se halló la Corte, nuevamente, ante una pluralidad de dictámenes “razonable y científicamente fundamentados” pero de conclusiones totalmente inconciliables y contradictorias. De ahí que se hubiese abstenido de aceptar la peritación que afirmaba la falsedad de las firmas dubitadas (las del notario y del registrador de instrumentos públicos de Vélez, Santander) por la sencilla razón de que “...existen en el expediente pruebas de otros dictámenes periciales que forman indicios de valor semejante sobre la autenticidad de la escritura...”³³.

Hasta ese momento, era ostensible la influencia de los criterios puramente formales y grafonómicos en la cotejación de manuscritos, al menos entre nosotros. Para la Corte, esos aspectos de forma eran los tenidos en cuenta por los peritos y no se pensaba que la dictaminación de los expertos pudiera fundarse en consideraciones diferentes. “En el libro «Grafología», de M. Ras³⁴, se publican siete autógrafos de Napoleón escritos en diversas circunstancias, que si no fuera por la seguridad de su autenticidad, nadie podría decir que son escritos de la misma mano. Por eso la Corte ha dicho que la prueba de cotejo puede ser indicio de valor, pero si existe un principio de prueba de que otra persona distinta de la que aparece estampó la firma”³⁵.

Fallos posteriores, siempre al abrigo del sistema de la “tarifa legal” impuesto por el derogado Código Judicial, no hicieron otra cosa que repetir machaconamente los anteriores planteamientos: “Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no les otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlo y demás circunstancias anotadas por el tribunal”³⁶. Y, en abril de 1964, insiste la corporación: “Aun cuando la jurisprudencia no ha sido asignado a la prueba pericial de grafólogos el valor de plena o completa, si le da el de prueba indicial que unida a otra u otras constituye la plena prueba para decidir el litigio”³⁷.

Una profunda variación de todos estos criterios se produjo al entrar en vigencia los decretos 1400 y 2019 de 1970 sobre Código de Procedimiento Civil. Dentro del nuevo estatuto, efectivamente, se consagra como sistema predominante de apreciación probatoria el de la “sana crítica” o “libre apreciación”, en el cual no se prefija el valor de convicción de los diferentes medios probatorios. Al hablar de los sistemas de las “pruebas legales” y de la “tarifa legal”, dice nuestro tratadista H. DEVIS ECHANDÍA: “Ambos sistemas —el de las

³³ “G. J.”, t. L, núms. 1961-1963, págs. 143 y ss.

³⁴ Cfr. MATILDE RAS, *Grafología (Las grandes revelaciones de la escritura)*, 2ª reimp., Barcelona, Ed. Labor S. A., 1957, pág. 154.

³⁵ “G. J.”, t. L, pág. 153.

³⁶ Sentencia de julio 7 de 1944, “G. J.”, t. LVIII, pág. 28.

³⁷ Fallo de abril 7 de 1964, “G. J.”, t. CVII, pág. 28.

“pruebas legales” y el de la “tarifa legal”— son repudiados en derecho contemporáneo, pues para todos los procesos se reclama la libre apreciación por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la libertad para usar medios distintos a los que enumere la ley, es decir, a los clásicos de declaración de parte o confesión, testimonio de terceros, documentos, inspección judicial, peritación e indicios... La resistencia que en materia civil hubo para liberar la prueba de esa doble limitación legal, ha sido vencida definitivamente”³⁸.

El proceso judicial, en efecto, no debe cerrar sus puertas a los progresos de la ciencia y de la técnica y dar la espalda a las conquistas del mundo moderno. La prueba pericial, poco a poco, ha venido desplazando el testimonio y no está lejano el momento en que lo sustituya en gran parte. “...el importante desarrollo de la técnica de investigación criminal —observa el tratadista que acabamos de citar— en parte aplicable al proceso civil y comercial, ha traído un auge extraordinario del progreso ascendente de la científicidad de las pruebas judiciales, concretamente en materia de peritación y de informes técnicos y oficiales. La técnica grafológica y para el restablecimiento de escrituras borradas o suplantadas, los exámenes balísticos o sanguíneos, la comparación de voces y huellas dactilares, los estudios sobre piel y cabellos humanos, y muchos otros más, ofrecen en el presente una calidad tan avanzada, que son indispensables en la investigación penal y en muchos procesos civiles o comerciales. El cada día más acelerado progreso de la ciencia y la técnica, cuyas proyecciones futuras son inmensas, permite tener certeza acerca de que su aplicación a la investigación judicial de los hechos será cada vez mayor”³⁹.

De acuerdo con el art. 241 del C. de P. Civil vigente “Al apreciar el dictamen se tendrán en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”. No se anticipa, pues, como en el estatuto derogado, el valor probatorio del peritaje, sino que se deja a la “sana crítica”, a la “libre apreciación” del juzgador la estimación de este importante aspecto.

En sentencia de agosto 5 de 1980, con ponencia del magistrado José María Esguerra Samper, revisa la Corte en forma minuciosa sus criterios sobre el particular y dice: “En el sistema probatorio actualmente en vigencia el artículo 187 del C. de P. C. dispone que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y que el juez debe exponer siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. Se acoge pues como prevalente, que no exclusivo, el sistema de apreciación probatorio conocido con los nombres de «libre apreciación razonada» o de la «sana crítica»... Con este nuevo sistema de apreciación probatoria, en el que de antemano no se fija el poder de convicción de los elementos de prueba, el juez civil goza de mayor libertad para formarse su convencimiento. Por tanto, no hay inconve-

³⁸ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales, y la libertad de apreciación del juzgador”, Rev. de la Universidad Externado de Colombia, vol. XII, núm. 2, agosto de 1971, pág. 144.

³⁹ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 148.

niente alguno en que un dictamen de grafólogos expertos, razonable y suficientemente fundamentado, a juicio del sentenciador, y apreciado en conjunto con otros elementos, pueda constituir plena prueba de que una firma o un manuscrito tachados de falsos o cuya autenticidad deba demostrarse, sean en efecto apócrifos o auténticos..." (Subrayamos)⁴⁰.

Que la confrontación de manuscritos, sin embargo, sigue siendo un medio probatorio inseguro y no siempre confiable, lo demuestra el hecho de que en el fallo a que se acaba de hacer referencia, se vio la Corte ante nueve peritaciones "razonable y científicamente" fundamentadas pero abiertamente contradictorias, circunstancia que la llevó a concluir en la siguiente forma: "Analizados todos los extensos y documentados dictámenes grafológicos allegados a este proceso, en cuanto a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, y a la categoría de los peritos, encuentra la Corte que todos ellos están razonable y científicamente fundamentados y que por consiguiente, al ser abiertamente contradictorios, ofrecen un tremendo motivo de duda sobre la exactitud de sus conclusiones. Y esa duda, que la Corte no ha podido disipar tras el largo y detenido estudio que ha dedicado a los citados dictámenes y a sus numerosos anexos, no le permite declarar que la firma de Zaccour en la referida carta es auténtica, ni tampoco que es falsa"⁴¹.

Solamente cuando el dictamen demuestra en forma irrefragable y rigurosamente científica sus conclusiones puede el juez otorgarle el valor de prueba plena o completa, conforme a los preceptos legales transcritos. Y no se crea que lo anterior es válido únicamente para el proceso civil y acaso para el laboral o el administrativo. El C. de P. Penal en vigor, en su art. 278, dispone que el peritaje no es por sí plena prueba, exigiendo al juez o al funcionario instructor esa libre apreciación razonada del medio probatorio y la obligación especial de "expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión".

En tratándose del cotejo de manuscritos, es cierto, difícilmente se llega a las demostraciones rigurosas referidas. Con frecuencia mayor de la que se cree, no obstante, el peritaje gráfico y documental (por vía distinta del simple cotejo o comparación de grafismos manuales) arriba a conclusiones absolutamente inobjetables, desde el punto de vista científico, constituyendo la verdadera evidencia física. Ninguna justificación, ni racional, ni técnica, ni legal, tienen pues quienes a priori, y desconociendo el régimen probatorio vigente en Colombia, se empeñan en someter la prueba pericial de grafismos y documentos a una tarificación legal inexistente, asignándole un valor de convicción determinado.

⁴⁰ Cfr. "Jurisprudencia y Doctrina", Legis Ed., t. IX, núm. 106, Bogotá, octubre de 1980, págs. 715 a 719.

⁴¹ Id., pág. 719.

EL HURTO DE USO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL*

Doctor JORGE ENRIQUE VALENCIA M.**

I. DESCRIPCIÓN TÍPICA

1. *Código Penal, art. 352*: "Si el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor a veinticuatro horas, la pena respectiva se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena solo se reducirá en una tercera parte".

2. Dentro de los criterios que enseña la escuela de la técnica jurídica la disecación dogmática del tipo penal del hurto de uso presenta las siguientes notas particulares:

a) Es un tipo de *sujeto activo indeterminado*, ya que la conducta típica puede ser ejecutada por cualquier persona.

b) Es un tipo *complementado o subordinado* del hurto simple por describir circunstancias especiales que apenas cualifican la conducta básica y que no puede aplicarse con prescindencia de esta.

c) Es un tipo de *acción* por describir una conducta positiva, esto es, un hacer penalmente relevante.

d) Es un tipo de *resultado* pues no solo requiere la realización del comportamiento punible, sino la producción de un evento.

II. CONCEPTO

Ha lugar este tipo penal —desconocido en el Código actual— cuando el autor, en ausencia del consentimiento de la víctima, toma la cosa sin propósito de apropiación, desapoderamiento o expropiación definitiva, con el designio de hacer uso momentáneo de sus atribuciones, reintegrándola al patrimonio del derechohabiente una vez fenece la utilización que ella permite alcanzar y que aquel se propuso subjetivamente obtener.

III. PRECEDENTES Y GENERALIDADES HISTÓRICO-LEGISLATIVAS

1. "El hurto era, en derecho romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa

* Este trabajo apareció inicialmente en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, número 3, II Semestre de 1980, págs. 65 a 77 y se reproduce con las debidas autorizaciones.

** El autor se desempeña como juez tercero superior de la ciudad de Cali; profesor de las Universidades Libre y Santiago de Cali; miembro del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.

misma, de su uso o de su posesión"¹. El hurto, de clara progenie latina, fue definido en términos generales por PAULUS como *contractatio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, etiam usus ejus possessionisve*².

2. Es de toda verdad que en la clásica tradición del *antiquus ius romanum*, la figura del hurto de uso solo vino a perfilarse y a ser materia de particular tratamiento punitivo por parte de los jurisconsultos, una vez superado el derecho del primer período pues ni siquiera las previsiones de la *Lex Duodecim Tabularum* se ocuparon de sus manifestaciones típicas incriminantes. La doctrina romana distinguió con una intuición verdaderamente sorprendente entre el *furtum possessionis*, el *furtum ipsius rei* y el *furtum usus*: la voluntad de la víctima podía dirigir contra el autor del latrocinio, excluyentemente, una cualesquiera de tres acciones entendiéndose que estaban reservadas, con eliminación de cualquier otro sujeto, al propietario de la cosa: *actio rei vindicatio*, *actio ad exhibendum* y *actio condictio furti*. No empece a lo anterior el titular del derecho lesionado tenía siempre a su favor la *actio furti*, cuya génesis, naturaleza, objeto y finalidades eran distintas a las enunciadas³. Recuerda FERNÁNDEZ DE MOREDA que el derecho romano castigaba expresamente al tintorero y al sastre que vistieran los trajes que sus dueños les habían entregado para que los tiñesen o cosieran. En igual forma alude al romano que había prestado su caballo a un amigo para que llegase a Ariceia, allende el monte Albani, sobre la Vía Apia; pero el amigo se excedió yendo más lejos del lugar pactado, lo que le valió una condena por hurto⁴. El criterio fue recogido en el siguiente precepto: *Qui jumenta sibi commodata longius duxerit alienave re, invito domino, usu fit, furtum facit*⁵.

3. En su estudio clásico sobre la materia, trae a la memoria el antiguo profesor de la Universidad de Madrid, que en el derecho germánico medioeval fue notable el edicto de Rotario, rey de los lombardos, que incriminaba como figura subalterna del hurto, el aprovechamiento del caballo ajeno cuando el culpable no solo limitaba su actividad física a cabalgar sobre los alledaños del lugar sino cuando traspasaba tales límites sin autorización del propietario. El uso del caballo ajeno fue mencionado en la *Lex Salica*, la *Lex Ripuariorum* y la *Lex Burgundorum*⁶.

4. En el mundo medioeval los glosadores, postglosadores y prácticos conservaron los rasgos científicos y legislativos y las notas conceptuales del hurto de uso, al dictar disposiciones especiales que tutelaban el patrimonio del propietario del manejo depredatorio de la cosa, aun cuando esta regresara a su es-

¹ EUGENE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1975, pág. 456.

² Cfr. L.I. Dig., XLVII, *De furtis*, 2.

³ Así, PETIT, *opus cit.*, pág. 459.

⁴ Cfr. F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, Buenos Aires, 1961, pág. 686.

⁵ "Qui condujere más lejos los asnos dados en comodatos o por otra cosa, contra la voluntad del dueño, hace uso de ellos y comete hurto".

⁶ Cfr. F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 687.

fera de dominio por iniciativa del autor. Las reminiscencias de la tradición romanista se palpan sin mayor esfuerzo con los significativos criterios del *furtum magnum* (predominio del aspecto cuantitativo), *tertium furtum* (pena capital a la tercera infracción sucesiva) y *furtum manifestum* y *nec manifestum* (agresiones flagrantes o subrepticias), etc. En este período, tanto el derecho escolástico francés como el italiano, diferenciaban entre el hurto simple y el uso o la posesión fraudulenta de la cosa. Especial referencia merecen las *VII Partidas* que incluyeron entre sus curiosas disposiciones la siguiente modalidad de la figura: "Quien bueyes o bestias ajenas metiere en su era para trillar sin mandado de su dueño, peche por cada cabeza quatro maravedís: e si por aventura bestia o buey muere, peche lo tan bueno a su dueño u el precio que vallere con la pena sobre dicha: e si no muere, y alguna lesión y prisiera, peche al dueño otra tal cual fuere, con la pena del doblo; y esta pena haya quien tomare bestia ajena, o buey para corretear alguna cosa sin mandado o contra voluntad de su señor". [Part. VII, tít. XIV, ley 1^a, vid. III, cap. LIIII]. Y el *Fuero Juzgo* tenía por ladrón al que por tercer día seguía disponiendo de las caballerías [libro VIII, IV, leyes 1^a, 10 y 11].

5. La Constitución Carolina, dictada por el emperador Carlos V en el año 1532, prescribió el evento de quien "abusase de la cosa cuyo uso le fuere dado, al igual de quien consciente y fraudulentamente dispusiera del bien de otro cuya guarda le había sido confiada".

6. Abundando en referencias de carácter histórico cita FERNÁNDEZ DE MOREDA a ANTON MATTEIS o ANTONIO MATANS II, práctico del siglo XVII, quien describió a manera de ejemplificaciones las siguientes hipótesis de hurto de uso: "Cuando el depositario de la cosa depositada o el acreedor de la cosa que se le empeñó la utilicen y no hubiese permiso para ello. Cuando el comodatario utilice la cosa dada en comodato, de modo distinto a aquel al que se haya obligado por la ley del contrato"⁷.

7. En el siglo XIX el hurto de uso no fue previsto como título o ente penal autónomo ni en el Código Penal francés de 1804, ni en el alemán de 1871, ni en el italiano de 1889 como tampoco en los códigos españoles de 1843, 1850, 1882, 1928, 1932 y 1944. Excepcionalmente aparecen reguladas algunas de sus hipótesis en los códigos penales de Alemania, Bolivia, Malta, Dinamarca y Colombia del siglo pasado.

El Código Penal alemán de la época imperial en su art. 290, contempla un solo evento de hurto con fines de uso, que se configura cuando el prestamista prendario, indebidamente, hace uso de los objetos o bienes recibidos en prenda.

El Código Penal de Bolivia de 1834, que entre otras cosas es copia literal del español, consagra un singular supuesto de la figura en su art. 626, al prever, que "el que fraudulentamente *hiciera uso de su cosa propia* puesta en poder ajeno por vía de prenda o seguridad, sufrirá un arresto de ocho días a dos meses".

⁷ F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 687.

El art. 271 del cuerpo penal de Malta de 1854 consagra uno de los más interesantes supuestos del *furtum usus* al redactar, con técnica incomparable, y anticipándose casi un siglo a las previsiones modernas, que "cuando el lucro perseguido por el culpable fuere del solo uso, con ánimo de restituir enseguida la cosa, el delito entrará en la clase de las contravenciones".

El Código Penal de Dinamarca de 1886 prescribió que "quien de manera ilegítima entrara en la posesión de la propiedad de otros, sin querer atribuírsela ni privar de ella al dueño sino par usarla con fin determinado" se hace acreedor a una pena aflictiva de la libertad y a la multa.

El art. 904 del Código Penal colombiano del siglo pasado (1887) preceptuó: "El que sin fuerza ni violencia, pero sin el consentimiento del dueño de la cosa, se apodera de ella, a sabiendas y maliciosamente no para apropiársela, sino para servirse de ella, si el tiempo por el cual la retuviere no excediese de quince días, pagará una multa de ocho a ochenta pesos y será arrestado por tres a ocho días; pero si excediese el uso de quince días, además de la multa expresada sufrirá arresto por quince días a dos meses. El consentimiento del dueño puede ser manifestado aún después del acto".

A su vez los arts. 905 y 907, *ejusdem* refieren: "Si para usar la cosa hubiese habido fuerza o violencia se aumentarán en una cuarta parte las penas señaladas en el artículo anterior" y "las personas que no deben ser penadas por robo según el art. 807 (próximos parientes), tampoco lo serán por el uso de la propiedad de su deudo, siempre que concurran circunstancias semejantes a las que allí se especifican".

8. Modernamente y con algunas variaciones, se acepta el hurto de uso por los códigos italiano de 1930 (art. 626), noruego (art. 393), suizo (art. 62), griego (ley 1957) y español (leyes de 1950 a 1965). En Latinoamérica varios ordenamientos penalizan el hurto de uso, entre otros los de Cuba (art. 529), Méjico (art. 380), Uruguay (art. 342), Honduras (art. 512), Guatemala (art. 401), Costa Rica (art. 268) y finalmente el nuevo Código colombiano (art. 352).

9. Rastreando los antecedentes histórico-legislativos de la figura en nuestra patria hallamos ciertamente cómo en los códigos penales de 1873 y 1890 se describía la conducta de quien sustraía la cosa con el propósito de usarla, evento que el legislador de aquel entonces denominó "robo de uso" (arts. 588, 589 y 590) y "uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño" (arts. 904, 905, 906, 907 *ibidem*). En el Código Penal de 1936, el legislador guardó silencio sobre el particular y si bien definió el hurto simple nada dijo acerca de la tipificación específica del hurto de uso como acertadamente lo hace el nuevo estatuto punitivo. Opine lo que quiera la doctrina nacional, la creación típica de esta dinámica revela la insuficiencia del legislador de 1936 por comprender conductas o comportamientos dirigidos a incriminar la sustracción provisional de la cosa sin intención de desapoderar definitivamente la custodia ajena.

10. Frente a la doctrina, la jurisprudencia y el criterio de los consagrados, de verdad que no fueron extremados ni laboriosos los problemas de exégesis que se suscitaron cuando se trató de punir el proceder de quien tomando la co-

sa con el fin de hacer uso momentáneo de ella, la restituía al derechohabiente después de detentar un poder *de facto* derivado de su utilización. En pugna con la técnica y la dogmática todos a una se identificaron con la feliz y pacífica solución de encuadrar dentro de los límites descriptivos del tipo básico del hurto (art. 397), la conducta atrás materializada. Bajo tal entendimiento de casuística el apoderamiento temporal de la cosa tomada por el autor con el designio de usarla, sometiéndola así fugazmente a su propio poder, quedó enfeudada dentro de la anotada previsión, aun cuando la acción, circunstancias, modalidades del hecho y estados exclusivamente síquicos no guardaran fiel individualidad ni interdependencia, con el verbo rector ni con los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo al cual accedían. El mayor contenido injusto del hurto simple cobijó una conducta, a nuestro juicio atípica, y por lo tanto insusceptible de represión penal. El principio de la legalidad sobre la base dogmática que se deja apuntada, quedó seriamente maltrecho. Siempre tomamos con reservas la validez de la mejor doctrina, y en la disidencia, profesamos el criterio de que el comportamiento *sub examen* que ciertamente creaba una posición excluyente aunque precaria de dominio, pero sin que pudiera hablarse bajo ningún supuesto de una desposesión definitiva, no aparecía tabulado en el Código de la materia. Entendimos cuando menos la atipicidad relativa del hecho y en asonancia con tales postulados, pero fundamentalmente con pie en el elemento subjetivo-finalista, sin hesitaciones lo refrendamos en uno o dos fallos judiciales que muy tempranamente y como era apenas de presumir encontraron su carta de defunción.

11. La casación penal, sentando jurisprudencia, debió enfrentarse, en su momento, al supuesto del hecho consistente en el apoderamiento violento de una nave comercial que hacía el trayecto entre Riohacha y Santa Marta, el día cinco de marzo de mil novecientos sesenta y ocho. Los delincuentes, tras atemorizar a la tripulación la forzaron a mudar su ruta normal, dirigiéndose hacia la Isla de Cuba donde aterrizó el avión. La nave aérea regresó ulteriormente a tierras colombianas sin ninguna novedad. Admite la Corte, para el evento, la existencia de un *robo de uso*, con una interpretación amplísima y poco convincente del *animus lucrandi*. El pasaje más importante de aquella decisión aparece inspirado bajo la siguiente dialéctica:

"Si se negara la posibilidad jurídica del delito de robo de uso con base en que el art. 2º de la ley 4ª de 1943 emplea la expresión *apoderamiento* y por ello el *animus lucrandi*, en esta infracción, quede restringido el propósito de apropiación (*animus rem sibi habendi*), se llegaría, en algunos casos en los que el agente busca el lucro solamente a través del uso, al desamparo de ese interés jurídico de la *posesión* que tutela la norma que reprime el delito de robo.

"Supóngase en efecto, que alguien con el solo propósito de viajar gratuitamente (sin erogación económica alguna), acude a un aeropuerto y sube a una de esas modernas y costosas aeronaves, luego de superar la oposición de quienes custodian mediante procedimientos intimidativos; y aprovechando que conoce la técnica de la navegación aérea consigue emprender el vuelo hacia el lugar a donde quiere trasladarse, y, en efecto, cumple el viaje proyectado.

"Pues bien: ¿Comete robo? ¿O simplemente consumó la contravención de uso de cosas muebles ajenas sin consentimiento de su poseedor legítimo?

"Si se niega la posibilidad jurídica del delito de robo de uso, el caso dado anteriormente tendría que ser reprimido con la pena de multa de cincuenta a quinientos pesos prevista en la contravención de que se ha hecho referencia, lo que lleva, en la práctica, a la desprotección de un importante interés jurídico, el de la *posesión* de los bienes muebles ajenos.

