

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

DOCTRINA

Formación y retribución en el derecho penal.
Hans-Ulrich Eckert.

Farmacodependencia.
César Augusto Giraldo.

Dominación política
y hegemonía jurídica en el cono sur.
Emilio García Méndez.

Apuntamientos sobre el cheque entregado
por el autor sin imitación de la firma
del titular de la cuenta corriente.
Jorge Enrique Valencia.

El retraso mental: un caso de retroactividad
del nuevo Código Penal, por favorabilidad,
en materia de inimputabilidad.
Nódiar Agudelo Betancur.

20

FORO HISTÓRICO

En torno a la amnistía de 1982.

JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Derecho de
defensa del menor.
Manuel Gaona Cruz.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERÍA. Sobre
la no prohibición de excarcelación
en los delitos de hurto de ganado mayor.
Lesmes Corredor Prins.

CO/XIV
F/Z

2345

JULIO • AGOSTO

NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia

1983

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Nódiér Agudelo Betancur, 1983.
Editorial Temis S.C.A., 1983.
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

Formación y retribución en el derecho penal. Hans-Ulrich Eckert	433
Farmacodependencia. César Augusto Giraldo	459
Dominación política y hegemonía jurídica en el cono sur latinoamericano. Emilio García Méndez	476
Apuntamientos sobre el cheque entregado por el autor sin imitación de la firma del titular de la cuenta corriente. Jorge Enrique Valencia	488
El retraso mental: un caso de retroactividad del nuevo Código Penal, por favorabilidad, en materia de inimputabilidad. Nódier Agudelo Betancur	496

FORO HISTÓRICO

En torno a la amnistía de 1982	507
--------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Derecho de defensa del menor. Ponente: doctor Manuel Gaona Cruz	557
TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERÍA. Sobre la no prohibición de la excarcelación en los delitos de hurto de ganado mayor. Salvamento de voto del magistrado Lesmes Corredor Prins	576

Doctrina

FORMACIÓN Y RETRIBUCIÓN EN EL DERECHO PENAL

por HANS-ULRICH ECKERT*

I. Posibilidades de intervención educativa en el terreno criminal

1. LA OPOSICIÓN ESTRUCTURAL ENTRE DERECHO PENAL Y FORMACIÓN

Anteriormente, el tratamiento de conductas criminales desviadas era tenido como una materia propia del derecho penal, y aún hoy pertenece en sus aspectos centrales a la función de control del derecho penal. Esta vinculación estrecha el ámbito de la gestación de sanciones, porque el derecho penal se refiere al individuo de modo muy específico. Como protector de bienes jurídicos y como derecho de protección de la paz interior, funciona típicamente de modo distinto de la orientación personal-formativa del derecho asistencial de menores, por ejemplo. El derecho penal destaca —en principio y por sobre todas las cosas— la violación del derecho, mientras que el derecho educativo abre el camino al análisis de las características individuales del comportamiento humano. El destacado contorno del delito ilumina el acontecimiento particular, abstrayéndolo de la complejidad de sus circunstancias personales, y, por así decirlo, lo amplía como un retrato, y hace de la desviación singular el verdadero objeto del proceso. Coloca entonces la tipicidad del suceso en el punto central de su análisis. Las secuencias del comportamiento son explicadas aquí, en principio, como realización del ilícito penal; por ello su capacidad de expresión de circunstancias personales aparece más tarde y en forma lateral.

El derecho penal enfoca entonces su perspectiva a partir de la norma, y puesto que es, en principio, conducta interpretada, y sobre todo interpretada desde el punto de vista de la tipicidad, que abarca con la mayor precisión posible el ámbito de la protección de bienes jurídicos, resulta que carece de sensibilidad para las particularidades del comportamiento del autor. En este sentido, sus propuestas y construcciones son impersonales, al contrario de la formación, que se orienta directamente por las particularidades individuales, y cuyo ámbito de intervención se dirige, en principio, al plano del comporta-

* Del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Colonia, Alemania Federal. Traducción de Carlos A. Elbert.

El presente trabajo ha sido publicado también en la Revista *Doctrina Penal*, de Buenos Aires, núm. 17, enero-marzo de 1982.

miento identificado, a partir del cual debe ser deducida en cada caso la definición de violación de las normas, en la medida en que se desee desplegar la técnica del control de comportamiento. La interpretación formativa concibe a la violación de la norma como un acontecimiento personal; *a contrario sensu*, juzga la norma de derecho penal desde el punto de vista del comportamiento. Para descripciones de tipo jurídico de las intervenciones que le competen, utiliza casi exclusivamente formulaciones generales, a las más frecuentes de las cuales pertenece el concepto de "abandono", con el cual, en el § 64-1 de la ley de bienestar juvenil¹, se comprende en forma muy general el trascurso deficitario, en muchos sentidos, de la preparación educativa o formación. O también el caso de la palabra "bienestar infantil", contra cuya exposición al peligro el § 1666-1 del Código Civil² prevé disposiciones de la justicia tutelar, también de modo muy sumario. Estas características borran la frontera entre las regulaciones generales y la referencia concreta, llegando ocasionalmente hasta la irreconocibilidad, dejando tanto más espacio para la decisión en los procesos particulares cuanto menos exactitud tengan.

2. INTERFERENCIAS EN EL INSTITUTO DE LA PENA

A pesar de la diferente estructura de los tratamientos que aplican, ambas estrategias de control (derecho penal y pedagogía) se interfieren bastante en sus zonas limítrofes. Así, por ejemplo, la aplicación de diversas sanciones (penas) es tenida por la pedagogía como importante instrumento práctico para la educación, pese a las reservas contra su aplicación excesiva o indiscriminada. Algunos, partiendo de concepciones morales, toman partido decididamente por la pena³, mientras que otros se encuentran casi violentados ante ella, preocupándose solo por limitar su ámbito de aplicación⁴; a menudo, es expre-

samente recalcada la excepcionalidad de la pena en el repertorio pedagógico⁵; y por último, es muy raro encontrar quien se niegue de plano a la necesidad de aplicación de penas⁶. Al contrario, el derecho penal ha atraído siempre aplicaciones educativas, y también el derecho actual regula el apoyo a la personalidad del autor ampliamente, con elocuentes acentos. Esto es válido tanto para lo referente a la ejecución de penas privativas de libertad, cuyas metas generales están claramente prescritas en el § 2 de la ley de ejecución penal⁷, como para los correspondientes reglamentos administrativos federales unificados para la ejecución de penas juveniles, de enero de 1977, que remiten claramente a la superación de deficiencias del desarrollo personal. Ya en el ámbito de la medición de la pena, los principios social preventivos pueden ganar influencia sobre la aplicación de la pena⁸.

Evidentemente, se parte de que la educación y la pena se pueden intercambiar en cierta medida, pero las fronteras de tal intercambiabilidad son muy inseguras, y con la sola aplicación del vocabulario pedagógico no se ha ganado en todo caso nada, porque el peligro de reacciones de rechazo está a la vista. Frente a cada pedagogización del derecho penal tenemos que formularnos la pregunta respecto de si su función de control puede ser tan cargada con elementos educativos, como para reemplazar *el mecanismo penal mediante ejemplos educativos*, o por lo menos recargarlo con ellos tanto como se desee.

⁵ O. DURR, *Autorität, Vorbild, Strafe. Hindernisse neuzeitlichen Erziehens?*, 1970, pág. 91; F. PÖGGLER, *Pädagogische Krisensituation in der Familie*, en Willmann-Institut, ob. cit., 1967, pág. 78; A. REBLE, *Das Problem der Strafe in der Erziehung*; en el mismo editor, *Das Strafproblem in Beispielen*, 1964, pág. 120; F. SCHLEIERMACHER, *Pädagogische Schriften*, 3ª ed., 1902, pág. 533; F. PAULSEN, impreso en E. ELL, *Disziplin in der Schule*, 1966, pág. 128.

⁶ Sin embargo, así en H. NETZER, *Erziehungslehre*, 9ª ed., 1968, págs. 108 y ss.; el mismo autor, *Die Strafe in der Erziehung*, 3ª ed., 1962; A. S. NEILL, *Theorie und Praxis der antiautoritären Erziehung*, 1970, pág. 167; H. ZÜLLIGER, *Helfen statt Strafen* (1956), 1971, pág. 119, y en otros lugares; H. MENG, *Zwang und Freiheit in der Erziehung*, 3ª ed., 1961, pág. 16; véase también a H. MIESKES, *Der Jugendliche in der Situation der Straffälligkeit*, 1956, págs. 4 y 474; véanse además los informes de D. HOHNEN, *Dreimal Skandinavien*, 1962, pág. 183, y STOECKLE, ob. cit., pág. 14; además, por la contrariedad del dirigismo de intención y medio de ejecución, M. HEITGER, *Die Zerstörung der pädagogischen Absicht durch den Einsatz von Erziehungs "mitteln"*; del mismo editor, *Erziehung oder Manipulation*, 1969, pág. 73, y H. J. IFFLING, *Der Begriff "Erziehungsmittel"*, ob. cit., págs. 23 y ss.; sobre el problema global, y especialmente sobre la dimensión histórica, también W. SCHEIBE, *Die Strafe als Problem der Erziehung*, 3ª ed., 1977.

⁷ *Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe...* (ley de ejecución penal...), de 1976 ("BGBI", 1, pág. 581); § 2, Tareas de la ejecución. "En la ejecución de la pena de reclusión debe habilitarse al recluso para poder llevar en el futuro una vida de responsabilidad social y sin delitos (fin de la ejecución). La ejecución de la pena de reclusión también protege a la generalidad de delitos futuros".

⁸ Véase *Strafgesetzbuch* (Código Penal), en su ed. de enero de 1975, "BGBI", 1, pág. 2, § 46, párrafo 1, frase 2: Hay que considerar los efectos de la pena que cabe esperar en la vida futura del delincuente en la sociedad. Más aún en la pena juvenil en el *Jugendgerichtsgesetz* (ley judicial juvenil) en su ed. de diciembre de 1974 ("BGBI", 1, pág. 3427), § 18, párrafo 2: "La pena juvenil debe ser de tal forma que permita la influencia educativa necesaria". Respecto de esta y otras citas de la JGG, véase *Ley Juvenil anotada de la R.F.A.*, de CARLOS A. ELBERT, actualmente en prensa en Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

¹ *Gesetz für Jugendwohlfahrt* (ley de bienestar juvenil), en la ed. de 25/4/77 del "BGBI" (Boletín federal legislativo), 1, pág. 633, § 64, frase 1: "En caso necesario, el tribunal tutelar de menores ordenará educación y asistencia juvenil para el menor de edad que no haya cumplido 17 años, cuando el menor esté en peligro de caer en desamparo o esté desamparado".

² *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), § 1666, párrafo 1: "Si el bienestar moral o corporal del niño está en peligro porque el padre o la madre abusan de su derecho de cuidado del hijo o si se descuida al niño..., el tribunal tutelar debe tomar las medidas necesarias para evitar tal peligro". Especialmente el tribunal tutelar puede ordenar que el niño sea internado en una familia adecuada o en un instituto de educación para asegurar su formación.

³ B. STOECKLE, *Strafe als Erziehungshilfe*, 1969, pág. 161; O. F. BOLLNOW, *Existenzphilosophie und Pädagogik*, 1959, pág. 77; F. W. FOERSTER, *Strafe und Erziehung Sühne und Besserung* (1912), impreso en Schaffstein/Miehe, *Weg und Aufgabe des Jugendstrafrechts*, 1968, pág. 34; también A. S. MAKARENKO, *Disziplin, Lebensordnung, Bestrafung und Ansporn*, en Publicaciones Escogidas (ed. alemana), 1961, págs. 41 y ss., están en principio de acuerdo, sin embargo, desde un punto de vista completamente distinto, parecido a la *défense sociale*, que prevé la protección del orden social. Desde el punto de vista psicológico aprueban, por ejemplo, KANFER-PHILLIPS, *Lerntheoretische Grundlagen der Verhaltenstherapie* (1970), ed. alemana, 1975, pág. 395, basándose en los conocimientos actuales de las técnicas pedagógicas.

⁴ E. E. GEIBLER, *Erziehungsmittel*, en J. Speck (Editor), *Problemgeschichte der neueren Pädagogik*, III, 1976, pág. 43; M. K. LANGEVELD, *Einführung in die theoretische Pädagogik*, 7ª ed., 1969, págs. 138 y ss.; H. ROMBACH, *Das Wesen der Strafe*, en Willmann-Institut (Editor), *Pädagogik der Strafe*, 1967, págs. 10 y ss.; J. ESTERHUES, *Allgemeine Pädagogik im Grundriss*, 1962, págs. 102 y ss.

II. La prevención del derecho penal mediante la amenaza de sanciones

1. LA ANONIMIDAD

El derecho penal ofrece presupuestos muy inconvenientes para el trato con individuos, porque su esquema funcional está formulado anónimamente mediante su amenaza de hacer sufrir un mal por la pena. Dicha amenaza está dirigida, en primer lugar y ante todo, a la generalidad de los ciudadanos, y no al individuo. El causante del ilícito es señalado en principio solo como parte colectiva de la comunidad social, y no como personalidad individual. La violación de la norma es lo que determina el empleo del aparato de control, y no la dinámica del comportamiento, o la temática de la existencia personal.

En esa *anonimidad* del derecho penal radica su verdadera fuerza preventiva, porque solo su distancia respecto de la identidad personal permite alcanzar a todos los potenciales autores penales sin excepción, mediante su control, contrarestando en conjunto sus inclinaciones delictivas, pues la vinculación anónima entre el ilícito y la pena se dirige principalmente contra hechos futuros, que aún pueden ser impedidos mediante una permanente amenaza de sanción. Por ello, el efecto de prevención del derecho penal es típicamente general, y considera a la población como un todo, sin diferenciaciones individuales. Es aquí donde despliega su verdadero efecto, que no es alcanzado en tales proporciones por ningún otro contexto de control, y es esto lo que otorga al derecho penal sus propiedades específicas. En esto radica el planteo decisivo al cual deben ser referidas todas las expectativas sobre los efectos de la aplicación de sanciones.

2. LA ESTRUCTURA RETRIBUTIVA DE LAS SANCIONES INDIVIDUALIZADAS

En el modelo expuesto no hay sitio para la consideración de características individuales del comportamiento, ya que el derecho penal solo entra en contacto con delincuentes individuales, precisamente cuando ha fracasado la originaria tarea preventiva⁹. Tan solo ahora la comisión del hecho (que como tal ya no puede ser impedido) vincula a la estructura penal con individuos cuyas conductas son tomadas en cuenta como irregularidades particulares dentro de una cantidad muy superior de hábitos legítimos en la sociedad. Pero tampoco entonces se atrapa a estos individuos en sus aspectos esenciales, sino que en primer lugar se los identifica como simples autores penales. La abstracta violación de la norma se limita ahora solo a determinada secuencia de comportamientos, ya que el hecho ilícito estaba tipificado previamente en detalle

⁹ Véase también la conocida frase de J. G. FICHTE: "La finalidad del derecho penal es hacer innecesaria su aplicación" (*Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* [1796], 1960, § 20).

como un acontecimiento exterior, y para interpretarlo no se necesita una especial atención sobre la variable personal, dado que ella no influiría fundamentalmente la secuencia legal. Esto es así, porque el derecho penal no podría conformar de modo diferente su trato con el autor en esta situación, aun cuando ulteriormente lo hiciese, acudiendo a fórmulas pedagógicas. Y ya que la norma está sujeta en buena medida a su amenaza anónima, tiene que reaccionar ante el hecho cometido, si no quiere arriesgar su credibilidad; esto es, que la amenaza del mal general tiene que extenderse hasta el comportamiento no impedido. En este caso, la dirección preventiva de la norma puede ser transformada en una forma especial para el autor individualizado, a fin de evitar que este reincida en el futuro; esto es, la prevención continúa, pero de otro modo, porque la tipicidad *prospectiva* de la anonimidad generalpreventiva se ha cambiado irrevocablemente, para el caso particular, en un mecanismo de imputación *retrospectiva* a la sanción concreta. Con lo dicho, el contenido de la sanción ha quedado determinado en lo esencial, y como se basa directamente en la violación de la ley, tiene que alcanzar al autor en forma inmediata a modo de una reproducción del ilícito por él perpetrado. Reproducción significa estructurar las consecuencias jurídicas con una significación desagradable para el individuo, porque este desagrado corresponde a la incriminación de su comportamiento. Cuando las sanciones jurídicas son aplicadas regularmente y con una evidencia apenas cuestionada, en forma de causación querida de males¹⁰, esta definición proporcional, de hecho, solo la mecánica de un efecto orientado generalpreventivamente, que ha encontrado previamente al derecho penal como mecanismo social antes de toda elaboración dogmática.

La causación de un mal es la característica central del derecho penal, y por ello cada propósito especialpreventivo permanece recargado por esta naturaleza dañina de la pena, o sea que la educación juridicopenal discurre siempre junto al mal infligido, y nunca *en su lugar*. Solo la suspensión del control del derecho penal posibilitaría que en el caso particular se evite la causación de un mal. Pero esta renuncia a la persecución penal (amnistía, p. ej.), se dirige justamente más allá de las fronteras del derecho penal, resaltando al mismo tiempo su específica tipicidad.

Con su fijación al contenido dañoso de la sanción se condensa el principio de la amenaza anónima generalpreventiva en la persona del autor, como retribución. Pero con ello se señala solo el mecanismo funcional, sin pretender, al estilo de las teorías penales absolutas (KANT, HEGEL, etc., hasta llegar a BINDING) que el monto de la pena debe corresponder exactamente a la magnitud del ilícito¹¹.

¹⁰ Especialmente destacado por H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Parte general, 3ª ed., 1978, pág. 50; véase además a H. MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, pág. 46; a H. ZIPP, *Die Strafmassrevision*, 1969, pág. 41; a G. SPENDEL, *Die Lehre vom Strafmass*, 1954, pág. 71; a K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Rechtsfolgen*, 1932, pág. 60; en principio, tampoco en el nivel de la ejecución se niega la naturaleza del mal de la pena; véase a H. KAUFMANN, *Strafvollzug und Sozialtherapie (Kriminologie III)*, 1977, pág. 70, ed. esp., 1979.

¹¹ Véase sin embargo, a C. ROXIN, *Wandlungen der Strafrechtswissenschaft*, "J.A.", 1980, pág. 223, quien considera que retribución y prevención general son polos opuestos; esta polarización corresponde totalmente al concepto actual, pero no obstante restringe demasiado la idea de retribución a la conexión de su formación histórica.

Pero, en todo caso, la retribución vincula todas las consecuencias jurídicas con la calidad aversiva del mal, tanto más cuando el derecho vigente no ha logrado, a pesar de todas las coloraciones pedagogizantes, salirse de los mínimos de las escalas penales¹².

También la personalización de la retribución mediante el concepto de la culpa no cambia sustancialmente nada de la funcionalidad típica, pues la adjudicación de culpabilidad ilustra únicamente sobre la proporcionalidad relativa de ilícito y sanción penal en relación al autor, a modo de desaprobación personal. El principio retributivo no se ve afectado por ello, pues surge de la ubicación del tipo específico de control penal en el ámbito macrosocial. También en el sentido de la compensación de la culpa, la pena funciona como retribución, y este modo de funcionamiento no puede ser transformado en lo esencial ni dogmáticamente ni mediante la política criminal. Como *primera tesis*, se puede comprobar que el marco juridicopenal estrecha decididamente el ámbito de definición para aplicar y conformar medidas formativas. *El mecanismo de control* del derecho penal, organizado en forma generalpreventiva, determina las formas de contacto con el autor ya identificado, aun cuando la ley las haya tematizado pedagógicamente. *Los contenidos educativos* son fijados en el derecho penal para finalidades juridicopenales, y no por las ciencias de la educación para lo educativo. La pedagogía y la psicología pueden desarrollar sus conocimientos específicos de la persona solo en el interior del marco expuesto, y la educación se ve reducida a una finalidad complementaria de la pena. A ello se debe agregar que las reacciones penales solo pueden ser referidas en forma muy limitada a su eficacia especialpreventiva, pues esta función sucede en jerarquía a las necesidades generalpreventivas.

III. Estimación del efecto de la pena

Mediante la vinculación a la pena, la pretensión educativa se ve esencialmente recortada en el ámbito de control del derecho penal, puesto que la pena deja pocas oportunidades al control del comportamiento personal. Las reservas respecto de la capacidad de rendimiento educativo de la sanción son, en principio, de carácter fundamental, y aun mayores en el contexto de las definiciones penales.

1. DÉFICIT GENERAL DE RENDIMIENTO DE LA PENA

Las expectativas exageradas respecto de la eficacia especialpreventiva de la pena se ven desautorizadas ya con una superficial consideración de sus

¹² Véase, en este sentido, la fórmula del derecho alemán en el § 46, párr. 1, frase 1, StGB; "La culpabilidad del delincuente es la base para la aplicación de la pena" y § 17, párr. 2, JGG: "El juez infligirá pena juvenil cuando las medidas educativas o disciplinarias no sean suficientes, a causa de las inclinaciones destructivas del menor, puestas de manifiesto por el hecho cometido, o cuando se hiciera necesario por la magnitud de la culpabilidad".

efectos. Las transformaciones del comportamiento se dejan manejar mediante la simple represión del comportamiento efectivamente demostrado; pero también se puede intentar, al mismo tiempo, eliminar las disposiciones del comportamiento que se encuentran tras sus manifestaciones. Ambas técnicas se diferencian en los fundamentos de su tipicidad psicológica, ya que las transformaciones duraderas del comportamiento solo pueden ser logradas cuando se consigue eliminar al mismo tiempo las disposiciones del comportamiento que constituyan el deseo de cometer el hecho. Pero la pena no tiene posibilidades de lograr tal cosa, pues el comportamiento incriminado conserva subjetivamente su sugestión o sus atractivos, aun bajo la amenaza de la pena. El autor ya sancionado evitará repetir la conducta penada, por temor a un nuevo castigo, pero ello no significa que no conserve el deseo de volver a gozar de los beneficios que puedan provenir del comportamiento amenazado. Por eso, si se deja de lado la directa presión de la amenaza penal, la conducta indeseada se vuelve activa, del mismo modo que de la raíz salen nuevos brotes, mientras que una consideración superficial solo deja ver el tallo de la planta¹³.

La recuperación de las viejas inclinaciones o disposiciones delictivas solo puede ser impedida si en lugar de la pena, o por lo menos contemporáneamente a ella, se quitan las calidades positivas al delito exitoso. Cuando, por ejemplo, un menor procura acrecentar su prestigio ante los de su edad que viven en el mismo edificio, mediante el recurso de golpear a los vecinos más pequeños con cualquier pretexto, tendremos que decir que en un caso así, la pena apenas podrá impedir la repetición de este comportamiento. Se puede decir que el comportamiento agresivo tendería más bien a reforzarse que a debilitarse. Más efectivo parece ser intentar la reducción de la cuota de reacciones indeseables, reforzando en el menor su sentido de autoafirmación, de modo que se haga innecesaria para él toda otra demostración de fortaleza síquica. Solo en este caso alcanzará la conducta deseada, no mediando un control directo, y haciendo innecesaria la aplicación de una pena.

La debilidad de la eficacia de la pena se pone de manifiesto en casos como el arriba expuesto, y ello radica en su construcción negativa, que informa solo qué es lo que el autor *no debe hacer*, pero sin explicar cómo deberá satisfacer sus necesidades de otro modo. Por eso su aplicación fuera del mecanismo de control penal permanece también uniforme e impersonal: esto le brinda

¹³ La persistencia es tan fuerte porque el comportamiento indeseado no se ha adquirido casualmente, sino que es la reacción específica a un refuerzo positivo. Este refuerzo original se mantiene debido a que el acto criminal no analiza las circunstancias que sostienen el comportamiento; de manera que tampoco generalmente afecta a la conexión del comportamiento indeseado y su reforzador. Según opinión general, no se produce una extinción del comportamiento; véase a KANFER-PHILLIPS, ob. cit., 1975, pág. 339; a CH. SCHULZE, *Lernprinzipien*, en W. BELSELMER y otros, *Verhaltenstherapie in Erziehung und Unterricht*, 2ª ed., 1974, pág. 104; a W. CORRELL, *Lernen und Verhalten*, 1972, pág. 36; a TAUSCH TAUSCH, *Erziehungspsychologie*, 5ª ed., 1970, págs. 110 y 232; a W. K. ESTES, *An experimental study of punishment*, "Psychol. Monogr.", 57 (1944), págs. 1 y ss. y 26; a S. BANDURA, *Principles of behavior modification*, 1970, págs. 314 y ss.; y a P. DUNHAM, *Punishment: method and therapy*, "Psychol. Rev.", 78 (1971), págs. 58 y ss., con pruebas adicionales en el ámbito experimental.

por una parte la universalidad generalpreventiva, pero le impide, por otra, el acceso especialpreventivo hacia la persona.

El comportamiento combatido será cambiado en forma definitiva solo cuando se ofrezcan al autor alternativas positivas de comportamiento. A ello debe agregarse, por cierto, un conocimiento muy minucioso de la persona y de su medio social, porque se debe saber cuáles sucesos despiertan subjetivamente el estado interior gratificante, y se debe poder apreciar cuáles ofertas de comportamientos alternativos serán aplicables y aceptadas en el caso concreto.

La pena como simple represión del comportamiento incriminado se descarga de la tarea diagnóstica que sería necesaria para el refuerzo de modos de comportamiento alternativos. Este es el verdadero fundamento por el cual la pedagogía sigue haciendo uso de las sanciones. Mediante esta descarga se facilita la aplicación de tratamientos formativos también allí donde el contacto pasajero con los educandos hace imposibles análisis más intensivos. La parte negativa, sin embargo, consiste en la tentación de recurrir simplemente a la pena, evitando todo otro análisis por razones de comodidad.

Pero en el contexto de la gran cantidad de contactos educativos que tienen lugar cotidianamente, la sanción negativa conserva la capacidad de actuación pedagógica. Vemos, entonces, que la formación contiene mucha anonimidad, que se agota en el contacto exterior, especialmente en las instituciones de socialización secundaria (hogares, escuelas, etc.), donde relativamente pocos educadores deben ocuparse de muchos educandos; en definitiva, que *solo la terapia puede concentrarse totalmente sobre la inconfundible unicidad del individuo*.

Debido a que la construcción negativa de la sanción no tiene, al mismo tiempo, una formulación positiva del comportamiento, aparecen a menudo indeseables efectos secundarios difíciles de controlar, como el temor¹⁴, el peligro de interrupción que acarrea la relación educativa¹⁵, la posibilidad que el educando desarrolle, en caso de frecuentes y duras sanciones, modos de comportamiento pasivos o agresivos¹⁶ y la vivencia de la pena, que puede, ocasionalmente, ser sentida en forma subjetiva, incluso como recompensa (lla-

¹⁴ Véase a M. SCHMIDBERG, *Zur Dynamik der durch die Strafe ausgelösten psychischen Vorgänge*, en BITNER REHM, *Psychoanalyse und Erziehung*, 1964, pág. 156; y a MENG, ob. cit., 1961, pág. 21.

¹⁵ TAUSCH TAUSCH, ob. cit., págs. 110, 172 y ss. y 232; SCHULZE, ob. cit., pág. 105; experimental, véase, por ejemplo, a TAUSCH TAUSCH FITTKAU, *Merkmalszusammenhänge der verbalen Interaktion und kritische Überprüfung typologischer Verhaltenskonzepte*, "Z.f.exp.u.angew.Ps.", 14 (1967), págs. 522 y ss.

¹⁶ De los muchos trabajos, véanse por ejemplo, los de BANDURA WALTERS, *Adolescent aggression*, 1959; KOUNIN GUMP, *The comparative influence of punitive and nonpunitive teachers upon childrens concepts of school misconduct*, "Journ.ed.Ps.", 1961, págs. 44 y ss.; ANDERSON BREWER REED, *Studies of Teacher's classroom personalities*, *Applied Psychol. Monographs*, 1946, 11, págs. 3 y ss.; BECKER y otros, *Relations of factors derived from parent-interview ratings to behavior problems of five-year-olds*, "Child Development", 1962, págs. 509 y ss.; otros detalles, por ejemplo, en J. FRIEDMAN, *Begriff der Strafe als soziale Sanktion*, 1973, pág. 53; KANFER-PHILLIPS, ob. cit., pág. 395.

mar la atención¹⁷. El sistematizador pedagógico, por último, teme, por sobre esto, la contradicción entre las metas de educación definidas emancipatoriamente, y los medios reglamentarios¹⁸.

Veremos ahora, en el contexto del control juridicopenal, qué otras importantes consecuencias puede provocar la simple "sanción a intervalos". Sucede que los delitos, en su mayoría, no son aclarados, y ya la relación de los delitos denunciados con la de los que concluyen en la aplicación de una sentencia, demuestra, según las estadísticas policiales y judiciales, un claro desnivel. La disparidad aumenta aún más si se toma también en cuenta el dato de las "cifras oscuras" de la criminalidad¹⁹. Y como los delincuentes son perseguidos solo excepcionalmente, les queda entonces, sin duda, la ganancia subjetiva que extraen de sus hechos. La impunidad aumenta aún más la satisfacción de los delincuentes, y refuerza su disposición hacia conductas indeseables, en lugar de disuadirlos. Este mecanismo no queda limitado a situaciones síquicas especiales, porque en casos *standard* de ilicitud típica, pertenece a los efectos regulares de la pena. Así, por ejemplo, cuando alguien quiere robar para obtener satisfacción con el botín, solo ve empañadas sus expectativas por la posibilidad de ser descubierto y penado. Pero si consigue finalmente su objetivo sin ser descubierto, su satisfacción es doblemente grande, porque no solo obtuvo el botín, sino que además evitó la pena temida. Si en el futuro vuelven a salirle las cosas bien, entonces el autor irá sintiendo, no obstante, el temor de no tener siempre la misma suerte. El riesgo está ahora de algún modo, calculado. Pero si la justicia lo alcanza alguna vez, la pena puede permanecer también sin efecto ninguno, porque la esperanza de nuevas empresas más exitosas refuerza su disposición delictiva más allá de la verdadera ganancia que espera obtener con el hecho.

Este fenómeno de los "refuerzos intermitentes de modos de conducta" le da a la pena el carácter de efecto típico cuando el control penal no es regularmente estrecho. Tampoco con una elevación de la amenaza penal puede ser superado, y más bien resulta dañoso, porque la satisfacción de no ser descubierto crece con la dureza del daño calculado. Los "refuerzos intermitentes de modos de conducta" resultan una típica consecuencia del control juridicopenal, en tanto el control no sea tan estrecho, y su importancia aumenta respecto de los reincidentes con la repetición de sanciones, de modo que cuando más sancionados son, más calculables les resulta también el riesgo.

¹⁷ SCHULZE, ob. cit., pág. 105; en la literatura analítica el fenómeno también ha sido considerado notablemente y ha sido interpretado específicamente por G. GRODDECK, *Die Arche*, 1926 y F. ALEXANDER, *Psychoanalyse der Gesamtpersönlichkeit*, 1926; con respecto a problema parecido de la provocación de sanciones, véase a M. GÖTTE, *Strafbedürfnis, Strafprovokation und erzieherisches Handeln*, 1965; a H. ZULLIGER, ob. cit., 1971; y a MENG, ob. cit., 1961.

¹⁸ Véase detenidamente a W. BREZINKA, *Erziehungsziele. Erziehungsmittel. Erziehungserfolg*, 1976, págs. 138 y ss.

¹⁹ Esto vale en cualquier caso, para la parte de los delitos aclarados; con respecto a los delincuentes la desaparición es menor; véase en detalle a G. KAISER, *Kriminologie*, 1980, págs. 233 y ss.

El problema no puede ser superado tampoco con un simple aumento de la amenaza penal, y más bien resulta dañoso, porque la satisfacción de no ser descubierto crece juntamente con la dureza del mal esperado. Si en cambio se enfocan directamente disposiciones de comportamiento, no surgen síntomas de este tipo paradójico, lo que se pone de manifiesto mediante el siguiente ejemplo: Un joven había adquirido tipos de comportamiento agresivo, cuya génesis debía buscarse, en principio, en el estilo educativo de los padres. A duras penas aceptado por los compañeros de su edad, desarrolló al mismo tiempo experiencias frustrantes y vivencias que lo marginaron aún más fuertemente. Finalmente, canalizó su ira ciega rompiendo vidrieras y provocando otros daños contra las cosas, hasta que fue descubierto como autor de la rotura de un gran ventanal de un club deportivo. Durante las audiencias judiciales se le diagnosticó que el trasfondo de su personalidad carecía de asociaciones emocionales. Por ese motivo, el tribunal le ordenó que ingresara al club deportivo, con la conformidad de todos los interesados. La medida no fue especialmente exitosa —y no lo podía ser— porque la diagnosis sobre el mecanismo de comportamiento no era muy exacta. Quizá el autor dejó luego de romper los ventanales del club, quizá no; pero como la intervención judicial ofrecía, junto a la sanción, alternativas de comportamiento, no hizo crecer nunca suplementariamente la necesidad de dañar cosas ajenas. Esto tampoco sucede cuando el enfoque del diagnóstico está equivocado, porque en todo caso la reacción vista ofrece una posibilidad existencial alternativa, y por eso se diferencia de la pena.

2. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL

Hay determinadas reservas que se dirigen además contra la especial conformación de la construcción juridicopenal. En lo fundamental, la pena no es más que un procedimiento de efectos desagradables, y la concepción juridicopenal coincide perfectamente con los conceptos de la teoría del aprendizaje, que habla habitualmente de *estímulos aversivos*. Cuando la aplicación de estos estímulos debe tener un efecto fundamentalmente especialpreventivo, entonces el organismo tiene que experimentar el malestar resultante, como consecuencia directa del comportamiento indeseado; en consecuencia, los estímulos aversivos deben ser presentados en directa relación con la secuencia del comportamiento cuya cuota debe disminuir. Pero para ello no resulta suficientemente estrecha la ligazón juridicopenal entre hecho y vivencia de la pena.

a) Los polos de la ligazón juridicopenal

La ligazón fracasa, en principio, porque el hecho y la vivencia de la pena no se apoyan con suficiente fuerza en las condiciones personales, y por ello no coinciden totalmente en el plano del comportamiento.

1) El hecho antijurídico como primer polo de la ligazón es definido penalmente mediante el hecho tipificado del ilícito. Este modo de descripción sirve solo para las necesidades normativas del tipo anónimo de prevención, ya que para la finalidad de manejar comportamientos individuales es demasiado poco preciso, porque a la definición legal no corresponden dimensiones de comportamiento. Esto se aclara tomando el ejemplo del bebedor que se torna agresivo solo bajo influencia alcohólica y lesiona a alguien. Desde la perspectiva del control juridicopenal comete el delito de lesiones corporales, pero en el terreno especialpreventivo el enfoque no reposa en la agresión, sino en su inclinación al consumo de alcohol, cuyas circunstancias y entretelones se hallan, sin embargo, muy lejos de la interpretación típica del hecho ilícito.

Las perspectivas de la protección anónima de bienes jurídicos y de la modificación especialpreventiva de la conducta no coinciden. La construcción juridicopenal tiene exactitud, pero solo en el plano normativo, mientras que la pierde en el plano del comportamiento, en la complejidad psicológica de las predisposiciones personales frente a las normas jurídicas, puesto que sus tipos penales pueden ser realizados mediante las más diversas muestras de comportamiento.

Para las finalidades educativas, las distintas posibilidades de comportamiento deben ser diferenciadas, y por tal motivo, por ejemplo, la terapia del comportamiento se concentra sobre la clasificación de las conductas. En verdad, se inquieta menos que el derecho penal por las causas de los síntomas, pero acentúa sus estímulos fuertemente sobre el conocimiento de las estructuras personales clasificadas.

Solo mediante esta referencia a la persona individual consigue la sanción —construida conforme a la teoría del aprendizaje— calidad prospectiva, no obstante que también está fijada a comportamientos pasados.

2) El segundo polo de la ligazón está constituido por el estímulo punitivo, el cual, sin embargo, no es lo suficientemente preciso para constituirse en un modelo aversivo de comportamiento, porque ofrece a los punidos demasiadas posibilidades de escapatoria al estímulo sancionatorio²⁰. Por ejemplo, la carga de pagar una suma de dinero por concepto de multa puede ser evitada por el afectado pidiendo el dinero a sus familiares o a sus amigos, salvando así el esfuerzo que le significaría tener que ganárselo.

Por sobre todo, en las penas privativas de libertad a largo plazo se muestran muy especialmente las debilidades en esta dirección, porque la presencia comunicativa de los presidiarios logra, pese a la estrechez, espacios para la realización de conductas que estos desean realizar autónomamente. Esto tiene aún mayor vigencia cuando, a causa de un tratamiento, el preso es motivado a ganar gratificaciones mediante su buen comportamiento, con el cual se pueden evitar hasta cierto grado las sensaciones aversivas, sin que haya una

²⁰ Es condición esencial para una eficacia máxima que el sancionado sea accesible en forma incondicional; véase a AZRIN/HOLZ, *Punishment*, en HONIG, *Operant behavior: Areas of research and application*, 1966, págs. 380 y ss.; y a CH. CHRISTOPH-LEMKE, *Bestrafung*, en CH. KRAIKER, *Handbuch der Verhaltenstherapie*, 1974, pág. 66.

referencia directa al delito cometido. Esta evitación no es necesariamente de lamentar, si se tienen en cuenta las carencias preventivas de la pena respecto del autor. No obstante, descalifica por completo la capacidad funcional de la construcción juridicopenal, puesto que la eficacia de la pena pierde toda previsibilidad cuando el probando está en condiciones de manipular por sí mismo su intensidad.

b) El tipo de ligazón

Menos apta aún para la función preventiva es la relación entre sanción y hecho sancionado, ya que la distancia temporal que media entre ambos supuestos disminuye considerablemente el grado de eficacia de la pena²¹. Este problema se puede considerar aun con métodos procesales, esto es, propios del derecho penal, si bien la aceleración del proceso encuentra pronto sus fronteras sistemáticas en las garantías procesales en favor del acusado. Mucho más pesada es la carga del contenido dañoso propio de la pena, porque las secuencias indeseables del comportamiento solo se dejan reducir mediante técnicas aversivas a lo sumo cuando la selección y medición de las sanciones punitivas se orientan según las expectativas futuras de comportamiento. Por ello, las sanciones estructuradas preventivamente se parecen a las medidas penales de mejoramiento de la conducta²², porque también en estas el pronóstico está referido al comportamiento pasado. Por eso, el hecho cometido presta solo el contorno necesario a la aplicación de la sanción sin servirle de punto de referencia autónomo. Solo así se puede construir prospectivamente la sanción, ligando directamente el desagrado de la sensación aversiva con el comportamiento indeseado.

La asociación antes descrita no puede ser alcanzada mediante el tipo de control social del derecho penal, porque este debe reproducir en sus consecuencias jurídicas el ilícito cometido, y principalmente porque concretiza la pena sobre el autor identificado por el hecho cometido, no ocupándose de dirigir su comportamiento futuro. Este mecanismo retrospectivo del enfoque juridicopenal asocia también al comportamiento pasado la calidad aversiva de la sanción.

El dogma normativo de la retribución gana, de este modo, relevancia psicológica, pues la fijación al decurso histórico transforma profundamente el alcance perceptivo del mal infligido. Y dado que este es querido precisamente como mal en el contexto juridicopenal, se autonomiza en el procedimiento de su aplicación, y con ello pierde su referencia al concepto aversivo de la prevención

de la teoría del aprendizaje, y se constituye inmediatamente en menoscabo o pérdida personal.

La delimitación de la pena como menoscabo personal tiene especiales efectos en la ejecución penal, que no produce un estímulo momentáneo, sino de duración extensiva a toda la privación de libertad. Esto vale, en principio, para la idea que de tratamiento tenga el personal de ejecución penal, puesto que la temática educativopenal tiene que ser elaborada necesariamente con los elementos retributivos de la concepción generalpreventiva. Por ello, el educando es mantenido en la culpabilidad por la trasgresión a la norma, y solo tiene derecho a la posición jurídica disminuida que le había asignado la sentencia. Bajo estas condiciones, el tratamiento pedagógico en el derecho penal rechaza siempre al autor, en lugar de confirmarlo en su dañado ámbito de responsabilidad.

Para los destinatarios de la pena, las consecuencias son aún más decisivas, porque la dinámica síquica de la aplicación de la pena adquiere el carácter de suceso totalmente autónomo, ya que el penado se preocupa solo por el mal infligido, en lugar de elaborar la incriminación de su comportamiento; tal vez por eso aprende a situarse en la totalidad del aparato de ejecución penal, y a soportarlo, mientras que irá pensando cada vez menos en el hecho punible cometido, cuando más situativamente sea tomado en cuenta por la pena. Las sanciones organizadas retrospectivamente se apartan entonces del delito y sus disposiciones de comportamiento, en lugar de reprimirlas.

Lo dicho es válido para las hipótesis de la teoría del aprendizaje, en no menor medida que para la elaboración de la dimensión espiritual de la culpa, porque la vivencia del arrepentimiento presupone que la relación entre el padecimiento de la pena y la violación del derecho permanece intacta. Pero el contacto con el mal independizado, como técnica aversiva, no deja el camino libre para transformar las disposiciones de comportamiento, desplazando de este modo a un segundo plano la elaboración espiritual interior sobre el hecho cometido.

El sufrimiento por la conciencia del ilícito no es despertado por la pena, sino por la comisión misma del hecho, para lo que es necesaria una conciencia con posibilidades de funcionamiento, pero para cuya conformación no interviene ningún medio educativo extraordinario, sino que surge del proceso de socialización en su conjunto. La pena particular, al contrario, proporciona elementos más bien extraños a la reflexión espiritual. En todo caso, no se produce una conexión funcional con el arrepentimiento que solo puede ser logrado mediante el padecimiento de la pena cuando esta es construida retrospectivamente, y solo cuando los presupuestos personales y situativos son favorables y así lo permiten.

Como *segunda tesis* puede ser comprobado, a partir de aquí, que los marcos de referencia juridicopenales ofrecen presupuestos muy poco favorables para la corrección de disposiciones de comportamiento individual, porque la pena demuestra tener un muy dudoso rango pedagógico, y al mismo tiempo

²¹ Véase a AZRIN HOLZ, *lug. cit.*; a CHRISTOPH-LEMKE, *lug. cit.*; y a EYSENCK RACHMAN, *Neurosen*, 1971, pág. 19.

²² El derecho penal alemán contempla, además de la sanción por culpabilidad, medidas de aseguración y corrección (por ejemplo, internación en clínicas psiquiátricas, institutos de deshabitación) que no requieren culpabilidad del delincuente sino solamente el peligro de una repetición futura. La disposición de estas medidas, sin embargo, no debe sobrepasar la proporción de los delitos cometidos o a cometerse en el futuro, ni el grado de peligrosidad del delincuente (§ 62, StGB).

ser de un alcance muy inseguro. La debilidad especialpreventiva de la pena está definida por las características de su eficacia psicológica, y por eso mismo no puede ser eliminada mediante la reformulación de enfoques normativos de valores en el ámbito de las ciencias de la educación.

IV. La conformación juridicopenal de la privación de libertad

Las carencias de la pena hasta aquí esquematizadas aludían especialmente a la limitación temporal de los estímulos, que se agotan en el hecho de infligir un mal. La ejecución penal y las medidas educativas del catálogo del derecho penal juvenil van lejos porque tienen mayor duración. Mediante ellas, el presidiario mismo suaviza ocasionalmente la calidad aversiva de su encierro, con la propia iniciativa, y por su parte, el aparato de control también puede conformarse con interpretar la irrupción de la pena como simple apertura de las posibilidades de influencia. El contenido dañoso de la pena se reduciría entonces a la regulación obligatoria de las circunstancias de vida, dejando el correspondiente espacio al tratamiento pedagógico.

1. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO FORMATIVO

a) El contexto generalpreventivo

Es cierto que las medidas aplicadas a la ejecución penal tienen, a largo plazo, una oportunidad de liberarse un poco de las típicas previsiones de la lógica juridicopenal. Ya desde antiguo se ha intentado suavizar la antinomia entre los fines de la pena (retribución, prevención general y especial) mediante su distribución en distintos escalones concretizadores de la sanción²³. De tal modo, las tareas generalpreventivas adquieren un rango predominante a partir de la amenaza penal, mientras que en la ejecución penal son las expectativas especialpreventivas las que ven reforzada su importancia. Pero ellas no se independizan recíprocamente, puesto que las una la aplicación de la pena, acto que garantiza la materialización del derecho; de ahí que el principio de la función anónima permanece en todo caso más fuertemente ligado a la aplicación de la pena, que a las conveniencias educativas de una profilaxis delictiva individual²⁴. Esta ligazón coloca a la ejecución penal bajo un especial contexto generalpreventivo, mediante el cual el concepto retributivo permanece presente, puesto que la medida siempre se verifica porque se ha cometido un

²³ Véase a C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966); *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, págs. 1 y ss.; a H. SCHÜLER SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, 1969, págs. 129 y ss.; a BRUNS, ob. cit., 1974, págs. 211 y ss.; y a MILLER-DIETZ, ob. cit., 1979, págs. 32 y ss.; además, a M. E. MAYER, *Strafrecht*, AT, 1915, pág. 419; y a W. SAUER, *Der Strafzweck nach Auffassung der Entwürfe*, "DJZ", 33 (1928), págs. 907 y ss.

²⁴ No obstante, necesitan justificación especial: ROXIN, ob. cit., 1966, pág. 12.

ilícito. Por eso mismo también en referencia a la persona permanece, en principio, y ante todo, como un mal querido.

Donde el derecho penal orienta el tipo de la sanción según necesidades formativas, como por ejemplo en el § 18, párrafo 2, de la ley judicial juvenil²⁵, la dependencia estructural es aún más grande, pues la consecuencia jurídica debe llegar a ser ejecutada con la misma intención con que fue ordenada. Por ello pasa claramente a primer plano la idea retributiva específica, sin perjuicio de su vestidura verbal con los ropajes juridicopenales de la formación o educación. Por ello aparece como estrecha la inclinación de los jueces juveniles alemanes, de agotar completamente las posibilidades educativas del catálogo de consecuencias jurídicas²⁶.

El § 2 de la ley de ejecución penal formula su meta de ejecución de modo mucho más libre que en el § 91, párrafo 1, de la ley judicial juvenil²⁷, pues la idea formativa permanece necesariamente predeterminada mediante el contexto especialmente estrecho. El contenido y el efecto de la sanción pueden liberarse de sus lineamientos dogmáticos fundamentales, pero esto no significa aún ninguna independencia del poder de definición en la dirección de las ciencias humanas; pues, al contrario, falta la posibilidad de delimitar la educación en su *praxis* pedagógica, de respeto por la finalidad primaria de castigar.

Cuando las consecuencias jurídicas disponibles son definidas en parte como sancionatorias y en parte como formativas, es posible que la selección de sanciones coloque el acento en uno u otro aspecto. Esta variabilidad prevé, sin embargo, que la formación y la pena son coloraciones semejantes, y según el caso, combinables con un tipo de reacción concebible unitariamente. En consecuencia, ambos tienen que encarar el problema de la modificación del comportamiento individual de modo típicamente semejante, y solo entonces es cuantificable la formación mediante la pena, como está previsto en el § 18, párrafo 2, de la ley judicial juvenil. Solo que de este modo la formación recibe una tendencia potencialmente punitiva²⁸, que hace imposible su diferenciación cualitativa de la pena, porque la pena pasa ahora, en el contexto penalpedagógico, de ser un simple medio formativo, a ser un concepto de influencia sobre el comportamiento.

²⁵ Véase nota 8.

²⁶ Véase a H. KAUFMANN, *Jugendstrafrechtsreform de lege lata?*, en *Festschrift Welzel*, 1974, pág. 898; a H. RAUSCH, *Untersuchungen zur generellen Praxis der Verhängung der Jugendstrafe*, en H. KAUFMANN y otros, *Jugendliche Straftäter und ihre Verfahren*, 1975, págs. 19 y ss.; a G. KAISER, *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, pág. 163; a F. SCHAFFSTEIN, *Zur Problematik des Jugendarrests*, "ZStW", 82 (1970), pág. 866; y a E. MÜLLER, *Zum Erziehungserfolg der Jugendstrafe von unbestimmter Dauer*, 1969, págs. 115 y ss.

²⁷ Véase § 2, StVollzG, nota 7; el § 91, párrafo 1, JGG, dice: Mediante la ejecución de la pena juvenil se pretende educar al sancionado para que en el futuro lleve una vida (*Lebenswandel*) honrada (*rechtschaffen*) y responsable, II, 1: Orden, trabajo, enseñanza, deportes y actividades ingeniosas en el tiempo libre, son las bases de esta educación.

²⁸ H. KUPFFER, *Erziehung als Strafform?*, "KrimJ", 6 (1974), págs. 249 y ss.

b) La relación entre culpa y formación

Dogmáticamente pueden proyectarse la formación y la sanción dependiente de la culpabilidad desde dos perspectivas distintas sobre un plano definitorio unificado. Una establece la culpa como característica de la formación, y mediante ello se estiliza como indicador de necesidad formativa. A esta dirección tiende la Corte Suprema Federal Alemana cuando, en literal coincidencia con la formulación de la ley, hace depender la aplicación y duración de la pena de criterios educativos también cuando su legitimación se apoye exclusivamente sobre la gravedad del reproche de culpabilidad²⁹. Mediante este proceso se transforma necesariamente la descripción del contenido de la culpabilidad, puesto que ahora no determina más la violación de un ámbito de responsabilidad limitado, sino que determina un estado evolutivo. De tal modo, la opinión sobre el error de empleo situativo de libertades de decisión se pierde en un complejo cuadro de mecanismos deficitarios de dirección del comportamiento, cuyo parentesco con la construcción de la culpabilidad por el modo de vida apenas si puede ser pasado por alto. En el derecho de menores significa prácticamente una renuncia a la demostración de la culpabilidad, pues se podrá hacer responsable al imputado por su modo de vida aun en menor proporción que al adulto. Pero entonces, solo se puede legitimar la imposición de un castigo al ilícito mediante la ley del talión, lo que está, como es lógico, históricamente superado³⁰.

Esta hipótesis es constantemente cuestionable en el ámbito del enfoque del control juridicopenal, porque quita a la delimitación de la culpabilidad su función protectora, sin suprimir al mismo tiempo la estructura retributiva de la pena³¹.

El otro punto de vista parte de la culpabilidad y subordina la característica de la formación. Esta se desnaturaliza por ello a simple finalidad de la pena, y sigue en su temática a la organización juridicopenal.

²⁹ "BGHSt", 15, pág. 224; 16, pág. 261; "GA", 1954, pág. 309; 1955, pág. 364; "Strafverteidiger", 1981, pág. 26, y las decisiones no publicadas: 2 StR 83/61; 1 StR 125/71; 1 StR 305/71.

³⁰ Aunque en este sentido todavía J. TENCKHOFF, *Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld?*, "JR", 1977, pág. 485; el autor piensa que el joven principalmente no tiene culpabilidad completa, y, por tanto, basa la pena por culpabilidad más sobre la gravedad del injusto.

³¹ En la mayor parte de la literatura la jurisdicción no ha sido aceptada, reprochándole principalmente de confundir las dos alternativas del § 17, párrafo 2, JGG (véase anotación 12), y de no tener en cuenta que la pena juvenil es una pena criminal auténtica y, por tanto, debería considerar el aspecto de una retribución justa para el delito cometido con culpabilidad; véase a F. SCHAFFSTEIN, *Schädliche Neigungen und Schwere der Schuld als Voraussetzungen der Jugendstrafe*, en *Festschrift Heinitz*, 1972, págs. 461 y ss.; a G. GRETHLEIN, *Anotación al BGH*, "NJW", 1961, pág. 278, ob. cit., págs. 687 y ss.; a J. HELLMER, *Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht*, 1962, págs. 43 y 57; a MICHE, ob. cit., pág. 60; a KOHLHAAS, *Die Bedeutung von Haltung und Persönlichkeitsbild bei der Urteilsfindung "Rdj"*, 9 (1961), pág. 159; a A. E. BRAUNECK, *Die Jugendlichenreife nach*, § 105, JGG., "ZStW", 77 (1965), pág. 210; a BRUNS, ob. cit., 1974, págs. 255 y ss.; a R. BRUNNER, "JGG", 1978, § 17, 5^a; a MAURACH, ob. cit., 1971, pág. 921; y a E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, AT, 1975, pág. 684, con más detalles; aceptando solamente H. RIEDEL, *JGG*, § 17, 3c; con cierta reserva en la crítica, DALLINGER LACKNER, *JGG*, 1965, § 17, 18s; en forma positiva, pero en conexión alternada, BRUNS, ob. cit., 1974, pág. 250.

La misma intercambiabilidad de muestras pedagógicas y juridicopenales es finalmente prevista si, como BRUNS³², se pretende plantear la existencia de un espacio entre escala penal necesaria para la educación y las que aún son posibles, de tal modo que puedan ser tomadas en consideración finalidades opuestas de la pena en el ámbito de las metas formativas.

También, según esta posición, el concepto de formación tiene que estar unilateralmente marcado por el derecho penal, si se quieren evitar fricciones con los puntos de vista juridicopenales.

En esta estrecha asociación resulta lógico que el derecho penal alemán de menores limite la finalidad formativa a la pretensión juridicopenal de disminuir la cuota de reincidencia³³. La graduación normativa de los procesos de socialización, en las tres etapas de: disposiciones criminógenas, fidelidad a la ley en general y responsabilidad social, no corresponden, sin embargo, de ningún modo a los procesos psicológicos en el plano del comportamiento, ya que las matrices de él están allí más entrelazadas de lo que lo permitirían las mismas combinaciones según criterios jurídicos.

Una educación definida según el derecho penal no alcanza, sin embargo, a causa de su marco de referencia específico, para una legitimación más amplia. Por ello, la formación debe estar orientada hacia estos fines, cuando más tarde no puedan ser verificados en el contexto pedagógico sin causar fricciones. Con ello, la formación permanece definitivamente bajo la premisa del reproche, ganando competencia propia, con alguna amplitud, solo allí donde la materialización del derecho no exija un castigo, y la pretensión punitiva pueda ser suspendida por consideraciones juridicopenales. Este es, a lo sumo, el caso de aplicación de las medidas educativas del § 9 de la ley judicial juvenil. Cuando, al contrario, se piensa que el autor no está especialmente necesitado de formación, o cuando ha cometido hechos ilícitos de importancia considerable, la formación se reduce a una simple medida disciplinaria, como sucede cuando se ordenan medidas correctivas y penas según la culpabilidad.

Pero este enfoque no permanece de ningún modo limitado a los casos en que no son demostradas las intervenciones de motivación educativa. En el derecho alemán esto es bastante claro en los casos en los cuales la aplicación de la pena juvenil puede apoyarse expresamente en inclinaciones destructivas. Sobre esta variante de intervención, el enfoque disciplinario encuentra también el acceso al ámbito central de la pedagogización de la pena, puesto que ambos tipos de pena no serán separados ya más desde el punto de vista del derecho material y el ejecutivo. La pena debe también superar las inclinaciones

³² Ob. cit., pág. 257, haciendo referencia a una parte de la sentencia BGH St 8, pág. 78, no publicada en la colección oficial.

³³ ZIPF, ob. cit., 1969, pág. 153; A. WEITL, *Die dogmatischen Grundlagen des geltenden Jugendstrafrechts*, Diss., 1965, págs. 63 y ss.; MICHE, ob. cit., 1964, pág. 23; LG HANNOVER, "Rdj", 1962, págs. 13 y ss.; véase también a HELLMER, ob. cit., 1962, págs. 24, 30, 39 y ss.; igualmente, G. BLAU, *Die Bedeutung der Tat in Jugendstrafrecht*, "MDR", 1958, pág. 782; para la ejecución penal, SCHÜLER-SPRINGORUM, ob. cit., 1969, pág. 158.

destructivas que habría tenido que reprimir una formación "adecuada" con anterioridad. Con esta tarea, empero, le es asignada la de disciplinar al educando, como verdadero potencial educativo. La pena pedagogizada aparece entonces sencillamente como tema conductor de la actuación pedagógica. La formación no se desarrolla, por eso mismo, nunca más por sus propios medios, y siempre es una función de la pena, o por lo menos la pena función de la formación³⁴.

2. CARGAS DE LA ORGANIZACIÓN DE EJECUCIÓN PENAL

La ejecución penal tiene dificultades para liberarse de estos condicionamientos. Desde los primeros días de la Casa de reclusión de Amsterdam, la disponibilidad estacionaria del probando abrió fascinantes dimensiones del control terapéutico del comportamiento; sin embargo, la pretensión pedagógica no se pudo imponer nunca a largo plazo contra las estructuras retributivopenales. La privación de libertad fue interpretada casi inmediatamente como pena, no bien ingresó en el repertorio de sanciones del derecho criminal.

También la actual ejecución penal entra siempre en conflicto con el enfoque retributivo de la pena, por los motivos arriba expuestos, y tanto más cuanto más seriamente tome en cuenta su misión pedagógica. La función de matriz generalpreventiva puede ser ocultada, pero nunca desatendida. Así como la pena suspendida puede estilizar su contenido dañoso en simple amenaza, así también la ejecución penal no necesita ocuparse de la existencia personal en forma total; los escalonamientos según grados de restricción de la libertad de movimientos son suspendidos aun en las más intensivas formas de prisionalización. Pero las limitaciones a la libertad de movimientos permanecen, sin embargo, de considerable amplitud, y solo son reducidas a modo de prueba. Si, por ejemplo, el menor responde con fugas a la indulgencia jurídica de la ejecución penal abierta, será remitido nuevamente a un establecimiento cerrado, por no haber estado capacitado para las exigencias especiales de la medida, cuyo fracaso está representado por él mismo, ya que la organización pedagógica del aparato es apenas visible en el caso individual.