"Y semejante solución habría de corresponder si el apoderamiento que lleva a cabo el delincuente, para ese mismo supuesto viaje, lo cumple en un ferrocarril o en un automóvil, o en un caballo.

"En cambio (y frente a tan inaceptables resultados), si la cosa mueble ajena está en poder de quien la usa en provecho propio (ya sea un automóvil para hacer un viaje sin permiso del dueño), porque la recibió por un título no traslativo de dominio, si hay perjuicio a tercero, se tiene un delito, el de abuso de uso, con represión más severa que la señalada en el art. 67 del decreto 1118 de 1970.

"¿No resulta, al ser negada la posibilidad jurídica del robo de uso, írrita la tutela de la posesión de las cosas muebles, en las hipótesis mencionadas? ¿Acaso una nave aérea o un ferrocarril no representan un apreciable valor económico? ¿Y el daño ocasionado con su uso delictuoso así se tenga el propósito de devolver tales bienes a su poseedor, y en efecto se devuelven, no tiene una elevada cuantía?

"Si de acuerdo con la ley penal colombiana no se diere el delito de robo de uso, en los ejemplos dados y en muchos otros, el delincuente, muchas veces con el uso sin erogación alguna, podría obtener un beneficio mayor que el monto máximo de la multa que debería pagar, conforme a la contravención de que se ocupa el art. 67 del decreto 1118 de 1970, pues, entonces, solamente este precepto sería aplicable.

"En el estado actual de la averiguación se tiene, entonces, el cuerpo del delito de robo, al tenor de los arts. 402 (art. 2º de la ley 4ª de 1943) y 404 (ordinal 1º del Código Penal) pues los procesados se apoderaron, con propósito de aprovechamiento, de una cosa mueble ajena, por medio de intimidación a mano armada".

12. Explorando la literatura jurisprudencial de los últimos tiempos a nivel de tribunales, topamos con algunas decisiones que siguen el criterio de la Corte, si bien estamos obligados a confesar que ignoramos, al menos en la periferia, la existencia de autos, sentencias, estudios o monografías que avalen la defensa de nuestra tesis. Respetando el *ordo temporum* en que aparecen publicadas y extractando las partes más notables de tales fallos, preludivamos esta parte del estudio con dicha selección, con miras a ofrecer una visión amplia y de conjunto sobre la aplicación, tratamiento y alcances que se le ha dado a la figura.

* Corte Suprema de Justicia, casación de septiembre 18 de 1970. Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

El Tribunal de Medellín dijo en una primera oportunidad:

"Nuestro Código Penal no contempla la figura del *hurto de uso*, pues el *uso indebido* es cosa distinta como ya se dijo. Y si la ley colombiana no ha creado esa figura, mal puede suponersele existente y entonces se tendrá como consecuencia la de que los llamados *hurtos de uso* no son otra cosa que simples hurtos o robos, según que haya mediado o no fuerza o violencia.

"El *hurto de uso* es una figura que no tiene carta de naturaleza en nuestra legislación como en la casi totalidad de los códigos modernos: los casos designados con ese nombre son considerados como simples hurtos.

"Si hubiera de atenderse la alegación del agente, de que él no tuvo sino la intención de *usar* de la cosa y en modo alguno de apropiársela, y si esta alegación pudiera tener alguna incidencia en el campo jurídico, casi que desaparecerían los hurtos, pues los detentadores de lo ajeno tendrían el cuidado de alegar tal intención y entonces el hurto solo operaría sobre cosas fungibles o que se consumen con el uso. Por eso la legislación italiana, al hablar del hurto de uso, exige, para que se perfile esa figura, que el agente haya hecho un uso momentáneo de la cosa y que la haya restituido inmediatamente después de ese uso".

El Tribunal Superior de Popayán, en línea con el anterior discurso conceptual:

"Mucho se ha discutido en la práctica jurídico-penal sobre si el simple ánimo de aprovechamiento temporal de la cosa, con el propósito de restituirla a posteriori del uso indebido, constituye o no entre nosotros acción imputable de hurto. Empero la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de septiembre de 1970 al complementar la doctrina referente al mal llamado delito de piratería aérea; con ponencia del Dr. Humberto Barrera Domínguez, llegó a la conclusión de que en la ley penal colombiana son punibles los reatos de 'hurto de uso' y 'robo de uso' a través de los dispositivos que reprimen el hurto y el robo a secas. Con motivo de lo cual hubo de reiterar pretéritos fallos en los que se predica que en uno y otro delito —hurto y robo—, el dolo específico radica en el fin de lucro o aprovechamiento que se propone alcanzar el agente, lucro que puede consistir en toda ventaja, satisfacción, placer o goce que derive de la cosa que en un momento dado saca o toma de la esfera patrimonial autónoma de la víctima".

Y después de hacer notar cómo la discusión ha girado más que todo alrededor de las acepciones que se les dan a las distintas voces rectoras del delito en las distintas codificaciones, en especial a las relacionadas con los verbos *sustraer*, *apoderarse* y *apropiarse* que ofrecen las más variadas significaciones en los sistemas punitivos de ciertos países, termina sentando el alto tribunal que, de acuerdo con las consideraciones del profesor FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, el hurto de uso es sancionable como hurto simple en el Código argentino, porque en este estatuto, al decir de

* Sentencia del 13 de febrero de 1956. "Crónica Judicial" núm. 290, págs. 197 y 198. Magistrado ponente: Dr. Juan Rafael Múnera.

RICARDO C. NÚÑEZ, el verbo apoderarse importa el acto material de aprehensión de la cosa, a sabiendas de que no es propia y con el propósito de llevarla ilegítimamente a su exclusivo poder de disponibilidad, con desposesión del dueño, poseedor o tenedor, quien así resulta suplantado en el derecho de gozarla libremente.

A lo cual agrega la Sala que, al igual de lo que acontece en Argentina, en donde no se define como figura autónoma el hurto de uso, sino que se lo sanciona como hurto simple; y al contrario de lo que sucede en Italia, en donde al lado del artículo que castiga el hurto por apoderamiento con sustracción (art. 626), existe sanción separada para el que simplemente incurra en hurto de uso (art. 626), en Colombia tampoco se tiene la tipificación expresa del hurto de uso y cabe enjuiciarlo como violatorio del art. 397 del Código Penal (ley 4ª de 1943, art. 1º), tal y como ntidamente lo dejó aclarado el Dr. CARLOS LOZANO Y LOZANO en el acta núm. 196 del 11 de junio de 1935, cuando en la elaboración del estatuto vigente sostuvo que constituía verdadero hurto aquella acción consistente en tomar un caballo para realizar un viaje, no importa que se hiciera sin ánimo de apropiárselo y que se lo restituyera al dueño después de haberlo usado, porque de todas maneras se había llevado a cabo en ello la sustracción de cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y se había obtenido un provecho ilícito querido por el agente.

De donde bien se puede aplicar a nuestra problemática penal lo que comenta SEBASTIÁN SOLER cuando enfoca el estudio del hurto de uso en la legislación argentina, llegando a concluir que hay hurto en toda ocasión en que abstractamente sea posible afirmar que en determinado momento el dueño de la cosa ha sido privado de ejercer actos materiales de disposición sobre ella, precisamente porque se lo han impedido las acciones de sustracción o apoderamiento llevadas a cabo por el ladrón, sin su consentimiento. Y si tal cosa ocurre en el derecho argentino, en que el art. 162 exige como acción distintiva del hurto el apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena, qué no decir del Código colombiano, para el que apenas basta la sustracción de ese objeto y en verdad no se exige explícitamente el ánimo de apropiación o "adueñamiento" de la cosa, conforme puede verse a la simple lectura del art. 1º de la ley 4ª de 1943¹⁰.

IV. TIPO OBJETIVO DEL HURTO DE USO

A) Bien jurídico tutelado

1. Si se toma el término propiedad en su pura noción civil autonomista y no en su sentido natural o en su perspectiva filosófica inmanente, limitando su acepción *lato sensu*, parece claro que el concepto no incrimine algunas conductas comportamentales que en cambio son desbordadas por el más amplio y receptor de patrimonio. Empero si se prescinde de tan restringida área lexi-

¹⁰ Sentencia de noviembre 13 de 1970. "Revista Judicial", núm. 2, págs. 41 y ss. Magistrado ponente: Dr. Joaquín Mosquera Iruita.

cográfica y se concede a la expresión un alcance jurídico-penal más sensible, como corresponde siempre a las instituciones del *ius puniendi*, no entendemos la razón de la crítica que impugna su comprensión, y que niega que dentro de tal abstracción puedan haber todas las lesiones de carácter patrimonial que afectan las *universitas rerum* del hombre. La polémica suscitada en torno a la conveniencia o inadaptabilidad del cambio de terminología la entendemos como mera discusión convencional, o para ser más exactos, académica, a pesar de las reiteradas censuras y ataques que influyentes autores foráneos ensayan en una u otra dirección. Menos reparos por lo defendible del criterio adviene la tesis esbozada por el maestro español RODRÍGUEZ DEVESA, recordada por FERNÁNDEZ ALBOR, cuando proclama que no es la propiedad "sino una facultad inherente a esta, que puede residir en la persona del propietario o haber sido transferida por este a un tercero"¹¹, el interés jurídico lesionado con el agotamiento del injusto. A tal juicio se pliega incondicionalmente el monografista FERNÁNDEZ¹². Falta ver la opinión de los autores nacionales que ciertamente no dejarán de terciar en la bizantina controversia.

2. Ante el derecho penal en vigor es la propiedad y no el patrimonio el bien jurídico que preserva el título XVI del Código Penal. Con arreglo al nuevo estatuto será el patrimonio y no la propiedad la consideración jurídica a tutelar. Bajo una consideración u otra lo real es que la norma preserva el derecho de quien encontrándose actualmente en relación legítima con la cosa ha sido despojado o privado momentáneamente de su señorío, en virtud de una agresión a su esfera de custodia, lo que no implica una desposesión definitiva toda vez que el desplazamiento patrimonial es apenas transitorio, provisional, cuyos efectos solo cesarán cuando el delincuente satisfaga el uso arbitrario e ilegítimo que le da a la cosa.

Titular del bien jurídico o interés que la ley protege en el rubro no es otro que el propietario, poseedor, tenedor o quien tiene la cosa a cualquier título con derecho a ejercer un poder material o de disposición sobre ella.

Sujeto pasivo de la infracción es el titular del derecho de propiedad o de la relación jurídica que legitima tal condición.

Agente puede ser cualquier personal, con excepción de quien a nombre propio —*nomine proprio*— o a nombre ajeno —*nomine alieno*— ejerce actos y acciones de disponibilidad sobre el objeto.

B) Objeto material de la acción

1. La ley protege de la sustracción ilícita las cosas muebles corporales. Un sector minoritario de la doctrina alemana sostiene que el hurto de uso es po-

¹¹ Vid., entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, *opus cit.*, págs. 2 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *Manual de derecho penal*, parte especial, vol. III, págs. 383 y ss. Buenos Aires; RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. VI, parte especial, Edit. Temis, págs. 2 y ss.

¹² AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, "Robo y hurto de uso de vehículos de motor", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho* en homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 479.

sible en relación con bienes inmuebles. Tal sería el caso —dicen— de quien sin la venia del propietario de un inmueble desocupado pernocta en él o de quien sin ánimo de apropiarse del terreno siembra en él. En nuestra legislación tales hipótesis no encuadran dentro de los perfiles típicos de la figura, puesto que el tipo básico del art. 499 del nuevo Código Penal abunda en referencias normativas y formas descriptivas de esta estirpe, excluyendo categóricamente a los bienes inmuebles como objeto material del hurto de uso. Por lo demás al exigir la norma el “apoderamiento” del objeto, el núcleo rector está enseñando que este debe ser tomado físicamente, aprehendido, llevado consigo o removido de un lugar a otro, lo que fácticamente no ocurre con los inmuebles¹³.

2. La ley exige además la presencia de un elemento normativo que cualifica la acción antijurídica: la ajenidad. La connotación aparece integrada, como lo sostienen la mayor parte de los doctrinantes, por un elemento negativo —que la cosa no sea propia— y por otro positivo —que la cosa sea ajena—¹⁴. En ausencia de tan definidos extremos el derecho penal se desentiende de estas conductas pues lo que interesa es el quebrantamiento o la lesión del patrimonio ajeno y excepcionalmente del propio. Aquel y no este constituye la verdadera delincuencia patrimonial. Sobre la *res propria* no puede existir delito como que resulta un contrasentido el que una cosa propia sea al mismo tiempo ajena. El hurto de cosa propia no aparece incriminado en el catálogo de las penas a no ser que se hable en nuestra legislación, de una tentativa imposible (C. P., art. 18). Sobra decir que el autor debe tener conciencia de la ajenidad del objeto, pues si falta tal conocimiento se desvanecerá la crimosidad del acto, o si se quiere, la culpabilidad del mismo, punto sobre el cual y por razones sistemáticas se volverá más adelante.

C) La acción

1. El hurto de uso presupone como exigencias copulativas el apoderamiento precario de la cosa y su utilización subsiguiente, con el fin de hacer uso momentáneo de ella: en ausencia de tales ingredientes el comportamiento no es punible. Se hace entonces necesario que el autor no solamente rompa con el poder de hecho o de derecho de quien ostenta la titularidad del bien, cualquiera que sea su posición frente al consorcio del *ius civile*, anulando o disminuyendo, *exiguo tempore*, su poder de señorío, sino que es menester la utilización del objeto a la necesidad que se ambicione y que fluye de su propia naturaleza. Forzoso es entender así un desplazamiento del bien hacia una meta volitiva anhelada, y al contrario de lo que ocurre con el *furtum possessionis*, donde la arremetida al derecho de propiedad es total y el disfrute de la cosa irrelevante, el evento teoriza no solo el apoderamiento provisional de la cosa ajena sino el uso

¹³ Con excepción tal vez del singular episodio vivido en Bogotá hace unos años con el desplazamiento técnico de un edificio que fue “corrido” de un lugar a otro.

¹⁴ Así, ODERIGO citado por FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 659; QUINTANO RIPOLLÉS, *opus cit.*, t. II, págs. 122 y ss.

doloso de la misma. Hay en las formas comisivas del supuesto típico la implementación de un comportamiento que permite aprehender el objeto sin la intención de desapoderar y la presencia de un elemento espiritual que, teniendo conocimiento de la ajenidad, degrada el adueñamiento y su ulterior incorporación al patrimonio del delincuente. Demás está decir que a este solo le interesa alcanzar un goce precario, un simple propósito de uso o bien la posibilidad de realizar actos lesivos del mismo tenor sin conatos de permanencia ni designios de apropiación. La dirección finalista del dolo, de la acción, si se prefiere el juicio welzeliano, alcanza así privilegiada connotación.

2. Si quien usurpa las cosas —*invito domine*— es privado de su disponibilidad por otro para ejercer actos y acciones inherentes al *ius utendi*, ciertamente que el agente perpetrará un hurto de uso, pero no contra el detentador ilegal sino contra el propietario primario del bien, que aparece así como un ofendido por la acción antijurídica. Similar criterio predica MAGGIORE cuando escribe: “...el hurto cometido por un extraño en perjuicio del ladrón no lesiona el derecho de este, sino del propietario. En efecto, este, por el segundo hurto, ve negado otra vez su derecho (de propiedad y posesión) y comprometida la posibilidad de recuperar sus cosas; por lo cual él y solo él, es el sujeto pasivo del delito...”¹⁵.

3. Resulta de total intrascendencia penal que sobre las *res nullius*, *res derelictae* o *res communis omnium* se ejerzan acciones de apoderamiento lucrativo, ya que el concepto de *apropiabilidad*, por sustracción o uso, supone la pertenencia previa del objeto a un sujeto distinto en todo caso del autor. Los tratadistas distinguen siempre entre la cosa perdida o abandonada. Si quien halla una u otra la utiliza según su propia naturaleza o la emplea en su provecho personal, ante la imposibilidad de conocerse si el dueño renunció ciertamente a su recuperación o se desprendió definitivamente del dominio, compartimos el concepto acuñado por QUINTANO cuando sostiene que el agente “formalmente cometería hurto (en nuestra hipótesis de uso) pero le exculpa una evidente buena fe al considerar implícitamente abandonadas las cosas”¹⁶. Así, a juicio de MAGGIORE: “...no comete hurto (para el caso de uso) el que sustrae una cosa ajena creyéndola propia, o abandonada, o sin dueño o suponiendo por error, el consentimiento del propietario o del que la retiene...”¹⁷.

4. Si el autor, en la racional y subjetiva creencia de que la cosa es propia y le pertenece, la usa de buena fe sin negligencia de su parte, el conocimiento negativo y excluyente que sobre el elemento normativo tiene elimina la culpabilidad de su conducta.

5. En los inicios de la judicatura debimos enfrentarnos a una denuncia criminal por hurto en el caso de un beodo que al salir completamente alicorado de

¹⁵ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, parte especial, vol. V, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág. 16.

¹⁶ QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 237.

¹⁷ MAGGIORE, *opus cit.*, vol. V, pág. 43.

un lugar público, equivocadamente se subió a un vehículo que no era el suyo, prendiéndolo y alcanzando a manejarlo escasas dos cuadras. Al fallarle alguna pieza del automatismo detuvo la marcha y fue encontrado profundamente dormido sobre la caprilla del automotor. En aquella oportunidad nos abstuvimos de decretar su detención precautelando, pues pensamos —y aún hoy persistimos en la idea— de que tal conducta no era constitutiva de un hurto simple y muchísimo menos de un hurto de uso, pues en el ánimo del autor no estaba ni el apoderamiento definitivo del rodante ni el temporal disfrute del mismo. Coincidentalmente encontramos en la obra del penalista español QUINTANO un supuesto de hecho bastante aproximado al reseñado donde la jurisprudencia española absuelve “al ebrio que use en tal estado un vehículo ajeno, sin propósito de lucro”¹⁸.

6. Si el agente al tomar la cosa tiene la intención de hacerla suya no devolviéndola oportunamente, o de retenerla por tiempo indefinido, o de entregarla en condiciones que afecten su valor intrínseco, despreciándola, resulta evidente que es el dolo finalísticamente dirigido a alcanzar una cualquiera de estas metas, el que predica que en tales caracterizaciones existe hurto simple y no hurto de uso. Quien ejecuta una de estas conductas apoyándose en una finalidad psicológica específica, pretende desapoderar definitivamente del bien o de su valor al propietario, y no el de utilizar la cosa en forma temporal, con intención de restituir.

7. La restitución se entiende cumplida cuando de manera voluntaria el culpable pone nuevamente la cosa a disposición de su titular inmediatamente después del uso. Debe restituirse —enseña MAGGIORE— la misma cosa sustraída, no su equivalente, ya que la ley requiere una restitución propiamente dicha, no un resarcimiento¹⁹. La restitución, al menos entre nosotros, es elemento esencial para la estructuración del tipo de hurto de uso, como que representa típicamente la manifestación de la ausencia del ánimo de apropiación por parte del autor, quien en esta forma confirma su negativa de hacer suya la cosa *voluntas domini*.

La devolución *sua sponte* o el reintegro de lo sustraído o el ánimo previo de devolución a que alude QUINTANO²⁰, es cariz fundamental en el examen del juicio de reproche que se sigue al autor. La restitución de la cosa opera inmediatamente cesa su uso pues si existe retardo voluntario en su devolución, o si el objeto una vez finalizado el empleo al que lo destinó el agente, permanece indefinidamente bajo su custodia, o si este aspira a ejercer pretensos derechos de pertenencia o posesión, o si en suma, actúa animado por designios distintos al del disfrute temporal, llano es presumir que obra con ánimo de desapoderamiento y no con intención de apropiación provisoria.

8. En relación con el tracto prolongado de la cosa en poder del detentador creemos en parte con QUINTANO que “un uso prolongado (de la cosa) es casi se-

¹⁸ QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 237.

¹⁹ MAGGIORE, *opus cit.*, págs. 71-72.

²⁰ QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 233.

guro que desbordaría los cauces lógicos del hurto convirtiéndose en un absurdo *furtum usufructus* que nadie ha osado enunciar, y que a todas luces integraría hurto común, por no requerir su consumación el agotamiento o destrucción del objeto”²¹. Con todo, no pensamos que sea tanto la inmediatez o el aspecto cronológico de la devolución lo que da tinte y colorido a la infracción, sino la dirección volitiva del autor de incorporar la cosa —*invito domine*— a su patrimonio aunque desde luego tendremos que convenir que si el uso excede la naturaleza misma de su aplicación, retardándose inexcusablemente su retorno, o si aquel se comporta en relación a la cosa como lo haría un propietario ninguna incertidumbre cabría acerca de la genuinidad de sus intenciones.

9. En los supuestos de pérdida de la cosa en manos del autor o de la recuperación de la misma antes del reintegro, entendemos que resulta difícil en la praxis ubicar la conducta de quien alega para ambas figuraciones un propósito de devolución el que se ve frustrado por razones fortuitas no imputables directamente a aquel. Lo objetivo de tales situaciones fácticas interesa más al lado probatorio del asunto que a la disquisición científica o académica del mismo.

V. MOMENTO SUBJETIVO DEL HURTO DE USO

En la hipótesis penal del *furtum usus* se aprecian nitidamente dos instantes psicológicos: el dolo y el elemento subjetivo del injusto. Deriva el primero de la conciencia que tiene el agente de que la cosa se halla bajo el poder de custodia o señorío de otro y que la toma sin la aquiescencia del propietario, poseedor, tenedor, en una palabra, del derechohabiente. Es necesario que el autor comprenda la criminalidad del acto, y que tenga conocimiento de la relevancia penal de la prohibición. La exigencia subjetiva del injusto, distinto del dolo, se caracteriza por el uso momentáneo o temporal del objeto, lo que lleva ínsita la restitución inmediata o su efectivo reintegro, una vez alcanzada la finalidad usuaria propuesta por el culpable. En similar dirección apunta el tratadista mejicano CÁRDENAS, cuando expresa que “el elemento subjetivo se integra por una doble intención; la de hacer uso momentáneo de la cosa y la de restituirla una vez usada y gozada y otro objetivo, consistente en la restitución inmediata después del uso, restitución que debe ser voluntaria”²². O, como quiere SOLER: “...el simple conocimiento de que la cosa es ajena y de que la acción importa una privación de la cosa al propietario de ella, no resultan extremos subjetivos suficientes, porque además de eso, la acción debe apoyarse psicológicamente en un propósito o finalidad específicamente dirigido a la obtención de un lucro”²³.

Siguiendo *ad pedem litterae* a QUINTANO RIPOLLÉS, diremos con él, que en la teoría jurídica del delito se acostumbra a situar el ánimo de lucro, cuando la descripción legal así lo exige, entre los elementos subjetivos de la tipicidad o

²¹ QUINTANO, *opus cit.*, t. II, págs. 233 y 234.

²² RAÚL F. CÁRDENAS, *Derecho penal mejicano del robo*, México, Edit. Porrúa, 1977, pág. 238.