Desde el punto de vista de la pena, esta atribución de responsabilidad a la persona del probando está completamente justificada, puesto que la imposición de un mal más riguroso (la mayor reducción de la libertad) apareció ya como justificada por la violación del orden jurídico, permaneciendo solo suspendida hasta que el probando se ganase la mejoría de su situación mediante el propio comportamiento. Si mediante su fuga se atribuyó mayores beneficios, atacó lo referente a la distribución estatal del monto de las penas, sin estar autorizado para ello, por lo que su mero encierro no le acarrearía verdaderamente un empeoramiento de su situación, sino que solo le haría perder el beneficio aún no ganado de la suavización penal.

³⁴ KUPFFER, lug. cit.

Lo expuesto solo es legítimo según el mecanismo retributivo de la desaprobación, pero si, por el contrario, se tiene a la ejecución penal abierta como conveniente desde el punto de vista pedagógico³⁵, entonces aparece en este proceso, en el plano de la ejecución penal, el mismo estrechamiento sistemático penal del pensamiento educativo, tal como ya había sucedido respecto del derecho material. La educación o formación es solamente una tarea menor de la pena, que se gana mediante un comportamiento relativamente bueno, y que se puede perder mediante un comportamiento relativamente malo³⁶. En realidad, esta no es una cuestión de deficiencias institucionales, sino un problema típico de este proceso.

También el sistema de las sanciones carcelarias internas es objeto de muchas influencias provenientes de esta interpretación educativa juridicopenal, puesto que casi todos los acontecimientos educativos gratificantes de la cárcel se van suspendiendo escalonadamente cuando el delincuente no se comporta con corrección, o sea, cuando por regla general más necesitado de educación aparece. Evidentemente, tiene que estar ya relativamente educado, esto es, disciplinado en el típico sentido juridicopenal, si pretende alcanzar el pleno disfrute de las ventajas pedagógicas.

Las tensiones entre formación y retribución no solo resultan claras por medio del análisis de cada una de las medidas carcelarias. La privación de libertad en general, no parece muy indicada como terreno para el ejercicio del comportamiento social, o en todo caso no lo es mediante el repertorio pedagógico que tiene a disposición, o que razonablemente podría ser esperado, dado que la totalidad del establecimiento estructura a los presidiarios por fuera de sus necesidades sociales propias, perturba la formación de grupos, y los compele a la actitud pasiva de administrados³⁷. Sin embargo, la pena no es suspendida con el fundamento —digamos— de que no se pudo conseguir una plaza en un establecimiento abierto³⁸, y es también sabido que la estructura compulsiva del establecimiento, como totalidad, no es precisamente el mejor modelo para el aprendizaje del respeto al orden, y que además tampoco favorece la vivencia de necesidad de regulaciones sociales.

Pese a todo, las disposiciones internas de los establecimientos penales compiten habitualmente en la reglamentación de detalles³⁹, con cuya deter-

³⁵ Como continuación al § 10, párrafo 1, St VollzG, también núm. 5, VVJug para menores; sin embargo, reducido.

³⁶ Véase a KUPFFER, lug. cit.

³⁷ Referente a la situación de la ejecución penal juvenil, véase por ejemplo, en forma resumida, a G. KAISER, *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, págs. 167 y ss.

³⁸ Como instituciones abiertas existen solamente el "Flüedner-Hans" Grob-Gerau, y la ejecución abierta en la JVA Hövelhof y Falkenrott, JVA Neumünster y la isla Hanöfersand en el río Elba, que se debe mencionar con cierta reserva debido a su situación topográfica especial. Por lo demás, esta forma de ejecución se limita a secciones pequeñas en las instituciones cerradas; véase a T. SCHALT, *Der Jugendstrafvollzug in freien Formen*, Diss., 1975; y a KAISER, ob. cit., 1977, con muchos detalles, pág. 168.

³⁹ Véase los ejemplos en H. J. FRIEDRICHS, *Die Situation des Jugendstrafvollzuges in NRW*, Diss., 1975, págs. 192 y ss.

minación se disminuyen aún más las tan necesarias iniciativas del educando. La seguridad y el orden externo tienen todavía, evidentemente, clara prioridad frente a las exigencias pedagógicas, tendencia que se prolonga debido a las propias necesidades estructurales del establecimiento, porque toda organización por la cual deban convivir muchas personas en un espacio estrecho, muestra la tendencia a colocar las individualidades bajo el punto de vista uniformador de la funcionalidad de dicha organización social.

El tipo disciplinario de la formación educativa bajo formas penales presta grandes servicios a la tendencia uniformadora, y acarrea además el peligro complementario de que se la cultive expresamente. Por cierto que es válida en este terreno, como en otros, la afirmación de que *el control es tan educativo como lo permitan sus agentes*, pero es también claro que el sistema jurídicopenal dificulta considerablemente a sus agentes la posibilidad de que lleguen a producir efectos educativos.

De este esquema surge la *tercera tesis*: El concepto de "formación penal" coopera forzosamente a producir el estrechamiento característico en torno de la conducta antijurídica. Se dirige principalmente a la conformación del mal retributivo, que alcanza al autor subjetivamente, como expiación. La técnica del control generalpreventivo aplicada desemboca en lo especialpreventivo, en la comunicación de vivencias expiatorias. Por cierto que esta técnica no determina durante el tratamiento el campo de operaciones, pero se desplaza, sin embargo, muy fácilmente, al primer plano cuando el contacto educativo no toma enseguida el curso deseado. *En una ejecución penal pedagógica favorece la reproducción de las estructuras autoritariopenales de dirigismo y conducción*, que psicológicamente son dimensiones poco estimulantes⁴⁰. La definición que proporcionan las ciencias jurídicopenales y de la educación sobre procesos educativos, no son entonces coincidentes, o lo son solo por casualidad.

La prioridad de definición queda en manos del derecho penal que por su específica técnica de control no está en situación de ceder este primado al libre juego de fuerzas de las teorías de las ciencias de la educación y sus experiencias pedagógicas.

V. Control de la criminalidad en el contexto formativo jurídico

1. LA PUESTA EN PELIGRO DE LA COMPETENCIA PEDAGÓGICA

Cuando los marcos de referencia jurídicopenales dificultan considerablemente el desarrollo de la competencia pedagógica, podría pensarse enseguida en sacar el control de la criminalidad del derecho penal, colocándolo en el derecho educativo. Sus tareas especialpreventivas gozarían allí, sin duda, de

⁴⁰ Véase a TAUSCH-TAUSCH, *Erziehungspsychologie*, en la 8ª ed. reformada, 1977, págs. 332 y ss.

una situación más favorable, puesto que la orientación personal de los tratamientos coloca, en lo fundamental, todas las medidas bajo el primado de la eficiencia pedagógica, y solo se necesitaría imponer una pena en caso que esta apareciera como el más adecuado de todos los medios disponibles. También su estructura de aplicación se dejaría entonces trasladar sobre el efecto prospectivo de los estímulos concebidos según la teoría del aprendizaje.

La clara legitimación del derecho penal a partir de la perturbación delictiva del orden es disuelta, según la propuesta anterior, en una estructura pluralista de metas normativas, que en la formación práctica se condensa en simple ayuda orientadora para los educandos. En todo caso, esta es la imagen del hombre prevista por la Constitución alemana, que pretende tener a todos los ciudadanos por personalidades libremente conformadas. La búsqueda tras el propio lugar de origen en este heterogéneo ordenamiento de valores es designada, con frecuencia, como emancipación. Por otra parte, el carácter de oferta de la mediación pedagógica, apenas si entra en colisión con el estricto ámbito de validez de las regulaciones jurídicopenales. La vinculatoriedad de los valores depende, esencialmente, del juicio personal del individuo, y "dejarlo hacer" no significa que se lo libere de toda limitación. Donde son creadas normas como resultado del consenso general de la comunidad social, o sirven en la protección de derechos ajenos, se constituyen, naturalmente, impedimentos para la realización del individuo, con los que debe arreglárselas de algún modo, porque esta situación otorga a la existencia individual su contenido social.

Los verdaderos problemas surgen con la recepción de las tareas de control generalpreventivo, porque como este pertenece a los fenómenos básicos de las técnicas de conducción social, está sujeto solo muy limitadamente a las decisiones políticocriminales, como vimos anteriormente. Las tareas de control no son tampoco eliminadas mediante la transformación del contexto de control, y por ello tienen que servirse también del derecho educativo, y para ello no resulta apropiado el mecanismo de intervención especialpreventivo. Su sistema de medidas pedagógicas y ayudas terapéuticas tiene que tomar ahora también en cuenta el efecto de la sanción sobre otros ciudadanos. Y puesto que el tipo de control permanece limitado al individuo, la perspectiva generalpreventiva permanece circunscrita al enfoque personal, así como, al contrario, en el sistema de control jurídicopenal el individuo tiene el rango prioritario como destinatario de sanciones anónimas.

La prevención general, por su parte, se verá recortada en su contenido sistemático, o sea, será disminuida desde enfoque de control a dato de medición. La pretensión formativa solo tendrá entonces un alcance tan vasto como lo permitan los restos generalpreventivos de la estructura sancionatoria.

El tipo de reacción pedagógica ha desenvuelto siempre cierta preferencia para programas de tipo jurídicopenal en la confrontación con las fallas de comportamiento⁴¹. La influencia de tales programas adquiere, sin embargo,

⁴¹ Cuando falta la orientación psicológica, se trata en el análisis del fenómeno penal solamente de imágenes acuñadas por el derecho penal y la ética, a los cuales solo se ha quitado la exactitud

nuevas dimensiones con el ensanchamiento del campo de competencia, porque la formación no puede ahora hacer depender la aplicación de la pena solo de la apreciación de su eficacia pedagógica individual, puesto que la originaria pretensión de las técnicas anónimas de dirección presiona por una participación adecuada en el proceso de control. En el plano de la realización práctica pedagógica se produce, entonces, en el ámbito del derecho educativo, el mismo conflicto entre las concepciones pedagógicas y juridicopenales que se observó en la distribución inversa de roles, en el contexto juridicopenal.

La pretensión educativa corre, bajo estas circunstancias, un peligro considerable, consistente en ceder su primado en la *praxis* formativa en favor de técnicas represivas de tratamiento. Este presupuesto está confirmado por una cantidad de proyectos de ley alemanes, que entre 1968 y 1977 se esforzaron por lograr una síntesis de formas de control de comportamiento pedagógicas y juridicopenales. Cuanto menos recargado estuvo el derecho formativo con reacciones para hechos antijurídicos, tanto más emancipatorio resultaba, mientras que en la medida en que debiera llenar en mayor medida tareas penales, también se preveía su equipamiento en alto grado con medidas técnicas represivas de imposición. Esto es evidente, puesto que la clientela que se analiza apenas si se subordina voluntariamente a sanciones, independientemente de su calidad pedagógica. El carácter de oferta de las reacciones jurídicas correspondientes, discurre en estos casos vacío, y solo puede ser trabajado durante el trascurso de su aplicación.

Bajo estas circunstancias, es de temer muy seriamente que de una vinculación entre reglamentaciones juridicopenales y formativas, el derecho educativo sucumba a los elementos represivos del derecho penal con mucho mayor probabilidad a que suceda lo contrario, esto es, que el control de la criminalidad se enriquezca con formas educativas. Cuando el derecho formativo solo puede articularse pedagógicamente mejor porque no ha necesitado apoyarse en el ilícito en particular, pierde, sin embargo, esta ventaja necesariamente cuando debe servir metas generalpreventivas, puesto que estas imponen por su parte la exactitud juridicopenal.

De lo expuesto resulta la *cuarta tesis*: La educación pública está en sí en condiciones de reaccionar formativamente frente a la criminalidad; pero, sin embargo, no puede satisfacer los intereses específicos de la prevención general, que existen en todas las sociedades modernas, independientemente de construcciones dogmáticas, y que deben ser tenidos en cuenta. La considera-

del tipo legal. En forma ejemplar la obra de LANGEVELD, cit., 1969, págs. 140 y ss.; de la cual J. DERBOLAV (*Die gegenwärtige Situation des Wissens von der Erziehung*, 1962, pág. 23) dice en todo caso que tiene "la profundidad de un Schleiermacher"; véase además a DURR, ob. cit., pág. 94; a ROMBACH, ob. cit., pág. 20; y a ESTERHUES, ob. cit., 1962, pág. 103. En la forma más destacada FOERSTER (ob. cit., pág. 36), cuya influencia sobre el derecho penal juvenil data del movimiento de reforma al principio del siglo (*Jugendgerichtsbewegung*), y que hasta la fecha no ha sido superada.

ción de los intereses generalpreventivos desata, en el ámbito de la formación especialpreventiva, conflictos sistemáticos muy parecidos a los que en sentido inverso causa la pretensión pedagógica en el derecho penal.

2. FORMAS DE ELABORACIÓN DE LAS TAREAS DE CONTROL JURIDICOPENAL

Las tensiones entre tareas juridicopenales y técnicas pedagógicas son tan fuertes que apenas si pueden ser superadas en el ámbito del sistema. Si el control de desviaciones criminales es regulado típicamente según el derecho penal, se constituye respecto de la ayuda formativa para menores un ámbito especial autónomo, cuyo abarcamiento por el derecho de menores continúa siendo de naturaleza formal. De tal modo, no son de esperar transformaciones más profundas en la esencia institucional, y dado que el enfoque técnico de control sigue incidiendo como antes, el personal de las instituciones permanece estrictamente obligado a él.

Un nuevo ordenamiento de este tipo se agota, entonces, en las palabras, y a la vez tiene que tolerar el reproche de tratarse de un mero etiquetamiento. Las propuestas, digamos, de la Comisión de Trabajadores del Bienestar (asociación privada de fines sociales), por un derecho de ayuda ampliado para menores, se inclinaban en esta dirección, pues su catálogo de sanciones separa claramente la reacción por desviaciones criminales de la verdadera oferta de servicios según el contenido y presupuestos de aplicación.

La otra posibilidad consiste en ignorar los justificados intereses de la prevención general, a fin de encarar de este modo su problemática. Pero con ello no puede ser evitada, sin embargo, la idea retributiva como fenómeno social, que hace de las suyas por debajo de la frontera de lo codificable, y que influye las medidas de la educación pública, sin ningún impedimento. Cuando la intervención de la educación pública se concentra demasiado al control de comportamientos indeseables aislados, funciona en buena medida bajo formas juridicopenales. La desatención de los mecanismos anónimos de dirección aumenta por ello decisivamente la arbitrariedad en el trato con el delincuente, sin aumentar las posibilidades de conformación educativa. En este caso, cabe citar tentativas de extender la frontera de la imputabilidad legal por edad más allá de los mojones de la sicología evolutiva⁴² o de desenvolver los controles según formas ajenas a la fijación jurídica⁴³. Dado que el derecho formativo no tiene la posibilidad de cubrir todos los intereses de control en forma efectiva, resulta como *quinta tesis* que esencialmente no

⁴² M. WALTER, *Zum Diskussionsentwurf eines Jugendhilfegesetzes*, "ZBLJugR", 1974, pág. 42; KAISER, ob. cit., 1977, pág. 192, con más detalles.

⁴³ *Schriften der Arbeiterwohlfahrt*, 22, 3ª ed., 1970. En conexión con la discusión sobre la reforma del derecho de bienestar juvenil (*Jugendwohlfahrtsrecht*), sostenida en Alemania durante las últimas décadas. Este texto ha desarrollado un concepto integrativo para la asistencia juvenil (*erweiterte Jugendhilfe*), que ha incluido el control de criminalidad en el contexto general de la educación juvenil.

se puede renunciar al funcionamiento del aparato juridicopenal, para lograr un adecuado tratamiento del fenómeno generalpreventivo.

VI. La estratificación procesal de los intereses de control

Evidentemente, la tarea formativopenal solo puede armonizarse en alguna medida con el enfoque del control anónimo, cuando se logra proporcionar diferentes matices a los escalones de concretización de la sanción. Por necesidades técnicas se necesita para ello una separación tan clara como sea posible entre los intereses de la persecución y la sanción, lo que objetivamente significa el sondeo del marco de control generalpreventivo, respecto de su tolerancia especialpreventiva.

Los resultados de la investigación sobre prevención⁴⁴ demuestran que la capacidad generalpreventiva del derecho penal no depende en primera línea ni de la especie ni del alcance de la sanción, como tampoco de la instancia en que se la ordena o ejecuta. El verdadero efecto parece estar más cerca de la incriminación misma del ilícito, y partir de la intensidad de la persecución, y efectivamente, las ventajas de la prevención general serán apreciadas en la creciente ampliación de los riesgos para el autor, de llegar a ser descubierto⁴⁵. Se trata de una perspectiva que entretanto se abarca desde el punto de vista individual de la teoría del aprendizaje, en la que también se pone en evidencia que solo una frecuencia de sanciones tan alta como sea posible disminuye efectivamente las cuotas de comportamientos indeseables.

Si el tipo de prevención hace su mayor esfuerzo verdaderamente en el ámbito de la persecución, surgen *dos nuevas tesis* para el control de la criminalidad, al menos de la juvenil. Son las siguientes:

—La eficacia generalpreventiva de la amenaza de sanción no depende en principio del contenido de la consecuencia jurídica, sino de la verosímil posibilidad de llegar a ser identificado como autor penal.

—El carácter desaprobatorio de la retribución de la culpa no aumenta la eficacia generalpreventiva de la amenaza punible.

En el primer caso, la significación del fenómeno del control anónimo generalpreventivo se concentra en la sistemática interna, pasando de la parte juridicomaterial a la procesal. Esto, porque el típico efecto de control se apoya entonces, en lo esencial, en los actos de investigación y determinación de

la culpabilidad, mientras que la verdadera determinación de la sanción pasa a un segundo plano, y mediante ello se vuelve perceptiva para elementos especialpreventivos. Como vehículo procesal para la estratificación de los intereses de control, se utilizan cortes mediante estructuraciones procesales. Ya como simple división del juicio plenario como se discute desde hace tiempo en el derecho penal de adultos⁴⁶, y entretanto también investigado empíricamente⁴⁷ presta ciertos servicios para la solución de la criminalidad media y grave. En los trabajos de derecho penal juvenil también se trata el instituto, pero centrándolo más en el punto de vista de las necesidades diagnósticas de la misión formativa⁴⁸. Su validez educativa alcanza hasta más lejos, lo que en el derecho alemán vigente es puesto de manifiesto solo en las disposiciones de los §§ 53 y 27 de la ley judicial juvenil.

Una construcción generosa de los enfoques procesales podría incorporar las organizaciones públicas de formación para el resto del proceso, sin recargarla por ello al mismo tiempo con tareas generalpreventivas, puesto que estaría autorizada la interrupción del proceso penal para la aplicación de programas formativos, sin influir sus contenidos con formas juridicopenales.

La segunda tesis traslada también la diferenciación de pena y formación desde la ejecución penal al plano de la determinación de la pena, permitiéndole, en virtud de ello, mayores oportunidades de realización. En el derecho penal general la estructura desaprobatoria de la sanción no puede limitarse a la comprobación del hecho, pues el prestigio de la idea retributiva, pese a ligeros retrocesos actuales⁴⁹, tiene todavía mucho apoyo en las preferencias de la población, de los agentes jurídicos de control y hasta de la Corte Suprema Constitucional⁵⁰, y, por ello, apenas si puede ser aislada del conjunto del proceso en secciones procesales independientes.

En el contexto del derecho penal juvenil, los presupuestos son más favorables, pues la edad adolescente, según los correspondientes conocimientos psicológicos, está referida a cualidades especiales que se apartan claramente de las de los adultos, y también de la conducta de estos. Por eso, la adolescencia es apreciada habitualmente según puntos de referencia propios, que tienen en consideración lo referente a su grado de desarrollo. El modo y contenido de sus sanciones no tienen, por ello, efectos directos sobre la conciencia jurídica general, en la medida en que la delincuencia no pase de ciertos límites. Por ello, al menos frente a los menores de la misma edad que no han delinquido,

⁴⁴ Véase por ejemplo, a H.-J. SCHNEIDER, *Jugendkriminalität im Sozialprozess*, 1974, págs. 108; y a E. M. SCHUR, *Radical Nonintervention Rethinking the Delinquency Problem*, N. W., 1973.

⁴⁷ Véase la lista en KAISER, ob. cit., 1980, págs. 165 y ss.

⁴⁸ KAISER, ob. cit., 1980, pág. 166.

⁴⁹ AZRIN HOLZ, ob. cit., 1966, págs. 380 y ss.; CHRISTOPH-LEMKE, ob. cit., 1974, pág. 66.

⁵⁰ La literatura sobre este asunto ha adquirido volumen considerable. Véanse las aserciones detalladas en J. HERMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Strafverfahrens*, 1971; TH. KLEINKNECHT, "Informelles Schuldinterlokut" im Strafprozess nach geltendem Recht, en *Festschrift Heinitz*, 1972, pág. 651; B. BILAND-ZIMMERMANN, *Das Schuldinterlokut in der Hauptverhandlung*, Diss., 1975.

el derecho tiene que realizarse en su fase retributiva, o generalpreventiva. Pero ellos tienen dificultades para mantener separadas las polaridades ejecución penal y formación pública, como se sostiene hoy en general⁵¹, y, por tanto, tampoco es de esperar el logro de otras diferenciaciones más sutiles entre motivaciones retributivas y formativas.

De tal modo, la desaprobación no cumple en este ámbito ninguna tarea efectiva de control, y su enfoque puede limitarse constructivamente a la persecución del hecho, y solo necesita aparecer en el contenido de la sanción cuando esto sea tenido por sensato desde el punto de vista pedagógico. Una separación tan profunda, solo se conseguiría si el tipo de control penal permaneciera limitado a su mecanismo anónimo específico, y al mismo tiempo su empleo pudiese ser manejado según el criterio de su verdadera eficacia preventiva.

De aquí se extrae la *conclusión final*: Fuertes influencias educativas sobre el tipo de control juridicopenal presuponen una concentración de intereses generalpreventivos sobre el hecho. Cuando más claramente puedan ser separadas la comprobación de los hechos y la concretización de la sanción, tantas más posibilidades tendrá la formación de ser eficaz según sus propias fuerzas. Hasta qué medida de criminalidad cabe limitar los intereses generalpreventivos, mediante la investigación tendiente a la demostración de los hechos, es una cuestión empírica según el exacto efecto de la técnica de control juridicopenal. En el estado actual de los conocimientos científicos no se puede contestar todavía a esta pregunta en forma definitiva, pero necesariamente hay que presumir que las posibilidades formativas dentro del marco de control generalpreventivo no han sido todavía agotadas.

⁵¹ SCHÖCH SCHREIBER, *Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel?* "ZRP", 1978, pág. 63; D. DÖLLING, *Die Zweiteilung der Hauptverhandlung. Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten*, 1978, ambos con más aserciones; véase también a J. WOLTER, *Schuldin-terlokut und Strafzumessung "GA"*, 1980, pág. 81.

FARMACODEPENDENCIA

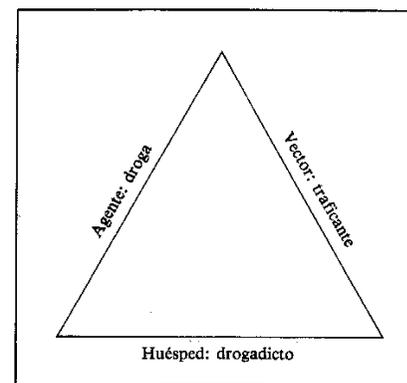
Doctor CÉSAR AUGUSTO GIRALDO G.

Jefe del Instituto de Medicina Legal de Medellín. Profesor de las Facultades de Derecho y Medicina, Universidad de Antioquia

I. Aspectos generales

El patrón o modo de consumir drogas va desde la ingestión ocasional con fines lúdicos, de una manera esporádica, hasta el abuso de esas sustancias; y como punto extremo, al estado de farmacodependencia.

Epidemiológicamente puede desarrollarse un triángulo formado de una parte por el agente productor de la enfermedad, que es la droga, la cual de por sí no es buena ni mala, y bien empleada en medicina tiene indudable acción benéfica; en el otro lado está el vector, que corresponde al traficante, al por mayor o al detal; y como base del triángulo se encuentra el enfermo farmacodependiente, víctima o sujeto pasivo de los otros dos elementos del triángulo (figura 1).



El estado farmacodependiente se acepta hoy más como una manifestación de trastorno mental, que como una enfermedad en sí; lo usual es que el individuo padezca de algún desajuste mental básico, con frecuencia del tipo de los trastornos de la personalidad.

En la inducción a la farmacodependencia, además de la personalidad básica del sujeto, desempeñan papel principal los efectos farmacológicos de las dro-

gas, atendiendo al tipo de dependencia al que llevan, sea esta de tipo *siquico*, que implica una necesidad compulsiva de ingerir un fármaco de modo permanente o continuo, o sea de tipo *físico*, que lleva implícita, aparte de la compulsión por la droga, una necesidad fisiológica o metabólica que obliga al consumo de esta, pues de lo contrario se presentan trastornos fisiopatológicos conocidos como *síndrome de abstinencia* cuyas manifestaciones varían desde calambres abdominales, diaforesis, ansiedad en los opiáceos, hasta estados convulsivos eventualmente fatales, como es el cuadro al que lleva la deprivación brusca de barbitúricos. La *tolerancia* farmacológica, entendida como el incremento paulatino de la dosis de droga para poder sentir sus efectos placenteros es otro de los factores de importancia: algunas, como la marihuana y la cocaína, no suelen producir acentuada tolerancia, por lo cual la dosis para cada embriaguez seguirá siendo sensiblemente igual con el paso de los años; de otra parte, los opiáceos llevan a grave tolerancia y el usuario casi que a diario incrementa su dosis; las distintas características de las drogas y los diversos grados de pureza, por las diferentes concentraciones, hacen que aquellas que inducen tolerancia física y síndrome de abstinencia desemboquen a veces en sobredosis para el usuario, que en ocasiones resulta fatal. Factor de gran importancia en el problema de la farmacodependencia es la disponibilidad de la droga, pues si esta se adquiere fácilmente, la reincidencia hará nugatorios los esfuerzos del terapeuta; dicha disponibilidad explica la frecuencia del problema entre el personal de médicos, odontólogos y enfermeras, y da pie para cuestionar las campañas preventivas en las cuales se hace hincapié en el efecto nocivo de las drogas entre colegiales y adolescentes, ya que, en el marco teórico al menos, se esperaría que los profesionales de la salud, por ser quienes mejor conocen el problema, procurarían que el consumo de aquellas tuviera la menor frecuencia. El control de la disponibilidad de las drogas es uno de los pilares básicos en la lucha contra la farmacodependencia; este control se refiere no solo al tráfico internacional, sino también a los productos de patente, propugnando normas que impidan su fácil adquisición en las farmacias y evitando siempre su venta libre.

Después de este preámbulo pasaremos revista a los principales efectos de la marihuana, la cocaína, los opiáceos, y a un problema grave, como el de las farmacodependencias no tradicionales originadas en el abuso de las drogas de patente, porque en estas compete gran responsabilidad al médico, quien suele ser generoso en la formulación de depresores del sistema nervioso central (SNC), y frecuentemente se deja influir por los usuarios de las consultas institucionalizadas, quienes solicitan la formulación de diferentes productos; además, la prisa y el número de enfermos que tiene que atender por hora lo llevan a complacer al paciente que requiere sicofármacos, estimulando de esta manera la farmacodependencia.

1. MARIHUANA

La *Cannabis sativa* es una planta que tiene dos variedades: indica y americana; la primera crece en el Oriente Medio y en la India, y la segunda en

nuestro continente. Es anual y dioica, es decir, dura un año y tiene planta hembra y macho; característica botánica importante para reconocer las hojas y los plantíos es el desprendimiento en número impar de hojas lanceoladas de cada tallo; en la variedad indica suelen desprenderse siete, nueve y a veces once, y en la americana cinco en la hoja adulta y tres en las más jóvenes. El producto psicoactivo es el 9 delta tetrahidrocanabinol que se encuentra principalmente en la inflorescencia femenina, pero también en las hojas, en una concentración del 15 al 20% en la indica y del 2 al 4% en la americana; esta diferencia de concentración permite la extracción en forma resinosa de la *cannabis* en la variedad indica (*hachís* y *ganja*) para ingerirse aun por vía oral, y en forma de picadura para inhalarse por vía nasal en la americana; por vía oral se absorbe en el torrente sanguíneo del 5 al 10%, e inhalada del 50 al 60%; aunque las semillas tienen muy escaso contenido de producto psicoactivo, con fines de fiscalización internacional se admite como *cannabis* cualquier parte de la planta, en cosecha o almacenada.

Cuando la marihuana se ingiere periódicamente puede acumularse, pero desaparece de manera rápida del torrente sanguíneo; por la orina se elimina el 15%, y entre un 40 a 50% por las heces; es soluble en las grasas. En América la forma usual de ingestión es mediante inhalación de cigarrillos, cada uno de los cuales tiene un peso que varía entre 200 y 400 mg, y en cada uno de estos hay una cantidad de 9 THC (9 tetrahidrocanabinol) de 4 a 8 mg; solo induce dependencia química, no lleva a síndrome de abstinencia, ni induce tolerancia en el sentido de que se requiera incremento de la dosis para una nueva embriaguez; este fenómeno solo se observa excepcionalmente; no es raro, en cambio, el fenómeno de tolerancia en reversa del usuario crónico, quien puede requerir menos cantidad para una ebriedad, pues los efectos de esta son muy fugaces.

Una embriaguez suele ser producida por un cigarrillo, y cuando se inhala los efectos psicológicos se inician a los pocos minutos, caracterizándose por cambios variados en la percepción sensorial, con duración entre una y dos horas. En la esfera fisiológica en la embriaguez aguda se presentan acentuados efectos atropínicos, con taquicardia, lo que hace su uso desaconsejable en quienes padezcan de dolencias cardíacas; sequedad bucal, de manera que difícilmente se puede escupir, dilatación conjuntival, enrojecimiento de los ojos, moderada midriasis y congestión de la úvula; se altera el sentido de la orientación y la memoria inmediata e induce, además, sensación de hambre cuando sus efectos han pasado.

Su frecuente uso hace suponer que muchos de los accidentes de tránsito se cometen bajo la acción del producto, pero su dosificación en fluidos orgánicos es difícil. Para este efecto se han utilizado la espectrofotometría de masa y la cromatografía de gases, métodos muy costosos y lentos que no permiten su uso rutinario; se han ensayado con éxito sistemas de inmunoanálisis que parecen prometedores. Es útil como prueba cualitativa raspar en los carrillos dentales, con bajalenguas, y observar este raspado al microscopio para descu-

brir pelos sistolíticos, o lavar los dedos índice y pulgar con reactivo de Duquenois, que suele ser positivo en los momentos posteriores al fumado.

En el usuario crónico se presentan alteraciones en las esferas mental y física. En la primera a veces solo se produce leve deterioro en la concentración y en la memoria; en otras oportunidades se desarrolla el conocido síndrome amotivacional, caracterizado por un aplanamiento de la esfera afectiva, y en ocasiones se llega a sicosis exotóxicas de tipo esquizofreniforme paranoide. En pacientes presicóticos suele precipitarse el cuadro sicótico, y en quienes sufren trastornos convulsivos, la marihuana se los precipita. En el cuadro de consumidores de *cannabis*, aparecen el usuario ocasional, quien lo hace con fines placenteros en reuniones sociales, a lo sumo una vez a la semana, y que no manifiesta cambios diferentes de los producidos por la embriaguez aguda; el abusador, que lo fuma al menos diariamente; y el farmacodependiente, quien lo consume varias veces al día; un signo que indica el patrón de farmacodependencia es el uso precoz en la mañana, antes de cualquier actividad.

En cuanto a la esfera física, se tienen esporádicos informes de atrofia cerebral comprobada por tomografía axial computarizada (TAC) en farmacodependientes, pero el amplio uso de la droga y el escaso número de informes no permiten un análisis estadístico que pudiera indicar alguna relación de causalidad. En otras áreas de la economía, parece haber algún compromiso del sistema inmune celular; se presentan bronquitis crónica y enfisema, semejantes a las inducidas por el cigarrillo, y, al menos en teoría, por la presencia de alquitranes, posibilidad de desarrollar carcinoma broncogénico. En el sistema reproductivo, según estudios realizados en ratas, ha habido disminución de la espermatogénesis y compromiso en la síntesis de la testosterona, hecho que se ha comprobado en forma parcial en algunos jóvenes habituados. En las mujeres se han comunicado trastornos menstruales y disminución en la concentración de prolactina, la cual se ha reproducido experimentalmente. Aunque en los productos de la concepción la *cannabis* no tiene efecto teratogénico, se le ha incriminado una acción embriotóxica por trastornos en la circulación placentaria, que se caracterizan por retardo del crecimiento, y en algunos informes, trastornos de la conducta en los hijos de fumadores de marihuana.

Los posibles efectos terapéuticos de la marihuana han sido explorados desde hace varias décadas: en los años 40 se usó el plantival (un extracto de *cannabis* y de *passiflora*) para suministrarlo a los enfermos agitados, pero se retiró del mercado al poco tiempo por su inducción a la dependencia. La *cannabis* parece ser útil en el control de la emesis en pacientes de cáncer que requieren tratamiento con citostáticos y quimioterapia, aun cuando su efectividad no es superior, por ejemplo, a la de las fenotiacinas y sus efectos indeseables sí son mayores; en el glaucoma también se insinúa su acción benéfica sin llegar a ser mejor que la pilocarpina, pero sí muy superiores sus efectos secundarios; se especula sobre su posible utilidad en el asma, sin evaluación seria de sus ventajas. Si bien es cierto que se investigan los posibles efectos útiles de la marihuana, esta no se encuentra aún en la farmacopea de ningún país del mundo como sustancia de prescripción médica.

2. COCAÍNA

El *Erythroxylon coca* es un arbusto que milenariamente ha crecido en los Andes suramericanos, en especial en Bolivia y Perú, y en menor escala en Ecuador y el sur de Colombia; los aborígenes lo consideraban un regalo de Manco Cápac, que dispuso el hambre y la tristeza. Una planta de coca alcanza en su estado adulto seis pies de altura, y desde los 18 meses de plantación se pueden cosechar las hojas, cuya producción dura siete años. En Formosa, Java y Ceilán existen también algunas plantaciones de coca. Entre los indígenas aún se conserva la costumbre de masticar las hojas, lo que se conoce como coqueo, y generalmente lo hacen mezclándola con cal o cualquier otra sustancia alcalina para prolongar sus efectos. La cocaína se extrajo de la hoja de coca desde el siglo pasado (1860); históricamente, vale recordar que SIGMUND FREUD, padre del psicoanálisis, hizo sus primeras armas como investigador trabajando con la cocaína, y el primer caso de que se tiene conocimiento de haber desarrollado una farmacodependencia patógena de la cocaína es el de un paciente de FREUD, quien pretendió tratarlo de una adicción a la morfina suministrándole cocaína.

En las últimas décadas el abuso y la farmacodependencia de la cocaína han irrumpido como un verdadero flagelo social.

Para la extracción del alcaloide de la cocaína, que es la base de la cocaínomanía, diferente del coqueo de los indígenas, las hojas del arbusto son trituradas, tratadas con éter de petróleo, y después, por extracción química, convertidas en cocaína base o pasta de coca, o "bazuca" como la llaman en la terminología de las drogas. El contenido de cocaína por hoja varía de 0.5 a 2.5%; la pasta de coca contiene muchas impurezas, pero es muy resistente a la humedad y al calor, lo que permite su producción por medios artesanales cerca de las plantaciones, para luego ser transportada a otros sitios como Colombia, con extensas zonas territoriales y costaneras de difícil vigilancia, para refinarla a clorhidrato de cocaína especialmente, de alta pureza, y a continuación enviarla de diferentes maneras, que varían desde embarcaciones, aviones, maletas de doble fondo, suelas de zapatos y otros medios, hasta la ingestión oral de sobres de 3 g cada uno, en número de un centenar, que muchas veces tiene efectos fatales en quien los ingiere, al romperse alguna de las bolsas. La cocaína base es un polvo de color café, mientras que la purificada es blanca, lo cual ha hecho que se la conozca con el mote de "nieve".

La cocaína induce acentuada dependencia síquica sin llevar a dependencia física; asimismo su retiro brusco no origina síndrome de abstinencia ni provoca tolerancia, y el fenómeno de sobredosis, en ocasiones con consecuencias fatales, no es raro por los efectos tóxicos del alcaloide sobre el microcardio.

Los efectos fisiológicos de la cocaína son muy conocidos: aplicada en forma local, bloquea la conducción nerviosa, por lo que antiguamente tuvo amplio uso como anestésico; es excitante del SNC y origina locuacidad, sensación de bienestar, aumento de la capacidad de trabajo muscular y pérdida del apetito;

su acción es fugaz por la transformación metabólica rápida en ecgonina y bencil-ecgonina, lo que desarrolla en el usuario crónico una acentuada dependencia química, y por los efectos de la droga, en estos pacientes suele ocurrir una ligera elevación de la presión arterial; además, el uso crónico genera alucinaciones, especialmente táctiles, que con frecuencia dan lugar a que el habitua-do presente escoriaciones porque cree ver y sentir insectos que lo aguijonean. La ingestión a menudo es por inhalación, por lo que en estos usuarios suele existir congestión del tabique nasal y úlceras que pueden llegar a perforarlo (en biopsias de estos sitios pueden verse con luz polarizada cristales de cocaína); estos efectos locales se deben a vasoconstricción; la inyección subcutánea, o aun venosa, muestra los estigmas de la formacodependencia parenteral; en ocasiones también se usa por vía oral, pero la cocaína se absorbe de mucosa vaginal, rectal o conjuntival. Ingerida de una sola vez, la máxima cantidad tolerada varía entre 0.3 g por vía parenteral hasta 2.5 g por vía oral. El usuario crónico llega por su coainomanía con gran frecuencia a sicosis exotóxica de tipo esquizofreniforme-paranoide, con alto grado de agresividad. Además del cuadro de formacodependencia, suelen presentarse dos tipos de intoxicaciones por sobredosis. En uno hay excitación, ansiedad, calor-frío con súbito aumento de la temperatura, taquicardia, delirio, respiración de Cheyne-Stokes y paro respiratorio; coexisten también arritmias, que según parece fueron controladas por los betabloqueadores, los cuales se usan en la terapia de estos accidentes, adicionados a la sedación con barbitúricos parenterales. En la otra forma de intoxicación hay convulsiones e inconsciencia rápidamente, cuadro tóxico que se ha apreciado en los traficantes que ingieren bolsas de cocaína; la necropsia de estas personas ha demostrado acentuada congestión pasiva aguda.

Existe aún otro uso de la cocaína en jóvenes machistas que ingieren pequeñas dosis a un tiempo con licor, pretendiendo con el empleo simultáneo retardar los efectos embriagantes de la bebida, por el antagonismo entre la estimulación del SNC que produce la coca y la depresión ocasionada por el alcohol, los fugaces efectos de la cocaína hacen que con frecuencia aparezcan verdaderas intoxicaciones agudas alcohólicas, por la rápida ingestión de estas bebidas. La presencia de cocaína puede demostrarse por cromatografía en capa delgada, cromatografía gaseosa y por inmunoanálisis.

3. OPIÁCEOS

El *Papaver somniferum*, conocido como adormidera, del cual se extraen el opio y sus derivados, crece en el Oriente Medio, y, al menos en el trópico, no se desarrolla de una manera fácil y espontánea, como es el caso de la marihuana y la coca, sino que requiere de algunos medios artificiales que no lo harían rentable. Ello hace que sea infrecuente el hallazgo de plantaciones de amapola, como también se le conoce. De esta planta se extraen alcaloides como el opio, la morfina, la heroína, la tebaina, y de manera sintética y semisin-

tética se producen preparados farmacológicos de amplio uso como la codeína, oxidodona, meperidina, dilandil, dolisan, que tienen uso analgésico principalmente; algunos preparados también sirven como antitusivos y antidiarreicos.

Todos los derivados naturales y no naturales de los opiáceos producen dependencia química y física, tolerancia, síndrome de abstinencia y con alguna frecuencia muerte por sobredosis.

Farmacológicamente, además de sus efectos analgésicos, llevan a sopor y es constante la depresión respiratoria; su uso en medicina tiene precisas y preciosas indicaciones, pero su abuso es nefasto.

La inducción a la formacodependencia de estos productos opiáceos no es específica de la especie humana, pues fácilmente puede inducirse dependencia física en animales de experimentación, como perros y ratones, y la razón de ello parecen ser las endorfinas, polipéptidos que se localizan en el encéfalo y son receptores farmacológicos específicos para estas sustancias.

Sus facilidades para inducir formacodependencia obligan a que el médico sea extremadamente cuidadoso, y no generoso en su prescripción.

La adicción suele iniciarse por curiosidad en usuarios experimentales, y también por formulación médica a pacientes lábiles emocionalmente; el adicto incrementa la dosis con rapidez, y el doloroso síndrome de abstinencia que presenta cuando no consume la droga lo constriñe a nuevas y crecientes dosis en cantidad y frecuencia de administración.

En el consumidor de opiáceos suelen presentarse miosis, constipación, depresión respiratoria y trastornos menstruales que llevan hasta la amenorrea. Los estigmas de la formacodependencia parenteral, cuando su uso es por esta vía, consisten en múltiples huellas de punción subcutánea y venosa, con obstrucción linfática vecina y linfoedema por fibrosis; en la piel y en el tejido subcutáneo son frecuentes los granulomas de cuerpo extraño con cristales; en los músculos, miocitólisis que puede llevar a fibrosis muscular incapacitante; en los pulmones es común la presencia de granulomas con cristales, y a veces hipertensión pulmonar en el consumidor crónico; en la sobredosis existen edema y hemorragias alveolares; en los ganglios satélites, reacción a cuerpo extraño y linfadenitis; en el hígado se presenta la inflamación por virus diferentes de los tipos A y B. Complicaciones como el tétanos y el paludismo, causados por el uso de utensilios contaminados, han disminuido desde el advenimiento de las jeringas desechables; la misma endocarditis de las válvulas derechas del corazón, que eran de frecuente ocurrencia hace algunas décadas, hoy aparecen menos informadas en la literatura.

El síndrome de abstinencia por retiro brusco o por suministro de dosis inadecuada origina ansiedad, diaforesis, calambres abdominales, hiperpirexia, sequedad bucal, náuseas, vómitos, diarrea (ocasionalmente) pero no pone en peligro la vida del paciente.

El diagnóstico médico del usuario es importante, porque muchos traficantes se escudan en una presunta opiomanía para justificar el porte de grandes cantidades de droga que pretenden distribuir a los verdaderos formacodepen-

dientes: la diferenciación no es difícil; el adicto presenta los múltiples estigmas de las punciones parenterales, suele estar miótico, a excepción de los usuarios de la meperidina, y entonces difícilmente hace acomodación, lo cual no le permite, por ejemplo, enhebrar una aguja, y en él puede despertarse un síndrome de abstinencia suministrándole alguno de los antagonistas de los opiáceos, como apomorfina, Nalline o Narcán.

En el mercado existen medicamentos sintéticos emparentados con los opiáceos, como propoxifeno, en combinación con acetaminofén para preparados orales y pentazocina, que aunque en menor intensidad que los opiáceos, también indican farmacodependencia; lo más notorio es la diferencia de presentación de estos al médico de los países desarrollados, a quienes no se les ocultan estos riesgos.

El tratamiento de la dependencia de los opiáceos requiere por lo general hospitalización del paciente en pabellones especiales, pues este muchas veces manipula al médico y al personal de enfermería, tratando de conseguir más droga, la que debe retirarse paulatinamente hasta llegar a la completa supresión; las fenotiacinas parenterales, si ese era el patrón de uso, u orales, son un buen coadyuvante para la sedación del paciente; a veces son útiles los antidepressivos, pues muchos padecen además de algún tipo de depresión, y obviamente la sicoterapia de soporte será indispensable. Por desgracia el pronóstico es reservado y las recaídas no son raras.

4. DEPRESORES DEL SNC

Con este nombre se denomina un amplio grupo de sustancias que difieren químicamente y cuyos efectos farmacológicos son distintos, pero que tienen en común deprimir las funciones corticales y potencializarse cuando se usan mezcladas o con bebidas alcohólicas.

Los más comunes depresores del SNC son las benzodiazepinas conocidas como tranquilizantes menores; los hipnóticos del tipo de los barbitúricos, de las metacualonas y de los hidratos de cloral.

Las *benzodiazepinas* tienen múltiples formas de presentación comercial; sus efectos son tranquilizar produciendo algún grado de sedación, y probablemente sean uno de los fármacos de patente de los que más se abusa en el mundo. Existen algunas diferencias en cuanto a su farmacocinética, denominándose algunas de acción corta, como por ejemplo el lorazepán, y otras de acción prolongada como el diazepán; en las primeras, su eliminación es de horas y en las segundas de días: en el espectro de ambas se encuentra otra variada gama de productos; mientras su efecto farmacológico sea de menor duración, mayor posibilidad de dependencia puede desarrollarse. En general todas las benzodiazepinas, en mayor o menor grado, inducen dependencia síquica, física, tolerancia y severo síndrome de abstinencia; una de las características que lo revisten de gran severidad son las convulsiones; se ha comunicado

además síndrome de abstinencia en recién nacidos, hijos de madres adictas a estas sustancias. En la información sobre los efectos de las benzodiazepinas, también se destacan las advertencias a los médicos de países desarrollados.

En el abuso de las benzodiazepinas tal vez le corresponda alguna culpa a la medicina socializada, porque el paciente habituado manipula al médico de la seguridad social, y este, ante la prisa de atender determinado número de pacientes por hora, opta por formularlas con el fin de ganar tiempo y salir de un paciente problemático.

5. BARBITÚRICOS

Estas sustancias inductoras del sueño, tienen uso preciso en medicina, ora como medicación preanestésica, ora como anticonvulsivantes y excepcionalmente como hipnóticos. Su clasificación en de acción ultracorta (anestesia obstétrica), corta, intermedia y larga, sirve para indicar su tiempo de eliminación, que varía desde minutos hasta días. Inducen dependencia síquica y física, tolerancia y síndrome de abstinencia.

En los barbitúricos de acción ultracorta, por su eminente uso intrahospitalario, es excepcional la farmacodependencia. El mayor problema lo produce el secobarbital sódico, el cual induce cuadros de embriaguez caracterizados por descoordinación motora y sopor; su uso crónico produce acentuada dependencia síquica y física, con un síndrome de abstinencia de tal magnitud que puede causar la muerte con el retiro brusco por hipoxia, resultante de crisis convulsivas que se confunden con estado epiléptico. El nembutal también es sustancia de abuso; y el fenobarbital, a pesar de su utilidad médica, probablemente por su acción prolongada, no induce cuadros de dependencia tan graves.

6. METACUALONAS

Aunque estas sustancias tienen composición química muy diferente a la de los barbitúricos, poseen efectos hipnóticos similares, y en la actualidad son unos de los fármacos de los que más se abusa, tanto que muchas casas químicas han suspendido su producción; es entonces cuando entran al mercado de consumidores productos falsificados a los cuales se coloca el mismo nombre de los productos de patente: así son comunes el mandrax (metacualona), qualude, nubarene, etc., que llevan a dependencia síquica y física, con síndrome de abstinencia y también tolerancia; su retiro brusco en el habituado le induce ansiedad, temblores, insomnio, náuseas, vómito, hipotensión postural, delirio, hiperpirexia y convulsiones. Su potencial de abuso ha llevado a los médicos bien informados a abstenerse de su formulación.

7. FENILCICLIDINA

Fue introducida en la década de los 60 como anestésico veterinario, no tiene uso terapéutico en el humano; dependiendo de la dosis es sedante, alucinó-

gena y estimulante; el cuadro de sobredosis se caracteriza por acentuada agresividad y elevación de la presión arterial, que es contrarrestada por el uso de fenotiacinas. En los Estados Unidos se le conoce como "polvo de ángel".

8. ESTIMULANTES DEL SNC

En este grupo se consideran las sustancias que inducen excitación cortical, como las anfetaminas, aminor simpaticomiméticas, el metilfenildato y la cocaína. Las anfetaminas tuvieron uso bélico entre los pilotos ingleses de la Segunda Guerra Mundial. Son fuente de abuso como sustancias anorexígenas por estudiantes en tiempo de exámenes finales y en deportistas, como *doping* para aumentar el rendimiento físico. Llevan a dependencia síquica, el usuario sufre de insomnio, temblores, ansiedad, continua excitación que lo torna agresivo, frecuentes convulsiones y elevaciones en la presión sistólica; a menudo se presenta sicosis tóxica de tipo paranoide.

9. ASPECTOS SOCIOECONÓMICOS

La enorme cantidad de dinero que mueve el tráfico de drogas, agrava el problema médico; y en Colombia, por ejemplo, la economía subterránea, que es como se le conoce, ha venido a acentuar la inflación. En algunos sitios los cultivos de marihuana y cocaína han desplazado los tradicionales de maíz y frijol, pues una hectárea cultivada con marihuana o cocaína renta mucho más y requiere menos cuidados de cultivo; en la marihuana se ha introducido la variedad sin semilla que tiene el doble de contenido de sustancia psicoactiva, lo cual duplica las ganancias de los grupos dedicados a este negocio ilícito.

Se calcula que en los Estados Unidos, principal mercado de la marihuana y la cocaína latinoamericanas, existen 30 millones de usuarios de marihuana y 10 millones que consumen la cocaína. En esta última el mercado norteamericano se estima en 30 billones de dólares, y en algunos informes periodísticos se afirma que en muchos sitios de Florida los mafiosos de la droga prefieren pesar los dólares, en lugar de contarlos. El producto de este tráfico multimillonario, que supera ampliamente el presupuesto de muchos países latinoamericanos, lleva a otro negocio secundario, conocido como "lavado de dólares", consistente en introducir en la economía tradicional el producto de los narcodólares, por diferentes y sutiles medios. No es aventurado afirmar que países que no son grandes productores de droga, pero que tienen estabilidad política, son utilizados para efectuar el "lavado de dólares".

En Colombia, instituciones como la ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras) han propugnado la legalización de la marihuana, argumentando que esas multimillonarias cifras de dinero no pagan impuestos, y que, de hacerlo, el dinero recaudado podría utilizarse en obras de beneficio para la comunidad: el dilema para ellos es legalización o represión. La segunda

se ha ensayado sin que logre detener la magnitud del tráfico de droga. Afortunadamente, hasta el momento el gobierno no ha atendido esas sugerencias, con sobrada razón, pues a la legalización de sustancias nocivas se opone la atención de una ética social; a manera de ejemplo, el hecho de existir el homicidio y los delitos contra la propiedad, no autoriza su legalización. En el dilema propuesto de legalización o represión se olvidaron otras consideraciones de gran importancia, como la prevención y rehabilitación de quienes ya son farmacodependientes. También se ha insinuado que se fumiguen con paraquat las tierras en las que se cultiva la marihuana, para repetir lo que hizo México, pero tampoco ha tenido eco esta propuesta; es probable que la marihuana que se fume mezclada con paraquat no tenga mayor toxicidad, pero de todos modos se corre un riesgo; sin embargo, los efectos ecológicos del paraquat usado de manera indiscriminada, puesto que no es biodegradable y persiste en el ambiente, vendrían a ser nocivos.

Finalmente, una última consideración a la otra cara de la moneda en farmacodependencia: la invasión de los mercados latinoamericanos de numerosos preparados farmacéuticos que ocasionan dependencia síquica y física y cuyas propiedades de formar hábito no son advertidas por igual al médico latinoamericano y al médico del país desarrollado. Por la salud mental de nuestros pueblos, sería de la mayor trascendencia que existiese entre los Ministerios de Salud una red de información que permitiera conocer la forma como los productos nuevos son introducidos en el mercado de los países desarrollados, para que así el médico tenga la adecuada información, y los organismos estatales dispusieran de medios de control de sustancias inductoras de hábito o adicción, antes de su amplia promoción, y venta libre.

II. Aspectos medicolegales

El problema de la farmacodependencia tiene evidentes y variadas implicaciones medicolegales: 1) Identificación y determinación de la cantidad y calidad de la sustancia inductora de hábito o adicción; 2) Determinación de lo que pudiera ser la dosis de uso personal, en consumidores ocasionales, o en farmacodependientes; 3) Imputabilidad de quien comete un acto punible en estado de embriaguez aguda por droga, o en un estado de franca intoxicación crónica (sicosis tóxica); 4) En las normas legales para la formulación terapéutica de estas sustancias, por parte de médicos y odontólogos, y también ligado lo anterior a los convenios internacionales refrendados por el país.

1. IDENTIFICACIÓN PERICIAL DE SUSTANCIAS

Los métodos analíticos son del resorte del laboratorista de estupefacientes, pero es necesario explicar al médico que ha de interpretar el dictamen, y al juez que ha de instruir y fallar, los fundamentos básicos del análisis.

Los diferentes laboratorios tienen métodos estandarizados para la identificación de las sustancias y su cuantificación (cantidad y calidad), y cuando son realizados por quien es experto cumplen con el requisito de la prueba pericial.

Existen pruebas de coloración, cromatografía en capa delgada, cromatografía gaseosa, espectrofotometría ultravioleta e infrarroja y de masa, prueba de microcristales, pruebas de observación microscópica, extracciones y cromatografía en columna. Dependiendo de la dotación de cada laboratorio y de la experiencia del analista, se usan uno o más métodos.

Las pruebas de coloración y microcristales son ampliamente utilizadas como pruebas de orientación, y en ocasiones como de confirmación.

La cromatografía en capa fina es uno de los métodos más socorridos por su confiabilidad, pues permite la identificación de sustancias que luego podrán ser cuantificadas, y es relativamente barata, sin que se requiera de gran dotación.

La espectrofotometría infrarroja y ultravioleta son tal vez de los métodos más útiles para identificar y cuantificar.

La cromatografía gaseosa y en columna líquida son métodos de alta precisión, pero en nuestro medio están al alcance de muy pocos laboratorios.

La metodología específica para cada sustancia puede consultarse en las referencias que aparecen al final de este capítulo. El analista, en el informe debe anotar la cantidad de sustancia recibida, su presentación (polvo, líquido, vegetal, etc.), el funcionario que la ha remitido, la metodología empleada, que vendrá a ser la fundamentación del dictamen pericial, y, finalmente, la conclusión, que ha de expresar de qué sustancia se trata, cantidad de la misma, y, cuando sea necesario, su grado de concentración. Esto último es importante, porque, por ejemplo, no es procedente ni es de rutina, relativamente a marihuana, establecer la cantidad de tetrahidrocanabinol, porque la concentración de esta es constante, y ya hay precisión de ello según sea la zona geográfica de donde proceda, sabiéndose, por ejemplo, que la marihuana colombiana tiene del 2% al 4% de sustancia activa. En cuanto a la cocaína, será importante determinar concentración de cantidades de pocos gramos, que pudieran servir para la identificación de una presunta dosis personal, porque en cantidades mayores, independientemente de la concentración, seguramente se excederá lo considerado como dosis personal.

Respecto a marihuana y cocaína será necesario la identificación botánica de las plantas, e igualmente en los derivados del opio. Cuando se trate de los laboratorios que refinan cocaína en nuestro medio ("cocinas"), es también necesario la identificación pericial de los reactivos químicos usados para el proceso de la droga, y debido al peligro de explosión de algunas de estas sustancias, el juez instructor debería estar facultado para su pronta destrucción.

2. DOSIS PERSONAL

En relación con estupefacientes, es tal vez el más controvertido de los dictámenes, por los diversos puntos de vista médicos y jurídicos que intervienen en su determinación.

Señala la norma que para la determinación de la dosis personal ha de tenerse en cuenta: a) la cantidad y la calidad de la droga; b) la historia clínica del implicado, y c) la cantidad de sustancia que ingerida de una sola vez por cualquier vía produce efectos farmacológicos.

La cantidad y calidad las va a dar el dictamen del laboratorio, y por ello el médico que va a pronunciarse sobre una dosis personal tiene que conocer ese examen. Es de más cantidad y calidad una porción de cocaína de 4 gms. con 90% de pureza, que 10 gms. de cocaína con 10% de pureza.

La historia clínica de cada persona es probablemente otro punto álgido; en el capítulo anterior mencionamos las características del consumo de drogas como manifestación de algún trastorno mental. Son diferentes el aspecto del consumidor ocasional, que a veces es distribuidor al detal, y el del farmacodependiente, que es un enfermo. En general muchos de los consumidores habituales, por su trastorno de personalidad, abusan de la negación como mecanismo de defensa; y, de esta suerte, cuando les conviene negar ese uso, lo hacen; pero cuando les conviene decir que consumen mayor cantidad, también lo hacen, sin importarles nada diferente de su propia conveniencia; el interrogatorio es, pues, difícil para el médico, y también lo va a ser para el juez. El uso esporádico de drogas no constituye, de otra parte, una señal de desajuste mental. Imbricadas con la historia personal están también, y en gran manera, las propiedades farmacológicas de la droga, que fueron mencionadas ya (tolerancia, inducción de dependencia síquica o física, síndrome de abstinencia y sobredosis). En el uso de sustancias que no inducen tolerancia, no podrá aducirse el porte de múltiples presuntas dosis personales, como si lo fueran de uso para un solo individuo. Sustancias que impliquen tolerancia y dependencia física darán lugar a que un solo usuario porte mayores cantidades, que, de existir los estigmas de farmacodependencia, permitirán calificarlas como dosis para uso personal. Desde el punto de vista eminentemente práctico y orientador, vale tal vez indicar algunos derroteros en las cantidades usuales, de lo que pudiera ser la dosis personal de marihuana y cocaína.