²³ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pág. 219.

vertiente personal del injusto²⁴. Parece hoy verdad científica apodíctica y como tal irrefutable que los delitos contra la propiedad o el patrimonio —para acostumbrarnos al novel concepto del inminente Código Penal— exigen un ánimo especial o elemento subjetivo de injusto típico, obligadamente enderezado a buscar un provecho o lucro de la cosa, pues si es otro el conato del agente el supuesto se desplazará hacia diversos modelos penales, daño en cosa ajena, *in exemplis*, si la conducta está dirigida a dañar, inutilizar o destruir el bien (C. P., art. 426). Resulta indubitado que en el hurto de uso existe un propósito de lucro aun cuando no se evidencia en el recorrido del *iter* ninguna de las manifestaciones típicas del *animus capiendi*. No se diga para paliar la realidad ontológica de la conducta que el ánimo de lucro traduce necesariamente el apoderamiento o despojo definitivo del objeto sustraído. Tan estrecho criterio deja por fuera multitud de supuestos donde el elemento espiritual o ideológico no cumple con tan señalado papel. Excusado parece decirlo que la idea de lucro, al menos como la entiende la sistemática nacional, y con ella la mayor parte de las legislaciones del orbe, puede proyectarse hacia otros extremos más elevados o excelsos y no obligadamente materiales o corpóreos. La caracterización de aquellos eventos en que el autor obtiene con el uso de la cosa una satisfacción subjetiva de índole moral, científica o espiritual, ciertamente irrelevante a la perspectiva anotada, es patente ejemplo de que la tutela penal alcanza otros intereses que desprovistos de valor económico o venal, tienen para su dueño una particular significación ética, mística, psicológica, afectiva o simplemente estética. Como afirma con sobrada razón SOLER, basta que una cosa tenga carácter de tal y que esté en el patrimonio de alguien para que pueda ser objeto, aun cuando la misma carezca de valor para los demás, incluso para el ladrón²⁵. Hay entonces en el quehacer humano de uso un ánimo lucrativo temporal, que atrae hacia sí todo el peso de la morfología típica del supuesto. Y no elimina la imputabilidad de la conducta el que se pretexe por parte del reo que la cosa se reintegró en forma tal que se halla en condiciones de ser nuevamente ocupada, como tampoco cabría alegar que no existió daño económico, disminución patrimonial, o ventaja de igual laya, en el tracto de la ocupación provisional de la cosa.

VI. ANTIJURIDICIDAD DE LA ACCIÓN

1. El tipo bajo análisis es portador de un juicio de antijuridicidad cuando el sujeto toma abusivamente la cosa ajena para servirse de ella, satisfaciendo un elemento síquico particular, sin que tal comportamiento aparezca amparado por una causal legal o suprallegal de exclusión del injusto.

2. Una de las causales de exclusión de antijuridicidad que impide el juicio de valor acerca de la conducta típica es el estado de necesidad. Quien ante un

²⁴ QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 136.

²⁵ SEBASTIÁN SOLER, *opus cit.*, pág. 313.

accidente de circulación toma sin la aquiescencia del titular del derecho un automóvil para conducir a una clínica cercana al herido que se está desangrando, no merecerá un juicio de reproche o de desvalor jurídico, a pesar de la ejecución objetiva del tipo prohibitivo. El interés socialmente protegido con el actuar del agente prevalece sobre el bien jurídico afectado.

3. Si quien detenta una cosa poseyendo el juicio necesario para comprender el significado y secuelas de su acción, deja que el autor la tome consintiendo expresa o tácitamente en su desposesión, está renunciando de hecho a la protección que le brinda el ordenamiento jurídico. El consentimiento valida así la conducta que no aparece como antijurídica ni contraria al plano de lo normativo.

4. Bien puede encontrarse el agente ante la presencia de un cúmulo de hechos circunstanciales (relaciones de amistad o parentesco entre consentidor y derechohabiente) que le den la creencia subjetiva de estar autorizado para tomar la cosa bajo la suposición errónea de que el titular del derecho otorgó válidamente su aquiescencia, no siendo veraz ni una ni otra de estas situaciones. En tales eventos el error del autor sobre la realidad del consentimiento excluye el dolo.

5. Los principios aquí explicados rigen en forma similar para los demás casos de justificación o de antijuridicidad (C. P., art. 25).

VII. AVALÚO DEL USO Y LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA COSA

1. Conforme a definida posición *de jure condendo* el valor de la tasación pericial de la cosa sustraída puntualiza aspectos cuantitativos (indemnización), sustantivos (naturaleza del daño) y procedimientos (cuantía y competencia), en tratándose de un hurto simple. El planteamiento no puede seguirse frente al *furtum usus*, como que la lesión al no concretarse en la desposesión definitiva del objeto solo admitirá justiprecio a partir del daño que se infiera al patrimonio del agraviado en razón del valor de uso. Si con el empleo temporal del bien este experimenta menoscabos, deterioros o desperfectos, la regulación de la cuantía deberá alcanzar tales perspectivas, pues de lo contrario la entidad del daño no guardaría relación ni con el quebranto patrimonial ni con el perjuicio que recibe el derechohabiente al verse privado de la cosa. Inobjetable es el criterio de QUINTANO cuando afirma que no es “el valor total de la cosa, cuando se acredite un mero propósito de uso, sino el que dicha utilización suponga, según el baremo de responsabilidades cuantitativas del artículo 515”²⁶ la directriz que debe seguir el juez en tratándose de la fijación del uso lesivo. Y agrega: “*el quid* de la cuestión no está pues, en una tasación de precio del objeto *in toto*, sino de su utilización a modo, diríamos de «hurto de alquiler», que es lo que en definitiva se toma, se aprovecha y se perjudica, y sin cuya constancia el uso abusivo no pasa de constituir un *usus innocui* al margen del derecho”²⁷.

²⁶ QUINTANO, *opus cit.*, pág. 238.

²⁷ QUINTANO, *opus cit.*, pág. 238.

2. Una aguda e interesante decisión del Tribunal Superior de Cali, con ponencia del magistrado Saavedra Rojas, recoge en el medio el que parece ser el criterio más acertado para elucidar la compleja cuestión.

“Considera la Sala, que en tratándose de un delito de hurto de uso, no se puede tener en cuenta la totalidad del precio del objeto usado indebidamente, porque se estaría cometiendo grave injusticia. Si la intención del delincuente no fue la de apropiarse en su integridad del bien mueble, mal puede tenerse en cuenta para efectos de la condena considerar el valor total de la cosa, como si en efecto se hubiese apropiado íntegramente de ella, cuando solo la ha usado.

”Aparentemente la cuestión controvertida no tiene importancia, pero ello no es así, porque la cuantía incide en este caso en aspectos sumamente importantes; de un lado decide la competencia y de otro, determina, como en el caso presente, un aumento de la pena por haberse operado el delito sobre un objeto avaluado en más de diez mil pesos.

”¿Podríamos decir que el procesado obtuvo un beneficio en cuantía de sesenta mil pesos? Evidentemente que no, tanto el beneficio del procesado, como el perjuicio de la víctima no puede ser mayor que la suma equivalente al valor del uso del vehículo durante el tiempo que estuvo en poder del procesado, más el valor de los daños ocasionados durante el tiempo que estuvo en posesión de él. No podría decirse que el avalúo del uso ilícito es difícil, porque bien es sabido que hoy en día es frecuente el alquiler de automotores y el valor de dicho alquiler depende del modelo y marca del vehículo y del mayor o menor tiempo que sea utilizado por el que lo alquila. En las condiciones anteriores es sumamente fácil determinar el valor del uso ilícito y de los perjuicios ocasionados a la víctima sin incurrir en injusticias flagrantes”²⁸.

VIII. PENALIDAD DEL HURTO DE USO

Según las voces del art. 352 del nuevo Código Penal, cuando el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituye en término no mayor de veinticuatro horas, la pena —que es la prevista en el art. 349 *ibidem* para el hurto común o simple— se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena se reducirá en una tercera parte.

Como fácilmente se advierte, el legislador colombiano concede un tratamiento privilegiado al tipo subordinado del hurto de uso, reduciendo considerablemente la cantidad política a imponer en los eventos acotados, entendiendo seguramente que esta usurpación a la propiedad, de menor lesividad que el hurto clásico, merece un reproche jurídico-social menos severo. Bueno es apuntar por último que si el agente no reintegra la cosa una vez extinguido el tracto de las veinticuatro horas a que alude el texto, el hurto de uso no se muda en hurto simple. Simplemente no operará la disminución del correctivo y el título penal permanecerá invariable e inmutable.

²⁸ Sentencia, febrero 18 de 1978, *Justicia*, núms. 395, 396, pág. 305.

EL PROCESADO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Doctor FERNANDO CORONADO RAMÍREZ

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Profesor de Procedimiento Penal en la Universidad de Antioquia.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para un mejor entendimiento de lo tratado en estas notas es necesario tener en cuenta lo siguiente: El art. 1º, literales a) y b) de la ley 6ª de 1979 que confirió facultades al gobierno para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, impuso la obligación de erigir un sistema procesal mixto, “con marcada acentuación hacia el acusatorio...”, cuya “estructura descansará sobre una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento...”.

Hasta el acto legislativo núm. 1 de 1979, la investigación y fallo de los delitos correspondía a la rama jurisdiccional del poder público, salvo ligeras excepciones constitucionales y normas dictadas al amparo del art. 121, pero por disposición de esa reforma, arts. 41 y 42, las funciones investigativas y de la acusación pasaron al fiscal general de la Nación.

El fiscal general no pertenece a la rama jurisdiccional, ni administra justicia (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 3º). Es un funcionario administrativo, parte del ministerio público (art. 38, *ib.*), de origen político: será nombrado por la C. S. de J. de “(...) lista que le envíe el presidente de la República con no menos de cinco nombres pertenecientes a distintos partidos políticos” (art. 43, *ib.*). El fiscal, por sí o por medio de sus agentes, tiene el monopolio de la acción penal (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 41, ord. 1º y N. C. de P. P., art. 16). Esto quiere decir que la rama jurisdiccional solo se pondrá en movimiento a solicitud de aquel funcionario. Se aplica pues el principio *nemo iudex sine auctore*. El fiscal ejerce la acción penal por medio de la resolución acusatoria.

El nuevo Código de Procedimiento Penal fue expedido por el gobierno nacional por medio del decreto 181, de enero 29 de 1981, con fundamento en las facultades que le concedió la citada ley 6ª de 1979.

La primera cuestión que se presenta es la de determinar cómo regula el N. C. de P. P. la situación de una persona a quien se le imputa la comisión de un delito. No es posible una respuesta simple, porque el proceso, que es dinámico, está constituido de secuencias escalonadas en tal forma que la actual se apoya en la anterior y sirve de plataforma a la siguiente y cada etapa se rige por normas que la especifican en cuanto a términos, funcionario que la rige, denomina-

ción, derechos, facultades y deberes de los sujetos. De modo que para conocer la situación del sospechoso de un delito en el N. C. de P. P. es necesario estudiar las calidades del presunto infractor en la etapa preliminar al proceso y del procesado durante la investigación y el juzgamiento.

2. EL PROCESO ES UNA UNIDAD DIALÉCTICA

Aquí es necesaria una digresión que permitirá comprender la aparente paradoja en que incurre nuestro sistema positivo, como la mayoría de los ordenamientos procesales modernos, cuando a pesar de proclamar la presunción de inocencia del procesado (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"; C. N., art. 26; N. C. de P. P., art. 1º, y ley 6ª de 1979, art. 1º, lit. a), lo somete durante el proceso penal, es decir, cuando aún se le considera inocente porque no se ha dictado sentencia condenatoria en su contra, a medidas que restringen sus derechos. Ocurre que el proceso moderno, cuyo fin primordial es la sentencia justa, constituye una unidad dialéctica en la que se contraponen el interés del Estado de sancionar a los violadores de la norma penal y la libertad del procesado. Por definición esos intereses tienen que mantenerse en equilibrio. El predominio de uno sobre el otro hace desaparecer el proceso penal para dar paso a la farsa grotesca y trágica que perfeccionó el fascismo y que reverdece de noche en noche.

Para mantener esa relación de fuerza es necesario, más por razones de política criminal que de índole jurídica, facultar al Estado para que afecte por razón del proceso los derechos de las personas dentro de los límites fijados por la necesidad y concederle al procesado facultades y derechos inalienables.

El presunto infractor. Es el sospechoso de la comisión de un hecho punible que aún no ha sido vinculado al proceso. Su nombre está ligado a la etapa previa al proceso investigativo. Adquiere esa calidad cuando es sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito o cuando el fiscal infiere, de cualquier medio de conocimiento o de las diligencias practicadas, que es autor o cómplice de un delito. Puede, cuando tenga noticia de la existencia del proceso en que obran imputaciones en su contra, pedir al funcionario respectivo que le reciba declaración como procesado (art. 308). Tiene el deber —en verdad se trata de una coacción que no puede esquivar desde el punto de vista jurídico— de someterse a la captura, pero una vez aprehendido deviene en titular de derechos y facultades que señalan las barreras dentro de las cuales se pueden mover los órganos estatales, sin lesionar la personalidad del presunto infractor, y siempre en respuesta a la necesidad de asegurar la comparecencia del reo al proceso, que es la razón única que justifica la privación de la libertad del presunto infractor y del procesado en el nuevo estatuto. Tiene derecho a que en el acto se le haga saber el motivo de la aprehensión (art. 321); a que se le permita comunicar su

aprehensión a la persona que designe (art. 321, ord. 3º); a que no se le incomunique (art. 322, *in fine*) —la incomunicación era parte de la herencia inquisitoria que el país recibió de la Colonia española—; a que se formalice la captura ante el director de la cárcel respectiva (art. 322); a ser asistido desde el momento de la captura por un defensor, designado por él o por el Estado, de oficio (art. 321, ord. 2º); a guardar silencio bajo la advertencia de que todo lo que diga podrá ser utilizado en su contra (art. 321, ord. 4º); a ser puesto sin demora a disposición del funcionario que impartió la orden de aprehensión o de la autoridad competente para resolver su situación (art. 320); a no ser interrogado por autoridad distinta del fiscal (esta norma proscribía los interrogatorios policivos, poco ortodoxos, de que se quejan a diario y con fundamento en la mayoría de los casos los procesados); a ser recluso en el establecimiento carcelario del lugar (en cumplimiento de esta norma deben cerrarse los calabozos y celdas de los cuerpos secretos y de las dependencias militares).

Y para redondear, el art. 320, ord. 1º, dispone que al capturado se le dará un trato compatible con los derechos humanos, norma que armoniza con el art. 6º, ib., que coloca a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia por encima de la ley, y que en conjunto pondrán a prueba a la jurisprudencia nacional, puesto que el propio Código desconoce esas convenciones en más de una disposición.

El procesado. A la indagación preliminar, cuando no es del caso dictar auto inhibitorio y se encuentre identificado un presunto infractor, sigue el proceso de investigación que debe adelantar el fiscal como funcionario administrativo. En este período el presunto infractor adquiere la calidad de procesado, sujeto de deberes, si así se puede llamar a la imposición de las molestias del proceso, de derechos y facultades. Esta calidad la conserva hasta cuando quede en firme el auto de conclusión o la sentencia; en el período de investigación tiene la calidad de sujeto procesal, pero no de parte, que solo adquiere en la etapa de juzgamiento frente a la parte acusadora que es el fiscal. La trasmutación del presunto infractor en procesado se produce cuando el fiscal ordena y se cumple su vinculación al proceso. Esto en el N. C. de P. P. se cumple por una de estas dos formalidades: a) haciéndole saber al sujeto que tiene derecho a declarar sobre los hechos que le imputan, bajo juramento —art. 273, ord. 1º— [muy extraña esta última exigencia, puesto que hasta ahora se había considerado el juramento entre nosotros como una forma de presión psicológica para arrancar la verdad. Pero el gobierno no podía disponer cosa distinta ante la orden perentoria de la ley de facultades, art. 1º, lit. 3º, declarada exequible, aun en este punto, en sentencia del 28 de marzo de 1980]; b) cuando no sea posible hallar al presunto infractor, que se encontrará identificado, se le declarará en rebeldía, se le nombrará defensor de oficio y con este se llevará a término tanto el proceso de investigación como el de juzgamiento (art. 306).

Ahora bien, esa mera vinculación al proceso, que el fiscal dispone en caso de flagrancia o cuasiflagrancia, pero también "cuando del medio de conocimiento o de las diligencias practicadas pudiese inferir que una persona determinada es autora o cómplice de un hecho punible" (art. 273, ord. 1º), aunque

no existan razonables probabilidades de que el proceso finalizará con una sentencia condenatoria, autoriza la mengua, en materia grave, de los derechos del procesado:

Con el fin de adquirir pruebas sobre la verdad real, la única capaz de fundamentar una sentencia justa, se lesiona el fuero privado del reo; de ahí que pueda ser inspeccionada la correspondencia que remita y la de que sea destinatario (art. 285). No es obligado a someterse a examen de peritos médicos en busca de su situación mental en el momento del hecho o durante su reclusión, pero “el funcionario recibirá información del estado síquico del procesado” (art. 312); y aunque no puede ser obligado a autoacusarse, ni someterse a pruebas que violen la intimidad de su conciencia —detector de mentiras, hipnosis, narcóticos, sueros—, puede ser impelido a suministrar muestras de sangre, semen, cabellos, impresiones dactilares.

Para que no distraiga sus bienes en perjuicio de los damnificados con el delito, aquellos pueden ser afectados por medidas cautelares: embargo de inmuebles, secuestro de muebles (art. 388), aun del salario en las proporciones autorizadas por los arts. 154 y 155 del Código laboral. En cuanto al decreto de estas medidas, el estatuto obró con laudable prudencia y de paso le fue fiel al espíritu de la Constitución de asignar al órgano jurisdiccional la adopción de medidas que puedan lesionar la hacienda de las personas: al fiscal le está vedado el decreto de estas medidas. Si considera que deben tomarse tiene que solicitarlas a un juez, penal o civil del lugar, o al juez del conocimiento (art. 389 y 390).

3. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

La reglamentación de las medidas de aseguramiento tiene aspectos positivos, pero también un grave aspecto negativo: las escalona de menor a mayor según la entidad del hecho y la personalidad del reo; hace una excepción de la privación de la libertad como se lo ordenó la Ley de Facultades, art. 1º, literal c; y norma la libertad bajo custodia con mayor amplitud que el Código derogado.

Las medidas de aseguramiento proceden después que el presunto infractor haya sido vinculado al proceso (art. 333), por delito que acarree pérdida de la libertad, así debe entenderse aunque el Código no lo diga; pueden ser cambiadas unas por otras, o revocadas de acuerdo con el rumbo que tome el proceso (arts. 336, 338 y 387). La conminación, la caución, la privación de la libertad pueden ser decretadas por el fiscal, o por el juez durante el período de juzgamiento; la libertad bajo custodia solo obra en este último estadio.

a) *La conminación.* Consiste en el compromiso por el cual el procesado, so pena de multa, garantiza que se presentará con periodicidad ante el investigador o ante el juez del conocimiento, que guardará buena conducta, trabajará, y dará cuenta al funcionario de todo cambio de residencia. Esta medida se aplicará al procesado por delitos sancionados con arresto (arts. 325 y 328).

b) *La caución.* Consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos a cien veces el salario mínimo decretado en el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible, para garantizar las mismas obligaciones impuestas en la conminación. Procede: 1) en casos de delitos dolosos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión; 2) respecto a delitos dolosos y preterintencionales cometidos en los términos del art. 60 del C. P., salvo cuando se haya realizado en las modalidades del art. 324 de la misma obra, y 3) en los casos de delitos culposos, menos cuando se hubieran cometido en las circunstancias del art. 330, ib., arts. 326 y 329.

c) *La privación de la libertad procede:* 1) en los casos no previstos en las normas anteriores; 2) cuando el reo haya sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de comisión del hecho punible porque se procede o durante ese lapso registre tres o más sindicaciones por delitos de igual naturaleza; 3) cuando el reo se niegue a suscribir el acta de conminación o a constituir la caución, y 4) cuando declarado incurso en multa no la pague, o hecha efectiva la caución no preste una nueva (art. 330).

El Código regula la suspensión de la privación de la libertad atendiendo a distintos factores: 1) cunjugue la edad avanzada, mayor de setenta años, con la personalidad del reo, los motivos determinantes y las modalidades del hecho; 2) por el embarazo de la mujer [menos de tres meses para el parto y cuatro después], sin condición alguna, puesto que se quiere que el hijo no nazca en prisión; 3) cuando se suspende el proceso por cuestiones prejudiciales, y 4) cuando el procesado se halle afectado de enfermedad grave, que no pueda ser tratada dentro de la cárcel, dictaminada por peritos de medicina legal. También sin ninguna otra condición.

4. UNA FACULTAD QUE PONE EN PELIGRO LA LIBERTAD DE TODOS

Contra lo ordenado por el art. 1º, lit. g., de la ley 6ª, que ni siquiera confiaba la orden de captura a funcionario distinto a las autoridades jurisdiccionales, el Código dispuso que la privación de la libertad del procesado durante el proceso de investigación corresponde al fiscal. Olvidó o no le dio importancia al carácter político de este funcionario; y no tuvo en cuenta que le estaba concediendo una facultad sin control: sus decisiones son inimpugnables (arts. 182.2 y 344). Y se adoptó en materia probatoria el sistema del convencimiento racional, que aunque se adapta más a la finalidad del proceso que el de la tarifa legal, deja la posibilidad de que pulsiones inconscientes, y por ende más poderosas, como los sentimientos y aún los prejuicios, desplacen al razonamiento jurídico. Para amainar este riesgo, en teoría se aconseja la publicidad y la controversia de la prueba, la motivación y la revisión de la providencia por el superior. Pero en el N. C. de P. P. está prohibida la controversia en este período (art. 186), y como quedó dicho, las decisiones del fiscal son inimpugnables.

d) *La libertad bajo custodia*. Consiste en la suspensión parcial de la ejecución de la resolución por medio de la cual se ordenó la privación de la libertad del procesado. La decreta el juez en cualquier estado del juzgamiento, y procede en las hipótesis del art. 383 (ords. 1° y 2°) que estimula el resarcimiento del daño en los delitos de peculado y contra el patrimonio económico; favorece a quien ha venido atendiendo a la subsistencia legal de su familia, en el evento de delitos cuyo máximo no exceda de cinco años, siempre que el reo haya observado buena conducta y no haya sido renuente a comparecer al proceso (ord. 3°); reconoce la menor gravedad de los delitos cometidos excediendo los límites propios de las causales de justificación, cuando no concorra ninguna de las razones de agravación punitiva del art. 324 (ord. 4°, *ibídem*); trata de evitar el perjuicio que se causa al procesado cuando la privación de la libertad excede al monto que en forma efectiva debería purgar en caso de ser condenatoria la sentencia (ord. 5°); da efectos anticipados al derecho de la condena de ejecución condicional (ord. 6°); parte de la presunción de acierto de que gozan las resoluciones judiciales, cuando en primera instancia se dicta sentencia absoluta o auto de conclusión (ord. 7°); coloca al procesado por fuera de las veleidades del proceso cuando se declara una nulidad (ord. 8°), y reconoce la presunción de acierto del veredicto del jurado o su intangibilidad (ord. 9°).