Sobre el consumo de marihuana existió un decreto (el 701 de 1976) que tasaba la dosis personal en 28 grms. de marihuana hierba y de 10 gms. en hachís, y que fue anulado por el Consejo de Estado. Esa cantidad fue revivida en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, al admitirla como compatible con una dosis personal, e indudablemente tenía el propósito de evitar la pérdida de la libertad de personas consumidoras de esas menores cantidades; muchos jueces y fiscales estiman que cantidades menores de 28 gms. no ameritan examen médico, y solo se requiere el dictamen que demuestre que la hierba sí es marihuana. Lo anterior no es plenamente aceptado, y algunos jueces y fiscales exigen un pronunciamiento médico en este aspecto. Desde el punto de vista práctico, 28 gms. equivalen a 150 dosis individuales, que nadie podrá consumir de una sola vez, o en el transcurso de un día; vendría a ser, en caso de un farmacodependiente, una posible dosis de aprovisionamiento, y en el caso de un "jíbaro", o comerciante al detal, la patente de corso que autorizaría

este tráfico al menudeo; este último punto es importante, porque la fácil disponibilidad de la droga anula, como ya lo dijimos, los intentos de rehabilitación.

En nuestro concepto 5 gms. de marihuana, que es lo que en promedio consumen los verdaderos farmacodependientes en el transcurso de un día, equivalentes a 20 "puchos" (20 cigarrillos si fueran fumadores de cigarrillos), serían la cantidad compatible con la dosis personal para el transcurso de un día; no todos los consumidores lo hacen en esa cantidad; muchos solo hacen una o dos veces al día; y esa cantidad no permitiría, por lo exiguo, el tráfico al detal.

En relación con la cocaína el asunto es diferente si se trata de cocaína base (bazuca), la que contiene aún muchas impurezas, y las sales refinadas de cocaína. El verdadero farmacodependiente del tóxico tiene estigmas de ese consumo, y por los efectos farmacológicos fugaces, lo busca ahincadamente, a diferencia del consumidor ocasional o el traficante menor, que no tiene esos estigmas. Es importante como primer paso establecer realmente el grado de consumo; si existen los estigmas de ese uso, ha sido nuestra experiencia ver cómo cantidades hasta de 5 gms. en el transcurso de un día puede tolerarlas un habituado; si no existen estigmas de farmacodependencia, de ninguna manera aceptamos los 5 gms.; y también nos enseña la experiencia que el usuario ocasional solo suele mantener de dos a tres "toques de bazuca", que no superan cifras de medio a un gramo.

Las metacualonas, que han entrado masivamente al mercado ilícito, imponen una reflexión: su escaso uso médico no justifica sus enormes riesgos, y no se ve la razón para que no sean proscritas de la farmacopea, pues hoy pueden ser reemplazadas con otras sustancias más inocuas. Su poder de inducir tolerancia y dependencia síquica, física, y síndrome de abstinencia, obligan a que cada caso sea estudiado detenidamente, para diferenciar el verdadero farmacodependiente del traficante al por menor.

Reflexión igual ha de hacer el médico que tiene para su dictamen casos de sustancias que llevan a dependencia síquica y física, inducen tolerancia y síndrome de abstinencia, como opiáceos y benzodiazepinas.

Finalmente, el tercero de los elementos a que se ha aludido en el literal c) "la cantidad de sustancia...", queda explicado en los conceptos emitidos sobre las propiedades farmacológicas y las de historia clínica.

El dictamen, si llega a ser solicitado, hará descansar su fundamento en el trípede de los resultados de laboratorio, la historia clínica, las propiedades farmacológicas, y la cantidad de producto activo que induzca cambios farmacológicos o en el comportamiento.

3. IMPUTABILIDAD DEL FARMACODEPENDIENTE

Para medir la capacidad de comprensión y determinación de un consumidor de drogas, es necesario distinguir entre los hechos que se cometen bajo los efectos de una embriaguez aguda voluntaria por fármacos, y los que produ-

ce una persona que al momento de trasgredir las normas penales padece de una sicosis exotóxica (intoxicación crónica).

En la embriaguez aguda por drogas, al igual que en la embriaguez etílica aguda, no suele perderse la capacidad de comprensión y de determinación; sin embargo en algunas oportunidades pueden presentarse estados de disociación, los que pudieran asimilarse a una embriaguez patológica, perdiéndose en estos casos la capacidad de comprensión o de determinación. Este estado, asimilable a un trastorno mental transitorio, tendrá las secuelas del desajuste básico que han llevado al consumo de drogas.

En el farmacodependiente sindicado de un hecho punible, pero que por su avanzado estado de intoxicación ha llegado al punto de sicosis exotóxica, es lo más probable que esté obnubilada la capacidad de comprensión o de determinarse, y por lo tanto podrá ser inimputable; algunas veces el habituado a sustancias que inducen dependencia física, actuará en un estado de síndrome de abstinencia —con el fin de conseguir droga— que no le permite la capacidad de comprensión o de determinación. En las circunstancias anteriores existirá un trastorno mental transitorio, porque las sicosis exotóxicas suelen ser reversibles, pero seguramente existirán secuelas que imponen curas de desintoxicación y terapia de rehabilitación del estado farmacodependiente.

4. FORMULACIÓN DE SUSTANCIAS INDUCTORAS DE FARMACODEPENDENCIA

El Estatuto Orgánico de Estupefacientes (decreto 1188 de 1974), hizo referencia específica a la formulación médica, o suministro por parte de enfermeras o farmacéuticos de este tipo de sustancias. El art. 42 anota: "El profesional o practicante de medicina, odontología, o de alguna de las profesiones auxiliares de la medicina que, en ejercicio de ellas, prescriba, suministre o aplique para fines no terapéuticos, o en cantidad superior a la necesaria, incurrirá en presidio de dos a ocho años. Además de la sanción establecida en el inciso anterior, se impondrá la suspensión en el ejercicio de la profesión por un término de dos a ocho años".

El mencionado decreto-ley, ordenó también en su art. 32, que la formulación de sustancias inductoras de farmacodependencia debería ser extendida en formulario oficial especial suministrado por los servicios de salud, y mandó en el art. 33, que cuando el médico requiera formular esas drogas en dosis superiores a las terapéuticas, esta obligado a suministrar información reservada a las autoridades de salud, sobre el nombre, domicilio y cantidad de droga usada por el paciente.

La anterior disposición obliga a extremar cuidados en la prescripción de este tipo de drogas.

La formulación de este tipo de drogas está reglamentada por la Resolución núm. 10 de 1977 del Ministerio de Salud (arts. 17 al 28).

Finalmente vale la pena hacer algunas anotaciones sobre los convenios internacionales.

Colombia ha elevado a categoría de ley, el Acta de Ginebra (ley 13 de 1974), el Acta de Viena (ley 43 de 1980) y el Convenio de América del Sur sobre sicotrópicos (ley 66 de 1979).

Estos convenios buscan hacer un frente internacional ante la plaga moderna de la farmacodependencia.

Desafortunadamente muchas de estas disposiciones no son más que letra muerta. Veámoslo con un ejemplo. El Acta de Ginebra (ley 13 de 1974) estableció el control de los preparados a base de propoxifeno (Algafán, Darvón, Neopercodán, Nandol, Vigestic, etc.); pero a diez años de haber entrado en vigencia esta norma legal, el propoxifeno sigue siendo de venta libre en farmacias y supermercados, con la cómplice benevolencia de la División de Control de nuestro Ministerio de Salud. Esta sustancia, emparentada químicamente con la metadona produjo en Estados Unidos, durante dos años y para una población expuesta de 20 millones, un número de 1859 muertes; si comparamos datos similares, por ejemplo, con la cocaína, que en cinco años produjo tan solo 111 muertes en una población expuesta de 60 millones, podemos concluir que la cocaína es casi juego de niños; no quiere decir lo anterior que la cocaína sea inocua; es muy nociva para la salud individual, familiar, social y económica, pero se quiere destacar que las normas administrativas para con las compañías farmacéuticas multinacionales no fueran tan complacientes, porque ellas niegan en muchas oportunidades los efectos nocivos, los riesgos y las contraindicaciones de sus productos de patente, cuando los promocionan para la América Latina, lo que puede verse fácilmente cuando se compara la forma de presentación de muchas drogas en los países desarrollados, donde no se omite ninguno de sus riesgos, y falazmente se niegan en nuestro mundo subdesarrollado.

Es probable que alguna demanda legal por responsabilidad civil extracontractual instaurada por víctimas de esta mala información, llevara a pleitos millonarios contra esas multinacionales, y así se llegara a que se pusiera más cuidado en la promoción y venta libre de innumerables fármacos cuyo uso indiscriminado trae consigo tantos riesgos para la salud.

Por último, cabe destacar unas cuantas letras sobre la creencia de que la Organización Mundial de la Salud tiene listas oficiales de drogas que inducen farmacodependencia. La O.M.S. divulga listas de drogas que recomienda a sus países miembros no dejar en venta libre, pero no puede obligar a que los Estados miembros lo hagan; ello compete a las políticas de salud de cada país.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ANIF. *Marihuana, legalización o represión*. Publicado por la Asociación Colombiana de Instituciones Financieras de Colombia, 1980.
- CONCIENCIA (Medellín, Colombia). Resumen del año en *Conciencia* 1980. *La economía de la droga, la sociedad de consumo de la droga*.
- "Chronic Cannabis use". *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 282, 1976.
- FINKLE, B. S. y MC CLOSKEY, K.: "Toxicología Forense de la Cocaína (1971-1976)", en *Year Book of Pathology 1979*. Year Book Publisher.
- FINKLE, B. S., KAPLAN, H., GARRIOT, J. H., MONFORTE, J. R., SHAW R., and SONSALLA, P. K. Propoxyphene in Post-mortem Toxicology 1976-78", en *Journal of Forensic Sciences* 26, págs. 739-787, 1981.
- GIRALDO, C. A.: "Intoxicación aguda por Cocaína", *Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia*, año 3, vol. 2, 1978; "El diagnóstico de la farmacodependencia parenteral", *Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia*, vol. 1, núm. 2, 1976; "El consumo de sustancias no narcóticas", *Antioquia Médica*, vol. 26, núm. 3, 1976; "Metacualonas: uso y abuso", *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 14, 1981; "Paraquat y salud", *Conciencia*, 1980; "Farmacodependencia", en *Tribuna Médica de Colombia*, t. LXVI, núm. 771, págs. 39-44, 1982; "Estupefacientes y Pruebas Técnicas", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, abril-junio 1980.
- GÓMEZ, V. S.: "Dosis personal en Marihuana (Corte Suprema de Justicia)", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 7, págs. 130-139, 1980.
- HOCHMAN, J. and BRILIN, N.: "Marihuana intoxication", *Disease of Nervous System* 32: 672, 1971.
- ISBELL, H. and CHRUSCIEL, T. L.: "Dependence Liability of non narcotic drugs". World Health Organization, Supl. vol. 43, 1970.
- Marihuana and health*. Report to Congress from Secretary of Health, Education and Welfare, U.S.A., 1972-1980.
- MEMORIAS: *Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia*, 2 volúmenes, Medellín, 1980.
- MORALES DE A. C.: "Drogas, Publicidad y Salud", en *Conciencia VI*, núm. 31, págs. 20-36, 1982.
- NAHAS, G.: "Current status of marihuana research", *JAMA* 242: 2.275, 1979.
- NIGHTINGALE, S. and PERRY, S.: "Marihuana and heroin by prescription?" *JAMA* 241: 373, 1979.
- OSORIO, R. G.: "Los Estupefacientes en el Laboratorio", en *Temas de Derecho Penal*, núm. 14, 1981.
- REMANTEIRA, J. and BHALT, C.: "Withdrawal syndromes in neonates from intrauterine exposure to diazepam". *The Journal of Pediatrics* 90: 273, 1977.
- SILVERMAN, M.: "The druggin in the Americas". *University of California Press*, Berkeley, 1976.
- SOLÍS, E. E.: "El Mundo Jurídico de los Estupefacientes", en *Conciencia VI*, núm. 30, págs. 11-42, 1982.
- WELLER, R. and HALIKAS, J.: "Objective criteria for the diagnosis of marihuana abuse". *The Journal of Nervous and Mental Disease* 168: 98, 1980.

DOMINACIÓN POLÍTICA Y HEGEMONÍA JURÍDICA EN EL CONO SUR LATINOAMERICANO*

por

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

de la Universidad del Saarland, República Federal de Alemania

I. DERECHO Y NUEVO AUTORITARISMO

En la realidad latinoamericana actual —en especial en el cono sur— existen elementos suficientes como para suponer una ruptura con el concepto de autoritarismo que tradicionalmente ha imperado y que constituyen el motivo que obliga a la redefinición de dicho concepto. Esta ruptura se expresa en el hecho de que, salvo circunstancias excepcionales y transitorias, el autoritarismo, hasta comienzos de la década del 60, se presenta bajo un manto jurídico formal que no afecta significativamente los postulados politicoideológicos del liberalismo. A partir de la década del 70, por el contrario, el ejercicio autoritario del poder sin abandonar totalmente los postulados ideológicos del liberalismo pero introduciendo los planteamientos de la denominada Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN), intenta trascender el plano de la *praxis* para expresarse en normas jurídicas. Normas jurídicas destinadas a proporcionar elementos de legitimación a la resolución violenta del conflicto social planteado por el proyecto politicoeconómico de la alianza minoritaria, inestable y contradictoria, de los grupos sociales actualmente en el poder.

Dichas formulaciones jurídicas, que incorporan las prácticas autoritarias como modo de intentar su legitimación (y que progresivamente adquieren un carácter sistemático), constituyen en forma concreta uno de los cambios profundos ocurridos en el seno de estas sociedades. De este modo, la resolución violenta de las contradicciones sociales y los efectos que de las mismas se derivan tratarán de “regularse” no solo mediante la aplicación arbitraria del derecho liberal, sino además:

a) en una primera etapa, por medio de leyes represivas aisladas que puedan, como en el caso de Argentina y Uruguay, coexistir durante un tiempo con gobiernos formalmente democráticos;

* El presente artículo constituye una síntesis de algunos de los planteamientos más importantes de una investigación más extensa sobre el autoritarismo y el control social en el cono sur latinoamericano durante la década del 70 al 80.

b) en una segunda etapa, por medio de “estatutos”, “actas” o “decretos constitucionales”, que mantengan vigente la Constitución anterior solo en aquellas disposiciones que no contradigan a la “nueva legislación fundamental”;

c) en una tercera etapa, acudiendo a la promulgación de “nuevas Constituciones”, que representen la negación formal y esencial de los principios del liberalismo.

El cumplimiento (Chile) o el intento (Argentina-Uruguay) de llevar adelante este proceso por etapas de institucionalización autoritaria¹, constituye la realidad concreta que otorga credibilidad al calificativo “nuevo” que se pretende incorporar al concepto de autoritarismo. El derecho, elemento que da forma y consistencia al mencionado proceso, adquiere una importancia que supera ampliamente sus funciones normales. De este modo, puede entenderse por autoritarismo tradicional: la utilización estatal de la violencia en sus distintas manifestaciones sobre la mayoría de una sociedad civil con la que se mantienen relaciones agudas de enfrentamiento y/o exterioridad, pero manteniendo la existencia de un derecho liberal. Por su parte, lo que caracteriza al nuevo autoritarismo es el intento de institucionalizar dichas relaciones de violencia, así como la participación permanente de las fuerzas armadas (FF. AA.) en el gobierno, utilizando al derecho (que expresa esas dos realidades) como mecanismo de mediación coactiva para la resolución de las contradicciones con las clases dominadas, y como elemento de mediación consensual en el interior del bloque de las clases dominantes.

El análisis detallado de las distintas etapas del proceso de institucionalización autoritaria en el cono sur, permite determinar la existencia de cinco funciones básicas de dicha institucionalización:

- a) legitimar la resolución violenta del conflicto social, criminalizando la protesta política de los sectores populares²;
- b) tornar previsible el estado deliberativo permanente de la FF. AA.;
- c) garantizar un mínimo de “democracia” en el interior del bloque dominante;

¹ El 11 de setiembre de 1980, y con el mismo nivel de represión instaurado desde 1973, el gobierno de Pinochet logra hacer aprobar en plebiscito (denunciado internacionalmente como fraudulento) una nueva Constitución que representa un paradigma de la legislación autoritaria. Sobre la “Constitución de Pinochet”, véase el artículo de H. MONTEALEGRE, “Una Constitución encerrada en el pasado”, en Revista *Chile-América*, núms. 66-67, octubre-noviembre de 1980.

En Uruguay, una Constitución similar a la chilena fue rechazada en plebiscito (pese a la absoluta falta de libertad de la oposición), en noviembre de 1980.

En Argentina, los intentos de las FF. AA. por redactar una nueva Constitución, se enfrentaron a una negativa total de los hombres “jurídicos” de la oligarquía. Estos últimos están dispuestos a avalar, tanto lo actuado por las FF. AA., como la legislación de excepción (aunque su duración supere los períodos de normalidad democrática), pero siguen aferrados simbólicamente a la Constitución liberal de 1853. Esta actitud puede ser denominada como “liberalismo adaptado a las circunstancias”.

² En cuanto al término “sectores populares”, se adopta aquí la definición proporcionada por G. O'DONNELL, “Reflexiones sobre las tendencias generales de cambio en el Estado burocrático-autoritario”. Documento CEDES/G. E. CLACSO n. 1, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1975, en el que se establece: “Cuando hablamos de ‘sector popular’ nos referimos a la clase obrera y a las capas empleadas y sindicalizadas de los sectores medios”, pág. 3.

d) asegurar la supremacía de las FF. AA. en el interior del bloque dominante³.

El uso intensivo del derecho para juridificar —sobre todo en forma negativa— las relaciones sociales, lejos de constituir un hecho fortuito, responde a un complejo proceso de orden politicoideológico cuyas causas reales se intentará aquí poner en evidencia.

II. LOS DIFERENTES PLANOS DE LAS RELACIONES DE PODER

De los muchos interrogantes que permanecen abiertos luego del examen juridicoinstitucional de la realidad autoritaria en el cono sur, uno de ellos ocupa un lugar destacado: la legitimidad y permanencia de regímenes que en forma constante y sistemática apelan a la coacción para mantenerse en el poder. Para encarar el problema es preciso distinguir dos momentos claramente diferenciados en la vida de dichos regímenes, que caracterizan el comportamiento tanto de los grupos gobernantes como de los grupos gobernados.

En una primera etapa, los partidos y grupos que con diversos niveles de organización y conciencia, representan o dicen representar los intereses de los sectores populares, desarrollan una oposición frontal a la instauración del autoritarismo. A ello responde el régimen con una "política de guerra", en la que el triunfo contra la *subversión*⁴ ocupa la totalidad de la escena, relegando en forma explícita no solo todo lo concerniente a los procedimientos de la democracia, sino incluso la propia idea del consenso⁵.

Es en la segunda etapa, cuando derrotada la oposición frontal al régimen, el período de silencio y pasividad que caracterizan el comportamiento de los sectores populares, convierten el problema de la legitimidad y permanencia de los sistemas de dominación autoritaria en una cuestión teorico-política de primer orden. Es cierto que en esta segunda etapa la represión, lejos de detenerse, se intensifica, aunque ya en forma selectiva y no masiva como

³ Se toma aquí como ejemplo de composición del bloque dominante, el caso argentino. Las variaciones para los casos chileno y uruguayo son importantes, pero no para el nivel de generalidad con el que aquí se analiza el problema. La oligarquía terrateniente (incluyendo sus ramificaciones con el sector financiero) y las FF. AA. constituyen los dos grupos más significativos del bloque dominante.

Lo que no puede soslayarse es la contradicción que separa a ambos grupos en el plano de la ideología politicojurídica. La oligarquía es portadora de una ideología liberal "adaptada a las circunstancias" (tolerar y avalar las prácticas autoritarias). En el caso de las FF. AA., la ideología más representativa es la Doctrina de la Seguridad Nacional.

⁴ Debe tenerse presente que el término "subversión", redefinido por la Doctrina de la Seguridad Nacional, alcanza una amplitud absolutamente ilimitada. Sobre este punto, cfr. J. COMBLIN "La Doctrina de la Seguridad Nacional", en *Revista Mensaje*, Santiago de Chile, marzo-abril de 1976.

⁵ Un buen ejemplo de ello lo constituye la presente declaración: "...importa la justicia y no el consenso... La justicia y la ética son racionales. El consenso suele tener un alto porcentaje de emoción que lo torna voluble e inconfiable. Como no somos demagogos no estamos condicionados por el consenso". Almirante Emilio Massera, miembro de la Junta Militar de Gobierno de Argentina, luego del golpe de 1976, en el *Diario La Nación*, de Buenos Aires. (6.4.1977).

en los períodos iniciales. Esto permite asegurar que el temor y la violencia continúan jugando un papel decisivo no en la consolidación pero sí en el mantenimiento de estas formas de dominación autoritaria. Ahora bien, un papel decisivo no significa un papel exclusivo. Además —y como ya otros lo han planteado—, "la efectividad de la coacción física por sí sola no explica satisfactoriamente el silencio de la población"⁶. El problema consiste entonces en indagar en la especificidad de las relaciones de poder existentes bajo el Estado autoritario.

Las relaciones entre el bloque dominante y los sectores populares se establecen simultáneamente en varios planos diferentes que —sin olvidar la relativa arbitrariedad de las fronteras que los separan— pueden ser clasificados en tres grupos mayores: a) el económico; b) el politicoideológico; y c) el cultural.

En el campo de lo económico, la política de alianzas entre el Estado, lo más concentrado del capital nacional y las corporaciones transnacionales, no deja el menor espacio para ensayar políticas de corte distribucionista que permitan otorgar un mínimo de legitimidad material al proyecto del bloque dominante. De más está decir que en este plano la política salarial —en general laboral— es percibida por los sectores populares como directa y explícitamente contraria a sus intereses⁷.

Las características de las relaciones en el plano de lo económico, sin ejercer por supuesto una determinación absoluta y mecánica, dejan su huella en el plano de lo politicoideológico. Al contrario de lo que por tendencia sucede en las formaciones sociales del capitalismo central⁸, en el capitalismo periférico las clases dominadas no viven su protesta dentro del marco de la ideología dominante. En este último contexto cada movimiento político de la oposición pone en peligro los propios fundamentos del Estado autoritario.

Un relevamiento de la producción teórica de la actual teoría del Estado en América Latina⁹, permite comprobar en forma unánime —por encima de

⁶ Cfr. N. LECHNER, "Poder y orden. La estrategia de la minoría consistente", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 40, núm. 4, octubre-diciembre de 1978.

⁷ La prueba más indicada para confirmar esta afirmación es la participación del sector asalariado en el ingreso nacional. Según datos obtenidos del Banco de la Nación Argentina, los asalariados que en 1975 recibían 49,3% del ingreso total, pasan a recibir el 32,3% en 1976, el 30,8% en 1977, el 31,8% en 1978, el 32,8% en 1979 y el 34,0% en 1980. Datos estadísticos proporcionados por la "Fundación de Investigaciones para el Desarrollo" (FIDE), Buenos Aires, 1981.

⁸ Cfr. N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, 5ª ed., España, Edit. Siglo XXI, 1978, pág. 287.

⁹ Algunos de los autores, y trabajos más significativos de la actual Teoría del Estado en América Latina son: N. LECHNER, *La crisis del Estado en América Latina*, El Cid, Caracas, 1977; L. DE RIZ, "Formas de Estado y desarrollo del capitalismo en América Latina", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 39, abril-junio, 1977; J. PETRAS, "Neofascismo: muerte y resurrección de la oposición política", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 41, 1979; A. CUEVA, "La cuestión del fascismo", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 39, núm. 2, abril-junio, 1977; N. MINELLO, "Uruguay: la consolidación del Estado militar", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 39, núm. 2, abril-junio, 1977; G. O'DONNELL, "Apuntes para una teoría del Estado", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 40, núm. 4, octubre-diciembre, 1978; J. C. PORTANTIERO, "Economía y política en la crisis argentina 1958-1973", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 39, núm. 2, abril-junio, 1977; H. SONNTAG, "Hacia una teoría política del capitalismo periférico", en *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1977; V. BAMBIRRA-T. DOS SANTOS, "Dic-

las divergencias que separan a las distintas corrientes de dicha teoría¹⁰— que son relaciones de dominación las que en el plano de lo económico y de lo políticoideológico se establecen entre el bloque dominante y los sectores populares. Esto significa que la dominación aparece desprovista de consenso al no verificarse relaciones de hegemonía en los dos planos ya mencionados¹¹.

Debemos a N. LECHNER¹², uno de los pocos análisis sobre la especificidad de las relaciones de poder en el contexto del nuevo autoritarismo. La hipótesis central de su enfoque establece que la coacción, la amenaza y el temor resultan insuficientes para explicar la permanencia y una cierta “legitimidad” de estas formas de dominación. La respuesta de LECHNER que, sin dejar de ser convincente no explica la totalidad del problema, señala que el poder genera realidad; y esta última, a su vez, su propia legitimidad:

“La realidad social prefigura la legitimidad. La realidad es formada por una relación de poder mediante la cual el interés dominante se objetiva en orden. La fuerza del grupo gobernante no reside, pues, tanto en la coacción física como en su traducción en la “fuerza de las cosas”. El poder, al generar realidad, genera al mismo tiempo su propia legitimidad. El reconocimiento del orden político remite así al reconocimiento de la realidad “ordenada por el poder”¹³.

El aporte específico que aquí se pretende exponer adopta la hipótesis formulada por LECHNER, pero el hecho de que se dirija en forma concreta a otra área de las relaciones de poder, le impone ciertas modificaciones.

III. LA HEGEMONÍA JURÍDICA

De lo que en forma breve se ha expuesto hasta aquí, puede inferirse que el bloque actualmente en el poder en las sociedades del cono sur latinoamericana-

tadura militar y fascismo en el Brasil”, en *El control político en el cono sur*, México, Siglo XXI, 1978; A. BORON, “El fascismo como categoría histórica en torno al problema de las dictaduras en América Latina”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 39, núm. 2, abril-junio, 1977; A. BRIONES, *Economía y política del fascismo dependiente*, México, Siglo XXI, 1978; M. KAPLAN, “El Leviatán criollo: estatismo y sociedad en la América Latina contemporánea”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 40, julio-setiembre, 1978.

¹⁰ Las divergencias en el interior de la Teoría del Estado, se refieren a la atribución o no del carácter “fascista” a las dictaduras militares.

¹¹ Los conceptos “hegemonía” y “dominación”, son utilizados aquí en el sentido de A. GRAMSCI.

¹² Cfr. N. LECHNER, “Poder y orden. La estrategia de la minoría consistente”, en rev. cit.

¹³ *Ibidem*, pág. 1206.

no está incapacitado para convertir su “punto de vista” respecto de lo económico y de lo políticoideológico, en “punto de vista” compartido y/o aceptado consensualmente por el conjunto de los sectores populares. En consecuencia —y dada la permanencia de los regímenes autoritarios—, puede plantearse con seriedad la hipótesis según la cual —ya que el temor, la coacción y la amenaza no resultan suficientes para explicar la permanencia de dichos regímenes— el desgaste político y la ilegitimidad que conductas abiertas de dominación imponen en algunos planos de las relaciones de poder, pueden ser parcialmente atenuados en sus consecuencias negativas para el bloque dominante, por el establecimiento de relaciones de hegemonía en otros planos. Más precisamente: la inexistencia de hegemonía en el plano de lo económico y de lo políticoideológico, en la relación entre el bloque dominante y los sectores populares, es atenuada en parte de sus consecuencias negativas para los primeros, por la existencia de relaciones hegemónicas en el plano de lo jurídico. En el campo de lo jurídico, por el contrario, es posible verificar un “punto de vista” compartido entre el bloque dominante y los sectores populares; punto de vista que, sin lugar a dudas, expresa los intereses del bloque dominante.

Antes de pasar al tratamiento concreto de las relaciones de hegemonía en el campo de lo jurídico, resulta necesario poner de manifiesto una vez más el valor de esta instancia en la totalidad del proceso de dominación-legitimación de los regímenes autoritarios del cono sur.

El análisis de la estructura institucional de los casos argentino, uruguayo y chileno, permite comprobar el alto grado de importancia del derecho en los procesos de dominación autoritaria; importancia que otro trabajo de N. LECHNER corrobora plenamente, sobre todo en lo que se refiere a la tendencia a la transformación de las relaciones políticas y sociales en relaciones jurídicas, o, lo que es igual, la tendencia a la juridificación de las relaciones sociales¹⁴.

Visto el problema desde esta perspectiva, parece plausible¹⁵ que los grupos dominantes busquen centrar sus relaciones de poder justamente en uno de los pocos planos en que disfrutaban de hegemonía: el campo de lo jurídico.