5. FACULTADES DEL PROCESADO

El procesado es sometido por la coacción del Estado a las medidas de aseguramiento, pero como acaba de verse, el propio Código consulta múltiples factores para embretar esta facultad. Con esa finalidad y la de hacer efectivo el derecho de defensa, concede al procesado las facultades de: conocer el proceso, postular, pedir y asistir a la práctica de pruebas, impugnar.

En cuanto a la facultad impugnativa del procesado es necesario un paréntesis para resaltar la extraña posición del estatuto frente a los fines de la segunda instancia. De algunas normas emerge que le concede la máxima importancia y la regula, lejos del criterio civilista, desde el ángulo de interés público del proceso penal. En obsequio a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8°), y al Pacto de San José de Costa Rica (art. 8°), en el art. 11 sentó el principio de que, salvo las excepciones legales, el proceso tendrá dos instancias, y llegó al extremo de admitir la reforma *in pejus* no solo contra el recurrente, sino además en disfavor del procesado no apelante (art. 160). Para sentar esta posición bien puede argüirse que el fin principal del proceso penal es la sentencia justa, cimentada en la verdad real, y que está más cerca de errar una persona que varias, y que la estructura de nuestra organización judicial es una pirámide invertida que parte del juez único, que a nivel municipal puede ser un abogado titulado sin experiencia, para elevarse hasta la Corte Suprema de Justicia, pasando por los tribunales de distrito, cuerpos colegiados de falladores profesionales especializados. Con todo, desmintiendo lo dicho y lo aparentado, en la reglamentación de los distintos institutos, el Código se pasó

para el lado opuesto. Suprimió una de las oportunidades más fluidas de la segunda instancia: la consulta; excepcionó, sin parar, el art. 11, arts. 75, 151. 2, 344, 376, 377, a guisa de ejemplo; entrabó el recurso de apelación, puesto que le impuso al recurrente la obligación de sustentarlo, y limitó las facultades del procesado, ya que la apelación interpuesta por este no tiene eficacia si su defensor no la sustenta (art. 159). Así desconoció el N. C. de P. P. convenios internacionales y sus propias confesiones de fe; y lo que es más grave, la tibia experiencia: el rimero de providencias modificadas o revocadas gracias a la consulta y a la apelación interpuesta por el reo.

6. LA DEFENSA FORMAL

La facultad de postular no es más que una manifestación del derecho de defensa, ya que esta no es posible si no se oye al reo. Mas ello no es suficiente para garantizar ese derecho. El procesado debe ser colocado en el mismo nivel que la parte acusadora. Así lo proclaman el art. 10, literal h), de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el art. 1° de la Ley de Facultades y el art. 12 del propio Código. El defensor, entonces, viene a completar —no debe tomarse este término de manera literal—, la personalidad del reo. En esto el nuevo estatuto se muestra celoso: desde el momento de la captura, el aprehendido tiene derecho a la asistencia de un defensor (art. 94). Más aún, no es una facultad del reo. El Estado tiene la obligación, aunque el afectado rehúse, de nombrarle un defensor. Pero el N. C. de P. P. deja la puerta abierta para que el derecho de defensa, en burla a tratados y a principios, devenga en una mera forma: eleva a causal de nulidad, no la falta de defensa, sino la falta de defensor (art. 172, ord. 2°). Y en concordancia con esa disposición, permite que se encomiende la defensa a personas honorables, no profesionales del derecho (art. 96, 2). Así quedará, como ahora, la suerte de un elevado número de procesados en manos de los funcionarios, ya que los rábulas, los comerciantes y artesanos honrados, por carecer de formación jurídica, nada podrán hacer. Y se torna aún más difuso el derecho de defensa si se considera que el estatuto no derogó los decretos 196 de 1971 y 765 de 1977 que convierten a los procesados pobres en conejillos de Indias para que, a riesgo de lo poco que les queda, su libertad, se especialicen los estudiantes de derecho.

7. UNA ESPERANZA

El art. 102, si no es un producto de exportación, impone al Estado la obligación de pagar la defensa oficiosa (más fácil habría sido reconocer al abogado por cada defensa oficiosa un descuento tributario; el derecho a una remuneración, por lo que todos sabemos, será una causa inagotable de conflictos). Aún no se ha dictado, ni se habla del estatuto del defensor de oficio, tan importante como la

Ley de la Fiscalía General por lo que decíamos de la lucha de los contrarios, del conflicto, de la controversia, que es de la esencia del proceso. Pero confiamos en que se aprovechará la coyuntura para equilibrar la acusación y la defensa, no en la forma, sino en el contenido, exigiendo al defensor oficioso y aun al contractual las mismas calidades de preparación académica y de experiencia que al fiscal frente al cual actúan.

Medellín, junio de 1981.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

*Personalidad y peligrosidad en el nuevo Código Penal
Condena y libertad condicionales.*

PROVIDENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1981

Ponente, doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO

En auto de nueve (9) de diciembre de 1980, el Tribunal Superior de Cali resolvió negar la libertad provisional solicitada ante esa entidad por el doctor X.

De esa providencia apeló el peticionario y para que se surtiera la alzada se envió, en copias, el expediente a esta Sala donde se le ha dado al recurso el trámite de rigor hasta obtener el concepto de la Procuraduría por lo cual se procede a decidir.

El doctor X fue llamado a juicio por auto de la Corte Suprema de Justicia fechado a treinta (30) de setiembre de 1980, como responsable por el delito de prevaricato, cometido en Cali cuando desempeñaba, en el mes de octubre de 1976, cargo de juez segundo penal municipal de esa ciudad.

El Tribunal, en la providencia recurrida expresa que el peticionario no tiene derecho al beneficio que impetra porque "es un profesional del derecho, un hombre culto y a no dudarlo con perfecta conciencia de sus propios actos. Por otra parte, su calidad de juez de la República que ostentaba al momento de llevar a cabo la ejecución de los actos por los cuales la H. Corte Suprema de Justicia hubo de enjuiciarlo por el delito de "prevaricato", de que trata el art. 168 del C. Penal, le imponían al doctor (...) especiales deberes, obligaciones y una tremenda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que a no dudarlo debía ejercer con la más absoluta imparcialidad y honestidad, como un genuino representante de la autoridad".

En memorial dirigido a la Corte por el apoderado, sostiene este que no es posible

tener en cuenta, para juzgar la gravedad del delito cometido, las funciones de juez ya que estas son elementos constitutivos del ilícito mencionado pues solo pueden cometerlo los funcionarios públicos, esto es, personas encargadas de ejercer funciones a nombre del Estado.

Agréga que no es de recibo hablar, dentro del nuevo Código Penal, de peligrosidad, ya que este estatuto penal prescindió de esta clase de consideraciones y se orientó por un criterio culpabilista.

El ministerio público, representado en la presente instancia por el procurador primero delegado penal, solicita que se confirme la providencia apelada por estimar que, dadas las características del hecho que se juzga, este reviste especial gravedad y que, por consiguiente, no se cumplen las condiciones que para la obtención de la libertad provisional, con base en la condicional, establece la ley.

Refiriéndose al memorial del apoderado y, específicamente a la parte de este en que se critica que el Tribunal haya considerado peligroso a su representado por el hecho de haber delinquido siendo funcionario público, dice la Procuraduría que "no es que el cargo denote peligrosidad, conforme a la crítica del recurrente, lo que acontece es que ciertos sujetos acusan una mayor insensibilidad social y denotan carencia de frenos morales cuando delinquen amparados en la función que ostentan.

Tampoco es verdad que cuando la calidad de funcionario sea elemento del tipo, deba hacerse caso omiso de esta circunstancia

para estudiar la peligrosidad del agente, pues en el desviado ejercicio de una función pública pueden cometerse delitos graves y delitos leves.

Consideraciones de la Corte

Dos son los principales argumentos que el apoderado expone para fundamentar la solicitud que se conceda a su patrocinado el beneficio de que se viene haciendo mención: el primero de ellos, es el de que no puede tomarse como base para negar la libertad condicional, y, por ende, la provisional, la consideración de que se trata de un delito grave por la calidad del sujeto activo, ya que siempre en esta clase de ilícitos contra la administración pública, el agente tiene a su cargo una función encomendada a él por el Estado y entonces ninguno de los autores de tales infracciones podría gozar nunca de libertad anticipada.

El segundo argumento es la orientación del nuevo Código Penal que ha prescindido, a su entender, del concepto de peligrosidad por lo cual no es posible mencionarlo para agravar la situación del inculpado negándole el beneficio que solicita.

Al primero de esos planteamientos hay que responder que si bien todos los delitos contra la administración pública tienen como característica común constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros.

En efecto, no solo existen deberes más poderosos y funciones más delicadas en unos empleados oficiales que en otros en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dilatada y profunda influencia en las relaciones oficiales, sino que, aun considerando empleados de la misma categoría pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados.

Ciertamente los empleados oficiales tienen por misión primordial representar a

la administración pública, expresar la voluntad de esta, comprometer jurídicamente al Estado lo cual deben hacer con dignidad, desinterés, probidad, competencia, fidelidad y decoro.

Pero en el ejercicio de determinadas funciones su actuación debe revestir, en el más alto grado, esas calidades por ser de tal manera importantes para la sociedad los intereses puestos en manos de ellos, que su lesión por parte del funcionario incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad.

Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es esta, sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares.

Entonces el juez debe mostrarse como el inmovible guardián de los mismos, digno, por ello, de la confianza de todos.

“En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el juez sino el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para mover los corazones?” (FRANCO ANTONIO CUSIMANO, *Il problema della giustizia del rapporto processuale*).

Nuestro país está siendo flagelado en estos momentos por uno de los peores males que pueden azotar nación alguna: el tráfico de estupefacientes. A la justicia se ha encomendado parte importante en la lucha contra él, cual es la de sancionar a quienes lo ejercen.

El juez que traicione ese deber comete un delito cuya gravedad es mucho mayor que la de cualquier otro acto ilícito contra la administración pública. De ahí por qué no solo su condición de funcionario público es la que debe tenerse en cuenta sino la calidad del acto por él ejecutado dentro de la función que le es propia.

Esto hace que a quienes violan de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la administración pública (entendida en sentido lato) pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de sus cargos.

En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desaparecido del nuevo Código Penal, hay que decir que eso no es cierto. En verdad el Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal “*tot culpa, tot pena*” dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intención y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, hay en cada acto.

Pero eso no quiere decir que se haya perdido de vista la personalidad del delincuente. Varias de las disposiciones del nuevo estatuto de las penas hacen expresa mención de ella, entre otras la referente a la libertad condicional (C. P., art. 72) y quien dice “personalidad” dice capacidad de delinquir y, por lo tanto, peligrosidad.

La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho, es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra.

Así, pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efectos de la medi-

ción de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el art. 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como los motivos del acto (numeral primero) la insensibilidad moral del delincuente (numeral segundo), la conducta que indica una mayor perversidad (numeral decimotercero).

Lo que pasa es que ya no se sanciona solo por la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaban el delito imposible y la reincidencia, sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la consciencia y voluntad de su conducta.

Teniendo esto en cuenta y en estrecho enlace con la consideración anterior, es preciso concluir que quien estando sujeto a deberes imperiosos de la mayor importancia dentro del Estado, encomendados a él para la defensa de la sociedad, los viola en forma deliberada y grave tiene una personalidad no sujeta a frenos morales y que constituye un peligro para la colectividad en que vive.

Estas reflexiones son legítimas y pertinentes en el caso de autos y llevan a negar, como lo ha hecho el tribunal, la libertad a quien ha obrado dentro de las circunstancias en que lo hizo el peticionario.

PROVIDENCIA DE 10 DE MARZO DE 1981

Ponente, doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA

VISTOS:

El procesado NN, condenado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio como responsable de circulación de moneda falsa, solicita le sea concedida la libertad provisional a que cree tener derecho por cuanto, en reclusión, ha cumplido más de las dos terceras partes de la sanción y el consejo de disciplina del establecimiento carcelario respectivo ha certificado su buena conducta en él. El peticionario invoca el ord. 6° del art. 7° de la ley 17 de 1975, en armonía con el art. 72 del estatuto penal vigente.

El procurador segundo delegado en lo penal encuentra admisible la solicitud, porque NN “se encuentra privado de la libertad desde hace más de 26 meses, tiempo que supera las 2/3 partes de la pena” y “se hace acreedor a la rebaja para la libertad condicional, en atención a sus buenos antecedentes, a la conducta observada en el establecimiento carcelario donde se encuentra recluso y a la poca gravedad del hecho cometido”.

CONSIDERANDOS:

1) Comoquiera que la libertad provisional solicitada con fundamento en el num. 6°

del art. 453 del C. de P. P. está supeditada al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgar libertad condicional, necesario es examinar en cada caso si el procesado sería merecedor de este beneficio.

2) Conforme el art. 72 del nuevo Código Penal y a sus concordantes normas procedimentales, podrá concederse libertad condicional cumplidos los siguientes presupuestos:

a) Que el procesado haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años, o de prisión que exceda de dos;

b) Que haya descontado las dos terceras partes de la condena; como parte cumplida de la pena tiénese en cuenta la conversión por trabajo y estudio en las condiciones y con los requisitos señalados en la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario (decr. 2119 de 1977);

c) Que el director del respectivo establecimiento carcelario, de acuerdo con el consejo de disciplina, emita resolución favorable a la libertad condicional;

d) Que el agente del ministerio público rinda concepto favorable a la pretensión del procesado; y

e) Que "la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

3) Este último requisito, dadas su complejidad e importancia, merece algunas consideraciones. El exige del funcionario judicial un diagnóstico y un pronóstico; aquel apunta al examen objetivo de tres cuestiones, a saber: la personalidad del condenado, su comportamiento en los establecimientos en donde ha descontado la pena y sus antecedentes personales, familiares y sociales; este, fundado en la demostración de los supuestos precedentes, es un juicio de valor que el funcionario judicial emite sobre la readaptación social del condenado, y por ende, sobre su buena conducta futura.

La comprobación del comportamiento asumido por el condenado durante todo el período de privación de su libertad hasta la fecha en que solicita su libertad condicional y la de sus antecedentes, será ofrecida, aquella por las direcciones de los lugares

donde ha estado recluso y esta, por el mismo proceso o por el propio condenado. Cuanto a su personalidad, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con el auxilio de técnicas psicológicas —entrevistas, tests proyectivos— y la intervención de personal especializado; desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación; entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al procesado y al directo contacto con este; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa. Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquel es ciertamente complejo, este reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que ha de emitirse; lo que solo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados.

4) La decisión judicial sobre reconocimiento de libertad condicional y, por esta vía de la llamada excarcelación provisional, no depende, entonces, de genéricos enunciados sobre la mayor o menor gravedad del delito cometido, ni de un ambiguo etiquetamiento que como sujeto peligroso se le endilga al condenado, ni del objetivo número de delitos que haya cometido, ni de la pluralidad de reseñas policiales que le aparezcan, sino del concreto examen que en cada caso ha de hacerse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarla y, particularmente, del que dice relación al examen de su personalidad, de sus antecedentes personales, familiares y sociales y de su comportamiento durante el período de privación de su libertad, con base en los cuales el funcionario judicial competente ha de suponer con fundamentos racionales que se ha producido la readaptación social del procesado.

Si el juez no dispone de estos elementos de juicio para decidir, debe mantenerse el *statu quo* jurídico que afecta al procesado.

5) En el presente caso tiénense los siguientes datos:

a) El procesado NN... ha descontado cerca de 27 meses de la pena que le fue impuesta (36 meses de presidio);

b) Durante el tiempo de reclusión en la Cárcel Modelo de Bogotá su conducta ha sido buena como lo certifica el consejo de disciplina de dicho centro penitenciario;

c) No le aparecen sindicaciones por delitos precedentes (fls. 96 y 104);

d) Declaraciones testimoniales dan fe de su buen comportamiento social y de actividades laborales lícitas durante período anterior al de la comisión del delito por el cual se le condenó (fls. 84 y 90);

e) Los jueces de primera y segunda instancia le impusieron pena mínima por considerar que se trata de un delincuente primario, con buenos antecedentes y porque no concurrió en el hecho punible circunstancia "de mayor peligrosidad"; y

f) Su indagatoria lo muestra como persona joven, casada, sin hijos, con domicilio y profesión conocidos en la población de Villeta (fl. 17).

La información precedente permite concluir que el procesado ha cumplido más de las dos terceras partes de la pena que se le impuso —sin tener en cuenta la que habría descontado por trabajo legalmente reconocido— y la totalidad de ella si se enjuicia su conducta a la luz del nuevo Código Penal en cuanto su art. 208 la sanciona con pena mínima de un año de prisión. Por lo que respecta a los demás aspectos de su personalidad, a su comportamiento en la Cárcel Modelo y a las características del delito cometido, de su examen conjunto es posible colegir su readaptación social.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

Conceder libertad provisional a NN..., mediante caución prendaria de cien pesos (\$ 100.00) m/cte., y diligencia de compromiso en los términos del art. 460 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juzgado Quince Superior

Sobre la denominada "compensación de culpas"
en el derecho penal.

El problema de la culpa de la víctima y el elemento
"relación causal" en el delito culposo.

PROVIDENCIA DE NOVIEMBRE 7 DE 1980

Doctor MARIO SALAZAR MARÍN

NOTA DEL DIRECTOR: La providencia que presentamos es buena muestra de la importancia que tiene para la práctica del derecho una amplia y definida formación dogmática penal. Esta, como enseña ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "hace posible, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y la improvisación". ("Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal", en *Estudios de derecho penal*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1976, pág. 78).

La discusión ventilada en la providencia es bastante compleja y siempre ha presentado dificultades en nuestra práctica judicial. En ella se sostiene, con razón, a nuestra manera de ver, que no es que en el derecho penal tenga efecto el fenómeno de la compensación de culpas, sino que cuando de parte de la víctima existe un comportamiento también imprudente o descuidado, se impone el estudio de cada una de las culpas, la de la víctima y la del supuesto victimario, en orden a dilucidar cuál de las dos culpas fue la *causalmente relevante*. En los delitos culposos, se exige una relación de causalidad entre la culpa del sindicado y el resultado. Frente al desvalor de acción y desvalor de resultado en estos delitos, según la ley, no basta el desvalor de la conducta (que esta sea negligente o imprudente o violatoria de reglamentos) sino que es necesario, además, como un requisito del tipo, que tal comportamiento desvalioso *cause* un resultado. En este orden de ideas, esa relación de causalidad es un elemento objetivo o externo de la infracción penal (cuerpo del delito), elemento que debe estar plenamente probado para poderse enjuiciar o dictar sentencia condenatoria.

Valga la pena destacar que entre nosotros el doctor LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, había entrevistado la solución del problema cuando en sus *Lecciones*, dice:

"En derecho penal, si a la culpa original del procesado se añade una conducta culposa del ofendido, resultando así la producción del hecho objetivamente delictuoso, hay que precisar cuál de las dos culpas —la del reo o la de la víctima— fue la dominante, eficiente o adecuada y la que permite racionalmente explicar el efecto nocivo. Si la culpa del procesado fue de tal magnitud que el hecho se hubiera probablemente producido aun sin la imprudencia o culpa de la víctima, su responsabilidad penal se debe afirmar de ma-

nera completa, sin atenuación o disminución alguna de la sanción. Pero si la culpa de la víctima es la que razonablemente explica la causación del evento, de tal modo que no se le pueda suprimir mentalmente sin que al tiempo desaparezca el resultado dañino, no se puede formular ninguna acriminación, pues se reprimiría al sindicado por consecuencias de las cuales no fue autor, por haber sido aquellas obra de una serie causal nueva y normalmente imprevisible. Ese es el criterio dominante entre los autores". (*Lecciones de derecho penal*, Parte general, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962, págs. 135 y 136).

En el número 1 de esta Revista, 1978, págs. 69 a 71, encontramos un no muy lejano antecedente jurisprudencial en el que también se sostiene la tesis expuesta. (Providencia de 14 de octubre de 1977, magistrado ponente, doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA).

VISTOS:

Celebrada la vista pública y verificados por supuesto los demás trámites inherentes al juicio, se va a estudiar el veredicto del *jury* para saber si es o no admisible, comparándolo —como es obvio— con los hechos y con las pruebas que hablan de ellos.

Después de la intervención de los oradores vino la respectiva pregunta al tribunal popular sobre la culpabilidad o no del procesado Juan Camilo Santamaría Cárdenas y su respuesta subsecuente, trazada ella en los siguientes términos:

"No, por falta de prueba técnica que evidencie, inequívocamente, cuál conductor fue el imprudente", haciendo suya la propuesta subsidiaria que le insinuó entonces la defensa.

Valga recordar que tanto la parte civil como la fiscalía demandaron del jurado una respuesta afirmativa sobre la culpabilidad (o de la responsabilidad, como dice el Código), como epílogo de sus alegaciones orales.

Por cierto que el señor fiscal solicita la contraevidencia de este veredicto, según escrito que presentó al juzgado el 26 de setiembre último e incorporado al proceso para los efectos legales.

Para los fines de este proveído es suficiente recordar que Juan Camilo, el procesado, con 24 años de edad actualmente, a eso de las 8:30 de la noche del 9 de diciembre de 1978 conducía en estado de embriaguez un campero "Nissan" de su padre, modelo 1969, placas L-W-12-89, por la carrera 79 en sentido sur-norte. Al llegar a la calle 86 viró sorpresivamente y en forma rápida hacia la izquierda, de seguro con el propósito de seguir hacia el occidente de

la ciudad; pero en ese momento, el joven Juan Fernando González Restrepo, de 20 años, se desplazaba velozmente en sentido contrario (norte-sur) en la motocicleta "Honda" de placas 02-65, de 350 centímetros, acompañado de su amigo Carlos Mario Gaviria Callejas, de 17 años, produciéndose entre ambos vehículos una aparatosa colisión, hasta el punto de haber quedado la moto incrustada o empotrada en la parte anterior del campero, propiamente en el *bumper* o parachoques.

Juan Fernando quedó allí en estado agónico, como consecuencia de las múltiples fracturas que sufrió entonces, para morir luego camino a la clínica. Y Carlos Mario, entretanto, sufrió fractura del fémur izquierdo y conmoción cerebral, con 150 días de incapacidad, a la postre sin secuelas.

Ocurrido el accidente hubo el respectivo procedimiento de la policía y la iniciación del correspondiente proceso, para establecer el comportamiento de los conductores y sus alcances jurídico-penales.

Cierto fue, en todo caso, que el Juzgado 4° Superior, después de cumplir las exigencias legales y constitucionales, formuló pliego de acusación contra Juan Camilo Santamaría, conductor del campero, por los delitos culposos de "homicidio" y "lesiones personales", dentro de los parámetros que tienen señalados los arts. 12, 33, 370 y 380 del Código Penal, armonía guardada con los arts. 1° y 7° de la ley 164 de 1938.

Así compareció el procesado ante el *jury* con la veredicción al final ya descrita.

Por supuesto que el fondo de la controversia no radica en la parte objetiva o mate-

rial de los hechos presumiblemente delictuosos, ya que el levantamiento del cadáver de Juan Fernando (fl. 3), su registro civil de defunción (fl. 22) y el dictamen de necropsia referente a él (fl. 54), son pruebas que acreditan su fallecimiento, por virtud del accidente automovilístico justamente. Y los peritajes de fls. 31, 130, 171 y 191, demuestran el aspecto tangible de las lesiones que sufriera Carlos Mario, por virtud del mismo episodio. Todo ello en armonía con los demás estadios del diligenciamiento que son elocuentes en predicar la pre-sanidad corporal de los dos pacientes de la ocurrencia.

La dificultad del debate estriba en materia de culpabilidad, no tanto por la controversia forjada sobre el particular, que puede tener mil colores según la habilidad de los planteamientos, en orden a decir por ejemplo que la acción del procesado sí es censurable desde el ángulo visual del derecho penal (dirán la parte civil y la fiscalía), o que no lo es (expresará la defensa), sino por el complicado entendimiento *ex ante* o retrospectivo del desvalor de la conducta y sus efectos materiales dañinos, según las leyes de la física.

En efecto. Si el juicio del juez debe tener como postulado su ubicación mental en el lugar de los hechos, encarnándose en el protagonista de ellos, ese juicio *ex ante* no dejará de ser *ex post facto*, por más esfuerzos psicológicos que verifique el funcionario.

No por otra cosa resulta difícil juzgar los actos humanos y darles el calificativo de "injustos", cuando precisamente se trata de decidir sobre su antijuridicidad, que comporta un juicio negativo de valor, dificultad que es mayor cuando se trata de una acción culposa, cuya estructura sustancial tantos debates doctrinarios ha ocasionado.

Porque recordando un poco las explicaciones teóricas sobre la culpa, llaman la atención algunas tesis que han hecho carrera: a) la teoría de la previsibilidad anota que hay culpa cuando no se prevé lo previsible: encuentra empero el obstáculo de no poder explicar la culpa consciente, en la cual sí se prevé; cosa que igualmente ocurre con la previsión del "caso fortuito", irresistible para el hombre aunque se prevea; b) la teoría del "error", que entiende la culpa como un error de cálculo: se podrá decir en

contra que no explica claramente la culpa inconsciente en donde no se calcula nada, como también daría lugar a confundirse con los delitos dolosos que se cometen por virtud de un error vencible. Y la teoría de la "violación del cuidado requerido en el ámbito de relación", que encuentra el inconveniente de no explicar el caso de la impericia, en donde podrá existir un exquisito cuidado y producirse sin embargo el daño por virtud de la inexperiencia.

Esto sin olvidar obviamente que el delito culposo se puede ocasionar por imprudencia, negligencia, impericia o violación reglamentaria.

Cualquiera fuere la teoría que se le aplicara, en síntesis, a este evento, no es tarea fácil sostener la juridicidad o la antijuridicidad de la acción *sub iudice*, realizada en fracciones de segundo, en forma tan rápida como una exhalación.

Una cosa sí se podrá decir, atendiendo algunas anotaciones del justiciable que no tienen prueba en contrario. Que se trata de una "culpa consciente", llamada también culpa con previsión o con representación, ya que en la diligencia de audiencia dice el inculpaado que previamente apareció la motocicleta cuando se desplazaba en sentido contrario, vivencia que lo llevó a acelerar el vehículo calculando pasar antes que la moto, maniobra que no le dio el resultado deseado (fl. 316-v).

Y como desde su indagatoria había anotado que en verdad la había visto, posición que reiteró en su ampliación, el despacho no podrá intentar siquiera decir lo contrario, porque acreditar que no la vio sería buscar una prueba diabólica no susceptible de hallar (fls. 13 y 38).

Precisamente la carga de la prueba beneficia al procesado, puesto que en las afirmaciones suyas ancló la defensa el argumento estratégico de que el daño se produjo por la culpa del otro conductor, o en el peor de los casos en un error de cálculo (véase la teoría que acoge), que fue acrecentado por la imprudencia y la violación reglamentaria de quien se desplazaba en la moto.

Síntesis que se hace del pensamiento del señor defensor, autorizados por los argumentos expuestos en el debate oral y por la propuesta subsidiaria que le hizo al jurado y que este acogió al final, luego de escrutar

en toda su extensión el contenido de esta controversia.

Esta sentencia tiene por eso esta base, probatoriamente admisible: Que Juan Camilo trató de pasar primero que la moto y que calculó mal. Esto porque es una estrategia defensiva entre procesado y defensor, con base en una vivencia que el primero está diciendo desde el principio que tuvo, y que el juez que suscribe no ve posibilidad de combatirla con pruebas en contrario, legal y oportunamente producidas, aparte de no ser una explicación inverosímil, que es una categoría rayana en la probabilidad.

Viene entonces la pregunta: ¿Qué hacemos con la embriaguez?

Hubo al respecto no pocos esfuerzos de la defensa para demostrar que el método de "Newman" no es científicamente confiable cuando se emplea en muestras de orina, en orden a sostener que su poderante no podía estar en un 4° grado de embriaguez, tanto más si en materia médico-legal solo se conocen tres grados, motivo por el cual rechazó esa clasificación "arbitraria" de grados que acostumbra la Secretaría de Tránsito.

El Juzgado, en esta materia, para este y todos los eventos penales, considera que la clasificación médico-legal es la más aconsejable, no solo por ser más práctica al juez, sino además por su obediencia a la verdad. Pero debe clarificarse que tampoco en esta área del saber hay acuerdo, ya que unos tratadistas traen dos grados, otros hacen referencia a tres, y otros, por último, a cuatro grados.

ANTONIO VANEGAS SANTORO hace alusión a embriaguez parcial, incompleta o semiplena y a embriaguez completa, total o plena, hablando a propósito de su intensidad. O sea dos grados. (*Alcoholismo, criminalidad y responsabilidad*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1977, pág. 165).

GERARDO PAZ OTERO menciona cuatro grados, así: 1°) De la excitación; 2°) Fase ébrica; 3°) Fase comatosa, y 4°) Fase hiperestésica (*Alcohol y delito*, Popayán, Ed. Universidad del Cauca, 1953, pág. 13).

Y ANTONIO VALLEJO NÁJERA, de otro extremo, habla de tres grados, muy aceptables en nuestra opinión, según la siguiente transcripción: "...Son conocidas las manifestaciones de la embriaguez alcohólica,

cuya *intensidad* depende de la cantidad de alcohol ingerida y de la resistencia del sujeto a la embriaguez, sea constitucional o adquirida. La *primera fase* es de franca excitación acompañada de sensación eufórica y de agilidad mental, de aumento de la productividad intelectual, de locuacidad y necesidad de movimiento. *En seguida* se presentan trastornos del lenguaje y del curso del pensamiento, progresivamente más incoherentes y torpes, con dificultad para la percepción y comprensión, hasta llegar a un estado menos profundo, de inhibición y oscurecimiento de las funciones síquicas, terminando la embriaguez por un estado de *sueño o coma...*" (*Tratado de siquiatria*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Salvat, 1954).

Según esto, los tres primeros grados de VALLEJO NÁJERA coinciden con los tres primeros grados de PAZ OTERO, cuyo cuarto grado (hiperestésico) no parece agregarle mucho al tercero que él llama "comatoso".

Y entonces, en el peor de los casos, Juan Camilo se encontraba esa noche en el segundo grado, que PAZ OTERO describe con las siguientes características, descripción que de paso sirve para parangonar con lo que al respecto dice *ut supra* VALLEJO NÁJERA. "...movilidad excesiva, incoordinación, agresividad, depresión y confusión, todo lo cual se traduce en una incoherencia de ideas y del lenguaje; pierde la persona la facultad de discernimiento suficiente para juzgar las cosas y asume una actitud ilógica en sus reacciones que recibe...".

Pero cabe preguntar: ¿Podrá un sujeto embriagado en segundo grado calcular? Y de hacerlo, ¿lo haría bien o mal? Claro que sí puede calcular y seguramente no lo haga tan bien como lo hace una persona que se encuentra bajo vigilia alcohólica. Cualquiera que haya estado bajo los efectos del licor sabe responder esto, puesto que un segundo grado de alcoramiento no enerva las facultades que abrazan la conciencia y la voluntad humanas, según una afirmación bien fundada.

Si seguimos la línea de conducta de entender la culpa consciente como un error de cálculo, habrá culpa tanto cuando se calcula mal en sano juicio como cuando se hace lo propio en estado de embriaguez, bien porque en el primer caso el sujeto se haya

equivocado por cualquier causa, ora porque en el segundo el licor haya contribuido en el desatino o en el desacierto.

De ahí se desprende que la imprudencia y la violación reglamentaria, por un viraje inoportuno y por la conducción en estado de beodez, son dos factores de la culpa que se incorporan o guarecen en un solo fenómeno psicológico, explicable por medio de una equivocada evaluación de las circunstancias imperantes, que permite comprender al mismo tiempo por qué la acción culpable en el mundo fenoménico es "violación del cuidado requerido en el ámbito de relación", como dicen los alemanes.

El razonamiento hasta aquí deja supérstite la idea de que hubo culpa en efecto por parte de Santamaría Cárdenas. Pero viene la otra parte del problema, consistente en el comportamiento observado entonces por el conductor de la moto, cuya contribución en el resultado ha sido un argumento incansable de la defensa, clamor suyo que fue escuchado por el *jurí*, como lo demuestra la veredicción examinada.

Se sostuvo con ahínco en el foro, que Juan Camilo no estuvo en circunstancias de determinar la velocidad exagerada que el señor González le estaba imprimiendo en esos momentos a la motocicleta. Para sostener esa marcha veloz cabe recordar que el letrado acudió a un enjuiciamiento cortado por la lógica y por la técnica, por fuera del acopio testimonial del proceso que alude a una velocidad razonable entre 30 y 40 kilómetros por hora. Pues no se podrá olvidar que los testigos Miguel Pérez Alvarado (fl. 5), Ingrid de Orozco (fl. 16-v), Juan Guillermo Orozco Posada (fl. 32), Ana María Cárdenas Gutiérrez (fl. 57), etc., afirman bajo la fórmula del juramento que el pequeño vehículo transitaba a esa prudente velocidad más o menos.

Sin embargo, el argumento defensorio de carácter *lógico*, muy lógico por cierto, que abrió brecha en la mente del jurado, consiste en que ese empotramiento de la moto en el parachoques del campero, una estructura metálica en verdad muy resistente, solo se explica por un fugaz desplazamiento del velomotor, teniendo en cuenta el peso del carro de 1.700 kilogramos, cuya velocidad apenas estaba despegando, que el orador calculó en 30 kilómetros por hora,

en comparación con el peso de 142 kilogramos de la motocicleta, con velocidad en ese momento de 120 kilómetros, según la puntualización del mismo abogado.

Tuvo que ser así, dijo también, puesto que en circunstancias diversas el pequeño vehículo hubiera sido lanzado o por el contrario arrollado. Esto, viéndolo bien, después de reflexionar y paladear esas ideas, tiene un hondo poder lógico y persuasivo no solo al tribunal popular sino también al juez de toga. ¡Es muy razonable!, ¡Hay que ver la fina textura de un "Nissan", modelo 1969! Hay que apreciarla para alcanzar a comprender cómo la moto retorció tapa, persiana, radiador y bumper, hasta el punto de hacer con este un ángulo cerrado y quedar allí aprisionada, para quedar ambos vehículos en una especie de apareamiento que impidió que fueran despegados con la nuda fuerza muscular en el lugar de la tragedia, imponiéndose la alternativa de trasladarlos así engarzados hasta las dependencias del Tránsito.

Es que, además, para fortalecer los postulados de la lógica, en el proceso hay varios testigos que acreditan en forma indolegable la inclinación del interfecto a desarrollar grandes velocidades. Gloria Callejas Gómez, amiga suya dice que era "muy veloz" (fl. 88-v); Guillermo González Restrepo, hermano del occiso, puntualiza: "...en Jericó se bajaba las escalas del atrio en la moto, participó en varias competencias de motociclismo... en la casa hay foto de él en moto 'crossiando' y en Cartagena también en la *cross* se elevaba hasta un metro de altura, él se pasaba en la moto el sardinel de la 80 o del frente de mi casa, él apostaba con amigos al que aguantara más andando la moto en una sola llanta, en la llanta trasera... todos los amigos apostaban y decían que el mejor era Juan..." (fl. 112-v); y por último, Sandra América Villafuerte Vélez, amiga también de quien aquí resultó occiso, anota: "...Juan tenía mucho dominio sobre la moto, aunque él andaba siempre ligero, pero siempre andaba por su lado y con el dominio de la moto..." (fl. 116).

Era, por eso, el típico e imprudente conductor de motos que a diario uno observa en el centro de la ciudad, a velocidades exageradas, haciendo arriesgados cruces

entre los demás vehículos y superándolos peligrosamente por los espacios que quedan entre sus filas. ¡Y quienes conducen carros no hacen más de lo que pueden hacer: apretar sus mandíbulas, abrir los ojos y trazar las palabras adecuadas en el cerebro convulsionado, de ver cómo se entroniza el desorden y se perfila el peligro en el tránsito urbano!. Esto, claro está, sin contar con los resonadores que revientan los tímpanos y los disparos que acaban la vida.

No se trata de un argumento fundado en la oquedad o en la conveniencia, sino de hacer el gráfico de una dañina realidad social, que trae los resultados que aquí se examinan, en cuyas causas debe detener un poco su atención el juzgador.

Y entonces, cuán posible era que también en esta fecha, a la hora del accidente, fuera a un alto kilometraje, no importa que a Carlos Mario Gaviria, el otro ofendido, le dé por decir que en esa oportunidad estaba haciendo una excepción, por tener el deponente por esa época un pie fracturado, a raíz precisamente de otro accidente también en motocicleta (fl. 28-v). Empero, dijo en un principio que poco antes de la colisión su compañero conducía a 60 kilómetros aproximadamente, distancia que redujo a la mitad en el curso de la investigación y desde luego con posterioridad.

También las razones técnicas permiten consolidar el pensamiento de la culpa que entonces cometió también Juan Fernando.

Iba nada menos que en una motocicleta "Honda" de 350 centímetros de cilindraje, motor de 4 tiempos que desarrolla una velocidad endemoniada, como es bien sencillo establecerlo. Y él, Juan Fernando, necesitaba justamente un aparato de estos, por lo agradable para él eso de la velocidad, que lo entienden mejor psicológicamente aquellos que tienen afecto o vocación por la rapidez o el vértigo.

Por otra parte, sin necesidad de reproducir todos los cálculos y los guarismos que el defensor planteó, conviene tan solo refrescar la idea central y trascendente, referida ella a estas cifras; si Juan Camilo empleó un tiempo de un 1 segundo y 5 décimas para dar el giro hasta el punto de la colisión, según el cronometraje de fl. 102-v, Juan Fernando empleó este mismo tiempo para cubrir la distancia de 50 metros a que fue

visto aproximadamente por Juan Camilo cuando fue a dar el giro. (Claro que acogiendo lo dicho por este en un principio en forma de apreciación: "vi el motociclista a un poco más de media cuadra" (fl. 38), puesto que en la diligencia de reconstrucción señaló una distancia, también calculada, que al medirla dio 94 metros (fl. 71).

Para que ese desplazamiento de la moto se diera tan rápido, tenía que venir necesariamente a una velocidad de 120 kilómetros, a fin de que fuera justo y preciso el violento encuentro en las conocidas circunstancias.

Esa velocidad contradice bruscamente la de 30 ó 40 kilómetros que mencionan los testigos atrás nombrados, pero el argumento para esto estriba en que la percepción para ellos —y también para el procesado— era entonces de carácter horizontal y no lateral o paralelo, según lo ha logrado entender el sentenciador, punto de apreciación o referencia que hace rebatible la afirmación de los deponentes.

Por supuesto que esa manera de ver las cosas, con el interés preconcebido de la defensa de verlas así, puede no obstante ser posible, atendida la circunstancia temporal irrefutable de la nocturnidad, con todo y existir alguna iluminación en el sector.

Hay algo más, no obstante, que permite enjuiciar el comportamiento del señor González y que se le quedó al orador de la defensa en el expediente. Al cadáver se le halló una intensidad de 11 miligramos de alcohol en su sangre, según el método de "Newman", calificado allí a fl. 54 como un primer grado, opinión técnica que bien puede compararse con esto que dice el señor Carlos Mario Gaviria a fl. 28-v: "...Estaba en sano juicio, a él —al occiso— no le gusta (léase no le gustaba) el licor, *yo más bien estaba en sano juicio*, nada más íbamos fumando un cigarrillo para los dos...", frase que sirvió para afirmar la suspicacia de que iban fumando marihuana.

Pero fueran o no "bombeando" el humo tóxico de esa hierba, si habían ingerido alguna cantidad de alcohol, "*más bien*" poco, que les impidió ir en absoluta "sangre fría", como se acostumbra decir.

He ahí que bien logrado este título del periódico "El Espectador" de diciembre 11 de 1978: "...Estragos de la embriaguez y

velocidad", ilustrándolo con la tragedia que aquí nos preocupa, cuyos protagonistas —"Donjuanes"— estaban ese sábado anterior, día festivo entre otras cosas, bebiendo y conduciendo velozmente. Solo que Juan Camilo no iba rápidamente por la razón potísima de que la aceleración apenas estaba surtiendo sus efectos, en orden a pasar primero, como queda expuesto.

Es que procede afirmar, con base en este estudio, que González violó de igual manera la ley sustancial, al estar ingiriendo licor probablemente y al llevarse de calle en ese momento esta norma prohibitiva del Código Nacional de Tránsito: "...En vías urbanas la *velocidad máxima* es de cincuenta kilómetros por hora, excepto cuando las autoridades competentes por medio de señales, indique velocidades distintas...", excepciones que casi siempre se tienen en cuenta para fijar velocidades inferiores, como sucede en las ciudades de Colombia, en donde sus habitantes por idiosincrasia son indisciplinados y les gusta caminar por la calle más de la cuenta. (En Bogotá, por ejemplo, es de 45 kilómetros).

En síntesis, que se ha venido pretendiendo en autos el reconocimiento de una conducta culposa en cabeza de Juan Fernando González, con la afirmación audaz y atrevida de que fue esta culpa la causa eficiente del evento lesivo o dañino.

Pero teniendo en cuenta el pensamiento armónico que se pretende desarrollar, vamos a cumplir estas aseveraciones.

No se va a negar la culpa de Juan Camilo, porque probatoriamente sería absurdo, en lo cual conviene otorgarle la razón al señor fiscal; no se va a negar la culpa de Juan Fernando, porque probatoriamente es admisible; se van a admitir las dos culpas, de cuyo concurso veremos qué podrá quedar.

En el derecho penal ha prosperado con razón el criterio de no aplicabilidad de la "compensación de culpas", porque cada quien deberá responder de su propia culpa, a condición de que tenga la *eficacia causal* de producir el resultado antijurídico.

Pero cuando concurren varios comportamientos culposos, nadie podrá discutir que es inmensamente más difícil determinar el desvalor de acción, en busca de calificar la antijuridicidad de la conducta de cada uno de los intervinientes, a efecto de decidir a

quién se le atribuye jurídico-penalmente el daño.

Si la acción culposa y consciente de un sujeto es interferida por la acción culposa de otro, es apenas lógico pensar que las operaciones mentales y las maniobras subsiguientes del primero, encaminadas a evitar los efectos nocivos de su acto, pueden frustrarse, ya que la conducta desvalorada y concurrente hace fallar los cómputos causales fugazmente trazados.

Este es en verdad el caso a estudio, donde se podría decir que si Juan Camilo no da el viraje así no se habría producido el accidente; pero también que si Juan Fernando no hubiera venido a tanta velocidad nada hubiera sucedido. Empero, Santamaría Cárdenas transitaba por las calles de Medellín y estaba autorizado para pasar por allí en uno o en otro momento, observando siempre una actividad peligrosa como es de por sí la de conducir automotores en una zona urbana, que está inspirada por la confianza de una pericia recíproca de todos los choferes. Y él, por lo que se ha venido diciendo, trató de llevar a cabo un acto de pericia, acelerando a tiempo y oportunamente, según su juicio, pero equivocándose en ese cálculo, equivocación en parte atribuible a la culpa del otro conductor.

Si culpa es, pues, aquel error de cálculo a que aludíamos un poco antes, para ubicarnos en esa teoría en la casuística de hoy, cuán razonable es pensar que Juan Fernando prestó su concurso culposo para el surgimiento de este error y de este resultado mortal.

No en balde dice FRANCESCO ANTOLISEI: "...El hecho culposo puede ser el resultado de la conducta de varias personas que han obrado con independencia. Tales casos son más bien frecuentes. Así, en los accidentes de circulación, allado de la actividad del conductor, puede darse la de otro conductor o la de un peatón. En la práctica del Derecho surgen incertidumbres y dificultades al respecto..." (*Manual de derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Uteha, Argentina, 1960, pág. 279).

En un proceso por una conducta análoga, cuyo juzgamiento se produjo en este despacho, ocurrió lo siguiente: Unos mozoletos iban en el estribo de un bus de pasajeros, a pesar de haber sido reconvenidos por su

conductor para que ingresaran al vehículo, cosa que no atendieron los muchachos. Más adelante se encontraba otro bus mal estacionado, violando como es obvio las normas de circulación. El conductor del primer bus, a pesar de tener un reducido espacio para pasar, adelantó sin disminuir adecuadamente su velocidad, impactando al joven que iba en forma de bandera y ocasionándole la muerte. Bien se podrá comprender que hubo el concurso de tres acciones culposas, motivo por el cual los jueces populares absolvieron al procesado.

Allí quien provee dijo lo siguiente, que en parte ha de servir para la decisión del episodio sub análisis:

"...Y por eso, justamente porque el *jury* se inclinó por la última alternativa propuesta, referente a que la conducta del justificable no incidió necesariamente ni fue determinante en el homicidio, por haber interferido en el proceso de relación causal la del finado. La veredicción no puede desatenderse, a pretexto de que una evaluación de las pruebas —hecha en estricto derecho y a la óptica de seca legalidad— lleva a conclusión diferente, como sería por ejemplo aducir que la culpa del conductor fue de mayor magnitud que la imprudencia del occiso; que uno y otro comportamiento estuvieron en un mismo plano de equilibrio, o —en todo caso— que el del primero, sea lo que haya sido, no revistió el carácter intrascendente ni la condición secundaria que le atribuyeron el fiscal y el defensor.