IV. ELEMENTOS Y DESARROLLO DE LA HEGEMONÍA JURÍDICA DEL BLOQUE DOMINANTE

La aguda escasez de investigadores críticos¹⁶ en el campo jurídico latinoamericano, resulta la primera y más clara manifestación de la hegemonía

¹⁴ N. LECHNER, *La crisis del Estado en América Latina*, ed. cit., págs. 141 a 160.

¹⁵ El término “plausible”, indica la probabilidad y no la certeza de las reflexiones que aquí se exponen. En especial, por la práctica inexistencia de precedentes teóricos en este sentido en el contexto latinoamericano.

¹⁶ El concepto “crítico” se entiende aquí en el sentido de W. MILLS como “aquellos análisis que desmistificando y poniendo en claro las causas reales del malestar social y la indiferencia contemporáneas, permiten un conocimiento más profundo de la realidad”. Cfr. C. WRIGHT MILLS, *The Sociological Imagination*, Penguin, New York, 1959, pág. 20.

jurídica del bloque dominante. Contrariamente a lo que sucede en el campo de la teoría del Estado, donde la discusión tiene lugar dentro de un marco homogéneamente crítico, en el campo de lo jurídico la discusión —predominantemente abstracta y formal— se desarrolla en un ambiente que tiende en conjunto a la conservación del *status quo* existente. Incluso en disciplinas como la sociología¹⁷, la sicología, y hoy en menor medida la economía, el pensamiento crítico o bien posee la hegemonía, o por lo menos cuenta con una producción teórica lo suficientemente importante y consistente como para colocarse en un pie de relativa igualdad con el pensamiento conservador. Una pregunta surge aquí con evidencia. ¿A qué circunstancias es posible atribuir esta particular situación de lo jurídico? Si bien resulta imposible encontrar una respuesta que solucione este interrogante, la referencia a tres aspectos (de índole diversa) puede por lo menos contribuir a aclarar en parte el problema; ellos son:

a) la importancia del derecho en la estructura política de dominación-legitimación;

b) la composición y funciones de las Facultades de Derecho;

c) la reducción de la especificidad del derecho en la producción teórica de las corrientes de pensamiento ubicadas a derecha e izquierda de la ideología liberal.

a) *La importancia del derecho en una estructura de dominación-legitimación.*—Corresponde en gran medida a ANTONIO GRAMSCI, el mérito de haber puesto en evidencia la importancia de la cultura en el proceso de los grandes cambios de las formas de organización de una sociedad¹⁸. Por otra parte, autores como W. ARNOLD y G. RADBRUCH, consideraron al derecho como un elemento de primera importancia en la conformación cultural de una sociedad¹⁹. Profundizando aún más en este aspecto, H. HELLER entendió el derecho como la forma más avanzada de dominio. Si todo esto es cierto en términos generales, es decir, para las formaciones sociales del capitalismo central, tanto pasadas como contemporáneas, lo es con mucha más intensidad en el contexto del capitalismo periférico. En este caso, la teoría del Estado latinoamericana demuestra en forma más que evidente la importancia y sobredeterminación de la esfera política. Esfera política que está compuesta por dos niveles claramente diferenciables, aunque no siempre diferenciados: el estrictamente político (el Estado) y el estrictamente jurídico (el derecho)²⁰.

¹⁷ Un indicador de la hegemonía del pensamiento crítico en el campo sociológico lo constituye la política de las dictaduras militares del cono sur en relación con las Facultades de Sociología. Estas fueron directamente cerradas o desmanteladas a condiciones muy por debajo de las mínimas requeridas para una existencia precaria.

¹⁸ Entre las innumerables menciones al tema efectuadas por este autor, cfr. en especial a A. GRAMSCI, "Quaderni del carcere" (edición crítica del Instituto Gramsci, a cargo de V. Gerratana), Einaudi, Torino, 1975, pág. 2192.

¹⁹ Un excelente enfoque que recoge y sistematiza esta problemática, analizando, entre otras, las consideraciones de W. ARNOLD y G. RADBRUCH sobre el tema, se encuentra en R. TREVES "Il diritto come componente della cultura", en *Revista Sociologia del Diritto*, núm. VI, 1979.

²⁰ Sobre este punto cfr. a N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, ed. cit., pág. 40 (en nota).

De estos dos niveles, el político se encuentra mucho menos desarrollado por su carácter contingente y conflictivo, y en especial por el hecho de que en él los sectores dominantes están absolutamente desprovistos de hegemonía. Permanece entonces el derecho —"como la forma más avanzada de dominio" y el plano donde los sectores dominantes disfrutaban de hegemonía en su relación con los sectores dominados— como uno de los elementos más importantes de la estructura políticojurídica de las sociedades del cono sur latinoamericano. Conviene tener siempre presente que esta importancia del derecho no se relaciona necesariamente con su eficacia, ni mucho menos con su carácter de mediador abstracto de las relaciones sociales²¹. El hecho de que no pueda negarse la mayor carga de autolegitimación de una norma jurídica (al margen de su contenido o procedimiento de creación), si se la compara con una mera expresión de voluntad, contribuye a comprender la mayor utilización del derecho, sobre todo del tipo represivo-prohibitivo, como "ordenador" de la vida social en las condiciones específicas del nuevo autoritarismo.

Quizá puede verse aquí más nítidamente la importancia de analizar las funciones específicas del derecho, en condiciones de sobredeterminación de la estructura políticojurídica en el marco de un proceso de dominación autoritaria.

b) *Composición y funciones de las Facultades de Derecho.*—Pese a que, sin lugar a dudas las Facultades de Derecho han constituido y constituyen la fuente más importante de producción, discusión y transmisión de todo aquello relativo a las teorías e ideas acerca del derecho, los estudios críticos sobre su composición y funciones son prácticamente inexistentes. Esta institución no nace, por supuesto, con el advenimiento de los nuevos regímenes autoritarios, sino que es el resultado de las "repúblicas oligárquicas" que se instalan en América Latina entre fines del siglo XIX y comienzos del XX. Durante este período, el hecho de que los hombres de gobierno fueran en forma predominante juristas, alimentaba un círculo vicioso: de la filas de la oligarquía salían los individuos que se dedicaban al estudio del derecho, quienes, una vez finalizados sus estudios, compartían las funciones de gobierno o la magistratura con el ejercicio de la docencia.

La reforma universitaria de proyección continental llevada a cabo en Córdoba (Argentina) en 1918, tuvo un significado mucho más político que académico²². Si bien abrió —relativamente— el acceso a los estudios superiores a las nuevas clases medias y promovió modificaciones en las estructuras administrativas y de gobierno de las universidades, los contenidos concretos de la enseñanza —para ser más precisos, los programas de estudio— permanecieron en lo fundamental prácticamente invariables. De más está decir, que las

²¹ Refiriéndose a las características del derecho en el contexto del capitalismo periférico, T. EVERS (*El Estado en la periferia capitalista*, México, 1979, Siglo XXI) señala: "Ahí, la ley no media: manda... al producir efectos tan obviamente parciales y materialmente desiguales, la ley pierde su capacidad de disimular el interés de clase que se expresa en la acción estatal" (pág. 150).

²² Cfr. a E. GARZÓN VALDÉS, "Die Universitätsreform von Cordoba 1918", en *Grundzüge des Lateinamerikanischen Hochschulwesens*. Nomos, Baden-Baden, 1965.

Facultades de Derecho no constituyeron una excepción a esta tendencia general. En este campo, los componentes de otras clases sociales distintas de la oligarquía, que ingresaron al terreno de la docencia e investigación, fueron seleccionados y escogidos por esta última, razón por la cual se asimilaron plenamente a la ideología jurídica imperante: liberalismo "adaptado a las circunstancias".

En cuanto a los contenidos del derecho, basta con tener una idea de los desarrollos del derecho continental europeo para conocer el derecho latinoamericano. La falta de originalidad y de ideas que bien o mal, respondan a la realidad del continente parece ser su característica más distintiva. Así, la tarea de la mayoría de los juristas latinoamericanos se ha limitado a la recepción irreflexiva y mecánica de las elaboraciones teóricas europeas y en menor medida norteamericanas²³. Todo esto permite afirmar que el derecho en América Latina constituye el resultado de un doble movimiento de abstracción: abstracción relativa del derecho europeo de las condiciones sociales que le dan origen (generalidad y validez universal del derecho burgués); abstracción absoluta del proceso de recepción mecánica del derecho europeo en la realidad latinoamericana. La prueba más evidente de ello, como agudamente lo señala E. GARZÓN VALDÉS, es que la comunidad de intereses entre los juristas europeos y latinoamericanos aumenta proporcionalmente con el nivel de abstracción de la temática que haya de considerarse²⁴.

También en relación con el alto nivel de abstracción de lo jurídico, puede decirse que las facultades de derecho han jugado un papel destacado: el estudio del derecho positivo —en especial el codificado— se desvincula totalmente de la realidad social²⁵.

Más allá de la carga autolegitimadora que poseen las normas jurídicas, el tratamiento abstracto del derecho ha contribuido a acentuar su carácter "técnico" y por ende inaccesible al grueso de los sectores populares. Por ello puede afirmarse que estas tres últimas características (autolegitimación, tecnicismo, abstracción) constituyen otro elemento determinante en la explicación de la existencia de relaciones de hegemonía en el plano de lo jurídico, entre el bloque dominante y los sectores populares.

c) *Pensamiento radical y pérdida de especificidad del derecho.*—No es la intención dedicar un espacio extenso al presente problema. Su inclusión responde más bien a poner en evidencia que existe por lo menos un aspecto que, colaborando en la explicación de la hegemonía jurídica del bloque dominante no resulta atribuible necesariamente a la actividad de este último.

Con el término "pensamiento radical", se designan aquí aquellas corrientes teóricas que se encuentran no solo distanciadas de la ideología liberal, sino

²³ Cfr. a E. GARZÓN VALDÉS, *Acerca de las funciones del derecho en América Latina*, multigrafiado, inédito, Bonn, 1982, pág. 16.

²⁴ *Ibidem*, pág. 18.

²⁵ Cfr. a E. NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1975, pág. 29.

en una cerrada oposición a esta. Dentro de tales corrientes críticas de la ideología liberal, es posible distinguir dos vertientes que, a pesar de las enormes diferencias que las separan, poseen un elemento común en relación con el tema que aquí se analiza. Dicha coincidencia no es otra que la *disolución* de la problemática jurídica en la crítica *amplia* de la política y el Estado²⁶. Como afirma U. CERRONI tanto en KARL SCHMITT como en los teóricos marxistas soviéticos "el derecho se ha refugiado bajo la 'protección' de lo político"²⁷.

Ejemplos similares de disolución de lo jurídico en lo político, es también posible encontrarlos en el propio contexto latinoamericano²⁸, tanto en el nacionalismo antiliberal de derecha²⁹ como en el marxismo ortodoxo³⁰. Esto significa, como tendencia general, muy particularmente en el ámbito latinoamericano, que en el campo del derecho ha sido abandonado por aquellos que sostienen un pensamiento distinto del de los grupos oligárquicos. Otra razón más para entender la hegemonía, en este plano, de la ideología liberal "adaptada a las circunstancias".

V. INEFICACIA E IMPORTANCIA DEL DERECHO

No es posible concluir sin hacer referencia a una contradicción potencial que se desprende de la totalidad del enfoque aquí presentado: Por un lado, la discrepancia entre derecho y realidad social, o, lo que es lo mismo, el bajo nivel de efectividad real de las normas jurídicas en América Latina, constituye una afirmación constante en los trabajos de los autores críticos que directa o tangencialmente se ocupan de estos temas³¹. Por el otro, el hecho de que se haya tratado a lo largo de este trabajo de poner en evidencia la importancia del derecho en la estructura de dominación-legitimación de las actuales dicta-

²⁶ Sobre el problema de la "disolución" del derecho en la política, cfr. nuestro artículo, "Política, derecho y crítica específica", en *Revista de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, Colombia, núm. 3, II semestre 1980, págs. 53 y ss.

²⁷ Cfr. a U. CERRONI, "Formalidad e socialità nel diritto postliberale", en *Rivista Democrazia e Diritto*, núm. 4, julio-agosto 1981, pág. 76.

²⁸ El ejemplo más extremo de esta disolución de lo jurídico en lo político se encuentra en aquellas obras dedicadas específicamente a lo jurídico e inspiradas directamente en la Doctrina de la Seguridad Nacional: "... las bases del derecho pueden ser eternas como la filosofía de la cual se nutre, pero la ley positiva es contingente, es programática, es política pura en acción. Porque el derecho es una rama especial de la política". Cfr. a C. H. DOMÍNGUEZ, *La nueva guerra y el nuevo derecho. Ensayo para una estrategia jurídica contrasubversiva*, Círculo Militar, Buenos Aires, 1980, pág. 29.

²⁹ Cfr. a E. PALACIO, *Teoría del Estado*, G. Kraft, Buenos Aires, 1952, en especial págs. 119 a 126.

³⁰ Cfr. a A. KOHEN, *Marxismo, Estado y Derecho*, Centro de Estudios, Buenos Aires, 1972.

³¹ Cfr. por ejemplo, a E. GARZÓN VALDÉS, *Acerca de las funciones del derecho en América Latina*, E. NOVOA MONREAL, ob. cit.; P. GONZÁLEZ CASANOVA, *La democracia en México*, México, Siglo XXI, 1965; C. M. VILAS, *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Guadalupe, Buenos Aires, 1974.

duras militares en el cono sur. ¿Cómo es posible explicar esta contradicción entre la *importancia* y la *ineficacia* del derecho? La discrepancia entre derecho y realidad social, tiende a desaparecer en el contexto del nuevo autoritarismo.

La posición de los autores críticos arriba citados, solo se explica por un cierto nivel de abstracción que se expresa en no incorporar totalmente en el análisis la realidad concreta de los procesos políticos actuales en el cono sur: la *institucionalización autoritaria*. Dicha contradicción se verificaba plenamente bajo el autoritarismo tradicional, en la medida en que un derecho liberal y una *praxis* autoritaria constituían su característica más dominante. Hoy, sin embargo, con la existencia de un derecho intensamente inspirado en la DSN, dicha contradicción tiende a desaparecer³². Bajo el nuevo autoritarismo no solo se profundiza y refina la *praxis* autoritaria, sino que, además, el propio texto de la ley comienza a convertirse en una expresión fiel a dicha *praxis*. Las FF. AA., encarnan en forma manifiesta esta última tendencia.

El derecho es cada vez más represivo y se sitúa progresivamente en concordancia con la realidad autoritaria. Ello permite afirmar que el derecho es cada vez más y cada vez menos ideológico, según cuál de las acepciones del concepto ideología sea tomada en cuenta³³.

Como programa de acción política: el derecho es cada vez más ideológico en la medida en que la legislación emanada del nuevo autoritarismo, lejos de ser abstracta y general, tiende a presentar en forma inmediata los proyectos concretos del grupo en el poder (un buen ejemplo de ello lo ofrece la "Constitución de Pinochet").

Como falsa conciencia: el derecho es cada vez menos ideológico. La legislación autoritaria, lejos de intentar ocultar la brutalidad de la *praxis* de gobierno, se propone expresarla en forma transparente. El mejor ejemplo de ello es el decreto 464 de 1973 de la dictadura uruguaya, que dispone la disolución

³² El término "tiende", significa admitir la existencia de un aspecto que contradice el desarrollo global de esta problemática. Un aspecto donde la realidad se muestra considerablemente más brutal que el propio derecho represivo: la política sistemática de desapariciones. Si tomamos como ejemplo el caso argentino (allí el fenómeno de los desaparecidos adquiere cualitativa y cuantitativamente su máxima dimensión), donde, pese a estar prevista la pena de muerte, dicha medida no ha sido hasta el momento aplicada, la contradicción entre derecho y realidad social permanece vigente. Ello no obstante, es necesario hacer dos observaciones. En primer lugar, que estos nuevos autoritarismos constituyen —al no poder desvincularse totalmente de la ideología "liberal", dados sus vínculos con la oligarquía tradicional— una especie de "totalitarismo vergonzante", en el que la práctica de eliminación de opositores no puede ser en absoluto jurídicamente legitimada. En segundo lugar, la utilización de medios extralegales, a la par que confirma la ineficacia del derecho (aun el represivo) no desmiente la importancia del mismo en lo que hace a su valor simbólico. A pesar de que en la práctica la pena de muerte legal no se aplica, su inclusión en el Código Penal cumple la función de mantener viva en la memoria de los ciudadanos la capacidad potencial de poder coactivo de que dispone el Estado.

³³ "El término 'ideología', con significado positivo (de acuerdo con el uso que del mismo hace KARL MANNHEIM) se refiere a ideales o programas de acción. En un sentido negativo (de acuerdo con el uso de MARX) se refiere a la falsa conciencia que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales, distintas de aquellas que realmente ejercen". Cfr. a A. BARATTA, *Criminología crítica e crítica del diritto penale: introduzione a la sociologia giuridico-penale*, II Mulino, Bologna, 1982, pág. 37.

del Parlamento, y que simultáneamente prohíbe atribuirle, por esta razón, un carácter dictatorial al poder ejecutivo³⁴.

VI. CONCLUSIÓN

El bloque actualmente en el poder en el cono sur latinoamericano, expresa todo lo contrario a lo que comúnmente se entiende por homogeneidad y estabilidad. Su tiempo de permanencia en el gobierno, y muy en especial los mecanismos concretos por medio de los cuales puede ser desalojado del mismo, resultan prácticamente impredecibles. Ello no obstante, la forma concreta del futuro político-social del cono sur latinoamericano parece girar en torno a dos alternativas centrales.

Tomando en cuenta el análisis desarrollado hasta aquí, parece posible afirmar lo siguiente:

a) de acuerdo a cómo se resuelvan las contradicciones en el interior del bloque dominante, dependerá que en el futuro se instale un proceso de autoritarismo (predominio de la oligarquía tradicional), o de nuevo autoritarismo (predominio de la FF. AA.).

b) de acuerdo a cómo se resuelvan las contradicciones en el conjunto de la sociedad, dependerá un futuro autoritario (predominio del actual bloque dominante) o un futuro democrático (predominio de los sectores populares).

Inmerso en esta problemática, el presente trabajo pretende en forma manifiesta contribuir a una resolución democrática de las contradicciones por las que atraviesa América Latina.

³⁴ Decreto del gobierno uruguayo núm. 464 de 1973: "Art. 1° Declárase disuelta la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes"... Art. 3° Prohíbese la divulgación por la prensa oral, escrita y televisada de todo tipo de información, comentario o grabación que, directa o indirectamente, se refiera a lo dispuesto por el presente decreto atribuyendo propósitos dictatoriales al Poder ejecutivo..." (el subrayado es nuestro).

APUNTAMIENTOS SOBRE EL CHEQUE ENTREGADO POR EL AUTOR SIN IMITACIÓN DE LA FIRMA DEL TITULAR DE LA CUENTA CORRIENTE

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez Tercero Superior de Cali. Profesor universitario

I. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1. Poco o nada se ha discutido en nuestro medio acerca de la existencia de un concurso aparente de tipos en la hipótesis del sujeto, distinto del titular de una cuenta corriente que, idealmente y de propia mano, llena el esqueleto de un cheque con el fin de presentarlo en un establecimiento de comercio para obtener, con base en el fraude cualificado, la entrega de bienes, géneros o mercancías, e, incluso, dinero. Por fuerza de la tradición, o por simple indiferencia, o por ambas cosas a la vez, doctrinantes y jueces suelen admitir, con verdadera obsesión, la existencia de un concurso material entre la falsedad y la estafa, cuando otra muy distanciada parece ser la solución correcta.

2. Aquí, y a manera de paréntesis, una confesión personal: jamás la tesis nos convenció del todo. Al igual que otros colegas de judicatura, hemos repetido en proveídos y sentencias el trillado monólogo del concurso material, cuando, *in pectore*, abominábamos de su urdimbre y de sus lábiles fundamentos. La presión viene de arriba. Por experiencia personal sabemos lo difícil que es contradecir o ignorar las decisiones y la jurisprudencia de los tribunales o de la Corte. La jerarquía tiene sus imposiciones y no es fácil escapar a su aprisionamiento, cosa nada común entre quienes, por reportarles dividendos, gustan congraciarse y reverenciar el fuerte acento conminatorio de tales dictámenes, lo que no deja de ser elegantemente artificioso. Allá ellos. Para nosotros llegó la hora de reaccionar contra la abrumadora tendencia que domina y triunfa en la magistratura profesional, sin acierto de contenido ni de título. Por de pronto, vayan estos ligeros comentarios a manera de constancia y apartamiento del gravoso criterio en que se coloca el inculpado al deducirsele doble violación de la ley penal, cuando ni naturalística, ni legal, ni científicamente ello deviene posible.

3. El vocablo *falsificación* expresa —alguien lo ha dicho ya— la acción y el efecto de falsificar. En su sentido idiomático trasluce la idea de “adulterar”, “corromper”, “mixtificar”; no así en el lenguaje de la ley, obviamente

restrictivo, que tan solo significa “imitar”, “remedar” o “calcar”. Inútil parece decir que la acepción lingüística no tiene fatalmente por qué corresponder con el tecnicismo legal, y que, en no pocas acciones, aquella desvirtúa la comprensión que prevalece en los dominios del derecho. O, más exactamente, al revés. En la hermenéutica de la connotación aparece pues la clave de la controversia y la propia definición de la actividad falsaria al proyectarse al mundo valorativo del derecho penal.

II. PREFERENCIAS DOCTRINALES

A) *Doctrina extranjera*.—4. Para CARRARA la imitación de la verdad es extremo importantísimo de la criminalidad del delito de falsedad documental. A tal fin enseña el maestro de Pisa: “Es cierto, según los principios científicos, que ningún acto externo, por perverso que sea, puede considerarse como delito, si carece de potencia para causar daño. Es cierto que ninguna falsedad tiene aptitud para causar perjuicio si carece de potencia para engañar. Y es cierto que ninguna falsedad tiene potencia para engañar si no imita la verdad. Luego es cierto que la imitación de la verdad es un elemento indispensable para que la falsedad documental sea criminosa. De este sorites no lograremos salirnos”¹.

5. No menos importante es la opinión salida de la pluma de LOMBARDI, que en la misma línea argumental sostiene que “...la imitación de la verdad es el carácter natural de la falsedad material en la escritura, que sin la apariencia de ser genuina, no conseguiría engañar, y por lo tanto no tendría en la falsedad misma la capacidad de dañar a cualquiera. En la necesidad de que el falsario ejecute una obra que deje subsistir la apariencia de documento genuino y que, por lo tanto, conserva su capacidad para dañar, está precisamente la existencia de aquel elemento de hecho, que es la imitación”². Acepta igualmente este punto de vista MAGGIORE, al entender que la imitación es elemento indefectible de la falsedad; y que si la ley no lo indica, es por ser tan inherente a la noción de falsedad, que el mencionarlo sería superfluo. Por lo demás, y con notable énfasis, confiesa el estupor que le causa advertir cómo la doctrina moderna pretende eliminar la imitación, elemento sin el cual no puede subsistir el delito³.

6. No suscribe MANZINI la buena doctrina, y en interpretación libre y posiblemente exagerada, rechaza radicalmente la idea de que la imitación sea elemento integrante del delito. Así, escribe: “...es necesario advertir para evitar fáciles equívocos, que la falsedad de que hablamos no requiere la imitación de la verdad, en el sentido material de la expresión. Este pretendido elemento de la falsedad, que la ley ni siquiera remotamente indica, es superfluo

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. IX, 4ª ed., parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 310.

² Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Presencia, 1976, pág. 106.

³ Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. III, parte especial, Bogotá, Edit. Temis, 1955, págs. 561 y 562.

si quiere designar la necesidad de que el falsario lleve a cabo una obra que presenta la apariencia de un documento genuino y es del todo inadmisiblesi con él se quiere hacer referencia a la imitación de la escritura ajena, que no es indispensable para el delito de falsedad”⁴.

7. En las obras de los tratadistas latinoamericanos —al menos las que tenemos a la mano— aparece netamente delineada, y casi sin oposición de fuste, la tesis carrariana de considerar la imitación como elemento intrínseco compositivo de la falsedad. Así HUNGRIA⁵, FONTÁN BALESTRA⁶, NÚÑEZ⁷ y más recientemente ITURBE⁸ y BORINSKY⁹. En contra, y sin insistir demasiado en el tema, se pronuncia el profesor español nacionalizado en Méjico JIMÉNEZ HUERTA¹⁰.

⁴ Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 106.

⁵ NELSON HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, t. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1959, pág. 195: “La imitatis veritatis desprovista de capacidad lesiva no afectaría la incolumidad del sentimiento colectivo de confianza que, en especial, es protegido por la ley. Una contrafacción o alteración grosera, patente, fácilmente reconocible a ojo desnudo, no constituye materia de falsedad, y si, por alguna circunstancia excepcional, logra éxito, el delito que se cometería sería otro, por ejemplo, la estafa”.

⁶ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, 8ª ed., parte especial, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, pág. 649: “En materia de documentos prevalece la idea de la imitación de la verdad, aun al través de la falsedad material, particularmente cuando se trata de cambiar en un documento auténtico, algo que podría constar en él, sin que con ella el documento en sí ofrezca al observador aspecto alguno que le haga aparecer como adulterado, porque no siempre existe un modelo original con el cual compararlo”.

⁷ RICARDO C. NÚÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. VII, parte especial, Buenos Aires, Lerner Editores, 1974, pág. 212: “Hacer en todo un documento falso es atribuir su texto a quien no lo ha otorgado. Otorgante del documento es la persona de quien procede intelectualmente su tenor. Si se trata de un instrumento privado la falsedad total del documento requiere la imitación de la firma, como otorgante, de una persona física o jurídica de existencia efectiva, pues, desde que únicamente esa firma representa un signo de autenticidad del documento, solo su imitación —y no una firma de una persona inexistente— le confiere a la falsificación documental privada la posibilidad de que, por sí misma, por su propio contenido perjudique a un tercero”.

⁸ OCTAVIO ITURBE, “Falsificación de cheque”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. IX, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, pág. 874: “Para falsificar, en sentido estricto, un documento, no hay otra manera de proceder que imitar los signos que individualizan al supuesto firmante. Así lo ha sostenido concisamente LOMBARDI en *Delitti contro la fede pubblica*, cuando dice que «la imitación de la verdad, sin la apariencia de ser genuina, no conseguirá engañar y por lo tanto no tendría en la falsedad misma la posibilidad de perjudicar». Es así por ello que la idea de falsificación e imitación, son sin duda alguna, ideas inseparables en esta materia. Cuando se dice u oímos que la firma de un cheque ha sido falsificada pensamos de inmediato que ha habido una imitación de la firma verdadera. La imitación de la verdad, es en sustancia, un elemento indispensable a la criminalidad de la falsedad documental...”.

⁹ CARLOS BORINSKY, *Derecho penal del cheque*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, pág. 153: “Es nuestra opinión que quien libra un cheque suscrito en un formulario ajeno, sin imitar los rasgos caligráficos del titular, se trata de una firma imaginaria o, simplemente desconocida por el banco, no comete el delito de falsificación (arts. 292 y 297 del Cód. Penal), sino el previsto en el artículo 302, inciso 4”. Ese tipo —agregamos nosotros— a que hace relación BORINSKY, en la legislación argentina corresponde al delito de libramiento de cheque en formulario ajeno.

¹⁰ MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mejicano*, t. v, Méjico, Edit. Porrúa, S. A., 1980, pág. 229: “Quien en un documento público o privado pone una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, engendra una mutación de la verdad; con su conducta falsea el documento para hacerle aparecer material e ideológicamente suscrito por persona ‘diversa de aquella que en él se obliga y con cuyo nombre o rúbrica debió quedar firmado’. Pero es preciso que el documento en que se estampa la firma o rúbrica falsa tenga relevancia jurídica, pues en otra forma no puede existir falsedad documental”.

8. Entre los autores españoles, PUIG PEÑA¹¹ explica satisfactoriamente el criterio sólido de la imitación. No así QUINTANO RIPOLLÉS¹², que no participa de él.

B) *Doctrina nacional*.—9. Pasando revista a las opiniones de los autores colombianos tropezamos con ROMERO SOTO, quien examina en forma parca y superficial el punto referente a la imitación de la verdad. Tras recordar las encontradas posiciones científicas de CARRARA, FROSATI, LOMBARDI y MANZINI, considera que “difícil resulta del cúmulo de estas teorías contradictorias deducir un criterio general”¹³ tomando partido por quienes consideran que la imitación no debe entenderse en un sentido material y, menos aún, como calco de un documento preexistente o de la escritura de otra persona. Imitación de la verdad —agrega— quiere decir apariencia verosímil, verosimilitud, en otras palabras: capacidad de engaño¹⁴.