"Y sea que estos razonamientos le hayan ofrecido absoluta certeza al jurado sobre la *ineficacia causal* del comportamiento del inculpatado en el hecho, o que simplemente le hayan creado dudas acerca de su responsabilidad, de todas maneras —desde un ángulo racional y humano— apoyan y sustentan el veredicto, así no sean baldías las consideraciones hechas en el pliego acusatorio y así otro enfoque de este tópico probatorio brinde una diversa persuasión, a lo mejor con criterio de mayor benignidad y tolerancia..."

Mirando algunos apuntes doctrinarios, se encuentra este, que contiene algunas inquietudes de preconización genérica: "...En los accidentes de circulación, así sea con deceso o lesiones de personas, no podría condenarse al presunto o presuntos

responsables si faltan (fórmula plena) o son insuficientes (fórmula dubitativa) los medios probatorios para determinar la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el evento, aunque subsista la violación de alguna norma de circulación por parte del imputado. Es frecuente el caso de que a consecuencia del choque entre dos o más vehículos fallezca uno de los conductores sin que se pueda establecer *cabalmente* cuál de los dos fue el responsable del accidente. En tal circunstancia, sería aventurado condenar por falta de prueba eficiente en torno al nexo de causalidad..." (*Tratado general sobre accidentes de circulación*, CARLOS ALBERTO OLANO VALDERRAMA, Bogotá, 1969, pág. 48).

Tal fue al parecer el criterio del jurado, observada la respuesta otorgada, aunque inspirada por la defensa: "No, por falta de prueba técnica que evidencie, inequívocamente, cuál conductor fue el imprudente".

Claro que eso de prueba técnica no es en nuestra opinión la idea determinante para descubrir aquello que quisieron decir los miembros del jurado, puesto que si en el área del derecho penal rige el principio de la libertad de prueba (C. de P. P., art. 336), sería absurdo que las pruebas no técnicas que brindan absoluta persuasión tengan que claudicar porque no haya pruebas técnicas que ofrezcan convicción. Es propiamente el sistema de la apreciación racional el que determina el valor y la eficacia de una prueba y no su condición de prueba técnica o no.

No otra cosa fue la que tuvieron en cuenta la parte civil y la fiscalía para demandar un veredicto de condena, y la última a la postre para solicitar la contraevidencia del veredicto absolutorio.

Tampoco fue, conforme a nuestra comprensión, la *falta de evidencia en cuanto al conductor imprudente* el juicio del *jury* para decidir así, incontrovertible como aparece de que ambos fueron imprudentes. Fue, si se nos permite cumplir la interpretación en forma libre y objetiva, la falta de evidencia para saber cuál fue la imprudencia que produjo la tragedia; o en otros términos, a cuál de las dos acciones se le atribuye la causa adecuada para producir el resultado, o la relación de causalidad si se prefiere.

Mejor dicho: Que si Juan Camilo se equivocó y Juan Fernando incrementó esa equivocación, hubo un error compartido en cuanto a la relación de causalidad, que no se le puede imputar probatoriamente todo al primero para condenarlo.

Y si con base en eso, al procesado no se le puede imputar la relación de causalidad, que es un elemento del tipo objetivo, significa que no se debe predicar la tipicidad de su acción y por ello tampoco la antijuridicidad y la culpabilidad, según la imbricación que contiene la estructura técnico-jurídica del delito.

Nos parece que el tribunal popular quiso decir lo siguiente: "No, por falta de prueba que evidencie, inequívocamente, cuál conductor con su imprudencia ocasionó el resultado".

No se pretende de ninguna manera con esta interpretación modificar lo verdaderamente dicho por los señores jueces. Se busca desentrañar el alcance de lo que ellos quisieron decir, examinada la conducta de los protagonistas; evaluado el contexto probatorio del proceso y escrutada la controversia de las partes y las afirmaciones de los funcionarios que en esta encuesta han intervenido.

Conveniente es recordar que una de las mayores dificultades que presenta la institución del jurado es su ignorancia en asuntos de derecho penal, que se pronuncia al no conocer la integridad del proceso. Y que trasciende, según lo ha demostrado la experiencia en acoger respuestas que se recomiendan, puesto que no aparece la suficiente preparación para escoger un veredicto de cosecha propia.

Se impone, por eso, la interpretación o indagación aproximada de lo que deseó decir, en donde sobresale por su importancia el criterio de absolver o condenar, sin miramientos muchas veces hacia los extremos de la frase que se escoge, que frecuentemente a los señores juzgadores del pueblo se les pone en la boca.

En fin, para no correr el riesgo de que esta providencia se torne fatigosa, se va a admitir el veredicto y se va a negar la contraevidencia que expresamente solicita el señor agente fiscal, ya que no despunta abiertamente injusto o flagrantemente absurdo, *por no ser claramente contrario a la evidencia de los hechos.*

Si, pues, el veredicto tiene *algún fundamento probatorio*, harto difícil resulta decidir que se levanta *claramente* en contra de los hechos que se observan evidentemente en el proceso.

Por último, si el juez de la República no está instituido para golpear al delincuente, sino para otorgarle orden a la sociedad, buscando entre otras cosas la rehabilitación del trasgresor, sin vengarse de él, aquí —si esta resolución tuviese ribetes de comprensible discutibilidad— se han cumplido ya los fines de la profilaxis criminal, por razón de los doce meses que sufrió el justiciable en detención preventiva, cuyos efectos beneficiosos para él y para la comunidad ya están dados y no van a cambiar porque aquí se absuelva. Solo que una condena apenas sí lo afectaría a él por razón de su hoja de vida, cual es el deseo único de la parte civil.

Y si el legislador en muchos casos, por razones de política criminal, crea normas que envuelven la rehabilitación y el perdón, utilicemos también las parodias y démosle a Juan Camilo "una segunda oportunidad", si de accidentes de tráfico se trata, que en los rigores del foro es apenas la primera.

Por eso, el Juzgado Quince Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *deniega la contraevidencia del veredicto*, que demanda la fiscalía. Y en su defecto, con soporte en él, *absuelve a Juan Camilo Santamaría Cárdenas*, de notas personales conocidas en el proceso, por las hipótesis de "homicidio" y "lesiones personales", por las cuales se le hizo comparecer en juicio criminal.

Cópiese, notifíquese y consúltese.

FORO HISTÓRICO

Experticio antropológico

El problema de la inimputabilidad de los indígenas en el Nuevo Código Penal

Doctor LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ

Licenciado Honoris Causa en Antropología, Universidad de Antioquia.

Profesor de la Facultad de Derecho en la misma Universidad.

NOTA: Con el fin de ubicar mejor el tema del experticio dentro de la problemática que la situación del indígena ha planteado y plantea en nuestra legislación, el autor ha hecho, para esta publicación, algunas consideraciones previas contenidas en la presentación.

PRESENTACIÓN

¿Por qué se producen dictámenes antropológicos en los juicios penales adelantados contra indígenas?

El Código Penal colombiano que rigió hasta enero de 1981, no mencionaba a los indígenas de manera particular. La Corte Suprema de Justicia, hubo de pronunciarse entonces en repetidas oportunidades¹ sobre la aplicabilidad del estatuto a los habitantes indígenas de la República, considerando la existencia de algunas normas cuya posible vigencia se discutía en cada oportunidad. Se trata del art. 1º de la ley 89 de 1890 que a la letra dice:

"La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones. En consecuencia, el gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas".

Igualmente el art. 2º de la ley 72 de 1892 que reza:

"El gobierno reglamentará de acuerdo con la autoridad eclesiástica, todo lo conducente a la buena marcha de las misiones, o podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer la autoridad civil, penal y judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales hasta que, saliendo del estado salvaje, a juicio del poder ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellos".

¹ Corte Suprema de Justicia. Casación del 23 de julio de 1948, *Gaceta Judicial*, vol. LXIV (2064-5), pág. 864; Casación del 14 de mayo de 1970, *Gaceta Judicial*, vol. CXXXIV (2326-8), págs. 303-16.

Con base en el Código Penal de 1936, en sus arts. 4° [“La ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el derecho internacional”], 11 [“Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código”] y 432 [“Deróganse el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley”], la doctrina y la jurisprudencia nacionales estuvieron repetida y sucesivamente vacilantes frente a la vigencia de las disposiciones trascritas anteriormente.

Cuando se consideraba que estaban vigentes, fundamentalmente por su especialidad frente al Código, era evidente entonces que no había jurisdicción con competencia en Colombia para juzgar a los indígenas de quienes se pudiera predicar, siguiendo la terminología del pasado siglo, que se encontraban en estado de salvajismo o semisalvajismo. La Constitución impide que la actividad jurisdiccional se delegue y la reglamentación misma enunciada por el art. 2° de la ley 72 de 1892 para que los misioneros administraran justicia, no llegó a hacerse. Vigentes entonces los preceptos y declarado judicialmente el estado de salvajismo o semisalvajismo del sujeto, previos los peritazgos de rigor, el juez debería entonces abandonar al indígena a su propia suerte, dejándolo en las puertas del lugar de reclusión para decirlo gráficamente.

Por el contrario, si se consideraba que regían solo las prescripciones del Código Penal y que estas derogaban la legislación del siglo pasado, entonces se trataba de resolver bajo qué presupuestos podría ser juzgado y si le eran aplicables penas o medidas de seguridad.

Evidentemente que estos nuevos problemas solo se planteaban en aquellas contadas oportunidades en las cuales se tenía conocimiento de la comisión de un delito por parte de un indígena y ya dentro del proceso se establecía pericialmente que se le podría considerar como “salvaje” o “semisalvaje”.

Dentro de las innumerables situaciones prácticas que se presentaban, podremos ejemplificar la complejidad de la situación con las siguientes:

1) En las regiones más apartadas, buena parte de los delitos cometidos por los indígenas eran (y seguirán siendo) desconocidos por las autoridades colombianas, no solo por la razón geográfica, sino porque muchas veces los patrones culturales de sus respectivas comunidades, imponen un absoluto silencio hacia el exterior.

2) Si el juez tenía conocimiento del delito y aceptaba la vigencia de las normas del siglo pasado, dejaba en libertad al indígena “salvaje” o “semisalvaje” aduciendo falta de competencia. Esta libertad se producía después del variable período de detención preventiva sufrida en una cárcel común.

3) Si el juez no aceptaba la vigencia de las antiguas disposiciones tomaba uno de estos dos caminos:

a) Se desentendía por completo del carácter indígena del ciudadano, lo juzgaba como a cualquier otro colombiano y le imponía el mismo tipo de condena.

b) Se interesaba por determinar, mediante peritajes antropológicos el carácter indígena del sindicado y la posibilidad de que pudiera considerarse, siguiendo la terminología del siglo pasado, como “civilizado” (caso en el cual se

le juzgaba conforme a las normas vigentes para el resto de los ciudadanos) o como “salvaje” o “semisalvaje”. En estas dos últimas hipótesis, el juez resolvía el caso mediante los más variados malabares y esguinces.

Desde 1950 la Procuraduría Primera Delegada en lo penal, sostuvo ante la Corte Suprema de Justicia la aberrante tesis de que: “Como esos sujetos, dada su insuficiencia síquica (moral, intelectual y afectiva), pueden asimilarse a un retrasado mental o a un menor de edad, como los equipara la expresada ley 89, los hechos delictuosos realizados por ellos deben sujetarse a las medidas de seguridad establecidas por el Código actual que son las más adecuadas para obtener la readaptación a la vida social respecto de esa clase de delincuentes. Especialmente las colonias agrícolas serían la medida represiva mejor indicada como sanción para los indígenas, teniendo en cuenta su idiosincrasia rústica y su buena capacidad para las labores del campo”².

Algunos predicados que aquí vale la pena simplemente exponer son: La insuficiencia síquica (moral, intelectual y afectiva) de los indígenas. El hecho de que puedan equipararse a retrasados mentales o a menores de edad (para materias no civiles para las cuales fue con una finalidad protectora como se hizo la asimilación). Que de la aplicación de una medida de seguridad se siga la readaptación (sin saber si existe desadaptación) para la vida social (sin saberse si es dentro de su propio grupo, porque muchas veces el delito puede consistir en una conducta que la propia cultura reclama como necesaria y adecuada aunque el ordenamiento jurídico colombiano la repruebe y prohíba como delito).

Sobre la base de esta cadena de prejuicios, los indígenas “salvajes” o “semisalvajes” eran sometidos a medidas de seguridad forzando, o estrangulando más bien, el alcance del art. 29 del desaparecido Código Penal, que a la letra reza: “Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro”. El mencionado capítulo II consagraba las medidas de seguridad.

El indígena se asimilaba entonces, sin saberse cómo, a enajenado mental, o a intoxicado crónico o a grave anómalo síquico.

Tal es, en apretada síntesis descriptiva, el panorama que en la vigencia del Código anterior se presentaba para los indígenas. Y era para dejarlos en libertad por falta de competencia o para tratarlos como inimputables, para lo que se solicitaban los dictámenes de los peritos antropólogos, dictámenes que deberían ser rendidos en términos de antropología cultural o social, porque el carácter del individuo en cuanto a su situación cultural no era un problema de individualidad sino de patrones colectivos.

Vimos indígenas sindicados de asesinato, que reían abierta y estrepitosamente en los interrogatorios o en la audiencia pública en la cual se les juzgaba. Ese ritual seguramente les parecía tan extraño, cómico y carente de sentido,

² Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, citada por ALFONSO REYES E., en *La imputabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1976, pág. 152.

como pudiera serlo para uno de nuestros magistrados —que incursionando por un territorio indígena, hubiera violentado alguna de las innumerables prohibiciones del grupo, desconocida para él, el hecho de que se le juzgara en medio de una danza, mientras se iban arrojando huecesillos sobre un puñado de cenizas y de plumas.

Y dado el carácter indefinido de las medidas de seguridad, vimos indígenas condenados que permanecían largo tiempo en reclusión, no sabemos si esperando que dejaran de ser “indios”, o que se readaptaran a vivir en su medio mediante un proceso de readaptación bien discutible y sin estar desadaptados, o que, finalmente, se adaptaran para vivir en otra sociedad, en la de los “civilizados”, en la cual siempre serían segregados y desadaptados.

Veamos ahora lo que ocurre y lo que probablemente habrá de ocurrir en materia penal a los indígenas colombianos, en virtud de la vigencia del nuevo Código Penal (decreto 100 de 1980).

En el título V del libro I (Parte general), al referirse a las medidas de seguridad, el art. 96 sobre “Otras medidas aplicables a los inimputables”, en su inciso tercero dispone: “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

Si el precepto quiso superar de una vez por todas la vieja disputa sobre la vigencia de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892, a fe que no logró su objetivo. Solo para los indígenas “inimputables por inmadurez psicológica” se ha legislado y por lo tanto, con relación a todos los demás que puedan ampararse bajo la caduca clasificación de “salvajes” o “semisalvajes”, seguirá el debate, porque no parece posible aceptar que el solo hecho de estar ubicado cultural o socialmente dentro del “salvajismo” o “semisalvajismo”, permita afirmar la inmadurez psicológica del sujeto. No se puede forzar el término de “inmadurez psicológica”, propio de la psicología, hasta el punto de que llegue a convertirse en un problema cultural, ni mucho menos racial.

La casuística que habrá de presentarse cuando comparezca ante los jueces penales un ciudadano indígena, puede resumirse así:

1) Si el juez opina que los preceptos del siglo pasado han dejado de regir, tratará al indígena como a cualquier otro ciudadano, con la única diferencia de que si se tratare de un inimputable por inmadurez psicológica, y solo por esa causa —porque claramente se ve que puede haber otras que lo hagan inimputable— le impondrá la medida de reintegrarlo a su medio ambiente natural.

El indígena inimputable por causas diferentes a la inmadurez psicológica (que, repetimos, es un fenómeno propio de la psicología y que no se da por el solo hecho de desconocer una cultura y una lengua) deberá ser sometido a las restantes medidas de seguridad contempladas por el Código. Así, si fuere inimputable por enfermedad mental permanente, se le internará en establecimiento psiquiátrico o clínica privada de carácter oficial, al tenor de lo dispuesto en el art. 94.

Si fuere inimputable por enfermedad mental transitoria se le internará en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial, según el art. 95. Y si

fuere inimputable por razones diferentes a las mencionadas enfermedades y a la inmadurez psicológica, como sería el caso de algunos sordomudos por ejemplo, se le internará en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola, en virtud de lo preceptuado en el art. 96, cuyo segundo inciso establece:

“Esta medida tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un máximo indeterminado. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en el cual se desenvolverá su vida”.

Aquí vale la pena llamar la atención sobre dos problemas:

En primer lugar, uno de orden práctico, consistente en la imposibilidad de que en tales establecimientos un indígena adquiera “adaptabilidad al medio social en el cual se desenvolverá su vida”, salvo el caso de que la medida de seguridad acarree la consecuencia de desarraigarlo de su propia comarca.

En segundo lugar, un problema técnico que dejamos planteado a los especialistas y que es el de determinar a quiénes, fuera de los mencionados sordomudos, se destina la medida de seguridad que venimos comentando últimamente. Porque según el art. 31 del Código, solo es inimputable quien en el momento de ejecutarse el hecho punible no tuviere capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental, exclusivamente. Y ya vimos cuáles medidas se aplican a los enfermos mentales permanentes o transitorios, de donde se debe entender que la medida del art. 96 solo puede destinarse a los inmaduros psicológicos, sin que nos sea dable precisar la cabal extensión del concepto y ni siquiera afirmar si la sola sordomudez de persona no cultivada educativamente, pueda llamarse inmadurez psicológica.

2) Si el juez cree, con base en el argumento de la especialidad de los preceptos, que aún rigen las normas de 1890 y 1892, tratará al indígena “civilizado” como a cualquier otro ciudadano, aunque tampoco es un absurdo que lo someta a dictámenes para tratar de establecer si es inmaduro psicológicamente, puesto que la disposición del art. 96 del Código no hace diferenciaciones culturales y por lo tanto parece asumir un criterio racial exclusivamente. Si se procediera de esta manera, podríamos tener un indígena “civilizado”, inmaduro psicológicamente, reintegrado a su medio ambiente natural, que por ser “civilizado” ya, no sabríamos a ciencia cierta cuál debería ser.

En este mismo caso, cuando se tratare de indígenas “salvajes” o “semisalvajes”, el juez declararía su incompetencia para juzgarlos y de hecho tendría que ponerlos en libertad, salvo el caso de que se pudiera predicar de ellos su inmadurez psicológica, caso en el cual ordenaría su reintegro a su medio ambiente natural, pretextando que solo para esa específica situación se legisló en el nuevo Código y que por lo tanto para los demás casos siguen vigentes las precitadas y casi centenarias disposiciones.

En el futuro, es previsible que los dictámenes se solicitarán a los antropólogos y psicólogos, en dos sentidos diferentes:

1) Cuando se trate de declarar la incompetencia del juez, con base en su opinión sobre la vigencia de las viejas normas, el peritaje debería ser solo antropológico, para que se diga si el indígena es "civilizado", "salvaje" o "semisalvaje". Este es un dictamen principalmente de antropología cultural y social, a no ser que aun el carácter de indígena del sindicado se encuentre en discusión, caso en el cual deberá hacerse un peritaje también de antropología física.

2) Cuando se tienda a establecer si el indígena es inimputable deberán solicitarse exámenes tanto de antropología como de sicología, y si fuere el caso, de psiquiatría. El antropólogo responderá sobre lo que es la cultura del respectivo grupo, sus creencias, prohibiciones, regulaciones, autoridad, escala de valores, etc. Sobre esta base, el psicólogo podrá afirmar si el indígena es inmaduro psicológicamente o si, sin serlo, puede predicarse de él otra forma de inimputabilidad por incapacidad de comprender y querer su acto.

Es de esperarse que la petición de dictámenes se haga en términos suficientemente claros y específicos, máxime si se tiene en cuenta que van a ser resueltos por profesionales que no necesariamente deban conocer la terminología penal.

Finalmente, digamos algo con relación a la medida de seguridad que ideó el legislador para los indígenas inimputables por inmadurez psicológica:

Hay que pensar que la finalidad perseguida fue sana y que podría tender a garantizar el respeto por las culturas indígenas. Sin embargo, resulta discriminatoria frente a los demás indígenas, imputables e inimputables por causas diferentes; y es igualmente peligrosa y hasta con visos de inconstitucionalidad, por cuanto no solo permite de hecho a las autoridades del grupo indígena o a sus integrantes la aplicación de justicia según sus costumbres, delegando una facultad indelegable, sino que en buena parte de las comunidades indígenas implicará el ejercicio de una venganza privada que puede significar la imposición de una verdadera pena de muerte.

Hemos encontrado casos de indígenas en varias cárceles del país, que nos han rogado que no hagamos nada por sacarlos de la prisión, por cuanto no se sienten capaces de vivir en las ciudades y no pueden regresar a sus lugares nativos porque saben que a la primera oportunidad se les dará muerte, en cumplimiento de un deber sagrado que la sangre impone a los familiares de las víctimas.

Cabe preguntarnos, para terminar: ¿cómo puede explicarse que la tradición jurídica de la mayor parte de los Estados, niegue la posibilidad de conceder la extradición cuando haya riesgo que al extraditado se le imponga la pena de muerte, y en Colombia se vaya a conceder una especie de extradición interna con la consecuencia casi segura de que se dará muerte al ciudadano? ¿Sí se compadecerá esta norma con la obligación constitucional de garantizar la vida de los ciudadanos?

Medellín, 27 de marzo de 1981.

Medellín, 10 de septiembre de 1980

Señor doctor
Leonel Calderón Cadavid
Juez Quinto Superior
E. S. D.

Referencia: Dictamen pericial de carácter antropológico sobre los ciudadanos indígenas Nemesio, Luis Angel y Alejandrino Majoré Domincó, juzgados por el delito de homicidio.

Designado por el señor juez como perito antropólogo, para el caso de la referencia, paso, con todo comedimiento, a rendir mi dictamen.

1. METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Para la obtención del presente dictamen me he valido de tres tipos de materiales, así:

1.1. *El expediente:* Fue estudiado con criterio exclusivamente antropológico, sociológico, lingüístico y literario. Todo cuando hay en él que permita obtener informaciones de interés antropológico, fue cuidadosamente examinado.

1.2. *Las entrevistas:* En los consultorios de Medicina Legal, en un ambiente calmado, sin testigos, sin prisa, sin interrupciones, se realizaron dos entrevistas con los sindicados Alejandrino y Luis Angel Majoré, utilizando procedimientos aptos para la comunicación con personas de rasgos culturales diferentes a los del entrevistador. Mapas; banderas; escudos; palabras en lengua catía; palabras en español; láminas de animales y de plantas; nombres de santos, de gobernantes y de autoridades eclesiásticas; estampas de la iconografía cristiana; palabras relativas a la cronografía y a la geografía, colores, fueron algunos de los instrumentos materiales en torno a los cuales se realizaron las entrevistas, previamente preparadas, pero sin cuestionario escrito para poderlas adaptar a las circunstancias con entera flexibilidad. Sobra decir que se trató por todos los medios técnicos de que los entrevistados entendieran claramente que no se buscaba ninguna información sobre los hechos por los cuales se encuentran privados de su libertad. Si ellos llegaron a ser mencionados, fue solo tangencialmente y más por iniciativa de los entrevistados que del perito. Una de las entrevistas fue individual para cada ciudadano y las restantes colectivas, pues en tratándose de problemas de antropología cultural era más revelador ese medio de comunicación, aunque no es de una entrevista de donde se puede obtener la caracterización de una cultura, y esa misma consideración me llevó a descartar la posibilidad de insistir en una reunión con el sindicado Nemesio

Majoré, quien no fue llevado a Decypol. Honradamente pienso que estas entrevistas, al fin y al cabo tan artificiales por las circunstancias que las rodean, son inútiles para hacer dictámenes de antropología cultural. Lo que se impone y ojalá se pueda realizar, es un estudio de campo.

1.3. *Revisión bibliográfica.* Se revisó la bibliografía suficiente sobre técnicas de investigación social, sobre procesos y problemas de aculturación y sobre cultura de los catíos, grupo al cual pertenecen los ciudadanos Majoré Domincó, tanto por los aspectos raciales, como por el lingüístico y cultural y por su procedencia geográfica.

Dentro de esta biografía sobre cultura catía, sirvió de base la propia experiencia y los estudios anteriormente realizados por el perito.

2. RESPUESTA AL CUESTIONARIO DEL SEÑOR JUEZ

El cuestionario que el señor juez se dignó plantearme implica tan solo el estudio de las categorías, tecnología, economía y religión. Pero como de tales manifestaciones culturales no puede sacarse una conclusión completa sobre lo que es la vida y la situación del grupo, he debido sobrepasar los límites del encargo y estudiar además la organización social y política, los sistemas simbólicos y la escala de valores éticos, con el ánimo de poder ofrecer una visión más completa sobre la cultura del grupo al cual pertenecen los entrevistados y obtener, allí sí, las conclusiones respectivas. Absolver diligentemente el cuestionario requeriría, además de mucho tiempo, una observación directa, altamente deseable, de la comunidad indígena catía de la vereda "La Soledad", corregimiento "La Encarnación", municipio de Urrao, Antioquia. El fruto de tal trabajo sería una verdadera monografía sobre la mencionada comunidad.

El estudio que se realizó versa exclusivamente sobre antropología cultural y social. Se dejó de lado lo relativo a antropología física, no solo por no estar ordenado por el señor juez, sino por el hecho de que el carácter racial indígena de los ciudadanos entrevistados no ha sido puesto en tela de juicio, y, más bien, aparece demostrado en el expediente y, además, se evidencia, por lo menos fotográficamente al observar a los mencionados señores, quienes por algún prejuicio o aleccionamiento dicen pertenecer a familia de "libres" (blancos).

2.1. *Categorías culturales.* Bajo este título mencionaré sinóptica y brevemente los rasgos distintivos de la comunidad indígena a la cual pertenecen los hermanos Majoré Domincó, sin que necesariamente tales comportamientos culturales se den o sean practicados por ellos, como sujetos individuales. La cultura se describe en torno a modelos generalizados, dentro de los cuales siempre y en todos los lugares se han presentado variaciones particulares.

2.1.1. *Tecnología.*

2.1.1.1. *Instrumentos y recipientes.* Para todas las faenas del agro y del hogar, se sirven de instrumentos y herramientas producidos industrialmente y adquiridos en el comercio de los municipios de Urrao y Frontino. Escasean las armas de fuego y se reducen a unas cuantas escopetas, patrimonio de los más "ricos". Usan machetes, peinillas, rulas, barras, cuchillos, azadones, palas,

alambre de púas (en mínima cantidad), etc. Solo algunos instrumentos y utensilios hogareños son fabricados por ellos mismos de acuerdo con los sistemas tradicionales: chinchorros, esteras, chinas o sopladoras, callanas y ollas de barro (emplean con mayor frecuencia las de aluminio). La cestería está prácticamente desaparecida. Se valen de cortezas de cucurbitáceas (calabaza) como otra forma de recipientes. Fabrican canoas de madera y bongos para alimentar sus animales.

2.1.1.2. *Caza, pesca y recolección.* Prácticamente ha desaparecido la caza. En los montes y rastros hay algunas variedades de monos, conejos, ardillas, armadillos, tigrillos y guaguas, y pocas aves de buen tamaño. Su caza y consumo es ocasional y no constituye fundamento estable o permanente de su régimen alimenticio. La caza, si bien se consumen sus productos, se practica más bien casi como costumbre ancestral.

La pesca se practica con frecuencia y las especies que se encuentran, de tamaño reducido, hacen parte ocasional del régimen alimenticio. Generalmente al anochecer, los adultos dedican algún tiempo a la pesca, sirviéndose de anzuelos metálicos comprados en establecimientos comerciales. Pescan en los ríos Calles, Venados, Penderisco, Nemonódó, etc.

La recolección de frutos silvestres es de poca significación en su régimen alimenticio, como corresponde a comunidades sedentarias. Algunos frutos silvestres, como ajíes, guayabas, cidras, vitorias, etc., hacen parte de sus comidas.

2.1.1.3. *Agricultura.* Es la base de su actividad tecnológica y económica. Tradicionalmente los catíos, desde antes del descubrimiento de América, eran agricultores. Cultivan principalmente café, maíz, fríjol, caña (ellos mismos, en trapiches manuales, de madera, producen el guarapo y la miel), aguacate, arracacha, yuca, plátano, mangos, limones, cacao (en muy poca cantidad) y pastos.

Los sistemas de siembra son los tradicionales: desmonte, quema, arado, siembra, aporques y recolección de la cosecha.

2.1.1.4. *Ganadería y especies menores.* Muchas familias poseen entre una y cuatro cabezas de ganado vacuno y un equino. Se sirven de la leche y de la carne de los vacunos que mueren por enfermedad o por accidente. De vez en cuando venden un ejemplar vacuno.

En todas las casas hay varios cerdos, hasta veinte gallinas y algunos patos y palomas. Los mantienen sueltos y los alimentan principalmente con desperdicios y maíz.

Igualmente tienen uno o dos perros y en algunas casas, uno o varios gatos.

2.1.1.5. *Trasporte.* La región está cruzada por caminos de herradura y por senderos transitables solo a pie. La mayor parte de las movilizaciones se efectúan a pie. Para ir de "La Soledad", lugar de residencia de los entrevistados, al corregimiento de "La Encarnación", se demora mínimo dos días a pie, a buen paso y más de un día a caballo. De "La Encarnación" va carretera hasta el área urbana de Urrao. El camión tarda de 1 a 2 horas (este último dato no pude verificarlo plenamente).

A pie y valiéndose de costales y otros recipientes, trasportan los frutos hacia las casas. Resulta de cierto privilegio hacer uso de las cabalgaduras, máxime cuando no todos los lugares se conectan por caminos aptos para el paso de las bestias. Usar carro de "La Encarnación" a Urrao y viceversa es todo un acontecimiento, pero debe hacerse uso de tal medio debido a la distancia.

2.1.1.6. *Vestido y adornos.* El vestido está totalmente trascurado. Usan la ropa de un campesino pobre; botas de caucho, que son un lujo, porque generalmente van descalzos; sombrero de paja o aun de plástico. Prefieren los tonos vistosos. A veces usan el vestido tradicional, como mero complemento del restante atuendo; se trata de una pieza de tela negra o de un color fuerte, rectangular, similar a un poncho, que se anudan al cuello y con la cual se cubren cabeza y cuerpo. Es como si se envolvieran en una sábana y en tales casos no portan sombrero. En otras oportunidades simplemente portan una toalla como complemento del vestido y a la cual le encuentran muchas utilidades.

Practican la pintura facial y de extremidades superiores e inferiores, en colores rojo y negro (muchas veces ya no preparan los colores naturales sino que compran barras de pintura labios). Esta pintura usada por hombres y mujeres, les demanda gran cuidado y la usan principalmente para ciertos acontecimientos tales como matrimonios, fiestas o salidas al pueblo.

Son aficionados a los collares de *chaquiras* y de metal, pero ese es un lujo que su pobreza no les permite darse en todos los casos.

2.1.1.7. *Vivienda.* Su vivienda, como es tradicional entre los catios, es pallética (levantada sobre pilotes). Usan tanto casas de techos a dos aguas (rectangulares) como casas circulares de techo cónico. Toda la construcción es de madera y el piso o plataforma de la casa se eleva de uno a dos metros sobre la superficie de la tierra. El techo es de teja de comino o de otras tablas, si se trata de casas rectangulares, y de paja (iraca, palmichos, etc.), si se trata de casas circulares, en cuyo caso, la cima de la construcción es una vasija de barro, invertida, reteniendo la cúspide del empajado.

Casi todas las casas tienen zarzo, y tanto a él como a la plataforma principal se sube por un tronco en el cual se hacen previamente muescas.

Las casas circulares carecen por completo de paredes y divisiones. En la plataforma se desarrolla toda la actividad de la familia, incluso la cocina. Debajo de ella, en medio de la basura, deambulan los animales domésticos y los niños.

No hay letrinas.

En los zarzos almacenan los productos durables (maíz y frijol).

Las casas rectangulares son ya producto del cambio cultural y algunas tienen paredes exteriores y puertas de madera.

La vivienda solo tiene por muebles algunas esteras, cajones y troncos.

2.1.2. *Economía.*

2.1.2.1. *División del trabajo.* La división del trabajo sigue las pautas ordinarias de división por edades y por sexos. Falta división exclusivamente cultural del trabajo, que es la división por especialización.

Los niños, en su primera infancia, juegan y pronto empiezan a ayudar a los padres, de acuerdo con su sexo. Hacia los diez años, niños y niñas ya comparten en gran medida la actividad laboral de los mayores.

Las mujeres se ocupan de todas las faenas del hogar: conseguir y rajar la leña, preparar los alimentos y el guarapo fermentado, moler la caña, cuidar los niños, ayudar en la recolección de las cosechas, principalmente la del maíz. Lavan y arreglan la ropa, cuidan los cerdos y las aves. Últimamente la pobreza las ha impulsado a ayudar cada vez más en las faenas agrícolas que antes eran exclusivamente del hombre.

Los hombres se dedican a todas las faenas agrícolas y al cuidado de los vacunos y caballares. Son ellos quienes venden los cerdos en las poblaciones y con el dinero de la venta compran alimentos, utensilios, herramientas, ropas y jabón.

Casi ninguna suma de dinero se destina a los cuidados de la higiene y la salud. Ante las enfermedades usan alguna pastilla analgésica, remedios caseros (emplastos y bebidas), y si el caso es grave y los medios lo permiten, sacan al enfermo al centro de salud de "La Encarnación" o al hospital de Urrao.

2.1.2.2. *Propiedad privada y tenencia de la tierra.* Existe entre ellos un pleno concepto de la propiedad privada sobre todas las cosas, ejercida por los miembros cabeza de familia. El padre dispone de los bienes de la familia hasta que los hijos empiezan a separarse.

A pesar del concepto de propiedad privada, existe una gran solidaridad entre ellos, principalmente en lo relativo a hospitalidad (también con los extranjeros) y a compartir los alimentos. El que no los tiene acude a sus vecinos y se le suministran, sin entender que se trata propiamente de un préstamo, sino a sabiendas que cuando se ocurre, encontrará reciprocidad.

Otra de las manifestaciones de la cooperación es la práctica ancestral de los llamados convites. Cuando alguno necesita realizar un trabajo de grandes proporciones para desmontar una parcela, para sembrar pasto o maíz, se pone de acuerdo con el mayor número posible de indígenas varones, quienes trabajan uno o varios días para él, sin cobrar salarios. La única condición que existe es que el beneficiado con el convite, ofrecerá los alimentos y organizará fiestas o bebezones nocturnas para los participantes. Esas fiestas, la mayor parte de las veces degeneran en riñas y altercados violentos, dado el exceso en el consumo de chicha y de guarapo. Hay baile y la fiesta solo acaba cuando todos están borrachos o se terminan los alimentos. Existe la costumbre de "decomisar" las armas (machetes y peñillas) de los asistentes, por parte del dueño de la casa, con el ánimo de evitar, en lo posible, incidentes graves. Ya en el año de 1964, la Madre María de Betania, misionera de la Madre Laura, en su obra *Mitos, leyendas y costumbres* [Madrid, Editorial Colsa, pág. 19], describiendo lo que suele ocurrir en los convites, dice: "...otro que pelea, pero este sí tiene quien le responda. Alguno de ellos sale a encararse con él; luchas a mano (las armas han sido entregadas, al llegar, al dueño de la casa, salvo el caso de uno que otro que deja para estos casos oculto algún cuchillo pequeño). El dueño de la casa, ayudado por alguno de los que no tienen muy perdida la cabeza por la embriaguez, aparta los contrincantes y si la escena se va poniendo fuerte, al

cepo con ellos. En cada casa de fiesta, ponen como primer preparativo, el poco elegante adorno de un cepo, enteramente indispensable para evitar grandes desórdenes". Anoto que la costumbre del cepo ya está prácticamente desaparecida.

Y en el mismo sentido, el Padre Constancio Pinto García, en su obra *Los indios catíos, su cultura, su lengua* [volumen 1º, Compás ediciones, 1978, Medellín, pág. 66], observa: "Muchas veces terminan acuchillándose. Aunque el dueño de la «bebezón» hace guardar las armas antes de empezar la fiesta, algunos logran esconderlas entre la ropa o las buscan, llegada la hora. Rara es la «bebezón» en que no resulten varios heridos y hasta algún muerto. En la bebezón, el número de las mujeres es muy inferior al de los hombres. Ya se va entrando por la costumbre de bailar en parejas, pero manifiestan poco agrado por esa forma de hacerlo".

En cuanto a la tenencia de la tierra, cada familia posee sus parcelas sin títulos de ninguna clase. Quien se une maritalmente, trata de buscar montaña adentro o logra que parientes y amigos cercenen de sus propiedades para darle a él, o les compra, para pagarlo con el fruto de la venta de cosechas y de cerdos y ganados. Hasta el momento no han sido hostigados seriamente por colonos y no padecen problemas graves por falta de tierra. Se podría decir que cada familia posee la que es capaz de cultivar y lo que necesita para satisfacer las necesidades propias de su género de vida, que es de la mayor miseria.

Algunas de las parcelas limitan con fincas de blancos (o libres como ellos los llaman), pese a lo cual, hasta donde les es posible, no se emplean como jornaleros.

2.1.2.3. *Consumo de los productos. Dinero.* De lo que cada familia produce, solo le quedan como excedente para venta o intercambio los cerdos que engorda y algunas pequeñas cantidades de café y de maíz. Esporádicamente, una o varias reses, las cuales casi siempre son vendidas a los demás miembros de la comunidad o a los colonos y finqueros colindantes, al igual que se hace con los caballares, que cambian de dueño indefinidamente, casi siempre como producto de trueques.

Las ventas, casi reducidas a los cerdos, se realizan muy pocas veces en "La Encarnación" (tres o más días de camino, despacio, para poder sacar los animales) y la mayor parte de las veces en Urrao (desde "La Encarnación" los llevan en camiones). Así las cosas, solo se justifica tan penoso viaje cuando se tienen tres o cuatro cerdos (de una o varias familias) listos para vender. Se trata de animales generalmente de mala calidad y poco peso, en cuya crianza no se han tenido en cuenta las más mínimas medidas sanitarias, por lo cual mueren muchísimos dejando a los indígenas sumidos en la mayor miseria.

En "La Encarnación" y en Urrao hay compradores fijos para los cerdos y otros productos. Los precios son a veces ínfimos en relación con los que se pagan a otros productores. Con ese dinero, el indígena compra comestibles (sal, panela, arroz, carne), herramientas y utensilios, jabón, telas, pilas para grabadora y para linternas y transistores, y cuando las ventas son buenas compra grabadoras y radios de pilas. Igualmente reserva dinero para el transporte y pa-

ra una gran borrachera que hombres y mujeres (todos cuantos hayan salido al pueblo) se darán antes del regreso. Ni siquiera los niños se eximen de esta práctica.

Una vez en sus tierras, prácticamente nada podrían comprar y el dinero no se requiere, más que para las nuevas salidas.

2.1.3. *Organización social y política.*

2.1.3.1. *La familia. El matrimonio.* La familia es la célula básica de la organización social. Un varón catío, su mujer y sus hijos constituyen la unidad familiar a la cual solo se viene a agregar algún pariente anciano o viudo, desvalido. Cuando es la mujer quien enviuda se acostumbra que el último de sus hijos varones permanezca viviendo con ella, aún cuando contrae matrimonio, caso en el cual lleva a su mujer al hogar materno.

Tampoco son infrecuentes los casos en los cuales es el varón quien va a vivir a la casa de su mujer, sobre todo cuando la madre de esta es viuda.

Rige una absoluta monogamia y endogamia (en el sentido de que los matrimonios solo se contraerán con otras personas de la propia comunidad indígena), siendo prácticamente inexistentes los matrimonios con blancos o "libres", parece que por aversión recíproca a tales uniones, lo cual no obsta para que se den relaciones sexuales esporádicas y muchas veces forzadas y aun amancebamientos, entre indias jóvenes y blancos de la región. Tales relaciones tienen un carácter casi clandestino y en general son mal vistas por la comunidad.

Las regulaciones del incesto son poco precisas y en general puede decirse que solo son tajantes en tratándose de consanguíneos ascendientes-descendientes y hermanos. Tampoco son bien miradas las uniones de tío-sobrino, suegra-yerno.

En los restantes grados de consanguinidad y de afinidad, no hay ningún reproche para las uniones, las cuales en la mayoría de los casos se contraen entre primos hermanos.

Han adoptado sus sistemas de determinar el parentesco a nuestro propio sistema, pero con algunas imprecisiones, tales como la de confundir primo y sobrino, primo y tío, y la de no pasar, hacia los orígenes, de la relación de abuelo (no se habla de bisabuelo) y de no pasar tampoco de primo hermano (desconocen el parentesco de primo segundo). Muchas veces al hablar de primo o de tío, pueden estarse refiriendo a un pariente lejano.

Los apellidos se transmiten por línea patrilínea-matrilínea, sin que nadie se preocupe de pasar de un segundo apellido. En definitiva, los apellidos no importan y es frecuente el caso de que muchos adultos no lo sepan.

La autoridad familiar la desempeña íntegramente el varón, quien es amo y señor de su mujer, a quien frecuentemente y con plena aceptación, propina tremendas palizas. La mujer se limita a leves reprensiones a sus hijos más pequeños.

Prácticamente no existe rito matrimonial. Son muy contadas las parejas que concurren a buscar ceremonia religiosa, entre otras cosas por razón de los impedimentos canónicos de parentesco, pero no solo por eso, sino principalmente porque no encuentran ninguna necesidad social ni religiosa de hacerlo. Fue más frecuente el matrimonio religioso a fines del siglo pasado y principios del presente.

El joven, empieza a visitar la casa de la muchacha con quien quiere vivir, amparado muchas veces por el parentesco. Cualquier noche tiene las primeras relaciones sexuales y a los pocos días hacen saber a los padres de la muchacha que empezarán a construir un tambo para irse a vivir juntos (ninguno de los contrayentes pasará de veinte años, en general).

La pareja convive generalmente de por vida. Muy pocas veces hay separaciones y en tales casos pueden organizarse nuevas uniones, al igual que en los casos de viudez. La separación se hace con la mayor naturalidad y consiste en expulsar a la mujer de la casa, junto con los hijos, cuando ya se le ha conseguido remplazo.

Fuera del parentesco con los padres, hijos y hermanos, no se preocupan mayormente de averiguar y constatar los nexos que los unen con otros miembros de la comunidad. Es muy frecuente que no se sepa quiénes son los tíos, los primos, los abuelos y que a pesar de tener muchas relaciones con ellos se ignoren los parentescos.

Las mujeres cuidan mucho más que los hombres de reconocer los parentescos y de cultivar las relaciones pertinentes, pero ellas están tan inferiorizadas que incluso es muy frecuente que los esposos desconozcan los nombres de sus mujeres; los hijos desconozcan los nombres de sus madres, y los hermanos los de sus hermanas.

Para referirse a ellas usarán circunloquios tales como "hija de Luis", "hermana de Manuel", etc.

En lo relativo al parentesco y a los apellidos, debe anotarse que, pese a que sus apellidos son generalmente catíos, en algunos casos han tomado apellidos de otros orígenes, tales como Caro, González, Vélez, etc. Igualmente que usan indistintamente el apellido Pulgarín para referirse a Bailarín.

No existe registro civil de las personas, con excepción talvez del bautismal, llevado a cabo por las autoridades eclesiásticas, porque el único rito de la religión que cumplen, en la mayoría de las veces, es el bautismo; caso en el cual han logrado lo que persiguen, que es la asignación de un nombre "oficial" para la criatura.

Como no hay matrimonio civil ni canónico, tampoco habrá registro y, en cuanto a las defunciones, si estas se presentan en el área urbana por cualquier motivo, las autoridades harán las exigencias del caso; si se fallece en las regiones más apartadas y por causas naturales, lo más probable es que el indígena sea enterrado cerca de su casa, sin dar aviso a nadie.

2.1.3. *Organización y autoridades políticas.* La comunidad vive notablemente dispersa desde el punto de vista geográfico; no existe lo que pudiéramos llamar ni siquiera un remedo de aldea. Este hecho, sumado a las "interferencias" o a la "presencia" de la autoridad de los blancos, ha determinado que pierdan por completo sus sistemas ancestrales de gobierno político.

No existe ningún cabildo o consejo que detente cualquier forma de autoridad. Solo el padre de familia en lo suyo y los ancianos más respetados, son objeto de algún acatamiento o consideración, que de ninguna manera tiene las características de verdadero mando político. No se reconocen cacicazgos ni jefa-

turas de ninguna especie, al menos como autoridad efectiva, aunque sí en lo tocante al rango y algunas funciones de tipo casi que ceremonial o simbólico, como el sostenimiento de pequeñas parcelas que sirven de cementerio.

En cuanto a las relaciones con las autoridades de la República de Colombia, se limitan a aceptar, por temor, la existencia de soldados, agentes de policía, inspectores y, a lo sumo, alcaldes. Nunca asocian a estos funcionarios con nada bueno y solo forzosamente aceptan su autoridad, pero tratan de evitarla hasta donde sea posible. Un pequeño o gran pleito sobre linderos o unas lesiones personales no muy graves, no serán llevadas a conocimiento de los blancos por iniciativa de los indígenas. Para ellos, la autoridad lo es porque tiene cárcel, policía y armas, pero les es imposible entender razón de su existencia diferente de la fuerza. El gobierno no es sinónimo de fuerza. En 1924, Fray Severino de Santa Teresa, en su obra *Los indios catíos, los indios cumas* [reimpresa en 1959 como volumen 7° de autores antioqueños por la Imprenta Departamental de Antioquia, pág. 85], refiriéndose al temor que tienen a los soldados, dice: "Y no faltan algunos malintencionados que les asustan con el coco de que los padres les vamos a llevar a los soldados, lo que les infunde tal terror que se remontan a donde ser humano apenas puede llegar". Y comentarios de esta naturaleza se encuentran profusamente en las *Cartas Misionales* y en *La Aventura Misional de Dabeiba*, de la Madre Laura Montoya Upegui, sin que la situación haya variado hasta el presente.