Con dimensiones teóricamente iguales se pronuncia ARENAS: “No es esencial que en el instrumento negociable se haya imitado firmas, las cuales pueden corresponder a personas imaginarias, lo que excluye toda posibilidad de imitación. Lo esencial es, como dijimos antes, que el documento tenga, por su forma y contenido, las apariencias de un instrumento de esa clase, que parezca auténtico, aunque una o más firmas sean de personas supuestas”¹⁵. En forma asaz discreta por su escaso aporte personal escribe GUTIÉRREZ JIMÉNEZ que “un respetable número de expositores —a quienes ni señala ni identifica— considera que a la comisión del hecho debe concurrir un cuarto elemento, junto con los ya enumerados, que ellos denominan imitación dolosa de la verdad. Si se considera con toda atención esta nueva exigencia para que el delito exista, se llega a la conclusión de que en realidad no se trata de un elemento más

¹¹ FEDERICO PUIG PEÑA, *Derecho penal*, t. II, Barcelona, Imprenta Clarasó, 1946, pág. 152: “La doctrina entiende de un modo unánime que la falsedad documental, bien mediante la formación de un documento apócrifo bien mediante la falsificación del verdadero, tiene que imitar la verdad misma, lo cual no supone una imitación absoluta, basta que con ella se induzca a error, quebrantando por así decirlo, el crédito que todos los documentos de cualquier clase suelen encontrar en el público”.

¹² ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. IV, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, págs. 653 y 654: “La primera gestión que se plantea es la de si la imitación es o no condición necesaria de la usurpación, es decir, si la letra, firma o rúbricas usurpadas, pero no imitadas, pueden o no integrar la falsedad del tipo. Numerosas sentencias se pronuncian por la negativa, estimando que si no hay imitación no hay falsedad... (sents. 1º de julio de 1980, 6 de diciembre de 1905 y 23 de noviembre de 1922); no obstante alguna jurisprudencia más reciente (sents. 4 de mayo de 1954 y 26 de noviembre de 1956) estima que no es preciso que la firma falsificada sea imitación de la verdadera... contrahaciendo o no el acto es indubitadamente falsario ya que no respecto a la letra, firma o rúbrica, si al documento mismo como una totalidad, con responsabilidades penales idénticas... la veracidad del escrito no ha de interesar y si tan solo la genuinidad, por decirlo así, caligráfica del documento; en otras palabras: la conformidad objetiva del escrito como dato de indubitada atribución a una persona determinada y, sobre todo, como signo probatoriamente valorable”.

¹³ Cfr., LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 107.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964, pág. 286.

para su estructuración, puesto que la imitación dolosa de la verdad no es sino uno de los aspectos del daño real o posible, o sea, del segundo de los caracteres mencionados" (se refiere al daño real o posible, derivado del documento falsificado)¹⁶. Con lo que parecería que el prenombrado penalista se inscribiera en la tesis carrariana de la imitación de la verdad.

10. En valiosa y relevante opinión, y con la necesaria fuerza de expresión, PACHECO OSORIO admite la validez de la buena doctrina: "en cuanto a la falsedad en documento privado, el fenómeno de la imitación es distinto. La fe, efectivamente, que se tiene en los documentos privados radica en la autenticidad, real o aparente, de la firma y a veces de la rúbrica del verdadero o supuesto otorgante, o en la simple caligrafía del escrito, pues aquella no está amparada por formas o solemnidades especiales preestablecidas por el Estado. Para que se acepte, entonces, como acreditado este elemento del delito en la falsedad privada, es imprescindible la imitación de la firma, rúbrica o letra de la persona a quien se quiere atribuir el falso instrumento"¹⁷.

III. INTERPRETACIÓN Y VALORACIÓN DEL SUPUESTO

11. Para que en sentido penal exista falsificación de la firma, debe esta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar. La firma acostumbrada del girador tiene que ser materia de calco o copia. Nada hay de libre en la imitación física de los trazos escriturales. La conducta del autor, tratándose de una falsificación, debe enderezarse, *stricto sensu*, a reproducir algo previamente existente, un modelo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo. La exigencia de una creación imitativa hace parte de su realidad óptica. El agente debe estar consciente del formaje verdadero, para que el acto refleje, a la observación primaria, similar valor al real. Tal la tesis prevalente desde antiguo y la científicamente exacta.

12. Si por desconocimiento de la identidad personal del librador, y de los signos, caracteres y rasgos que individualizan su modelo de escritura, el autor llena libremente el contingente del instrumento, ¿será acertado decir, sin inferir grave daño al principio de tipicidad incorporado a nuestra legislación penal (art. 3°), que falsificó su firma o que remedó sus cualidades escriturales, o que servilmente copió el perfil de sus grafías? Si al término "falsificar" se le otorga un amplio sentido o una significación excesivamente lata conforme a la terminología común, es claro que la respuesta será positiva. Pero si se le concede un entendimiento condicionado, técnico, dogmático, estrictamente penal, la réplica devendrá negativa. Bajo la primera perspectiva —insistimos— no subsisten los caracteres de la falsificación. ¿Dónde encontrarlos, si además

¹⁶ LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 190.

¹⁷ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, 2ª ed., Bogotá Edit. Temis, 1972, pág. 462.

de una evidente falta de voluntad de imitar existe una absoluta imposibilidad para remedar los caracteres gráficos de la firma ajena?

13. Parece pues razonable entender que mientras no se imiten o reproduzcan los signos, formas, imágenes o trazos de la caligrafía de quien por medio de esta individualiza sus actos de voluntad, tal comportamiento no constituye título de falsedad, si bien la acción puede desplazarse a otra área de lo injusto típico. Quien desconociendo los caracteres morfológicos de la oposición auténtica crea idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza una firma indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico, y en todo caso sin correspondencia con las notas esenciales de los signos verdaderos, no pretende falsificar y sí crear espuriamente condiciones tendientes a hacer incurrir en error a alguien. Cuando el autor no se preocupa por imitar acabadamente los signos individualizadores del otorgante en el título-valor y lo llena ficticiamente, induciendo en error al sujeto pasivo, el documento así exhibido tendrá todos los visos de una mentira, de un artificio engañoso, de un fraude criminal, subsumible dentro de los contornos clásicos de la estafa, pero jamás dentro de las previsiones típicas comportamentales de la falsedad. Debe por tanto descartarse este último título en todos aquellos eventos en que los signos de autenticidad de la rúbrica del librador no corresponden a los rasgos gráficos de quien antijurídicamente lo suscribe y llena.

14. Con arreglo a la filosofía dominante, el cheque dejó de estar asimilado jerárquicamente al documento público, para ser lo que por naturaleza ha sido siempre: documento privado. La atestación mendaz, intelectual o ideal, que se agota sobre el instrumento no quebranta en forma próxima el bien jurídico de la fe pública, ni altera el interés social que se debe por el ordenamiento jurídico a la seguridad de la prueba documental. La conducta activa —creación del título— debe calificarse como defraudación, como un engaño ardidoso, como una maniobra astuta, y nada más¹⁸; lo que debe motivar en tal sentido los criterios doctrinales y las decisiones judiciales. Por cierto que el perjuicio que experimenta el patrimonio de la víctima no surge del documento intrínsecamente considerado, cuya autenticidad y veracidad es casi que inexistente, sino del ardid y de las maniobras desplegadas por el agente. En tales eventos habrá siempre estafa, nunca falsedad.

Según piensa ZAFRA, "la falsedad que se comete, en instrumentos privados no vulnera, de modo inmediato, la fe pública, sino indirectamente, en cuanto el escrito lo utiliza el responsable para engañar a un tercero, creándole un juicio falso sobre determinado hecho, con el fin de perjudicarlo. Y en esa forma el documento, propiamente, viene a ser un medio o un modo en el proceso ejecutivo (*iter criminis*) del daño que primordialmente quiere causar el agente activo del delito. Por esta razón, la falsedad en escritos privados se reprime en mira más al fin perseguido por el agente que a una noción de amparo a

¹⁸ En similar sentido GARRAUD, citado por ITURBE, ob. cit., págs. 885 y 886.

la fe pública”¹⁹. De tal criterio participa correctamente el maestro PÉREZ al opinar que “Si la persona que se hace aparecer con intervención en el acto, no existe, o no existió, ocurre lo mismo que con la simulación de calidades o condiciones personales; el hecho reúne una invención, *mise en scène* propia de la estafa. Allí no hay sustitución, sino creación de un hombre”²⁰.

IV. ASPECTO SUBJETIVO

15. El elemento subjetivo, en su vertiente criminal, viene integrado por la voluntad consciente del autor de alcanzar un fin predeterminado por su saber causal, acción final de voluntad que matiza y sublima una conducta libremente elegida. Solo el aspecto final-subjetivo puede fundamentar el juicio de reproche. De no ser así, la voluntad de realización, dentro de la estructura total de la acción, se verá interferida por consideraciones y acontecimientos extraños al fin elegido. Si, como en el supuesto que manejamos, el agente medita anticipadamente el fin que persigue; si selecciona los medios, instrumentos, elementos o factores causales para ejecutar el acto; si el contenido subjetivo psicológico de su comportamiento se endereza a crear argucias, estrategias, ardidés, y una atmósfera engañosa para viciar la voluntad y hacer incurrir a alguno en error; en una palabra: quiere engañar y no falsificar; y si todo esto permite predeterminar teleológicamente y en conjunto el fin de su conducta, llano es entender que su voluntad no se dirige a causar lesión al bien jurídico de la fe pública y sí al patrimonio.

Aceptar, pues, el tipo penal de la falsedad en las circunstancias precedentes, cuando la conducta del sujeto —se recalca— no tiene como finalidad vulnerar el bien jurídico allí resguardado, ni existe dirección específica de la voluntad para realizar tal conducta, ni hay conciencia en el autor de falsificar, es tanto como ignorar la función autónoma de la voluntad, su contenido potencialmente vital, el desvalor intrínseco de la actividad, la relación que existe entre la voluntad y la acción. Lo que haya querido el autor, el fin de su conducta, no es ni puede ser indiferente al derecho penal. Este no puede desembarazarse del examen de una actividad conscientemente dirigida a un fin prefijado para admitir meros “reflejos” causales que apenas se subsumen en el complejo total. El hombre es autor de una conducta final y no causal, de un querer que señala un acto particular de la voluntad de acuerdo con su esencia ontológica y no de resultantes accidentales provenientes de movimientos corporales o mecánicos. Todo intento por variar la función de la voluntad, su acción final, es arbitrario e inconsecuente.

Pertinente al punto es la cita de WELZEL: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las conse-

¹⁹ LUIS ZAFRA, citado por LUIS CARLOS PÉREZ, en su *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 599.

²⁰ LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 608.

cuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego”²¹.

16. Dentro de nuestras limitantes y a derechas, hemos expuesto las facetas científicas más notables de la problemática. Si alguien con mejor autoridad y mayor aportación dialéctica desarrolla el criterio sugerido, nos sentiremos satisfechos. El problema es académico y de justicia. En esto, como en todo, no hay torres de marfil.

²¹ HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, págs. 25 y 26.

EL RETRASO MENTAL: UN CASO DE RETROACTIVIDAD DEL NUEVO CÓDIGO PENAL, POR FAVORABILIDAD, EN MATERIA DE INIMPUTABILIDAD

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia

INTRODUCCIÓN

A) *Planteamiento del problema.*—El art. 29 del Código Penal contemplaba tres formas de actividad sicopatológica, a saber: la enajenación mental, la grave anomalía síquica y la intoxicación crónica producida por el alcohol u otras sustancias.

Aparte de otras características, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia destacaron, respecto de la enajenación mental, la de ser un “trastorno general y persistente de las funciones síquicas...”.

Ahora bien: Al parecer, por la nota de la *persistencia*, se consideró a la debilidad mental como una especie de “enajenación”, lo cual condujo a la aplicación del manicomio criminal en tales eventos, pues, según el art. 63 del Código Penal de 1936, tal medida se aplicaba a los “alienados” o “enajenados”.

El nuevo Código Penal consagra como causales de inimputabilidad el trastorno mental y la inmadurez sicológica, y en uno u otro caso asigna medidas de seguridad diferentes: “internación en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial”, por un término no inferior a 2 años o no inferior a 6 meses, según se trate de trastorno mental permanente o transitorio, del cual no queden perturbaciones mentales; “internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola”, en caso de la inmadurez sicológica.

El problema que se plantea es el de saber si un inimputable por debilidad mental, que obró durante la vigencia del Código Penal de 1936 y que aún no ha sido condenado, puede ser internado en manicomio criminal conforme con el art. 63 de tal estatuto o si, por el contrario, se le debe aplicar el nuevo Código Penal, considerándolo como inmaduro sicológico (y no como trastornado), para aplicarle internación en establecimiento que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola. Así mismo, respecto

de los débiles mentales ya condenados a manicomio criminal, ¿se podrá levantar tal medida para aplicar el nuevo Código de manera retroactiva, es decir, cambiarla por la que la nueva legislación contempla para los casos de inmadurez sicológica?

B) *Punto de partida.*—A mi manera de ver, la debilidad mental, en el nuevo Código Penal, se debe comprender dentro del término “inmadurez sicológica” a que alude el art. 31 y no dentro del término “trastorno mental”.

C) *Punto de llegada.*—Como consecuencia de lo anterior, a los débiles mentales que fueron condenados durante la vigencia del anterior Código Penal (como enajenados mentales) a manicomio criminal, se les debe levantar tal medida y cambiarla por la que señala el nuevo estatuto para la inmadurez sicológica, es decir, internación en establecimiento que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola. Y lo mismo debe observarse respecto a los débiles mentales que habiendo cometido el hecho durante la vigencia del Código Penal de 1936 no han sido condenados aún: no se les debe condenar a manicomio criminal sino a las medidas contempladas en el art. 96 de la nueva legislación penal.

Lo anterior, por mandato del art. 26 de la Constitución Nacional.

I. BREVE CONCEPTO DE RETRASO MENTAL

La noción de retraso mental está referida, como muchos otros conceptos sicopatológicos, a la fundamentación o explicación de un bajo nivel de desenvolvimiento de la conducta del individuo en relación con el mundo que lo rodea y con las diversas situaciones que debe afrontar.

En el retraso mental, el bajo nivel de desenvolvimiento conductual se debe a una falta de recursos intelectuales. El retraso mental se define como un “nivel general de desenvolvimiento intelectual notablemente inferior al promedio”, presentándose como factor sobresaliente del fenómeno su condición de crónico¹. Los autores coinciden en caracterizarlo como un “déficit estable de la inteligencia”², que explica el bajo nivel de adaptación o desenvolvimiento de la conducta a que se ha aludido. Como otro de los factores caracterizantes se enuncia el de que se trata de déficit de una consciencia que no ha alcanzado su total desarrollo, para distinguirlo de otros síndromes en los que habiendo la inteligencia alcanzado madurez, se llega a debilitar produciéndose también un rendimiento intelectual y de conducta por debajo del promedio. Tal el caso de una demencia senil, por ejemplo.

¹ IRVING G. SARASON, *Psicología anormal*, Los problemas de la conducta desadaptada, México, 1981, 4ª reimpression, Ed. Trillas, págs. 396 y 398. RENE ZAZZO, en la obra conjunta *Los débiles mentales*, destaca cómo BINET denominó “debilidad mental” a la insuficiencia de nivel mental. Barcelona, Ed. Fontanella, 1973, pág. 12.

² BENIGNO DI TULLIO, *Principios de criminología clínica y psiquiatría forense*, Madrid, Edit. Aguilar, 1966, pág. 111.

La American Association on Mental Deficiency (AAMD), ha adoptado un sistema de clasificación teniendo en cuenta el *rendimiento intelectual*, método que fue incorporado al manual de diagnósticos de la American Psychiatric Association. Según la AAMD, "el retraso mental se refiere al rendimiento intelectual general por debajo del promedio, que se origina durante el período de desarrollo y se asocia con una conducta adaptativa deficiente". Cuatro niveles distingue la AAMD:

1. Retraso mental límite, CI de 68-83.
2. Retraso mental leve, CI de 52-67.
3. Retraso mental moderado, CI de 36-51.
4. Retraso mental profundo, CI inferior a 20³.

En lo que va de este trabajo, es bueno anotar, se ha utilizado el término *retraso mental*. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los tratados y manuales de psiquiatría se menciona el fenómeno con otros nombres. Así, DI TULLIO habla de "frenastenia", englobando dentro de tal rubro la idiocia, la imbecilidad y la debilidad mental, según la profundidad del trastorno⁴; de estos tres grados también habla ANTONIO VALLEJO NÁJERA, pero cobijándolos con la expresión "oligofrenia"⁵, y en igual forma proceden Th. SPOERRI⁶ y EMILIO MIRA Y LÓPEZ⁷.

Hago hincapié en que aquí se ha tomado el término "retraso mental" como concepto genérico a la usanza de la AAMD, la cual no habla de idiocia, imbecilidad y debilidad mental, como una especie dentro de un género, sino precisamente como género, que contempla el retardo en sus grados límite, leve, moderado y profundo, según el cociente intelectual, tal como se ha visto. Sin embargo, como nuestra doctrina y jurisprudencia han manejado esa terminología tradicional mencionada, es importante aludir a esos conceptos. Así, según SPOERRI, el individuo *oligofrénico* se caracteriza porque en la vida práctica y en sus rendimientos intelectuales se halla incapacitado para resolver nuevas tareas. "Según sea el grado de debilidad mental, dice, esta puede manifestarse ya en el aspecto exterior: marcha poco elástica o torpe, dando traspiés; mímica indiferente o tosca; lenguaje balbuciente o inarticulado; la construcción de las frases es primitiva o telegráfica. El pensamiento se detiene en lo concreto y habitual, hallándose perturbada la capacidad de abstracción y combinación de ideas así como la formación de conceptos y juicios. El caudal nemónico se halla proporcionalmente reducido"⁸.

DI TULLIO afirma que el *débil mental* representa el grado más leve de deficiencia, dándose contornos borrosos con la imbecilidad, de un lado, y por el otro, con la normalidad. Su edad mental ha sido parangonada por algu-

nos con la de un muchacho de 12 años y por otros con la de uno de 15 a 16 años, siendo el déficit intelectual sobre todo evidente en los trabajos más complejos de la crítica y el juicio⁹. En la *imbecilidad* el paciente solo es capaz de asimilar los conocimientos escolares más elementales y puede ser apto únicamente para los trabajos que no requieren iniciativa¹⁰. Representa el grado medio de deficiencia y algunos autores, como TRAMER, creen poder caracterizar el estado mental de los imbeciles basándose en una relación entre edad mental o grado de desarrollo mental alcanzado por el sujeto y edad cronológica, para parangonar el desarrollo mental máximo de los imbeciles con el de un niño de 8 a 9 años¹¹.

Finalmente tenemos la *idiotia*, que representa el grado más grave de los síndromes mencionados y que se caracteriza por la ausencia o por el desarrollo incompleto del lenguaje. En casos graves, el paciente no tiene aptitud para hablar ni comer solo, ni atender a su aseo personal; muestra tendencia a los movimientos monótonos (por ejemplo, el balanceo de la parte superior del cuerpo) y a romperse los vestidos¹².

II. LA DEBILIDAD MENTAL COMO ENAJENACIÓN Y COMO TRASTORNO PERSISTENTE, EN LA PRÁCTICA DEL C. P. DE 1936

El art. 29 del Código Penal de 1936 decía:

"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 de este libro.

A cada una de las expresiones "enajenación mental", "grave anomalía síquica" e "intoxicación crónica" nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia dieron un significado específico, con efectos distintos en cuanto a las diversas medidas de seguridad aplicables a cada una de las especies de actividad sicopatológica.

Me explico: en realidad, desde un punto de vista psiquiátrico, las expresiones señaladas resultan tautológicas. No cabe duda de que la enajenación es una anomalía del síquismo y que una grave anomalía síquica es una enajenación de un cierto tipo. De la misma manera, la intoxicación crónica entraña una serie de degeneraciones nerviosas con repercusión profunda en las esferas de la personalidad. Sin embargo, esto, que parece claro desde el punto de vista de la psiquiatría, no lo era desde el punto de vista del Código Penal.

³ IRVING G. SARASON, *Psicología anormal*, cit., pág. 398.

⁴ BENIGNO DI TULLIO, *Principios...*, cit., págs. 112 y ss.

⁵ ANTONIO VALLEJO NÁJERA, *Tratado de psiquiatría*, Barcelona, 1954, págs. 369 y ss.

⁶ TH. SPOERRI, *Compendio de psiquiatría*, Barcelona, Ed. Toray, 1965, págs. 22 y ss.

⁷ EMILIO MIRA Y LÓPEZ, *Psiquiatría básica*, Buenos Aires, Ed. "El Ateneo", 1953, págs. 123 y ss.

⁸ TH. SPOERRI, *Compendio...*, cit., pág. 23.

⁹ BENIGNO DI TULLIO, *Principios...*, cit., pág. 115.

¹⁰ TH. SPOERRI, *Compendio...*, cit., pág. 24.

¹¹ BENIGNO DI TULLIO, *Principios...*, cit., pág. 113.

¹² BENIGNO DI TULLIO, *Principios...*, cit., pág. 112 y TH. SPOERRI, *Compendio...*, cit., pág. 24.

En efecto, el estatuto represivo decía en su art. 63: "El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos".

Como puede verse, de las tres formas de actividad sicopatológica a las que se refiere el art. 29, solo menciona el art. 63 a los "alienados" para aplicarles la medida de seguridad denominada "manicomio criminal". Este artículo fue la piedra angular de toda una elaboración de los conceptos referidos por el 29, pues, según que se determinara que el sujeto era enajenado (o alienado), sería sometido a manicomio criminal, o a colonia agrícola, o libertad vigilada si se consideraba que se trataba de una intoxicación crónica o una grave anomalía síquica.

Así dijo la Corte Suprema de Justicia en casación de mayo 3 de 1979: "Para que un procesado pueda ser recluso en manicomio criminal se requiere: que sea alienado y que, además, se cumpla a lo menos una de estas dos condiciones: que el delito de que se trata tenga señalada pena de presidio o que aquel estado de alienación lo haga especialmente peligroso (C. P., art. 63). Pero siempre habrá de tratarse de un alienado"¹³.

Resultaba pues de trascendencia suma la determinación de lo que se entendía por enajenación. Nuestra doctrina y jurisprudencia, al interpretar el concepto de "enajenación mental" del art. 29 unánimemente partieron de la noción que de tal fenómeno dio el profesor argentino NERIO ROJAS en su *Medicina legal*: "Alienación mental es el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que le impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad"¹⁴.

En otro trabajo he resaltado la unanimidad que existió en la doctrina y en la jurisprudencia nuestras en la aceptación de la noción anterior¹⁵. Tam-

¹³ Casación de mayo 3 de 1979: *Jurisprudencia y Doctrina*, VIII, núm. 91, Bogotá, 1979, págs. 526 a 527. La Corte reiteró así una larga trayectoria, que comenzó con la casación de 18 de octubre de 1966: *Gaceta Judicial*, t. CXVIII bis, octubre—noviembre—diciembre de 1966. Esta decisión fue reiterada por la casación de 18 de octubre de 1968: *Revista Derecho Colombiano*, núm. 82, t. XVIII, 1968, págs. 155 a 168; además, por la decisión del 1° de agosto de 1972: *Gaceta Judicial*, núms. 253 a 263 de 1972; 9 de agosto de 1972: *Derecho Colombiano*, núm. 129, Bogotá, setiembre de 1972, págs. 351 a 361; en providencia de 30 de setiembre de 1976, la Corte reitera la tesis y resume todas las anteriores decisiones. *Extractos de jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, Sala Penal, publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1977, págs. 58 a 60.

¹⁴ NERIO ROJAS, *Medicina legal*, Buenos Aires, Ed. "El Ateneo", 1942, t. II, pág. 151.

¹⁵ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El trastorno mental como causa de inimputabilidad en el nuevo Código Penal", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, Edit. Acosta, 1980, pág. 58. Aquí he reseñado la siguiente doctrina y jurisprudencia: ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, t. I, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 147; AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Parte general, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, pág. 222. El mismo autor en la misma obra, editada por la Editorial Temis, Bogotá, 1959, pág. 303. VICENTE LAVERDE APONTE, *Temas penales y de procedimiento criminal*, Bogotá, Edit. Temis 1960, págs. 15 y 16; RAFAEL CAMPO RESTREPO, "La responsabilidad de los anormales en el Código Penal colombiano", en *Diario Jurídico*, Bogotá, 1962, núms. 566-7-8. La cita de autor puede verse en el núm. 567, pág. 134. Este concepto puede verse

bién he resaltado cómo la determinación del concepto de anomalía síquica fue una "determinación por exclusión"¹⁶, en el sentido de que frente a una conducta en la que se sospechara alguna forma sicopatológica, se indagaba si se trataba de una intoxicación crónica; luego se examinaba si se trataba de un trastorno general y persistente, o sea de una enajenación; si no se trataba de ninguno de estos dos fenómenos pero el sujeto no había tenido la capacidad de comprender o de determinarse, se declaraba la grave anomalía síquica: esta era, pues, según nuestra doctrina y jurisprudencia, cualquier fenómeno que no siendo intoxicación crónica ni enajenación mental, llevara, sin embargo, al sujeto a la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o a la imposibilidad de determinarse de acuerdo con tal comprensión¹⁷.

en parte transcrito en la obra de BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal general*, Bogotá, Ed. Lerner, 1963, págs. 314 a 324; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, Medellín, Ed. Bedout, 1977, pág. 342; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal colombiano*, Parte general, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1964, pág. 347. El mismo autor, en la última edición de su obra, la misma Editorial, Bogotá, 1980, pág. 284; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 592; SERVIO TULIO RUIZ, *La estructura del delito en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 154; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, Parte general, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 24; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Edit. Salesiana, 1972, págs. 345 y 346. ANTONIO VICENTE ARENAS, *Compendio de derecho penal*, 2ª ed., Ed. Derecho Colombiano, Ltda. Bogotá, 1978, pág. 35. Si bien no cita directamente al autor argentino, si maneja el mismo concepto de trastorno general y persistente. Así mismo puede verse a algunos de nuestros siquiátras forenses: ROBERTO SERPA FLOREZ, *Manual de siquiatria forense*, Bogotá, Ed. Cooperativa Artes Gráficas, 1953, pág. 168; GUILLERMO URIBE CUALLA, *Medicina legal y siquiatria forense*, 9ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 884.

¹⁶ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, ob. cit., pág. 60.

¹⁷ Según PABLO A. LLINÁS, obraba dentro de una grave anomalía síquica quien obraba "sin lucidez en la conciencia ni rectitud en el discernimiento o por impetu involuntario o superior a su voluntad". *Revista de Medicina Legal de Colombia*, vol. XI, núms. 57 a 58, págs. 17 a 20. VICENTE LAVERDE APONTE exige que "haya una alteración tan intensa de las funciones mentales que anule o suprima la conciencia o la facultad volitiva". Hablaba como ponente de una providencia del Tribunal Superior de Bogotá. Véase, *Temas penales y de procedimiento penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1960, pág. 24. ESTRADA VÉLEZ en su *Manual*, afirmaba que tal concepto implicaría "una situación que coloque al individuo en incapacidad de entender y de querer". Medellín, Ed. Salesiana, 1972, pág. 343. Nótese cómo al dilucidar tal concepto se aludía a los efectos que se debían operar en la conciencia y/o en la voluntad para que la grave anomalía existiera, pero sin mencionar una verdadera entidad clínica. Correspondió a la jurisprudencia verificar los diversos fenómenos siquiátricos alegados en el proceso y comprobar, además, la incapacidad de comprensión o de determinación, y entonces sí, una vez determinados el fenómeno siquiátrico o psicológico y sus efectos, aceptar la existencia de la grave anomalía síquica. Así, pueden verse los supuestos de hecho, de algunas decisiones de la Corte ya citados: en la casación del 18 de octubre de 1968, en la parte motiva de la providencia se alude a una *embriaguez patológica*; en la sentencia de agosto 1° de 1972, se refiere la Corte a "un estado de grave anomalía síquica debido a una *siconeurosis* de constitución epileptoide"; en la casación de 9 de agosto de 1972, se dice que el sindicado estaba dentro de un estado de grave anomalía síquica, pues estaba en un "estado síquico caracterizado por las siguientes manifestaciones: fugacidad, confusión mental con pérdida momentánea de la conciencia, amnesia anterógrada"; en la casación de 17 de agosto de 1976, se alude a una "personalidad inmadura". Finalmente, en la casación de mayo 3 de 1979, se trataba de una "embriaguez patológica".