Cuando dan parte a las autoridades de un delito, tiene que ser este de mucha gravedad y generalmente por temor a castigos futuros o para tratar de que la autoridad vengue afrentas injustificadas sufridas por la comunidad. En otros casos, porque les resulta imposible ocultarlo, como cuando acuden a buscar servicios médicos.

No pagan impuestos, y si alguien se los cobrara, entenderían esto como un atropello más. No siguen procesos de sucesión, sino que la familia sabe muy bien a quién deben corresponder los bienes del difunto.

Conceptos tales como Antioquia, Colombia, América, Europa, Roma, París, Rusia, Estados Unidos, no les dicen absolutamente nada. Bien pudieran ser para ellos nombres de personas o de ríos o de animales.

Solo los nombres de las veredas que conocen o de los municipios donde han estado ellos o sus parientes, tienen para ellos alguna significación (Urrao, Frontino, Dabeiba, Chigorodó, Betania, Bolívar y otros pocos). Ignoran que en otras partes de Colombia (que no entienden qué es) viven otros indígenas.

Mencionarles los nombres de veinte gobernadores de Antioquia o de los alcaldes de los municipios donde viven, les resulta totalmente extraño. Ningún prócer de las Independencia les es conocido. Y de la lista de presidentes, si se les llegara a mencionar, lo más probable fuera que reconocieran solo algún nombre para asociarlo, no a que fue presidente, sino a que "es liberal".

Desconocen los símbolos patrios. Igualmente un mapa de Urrao, de Antioquia o de Colombia, no les dice absolutamente nada.

Medellín y Bogotá son palabras que han oído mencionar y para ellos será "donde pueblo" o "donde gobierno" (ese es un pueblo o allá vive el gobierno).

2.1.4. *Religión.* Han perdido todas las formas tradicionales de la religión, la cual entre los catíos siempre se caracterizó por la falta absoluta de rituales, salvo los casos de prácticas curativas, pero estos son más de tipo mágico que religioso.

Ignoran los nombres de sus divinidades primitivas (*Tatzitzatis, Caragasi*) y de la fuerza del mal (*antomía*).

Profesan una creencia vaga en la supervivencia después de la muerte, pero es una supervivencia espiritual y corporal. Los muertos causan muchas dificultades a los vivos y para aplacarlos se acude a prácticas casi que de tipo terapéutico, consistente en baños, lavada del tambo y protección con ciertas ramas.

No tienen imágenes religiosas y solo mantienen una serie incoordinada de supersticiones referentes a la naturaleza y a sus fenómenos. Los animales sus sonidos o cantos, les predicen los acontecimientos.

Hay lugares y árboles y animales encantados, que deben evitarse cuidadosamente.

Carecen de rituales de todo tipo. No hay practicadores religiosos o sacerdotes. La magia es practicada secreta y disimuladamente por personas que ya hoy en día no son verdaderos especialistas, en el sentido de que no viven exclusivamente de eso, sino que ocasionalmente realizan prácticas destinadas a la curación de enfermedades, a base de fetiches, aspersiones, cantos y bebidas. Pero esta actividad es negada rotundamente a los blancos, por miedo a represiones y castigos.

Parece que a fines del siglo pasado, y más a principios de este, tuvieron mayor contacto con la religión católica y de allí les quedó el apego al bautismo, única ritualidad religiosa que practican y la cual cancela, en la mayor parte de las veces, todo su compromiso con la Iglesia. Muy pocas veces asisten a oficios religiosos, más por curiosidad o por deseo de asemejarse al blanco, que por cualquier otra cosa. Ignoran los nombres de los ritos religiosos, los sacramentos, los mandamientos, los nombres de los santos, de los obispos, de los papas. Desconocen la iconografía cristiana. Cualquier imagen, masculina o femenina, será para ellos "una virgen".

2.1.5. *Sistemas simbólicos.*

2.1.5.1. *Lenguaje.* En el hogar y entre ellos hablan casi exclusivamente el catío, que a pesar de tanto tiempo de contacto con el idioma español, se ha mantenido con relativa pureza, cambiando solamente por incorporación de vocablos para designar los nuevos conceptos.

Este hecho hace que los niños prácticamente no hablen ni palabra en español; pero al crecer, cuando van aumentando sus contactos con los blancos, y mayormente en el caso de los hombres, que son los que más se relacionan con aquellos, aprenden un rudimentario lenguaje que les permite sostener conversaciones elementales sobre cosas simples y rutinarias sobre negocios. Hablar con ellos sobre temas relativamente abstractos, resultaría imposible. Ni religión, ni arte, ni política, podrían debatirse con ellos, en idioma español; y en catío no existen los vocablos del caso, porque su cultura no los demanda.

Carecen de escritura, como es general entre los grupos aborígenes colombianos.

Muy pocos saben "echar firma" y podría asegurarse que ninguno sabe leer o escribir. Los más hábiles para el negocio, son capaces de "contar" (hacer algunas cuentas) pero no saben escribir números, ni distinguirlos. Los billetes aprenden a distinguirlos por las imágenes. Ignoran las operaciones fundamentales de la aritmética.

Cuando más, y esto es excepcional, van un año a la escuela, pero necesariamente tienen que aburrirse, porque los niños acuden a oír hablar en un idioma que no entienden y a comportarse de manera que en nada está de acuerdo con su cultura y modo de vida. Los padres consideran muy del caso alejar a sus hijos de las escuelas, lo cual es innecesario en la mayoría de los casos porque no cuentan con posibilidades de asistir, debido a las distancias y a su pobreza.

2.1.5.2. *Arte.* El arte es completamente desconocido. Ni dibujo (ni capacidad de apreciarlo e interpretarlo), ni escultura, ni orfebrería, ni pintura, ni literatura oral (no son capaces de referir ni siquiera una sola tradición, ni un mito, ni un cuento, ni una leyenda), ni cerámica artística (como ya vimos fabrican unas pocas y toscas vasijas, ajenas a todo tipo de ornamentación).

La música autóctona ha desaparecido y sus bailes se realizan al son de cualquier música estruendosa que hacen sonar en radiolas de pilas, cuyos ritmos danzan desacomodadamente siguiendo más bien los pasos y cadencias de la música ancestral. Algunos pocos manejan burdamente guitarras y tiples.

Donde más dejan ver actualmente su interés estético es en la ornamentación de su rostro y de su cuerpo con pinturas.

No saben los nombres de los colores, a excepción de negro y blanco. Todos los otros los designan fácilmente como "colorao".

2.1.6. *Algunas creencias, costumbres y prácticas.* A "La Encarnación" solo salen cada mes, y a Urrao cuando tienen cerdos para vender.

Confunden los nombres de los días de la semana y de los meses. No diferencian los años. Muchas veces no saben sus edades. La hora la miden por el sol o por "el radio".

Se sienten notoriamente inferiores a los blancos o "libres" y eso los lleva muchas veces a predicar que no son indígenas, o que su padre era libre, o que su mujer es blanca.

Para evitarse amonestaciones religiosas y para asimilarse a los blancos dicen que se casan o que practican la religión católica, sin hacerlo. Con respecto a las borracheras tienen dos prejuicios que deben alertar sobre la veracidad de sus afirmaciones en el expediente: Creen que los blancos no castigan lo que se hace borracho y, por otra parte, que reconocer la borrachera puede acarrearle reprimendas de las autoridades civiles y religiosas. Entre ellos no hay ningún reproche para la embriaguez.

En este caso particular, lo que no resulta excepcional, los sindicatos niegan por todos los medios su carácter indígena.

2.2. *Escala de valores éticos.* La falta de creencias religiosas definidas, o nuestro desconocimiento de las mismas, y de sistemas de organización jerarquizada políticamente, hacen que a primera vista no se pueda establecer clara-

mente la jerarquización de sus valores. Por sus ideas y prácticas ancestrales, reseñadas aun por los cronistas, han respetado la vida humana, la propiedad privada, la inocencia de los niños, la regulación del incesto, etc. Pero en el momento actual, pocos más principios éticos y morales podrían agregarse a su escala de valores. Estos que se han enumerado, son tradicionales y simplemente se han visto reforzados al ser concordantes con los que han aprendido de los blancos por el ejemplo o por la instrucción, en diferentes épocas.

La comunidad reprueba el homicidio y lo ha reprobado desde épocas inmemoriales, con algunas variantes: Es más grave dar muerte a un miembro de la comunidad que a un extraño y dentro de los extraños, justifican más fácilmente la muerte de un negro que la de un blanco. En este primer caso se puede encontrar la explicación en el hecho de que la mayor parte de las veces en que un indígena da muerte a un extraño, se trata de prevenir el daño o de reparar un agravio. El blanco que ha matado o herido a un indígena, que lo ha engañado en un negocio, que amenaza con quitarle la tierra, que ha seducido a la mujer o a la hija, etc.

Es tan serio su rechazo al homicidio, que ni el parentesco con el infractor exige de declarar en su contra o de procurar de todos modos su castigo.

Justifican también plenamente la muerte que se da para defenderse legítimamente o para vengar ciertos agravios, así se trate, en tales casos, de muertes de los propios indígenas.

Valdría decir que de acuerdo con los modelos tradicionales de la comunidad, el homicidio está prohibido, es reprochable, y que la pena que se impone a quien lo comete en cabeza de un indígena, es someterlo a la venganza de la sangre, que se ejercerá, calladamente, sin que medien juicios o procesos, sin que intervenga ninguna autoridad del grupo. Esta muerte por venganza no causará conmoción mayor en la comunidad, y los esfuerzos por hacerla conocer de los blancos serán pocos, por no decir que inexistentes. El injusto agresor aparecerá de pronto muerto y la venganza se habrá cumplido.

Cuando media la intervención de las autoridades de la República, los indígenas se reservan, por decirlo de manera gráfica, el derecho de revisar el castigo y si lo encuentran insuficiente, ellos se encargarán de ejercer la venganza. Nuestro ya citado autor, el Padre Pinto García, expresa sobre este punto y otros afines, en las páginas 70 y 71 de su obra: "Esta ley de compensación era usada, y aún lo es, por los indios catíos. Para ellos la sangre es algo muy sagrado. Desde que haya habido heridas de alguna consideración, «hay que pagar sangre», dicen ellos. A este principio los catíos añaden otro: «el que la hace que la pague». Esto está tan arraigado que muchas veces para ellos no satisface la forma de justicia normal, v. gr., los juicios, la cárcel, las multas. Por eso se presentan casos en los cuales resulta muerto por sus enemigos un individuo que acaba de cumplir condenas en la cárcel por el asesinato, pues según ellos, «no había pagado sangre»".

El mismo autor señala que también existe entre los catíos algo similar al sistema de la *compositio*, pero a mi entender este no se presenta en la región que venimos estudiando, y, si acaso, será para faltas de menor gravedad que el homicidio.

En otra parte agrega el Padre Pinto (pág. 71), algo que *sin generalizarlo*, nos parece válido: "También hay que anotar que el sistema carcelario no afecta en gran cosa a los indígenas. Ellos no temen ser apresados ni lo sienten como un castigo excesivo. Incluso se dan casos en los cuales un indio que vuelve del presidio no se corrige, sino que cae nuevamente en delitos, diciendo que la cárcel es muy buena. Vale la pena preguntarnos si realmente hemos estudiado la problemática de la justicia entre indígenas, y si nuestra justicia es una verdadera respuesta a sus problemas, o por el contrario, si es una imposición más, que poco beneficia a los catíos".

3. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

El fondo antropológico del presente dictamen no es otro que el relativo a los problemas de "cambio cultural".

La cultura cambia, se modifica o se transforma en virtud de muchos mecanismos, al parecer no incompatibles entre sí y que inciden de diferente manera y en grado variable en darles perfiles diversos a los modelos o patrones culturales. La "evolución", la "agregación", la "asimilación", etc., serían caminos que pueden recorrer las culturas para variar fisonómicamente en el tiempo y el espacio.

Modernamente se debaten los problemas del cambio cultural bajo el nombre de "aculturación" en tanto que impliquen procesos de contactos entre dos o más culturas diferentes. Se engolosinan los teóricos tratando de establecer si aculturación es lo mismo que transculturación o interculturación, o si tales formas son compatibles o incompatibles entre sí, pero esa discusión no nos resulta pertinente para el presente estudio. Bástenos saber que como aculturación podemos entender todos aquellos fenómenos de modificación de una cultura bajo el influjo de otra de caracteres diferentes, y que por diversas circunstancias se presenta como "dominante", o "absorbente" o "influyente". Se darán allí todas las posibilidades y una de las culturas podrá desaparecer, o bien cada una de ellas podrá asimilar algunos elementos y rasgos de la otra, en diferentes grados. Posiblemente sea la tecnología la categoría cultural que más tempranamente se modifique, en tanto que ella es la que resuelve necesidades más apremiantes del hombre y de la comunidad: una técnica nueva de cultivo, una semilla nueva, una herramienta eficaz, un vestido más práctico, serán asimilados y recogidos por la cultura más rápidamente que un lenguaje o una religión diferentes o que un modelo distinto de organización social o de comprensión del mundo.

Las culturas humanas no pueden ordenarse o jerarquizarse superficialmente. Decir que una cultura es más importante o más desarrollada que otra, implica casi que desconocer la idiosincrasia cultural que no es otra que la de dar respuesta a las necesidades sentidas por el hombre, de acuerdo con los recursos del medio. El patrón de "desarrollo" o de "importancia" es solo un prejuicio del narrador si no se revela su alcance.

En nuestras ciudades satisfacemos nuestras necesidades de un modo, pero ese modo no será adecuado para satisfacerlas en una aldea remota, principalmente porque en ella las necesidades podrán ser muy otras.

Para referirse a culturas diferentes a lo que podríamos llamar "nuestra cultura" (cultura del hombre colombiano de la segunda mitad del siglo veinte), se han usado términos tales como "salvajes", "semisalvajes", "primitivos", "contemporáneos primitivos", "sociedades ágrafas o iletradas", etc. Muchos de esos términos están mandados a recoger por la antropología, no solo por su marcado sabor despectivo y peyorativo, sino porque implican además la existencia de verdaderas ficciones antropológicas, tales como la del hombre salvaje, que es solo un estadio de referencia teórica sobre el cual se edifican los demás estadios del desarrollo cultural de la humanidad.

Así las cosas, el pertenecer a determinada raza o el hablar determinado lenguaje o el habitar un paraje remoto, no son rasgos que mirados aisladamente permitan establecer un juicio sobre "cuál es el grado cultural de la comunidad" o sobre "si esa comunidad es salvaje". Es el estudio de toda su cultura en el tiempo y en el momento, comparado con el estudio de otra cultura (en este caso la nuestra, la del investigador o la del señor juez o la del perito), también en todos sus aspectos, lo que permitirá adelantar un juicio que en todo caso no podrá emitirse modernamente en términos de "salvajismo" o "civilización".

Aun en nuestra cultura (hipótesis de trabajo), existen grupos, actividades, oficios, conglomerados muy heterogéneos. El prototipo ideal de la cultura del hombre colombiano de la segunda mitad del siglo veinte, comprende la existencia de llaneros, de nariñenses, de guajiros, de vallunos, de antioqueños, de cundiboyacenses; de industriales, de mafiosos, de políticos, de religiosos, de militares, de obreros, de estudiantes, de desempleados, de campesinos, etc.

Entonces, cuando se nos pregunta si tal o cual comunidad puede considerarse como "civilizada o no", debemos comparar su cultura con un sector social equivalente dentro de la cultura colombiana. Para concluir, entonces, el presente estudio, diremos que la conclusión final la hemos obtenido comparando lo que es la cultura de los integrantes de la comunidad indígena de "La Encarnación", Urrao, en la década 1970-1980, con lo que es la cultura propia de los campesinos del occidente y del suoreste antioqueños, durante la misma época y no deteniéndonos tanto en las superficialidades que evidencia la tecnología, como en los aspectos espirituales y sociales de la cultura.

Provisionalmente sugiero que se tome el término "en estado primitivo" (con alusión al momento histórico en que se produjo el descubrimiento de América) para referirse a los indígenas que las leyes del siglo pasado denominaban "salvajes", atendiendo a lo que era el saber científico de la época.

Igualmente, sugiero el término "en proceso de aculturación", para referirse a lo que las leyes mencionadas denominan "semisalvajes", reconociendo allí tres etapas, también tentativas y teóricas: incipiente, media y alta, para distinguir las principalmente por las diferencias lingüísticas, de organización social y económicas y sociales.

Finalmente, insinúo el término de "aculturado" como equivalente para la que en el siglo pasado se llamaba "civilizado", con referencia a los indígenas.

CONCLUSIÓN

Con base en el anterior estudio cultural sobre la comunidad indígena catía de "La Encarnación", Urrao, comparado con lo que es la cultura de los campesinos antioqueños coetáneos y con base en las anteriores premisas teóricas, me permito conceptuar ante el señor juez, que según mi leal saber y entender, los ciudadanos Nemesio, Alejandro y Luis Angel Majoré Domicó, eran, al igual que los miembros de su comunidad, en el año de 1979, unos indígenas en la etapa media del proceso de aculturación, equivalente a lo que en la antropología se llamaba anteriormente etapa media del semisalvajismo.

Es mi concepto, señor juez.

NECROLOGÍA

HA MUERTO UN PENALISTA

El cuerpo de abogados de Medellín, los estudiantes de derecho, los funcionarios de la rama judicial de Antioquia, los sectores políticos y la sociedad en general, rindieron tributo de reconocimiento y de dolor, ante la tumba que recibió los despojos del doctor JUAN ANTONIO MURILLO VILLADA.

Su deceso se produjo súbitamente cuando se hallaba en su hogar por el cual siempre luchó y supo enaltecer.

Decir que Juan Antonio Murillo Villada ha muerto, es como afirmar en forma pesarosa la desaparición de un excelente hombre de diamantinas virtudes, de imponderable valía. Se destacó como cultor de la ciencia del derecho penal. Desde sus juveniles años se dedicó con luminosidad al ejercicio de la misma. En ella puso toda su inteligencia, la agudeza de su talento y el vigor de su criterio. Todos le conocieron en el ejercicio de aquel sacerdocio. Lo llevó con altura, con la más alta honestidad; supo enmarcar a lo largo de su carrera los mandamientos que a todo abogado obligan. No burló uno solo. Batalló por la ley y la justicia. En los estrados castrenses elevó su voz por quienes cayeron en cadenas. Lo hacía con gallardía, con emoción y sin tratar nunca de hacer de sus defensas un triunfo personal. Buscó solo ser una ayuda en tan delicada misión como es la de la abogacía.

Quienes tuvimos el agrado de escucharle en las audiencias públicas ante el jurado, recordamos cuán sabias y generosas fueron sus exposiciones. Supo llevar con tino e hidalguía el debate forense.

Fue además Juan Antonio Murillo maestro de las juventudes universitarias; oyeron de él sus sabias lecciones y recibieron las enseñanzas de la moral, de la ética, de la honrabilidad y del bien.

Sirvió a la sociedad en todas sus formas. Cuando su partido político le requirió para que le representara en el Congreso de la República, se despojó de su profesión y con abnegación se entregó al servicio del Senado. Desde allí luchó por las clases humanas.

No deja enemigos. Quienes fueron contraparte en los juicios supieron respetarlo porque sabían que él era respetuoso como el que más de la ley. Fue notable como humano en quien se aunaron bellas cualidades de relación. Fue siempre sincero en la amistad, generoso, gentil. Fue un católico. En él no se conoció ni el odio ni la insidia.

Consternados elevamos a Dios una plegaria para que en este momento él goce en la eternidad y al pie de su amada esposa que partiera primero.

Deja unos hijos que son modelo ante una sociedad que se resuelve en un abismo.

Paz a su tumba.

JAIME GIRALDO LEMA

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 10 de setiembre de 1981.

LABORE ET CONSTANTIA

PRÁCTICA JURÍDICO-PENAL
por LUIS CARLOS PÉREZ,
catedrático de la Universidad Nacional.

Recientemente apareció la 4ª edición de esta obra, completamente refundida y con temas muy relacionados con el nuevo Código Penal. El nuevo material que integra esta obra ha sido seleccionado con la doble finalidad de servir como guía en el estudio de casos similares y de ilustrar las normas del Código Penal de 1980, particularmente en lo que respecta a la parte especial.

Relacionados siempre con casos concretos, estos estudios tienen la ventaja de que ponen la disposición legal en contacto con la vida de donde surgen consideraciones que muchas veces son inconcebibles para el teórico. Además, han sido el resultado de la experiencia profesional del autor.

CONTENIDO:

Tomo I. El error y el perjuicio en la estafa. Los artificios o engaños en la estafa. Estafa procesal. Estafa por enajenación de cosas ajenas o gravadas. Causal primera de casación. Valor de la prueba penal aportada en el extranjero. Estructura del abuso de confianza. Abuso de confianza sobre artículos de un almacén. Abuso de confianza por retención de dividendos. Falso testimonio al absolver posiciones. Responsabilidad del funcionario público que aboga judicialmente. La grafología como prueba de la falsedad en instrumento negociable. Cuestiones esenciales de la grafología como prueba. Falsedad inocua. Falsedad personal narrativa y por intercala-

ción. Caso típico de falsedad personal e documento público. Falsedad en título de acciones de una sociedad anónima. Falsedad por uso. Encubrimiento en la modalidad de receptación. Un caso de defensa legítima de la integridad personal. Defensa putativa de la vida. Defensa putativa de la integridad personal. Legítima defensa de la vida.

Tomo II. El autor intelectual. El testigo único. Corrupción de menores. Las conductas punibles según el decreto 1188 de 1974. Concurrencia de censura en casación. Violaciones directas e agravantes genéricas. Aplicación indebida de la ley por error de hecho e títulos-valores. La captura para efecto de la indagatoria. Trascendencia jurídica de los títulos-valores. Imposibilidad de resarcir los perjuicios causados por delito. Valor de la costumbre mercantil ante la ley penal. Nuevas apreciaciones sobre el peculado. La parte civil en el curso de revisión. El delito de extorsión. El procedimiento interno para extraditar. Restitución de inmuebles en la sentencia penal. Contrademandas de casación para sostener el fallo condenatorio. Las partes y los secuestres dentro del proceso penal. Prescripción de la acción penal de infracciones concursantes. Nulidad constitucional de cuestionarios hechos en juicio por asesinato. Algo sobre la personalidad del asesino de Gattán. Homicidio por trastorno mental transitorio. Homicidio en estado de irracionalidad patológica por embriaguez aguda. De la asociación para delinquir y delito político de rebelión. El recurso de hecho para casación. Revocación directa de condena dictada con base en normas no promulgadas. Índice alfabético de materias.

Tomo I, XII-410 páginas y tomo II XIV-360 páginas.