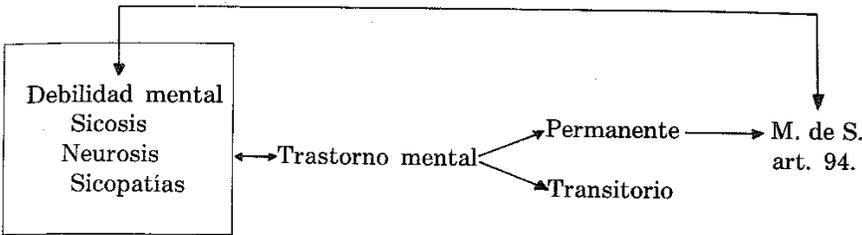
Establecida la enajenación mental como un trastorno general y persistente del sujeto que lo incapacitaba para comprender la ilicitud del hecho o para determinarse de acuerdo con tal comprensión, fácil era reducir la *debilidad mental* al concepto de enajenación. En efecto, según se ha visto, la debilidad mental implica una perturbación permanente, y fue así como en la práctica se ubicó la debilidad mental dentro de la enajenación, con la consecuencia de la aplicación del manicomio criminal como medida de seguridad. Así dijo el honorable Tribunal Superior de Medellín: "...Se produjo un nuevo dictamen por parte de los médicos legistas, en el cual se ratificó su «retardo mental» equiparable a la enajenación mental. Ello determina que la medida de seguridad —sanción específica para los inimputables o ubicados dentro del marco del artículo 29 del Código Penal— sea la reclusión en manicomio criminal, según lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal..."¹⁸.

Tal posición se explicaba por el hecho de que los diversos tratados de siquiatria siempre han señalado la debilidad mental como una de las especies de las entidades siquiátricas. Cuando se alude a las grandes entidades siquiátricas se menciona: la *debilidad mental*, la *sicosis*, la *neurosis* y las *sicopatías*. Así, puede verse en VALLEJO NÁJERA, EMILIO MIRA Y LÓPEZ, TH. SPOERRI, DI TULLIO¹⁹ y JAKOB WYRSCH²⁰.

III. LA CUESTIÓN REFERIDA AL CÓDIGO PENAL DE 1980

En relación con el nuevo Código Penal, si refiriéramos el término "trastorno mental" a la anterior clasificación, con lógica deberíamos concluir que la debilidad mental, cuando acarrea incapacidad de comprensión, es una de las formas que puede asumir el trastorno mental. Y como la debilidad mental es una situación permanente, la consecuencia sería la aplicación de la medida

de seguridad prevista en el art. 94, vale decir, "internación en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda", así:



Empero, comprender la debilidad mental dentro de la expresión "trastorno mental" (de carácter permanente), de acuerdo con el concepto siquiátrico, me parece inconveniente por las consecuencias prácticas que de ello se siguen. En efecto, los tratados de siquiatria aconsejan no suministrar idéntico tratamiento en las diversas patologías, y menos, por ejemplo, tratar de la misma forma a un sicótico que a un débil mental. Así, dice Th. SPOERRI, refiriéndose al tratamiento de tales pacientes: "según cuál sea el grado de debilidad mental y el tipo de comportamiento, puede ser necesaria una instrucción y asistencia en un lugar especial para débiles mentales, en el seno de una familia o una institución cerrada"²¹. En ningún momento se sugiere idéntico tratamiento para los afectados de debilidad mental que para los sicóticos, por ejemplo. No sobra recordar el estado calamitoso de la situación nacional en lo que a "establecimientos siquiátricos o clínicas adecuadas de carácter oficial" se refiere.

Por tal motivo, me parece que la debilidad mental debe ser comprendida dentro del término "inmadurez psicológica" a que alude el art. 31. En esta forma, las medidas aplicables serían las que contempla el art. 96, o sea "internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola", medidas más acordes con el estado referido. Y aunque a esta opinión se le podría objetar que tales establecimientos tampoco existen, a ello respondo que con esa clase de internación, de todas formas, se evitaría recluir a los débiles mentales en establecimiento siquiátrico, lo cual es la finalidad de la interpretación que defiendo.

¹⁸ Véase sentencia del 1° de febrero de 1980; ponente, Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, lo acompañaron en la decisión los doctores JOSÉ SAÚL GÓMEZ PIEDRAHITA y HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ. Proceso núm. 495, libro 3, folio 524 (procesado Pisa). La parte de la sentencia citada se encuentra en la pág. 421. El Tribunal confirmó en tal oportunidad, la sentencia del Dr. EDGAR ESCOBAR, Juez 9° Superior. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia no ha sido unánime en conceptuar la "debilidad mental" como enajenación, pues también he encontrado una casación que la consideró "grave anomalía síquica". Dijo la Corte:

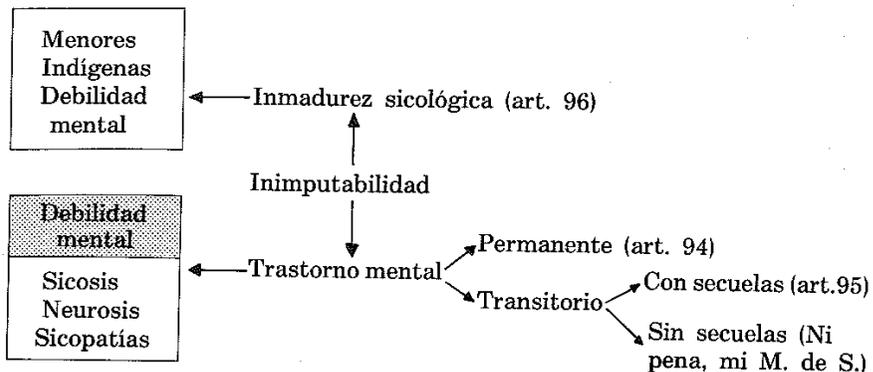
"En concepto de este Despacho, la debilidad mental puede considerarse como una *grave anomalía síquica*, desde luego que en el cuadro nosológico de las enfermedades mentales figura un grupo —el de los frenasténicos— (idiotas, cretinos, imbeciles y débiles mentales propiamente dichos) caracterizado por una marcada y persistente deficiencia del espíritu que coloca a esos sujetos en un plano de notable inferioridad anímica, debido a lo cual son víctimas de fáciles y feroces reacciones delictuosas". Casación de 13 de julio de 1943. "G. J.", t. LVI (2001-5), pág. 366.

¹⁹ Véase las obras de estos autores citadas.

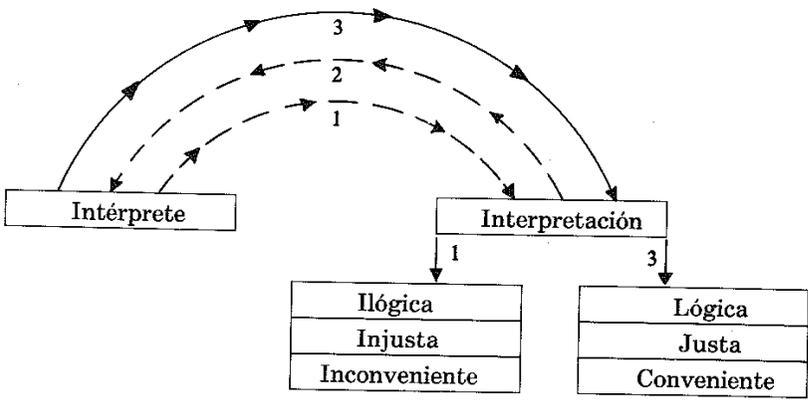
²⁰ JAKOB WYRSCH, *Psiquiatría forense*, Manual para juristas y médicos, Madrid, Edit. Espasa-Calpe, S.A., 1949.

²¹ TH. SPOERRI, *Compendio...*, cit., pág. 27; KURT KOLLE, *Psiquiatría*, Buenos Aires, Edit. Alhambra, S.A. 1964, págs. 164 y 165.

Así las cosas, el cuadro quedaría como sigue:



Se trata aquí de una interpretación teleológica. Al fin de cuentas la interpretación teleológica es, me atrevería a decir, una "interpretación por el absurdo". Con esto quiero significar que el intérprete, mentalmente, debe situarse de manera "vidente" como si ya tuviese frente a sí la interpretación que a él aparece como la correcta (sentido 1). Ahora bien; si la interpretación que a él le parece correcta conduce a consecuencias ilógicas, injustas o inconvenientes desde el punto de vista de la política criminal, debe retroceder (sentido 2), para proyectar otra interpretación más lógica, o más justa o más conveniente (sentido 3). El siguiente sería el esquema de un tal sistema de interpretación.



Es de anotarse, que los sentidos o proyecciones 1 y 2 ocurren en el campo del pensamiento, mientras que el sentido o proyección 3 ocurre en el campo de la realidad.

Incluir los retrasados mentales en el término "trastorno mental permanente" lleva a la conclusión *inconveniente* de someter al mismo tratamiento o llevar a un lugar de reclusión inadecuado a tales sujetos. En cambio, ubicándolos en el concepto de "inmadurez sicológica" se logran resultados más convenientes. De otra parte, ubicarlos como trastornados mentales permanentes implica la posibilidad de cometer la injusticia de condenarlos a cadena perpetua, pues bien sabemos que el sujeto, aunque pueda llegar a adquirir algunas habilidades, no regresará nunca a "normalidad síquica", que es lo que absurdamente exigen los arts. 94 y 95 para poderse levantar la medida del internamiento. Esto, si a algún juez le diera por aplicar la ley de manera exegética y no de manera sistemática como debe hacerlo²².

Por último, aunque no menos importante, es bueno anotar que en la nueva clasificación de las perturbaciones del siquismo, el retraso mental se presenta como una especie aparte de las denominadas *sicosis*²³.

²² El profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y yo mismo, hemos criticado la existencia de tal disposición. *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 96; *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 95 y ss.

²³ Me refiero en especial a la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.). Véase en la obra *Medicina Forense*, del Dr. CÉSAR AUGUSTO GIRALDO, Bogotá, Colección Pequeño Foro, págs. 310 y ss.

Foro histórico

EN TORNO A LA AMNISTÍA DE 1982*

NORMAS SOBRE AMNISTÍA Y RESTABLECIMIENTO Y PRESERVACIÓN DE LA PAZ

LEY 35 DE 1982
(noviembre 19)

Por la cual se decreta una amnistía y se dictan
normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Art. 1°.—Concédese amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de la presente ley.

Art. 2°.—Para los efectos de esta ley, entiéndese por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición o asonada, y los conexos con ellos por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos.

Art. 3°.—Los homicidios fuera de combate no quedarán amparados por la amnistía, si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.

* En el presente Foro Histórico publicamos la ley 35 de 1982, así como el texto de las "Instrucciones relacionadas con la aplicación de la Ley de Amnistía" de la Presidencia y las Instrucciones del señor procurador. Así mismo el texto de los decretos que implicaron medidas complementarias de la amnistía misma. En la misma forma, un pronunciamiento del Tribunal Superior de Medellín en que se aplicó la amnistía a un caso particular, pronunciamiento que fue apelado por el agente del ministerio público y el concepto de la procuraduría delegada ante la Corte Suprema de Justicia solicitando la revocatoria de la decisión del Tribunal Superior de Medellín. Finalmente, la providencia de la Corte Suprema de Justicia que decide que el auto interlocutorio que otorga o niega una amnistía no es apelable. Debe advertirse que la decisión de la Corte no se refiere a la providencia del Tribunal Superior de Medellín, pues, como se ve, conocía la corporación en esa oportunidad de un auto del Tribunal Superior de Cali. Sin embargo, con las mismas razones se decidió la apelación del auto del Tribunal Superior de Medellín.

A pesar de que en otros medios de publicidad se conocen ya los textos de las leyes y decretos, así como las decisiones jurisprudenciales, no vacilamos en publicarlas aquí, pues es conveniente para quien en el futuro investigue encontrar el material más o menos reunido. De otra parte, como conocemos que la Revista se utiliza bastante en las Facultades de Derecho como material de clase en los diferentes cursos de Derecho Penal General, Especial, Criminología y Derecho Procesal Penal, facilita la labor de profesores y estudiantes la publicación de todo el material reunido.

INSTRUCCIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA

Art. 4°.—Las autoridades que por cualquier motivo estén conociendo de procesos por delitos definidos en el artículo 2° de esta ley, los enviarán inmediatamente al respectivo Tribunal Superior, el que decretará la cesación de procedimiento por medio de auto interlocutorio.

Para la extinción de la pena de los condenados en sentencia ejecutoriada, las autoridades en cuyo poder se encuentren los expedientes, procederán a enviarlos al respectivo Tribunal Superior, el cual la decretará mediante auto interlocutorio y ordenará poner en libertad inmediata al beneficiado.

La providencia que conceda la amnistía se comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 705 del Código de Procedimiento Penal.

Los procesos por delitos excluidos de la amnistía continuarán su curso normal.

Art. 5°.—Los beneficiados por esta ley a quienes no se hubiere iniciado proceso o que se encuentren en libertad por cualquier motivo, no podrán ser llamados, requeridos, ni investigados por ninguna autoridad.

Art. 6°.—Quedan a salvo las indemnizaciones de perjuicios causados a particulares por razón de los hechos objeto de la presente amnistía.

El Estado no asume ninguna responsabilidad al respecto.

Art. 7°.—El artículo 202 del Código Penal quedará así: "*Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre a cualquier título o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años*".

Art. 8°.—Autorízase al gobierno para hacer las asignaciones, traslados presupuestales necesarios y contratar empréstitos internos y externos para organizar y llevar a cabo programas de rehabilitación, dotación de tierras, vivienda rural, crédito, educación, salud y creación de empleos, en beneficio de quienes por virtud de la amnistía que esta ley otorga, se incorporen a la vida pacífica, bajo el amparo de las instituciones, así como de todas las gentes de las regiones sometidas al enfrentamiento armado.

Así mismo, para asegurar la organización, dotación, medios y elementos de las fuerzas armadas para llevar a cabo los programas de acción cívico militar.

Art. 9°.—Para los efectos de la presente ley y con el fin de habilitar a la Policía Nacional para cumplir eficazmente con las funciones que le competen, especialmente en aquellas zonas ahora afectadas por la subversión, revístese de facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de un (1) año para reorganizar la Policía Nacional, dotarla y equiparla de los medios necesarios para garantizar la seguridad de todas las personas residentes en Colombia.

Art. 10.—Esta ley regirá desde la fecha de su promulgación.

Dada en Bogotá, D.E., a los 16 días del mes de noviembre de 1982.

Diario Oficial núm. 36133 bis, 20 de noviembre de 1982.

Las personas que se acojan al beneficio de la amnistía podrán presentarse a las autoridades civiles o militares de la región en que actúan. La autoridad respectiva levantará un acta en que conste el nombre, identidad del grupo al cual pertenece quien se presenta, región en que actuaba y seudónimo que utilizaba. El acta será firmada por la autoridad y el beneficiado y remitida a la Presidencia de la República. De la misma se dará copia al beneficiado.

Esta circular fue enviada a los gobernadores, alcaldes, inspectores de policía, comandantes de brigada, de comando operativo, de batallón y comandantes de base.

DIRECTIVA:

En cuanto a la directiva presidencial sobre la aplicación de la amnistía, su texto es el siguiente.

Directiva que el presidente de la República, el ministro de Justicia y el procurador general de la Nación, enviarán al país, en especial a las autoridades, con el objeto de explicar el significado y alcance de la ley de amnistía que ha entrado en vigencia a partir del 20 de noviembre de 1982, fecha de su publicación en el *Diario Oficial*.

1. *A quiénes cobija la amnistía*

La ley de amnistía cobija a todos los autores, cómplices o encubridores de los delitos de rebelión, sedición y asonada cometidos antes del 20 de noviembre de 1982.

2. *También los delitos conexos*

También cobija la amnistía a los delitos conexos con los de rebelión, sedición y asonada, si tales delitos conexos han sido cometidos para facilitar los de rebelión, sedición y asonada, procurarlos, consumarlos u ocultarlos. Es conveniente aclarar que tales delitos conexos, están amparados por la amnistía si se cometieron antes del 20 de noviembre de 1982.

3. *Fecha antes del 20 de noviembre de 1982*

Es importante destacar que la intención de la ley es amnistiar los delitos políticos, entendiendo por tales los de rebelión, sedición y asonada y los conexos con estos, si se cometieron antes del 20 de noviembre de 1982.

4. *Quiénes quedan excluidos*

Expresamente quedan excluidos de la amnistía, los delitos de homicidio cometidos fuera de combate, si han implicado sevicia, o si la víctima ha sido colocada en situación de indefensión o de inferioridad, o si ha habido aprovechamiento de dicha situación de indefensión o inferioridad.

5. *A dónde no llega la amnistía*

Los actos de rebelión, sedición o asonada que tengan ocurrencia o se sigan cometiendo a partir del 20 de noviembre de 1982, lo mismo que hechos conexos con ellos, como el secuestro, caerán bajo el imperio de las leyes vigentes como actos punibles, ya que todas las leyes penales permanecen en plena vigencia.

6. *Porte de armas*

La importación, fabricación, reparación, almacenamiento, conservación, adquisición y suministro de armas a cualquier título o de municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía a partir del 20 de noviembre de 1982, tienen pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años.

7. *Envío a los tribunales*

Todas las autoridades que tengan procesos por delitos de rebelión, sedición o asonada y conexos con ellos (cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos), deberán enviar tales procesos a los respectivos tribunales superiores inmediatamente, para que dichos tribunales den su opinión de si es aplicable la amnistía en cada caso.

8. *Libertad a los detenidos*

Los tribunales superiores ordenarán, mediante auto interlocutorio, la cesación de procedimiento y la libertad de los detenidos, si los hubiere, en todos aquellos casos en que el proceso se refiera a rebelión, sedición o asonada, o delitos conexos con ellos (cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos).

En los casos en que haya sentencia condenatoria, se ordenará por auto interlocutorio, la extinción de la pena, y si el beneficiado estuviere preso, se ordenará su libertad.

Se negará la cesación de procedimiento, para los casos de homicidio cometido fuera de combate en las circunstancias determinadas en el punto 4 de esta directiva.

En caso de que la sindicación o la condena sean solamente por delito o delitos conexos con la rebelión, sedición o asonada (por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos), siendo como son políticos y estando probado que tienen esa conexión, se producirá también la cesación de todo procedimiento y la extinción de la pena.

9. *Cuándo no se inicia proceso*

No se puede iniciar proceso por rebelión, sedición o asonada o delito conexo con los anteriores, en los términos del numeral 2 de esta directiva, ni capturar

al que haya sido condenado por tales delitos, ni al que se encuentre simplemente procesado, siempre que tales delitos se hubieren cometido antes del 20 de noviembre de 1982.

10. *Cuándo se mantiene la condena*

Se mantendrá la condena y se seguirá el proceso, o se iniciará, si el delito está excluido de la amnistía, como es el caso de los homicidios fuera de combate cometidos con sevicia, inferioridad o indefensión de la víctima; las providencias que se dicten en este respecto, así lo determinarán.

11. *Espíritu de la ley*

El espíritu de la ley de amnistía es la paz, su recuperación, su afianzamiento, es la reconciliación entre todos los colombianos. Y es, en gran manera, la garantía de la justicia social, del respeto a la dignidad humana, de la seguridad de los colombianos. La aplicación de la ley debe mantener tales valores.

Belisario Betancur, Bernardo Gaitán Mahecha, Carlos Jiménez Gómez.

INSTRUCCIONES DEL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

(Para los fiscales en relación con el procedimiento aplicable en los casos de amnistía):

Señor Fiscal:

Es propósito de la Procuraduría General de la Nación que los señores fiscales de los tribunales superiores intervengan en forma activa para que estas corporaciones den estricto cumplimiento a la ley de amnistía...

Respecto de la aplicación del art. 4° de la ley 35 de 1982 me permito llamar la atención del señor fiscal sobre estos aspectos:

a) El trámite previsto no es el del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, pues se negó expresamente en los debates realizados en el Congreso Nacional.

En la ponencia para segundo debate presentada por el honorable senador Germán Bula Hoyos se dice:

"Finalmente, la subcomisión consideró que el trámite establecido en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal resulta muy engorroso, que implica el concepto previo del ministerio público, hace obligatoria la consulta de las providencias que se dicten en uno u otro sentido, razón por la cual, después de haberse pensando en el reenvío de los expedientes una vez dictadas las providencias por los tribunales superiores se optó por la fórmula establecida en el art. 705 del Código de Procedimiento Penal...

"Es que, como bien lo describió la subcomisión, si bien todos tenemos interés en que esta ley se aplique con seguridad y con seriedad, también resulta de mucha importancia la celeridad en el proceso..." (*Anales del Congreso*, núm. 67, 21 de octubre de 1982, pág. 804).

Y en la ponencia para segundo debate presentada por el honorable representante a la Cámara, Carlos Mauro Hoyos Jiménez, se reafirmó esta tesis así:

"El procedimiento por medio de auto interlocutorio distinto al trámite del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, hace más rápida la aplicación de la amnistía..." (*Anales del Congreso*, núm. 67, 2 de noviembre de 1982, pág. 904).

En consecuencia, se trata de un auto interlocutorio que dictan las salas de decisión de los tribunales superiores sin concepto previo del ministerio público.

b) El auto interlocutorio que concede o niega la amnistía está sujeto a los recursos ordinarios, conforme a las normas del Código de Procedimiento

Penal, y podrán proponerlo el ministerio público y las demás partes en el proceso.

El honorable senador Bula Hoyos se expresó así sobre este tema, en su ponencia ya citada:

"Pero existen otras consideraciones que juzgo de mucha importancia para que se otorguen a los tribunales superiores las funciones ya comentadas. Son consideraciones de fondo a mi modo de ver, pues tienen que ver con la futura jurisprudencia nacional, sobre el derecho nuevo que se crea por esta ley.

"Me refiero, honorables senadores, a la posibilidad de recurrir ante la honorable Corte Suprema de Justicia las providencias dictadas por los tribunales superiores, con lo cual, como ya lo dije, se formará en Colombia una jurisprudencia importante, que garantice para el Estado colombiano y en un futuro y para las mismas fuerzas de la rebelión la seriedad, la honestidad de unas determinaciones que tanto tienen que ver con el sosiego nacional.

"Revisadas esas providencias por la honorable Corte, después de que han sido proferidas por los tribunales superiores, por los tres magistrados que integran la Sala de Decisión Penal el margen de acierto es mayor".

El honorable representante Hoyos Jiménez se expresó de esta manera en su ponencia:

"El artículo cuarto se refiere al procedimiento. Es conducente reparar la calidad de la autoridad que aplicará la ley: los tribunales superiores, y fue unánime la aceptación de la subcomisión de la fórmula para que ellos se encargaran del estudio de los distintos procesos, que es garantía para los implicados, por la jerarquía del fallador. El mismo recurso ante la Corte Suprema de Justicia es otra garantía y servirá además para que se unifique la jurisprudencia en este arduo tema de los delitos políticos que tanta controversia suscitan".

Atentamente solicito al señor fiscal avisar recibo de esta comunicación y mantener informado a este despacho sobre la aplicación de la ley de amnistía en los asuntos en que intervenga como representante del ministerio público.

Carlos Jiménez Gómez.

PROGRAMA ESPECIAL DE MICROEMPRESAS
DE REHABILITACIÓN

DECRETO 3286 DE 1982
(noviembre 20)

Por el cual se crea el Programa Especial de Microempresas de Rehabilitación
y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial de las que le otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 8° de la ley 35 de 1982,

DECRETA:

Art. 1°.—Créase el Programa Especial de Microempresas de Rehabilitación para los beneficiarios de la amnistía concedida por la ley 35 de 1982 y para los habitantes de las regiones que hayan estado sometidas a enfrentamiento armado, con el propósito de ofrecerles una solución integral de vivienda y empleo.

Art. 2°.—Para los efectos del presente decreto, entiéndese por “Microempresas de Rehabilitación” aquellas unidades económicas creadas para desarrollar cualquiera de las actividades que más adelante se señalan, establecidas por iniciativa de las personas a que alude el artículo anterior y que cumplan los siguientes requisitos;

1. Que el manejo administrativo esté radicado en una o dos personas naturales.
2. Que sus ventas mensuales no excedan de 60 salarios mínimos.
3. Que el patrimonio de su propietario no exceda de 200 salarios mínimos.
4. Que ocupe hasta 15 empleados permanentes.

Art. 3°.—Tendrán acceso al Programa Especial de Microempresas de Rehabilitación todas las personas mayores de 18 años beneficiarios de la amnistía concedida por la ley 35 de 1982, en los términos estipulados en la misma y los habitantes de las zonas afectadas por acciones subversivas o enfrentamiento armado que señale el gobierno nacional.

Art. 4°.—Las actividades que realicen las microempresas de rehabilitación podrán ser de carácter industrial, agroindustrial, artesanal, comercial o de servicios.

Art. 5°.—El gobierno nacional ofrecerá a los propietarios de las microempresas de rehabilitación que se establezcan o amplíen, dentro del programa previsto por este decreto, el apoyo necesario en materia de capacitación, asistencia técnica (administrativa y de proceso), crédito y comercialización, para garantizar el adecuado funcionamiento de las mismas.

Art. 6°.—La capacitación y la asistencia técnica que requiera el Programa de Microempresas de Rehabilitación serán prestadas por el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— y por las demás entidades que señale el gobierno nacional, así como por las personas o entidades de carácter privado que quieran contratar o colaborar con el gobierno, en el proceso de su preparación y ejecución.

Art. 7°.—Para los efectos de financiación de las actividades industriales, agroindustriales, artesanales, comerciales o de servicios de las microempresas previstas por el presente decreto, sin perjuicio de los demás recursos que el Estado asigne para este programa, el Instituto de Fomento Industrial —IFI— y el Fondo de Promoción de Exportaciones —PROEXPO—, dentro de sus respectivas disponibilidades presupuestales y de conformidad con las normas legales que los rigen, destinarán prioritariamente los recursos que señalen sus correspondientes juntas directivas para descontar los préstamos que se otorguen con tal fin a través de la Corporación Financiera Popular o de otras entidades que autorice el gobierno nacional.

Art. 8°.—Los préstamos a que se refiere el artículo anterior podrán ser respaldados con garantías personales o reales, o con las que otorgue el Fondo Nacional de Garantías de acuerdo con la reglamentación especial que al efecto apruebe su Junta Directiva.

Art. 9°.—Los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, así como las entidades descentralizadas del orden nacional, departamental o municipal dentro de los lineamientos que al efecto determine el gobierno nacional, diseñarán en sus respectivas áreas de competencia, mecanismos adecuados de distribución que permitan una efectiva comercialización de los bienes y productos elaborados en las microempresas de rehabilitación.

Art. 10.—La Corporación Financiera del Transporte, con prelación a los demás programas que desarrolle, otorgará préstamos con los plazos e intereses preferenciales que determine su Junta Directiva para financiar la adquisición de taxis urbanos, rurales o fluviales, por parte de los beneficiarios de la ley 35 de 1982 y los habitantes de las regiones afectadas por acciones subversivas o enfrentamiento armado.

Art. 11.—El Instituto de Crédito Territorial y el Banco Central Hipotecario financiarán con carácter prioritario, sin perjuicio de los demás programas de vivienda que adelantan, la construcción de unidades habitacionales especiales cuyas características permitan su utilización simultánea para vivienda familiar y para el establecimiento de microempresas en los términos de este decreto.

Art. 12.—Para el logro de los objetivos señalados en el artículo 8° de la ley 35 de 1982 y en el presente decreto, los distintos programas contemplados en ellos serán cumplidos por los organismos públicos competentes con la cooperación de las empresas del sector privado que contraten con el gobierno o decidan prestarle su concurso, en especial si adelantan planes o proyectos de microempresas.

Art. 13.—El gobierno nacional, en cumplimiento del artículo 8° de la ley 35 de 1982, hará las asignaciones y traslados presupuestales y contratará los empréstitos internos y externos indispensables para el debido cumplimiento de este decreto, con arreglo a las normas legales pertinentes.

Art. 14.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación. Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 20 de noviembre de 1982.

Diario Oficial núm. 36133 bis. noviembre 20 de 1982.

PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN
PARA BENEFICIARIOS DE LA AMNISTÍA
Y DEMÁS HABITANTES DE ZONAS
SOMETIDAS A ENFRENTAMIENTO ARMADO
O A ACCIONES SUBVERSIVAS

DECRETO 3287 DE 1982
(noviembre 20)

Por el cual se organizan diferentes programas de rehabilitación para los beneficiarios de la amnistía y demás habitantes de las zonas que hayan estado sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas.

El Presidente de la República de Colombia,
en uso de sus atribuciones constitucionales y en desarrollo del artículo 8° de la ley 35 de 1982,

DECRETA:

Art. 1°.—El sector público agropecuario, bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Agricultura, a través de sus diferentes entidades adscritas o vinculadas, desarrollará en favor de los beneficiarios de la amnistía y de los habitantes de las regiones que hayan estado sometidas a acciones subversivas o a enfrentamiento armado, de que trata el artículo 8° de la ley 35 de 1982, programas de crédito, vivienda rural, dotación de tierras, mercadeo, asistencia técnica agropecuaria, reforestación y desarrollo integral.

Art. 2°.—Autorízase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, otorgar a las personas de que trata el artículo anterior, crédito con destino a la construcción o reparación de vivienda rural, compra de tierras o legalización de predios baldíos y cultivos de pancoger.

Los intereses para los préstamos serán los más bajos que la Caja Agraria ofrece a los campesinos de menores ingresos y los plazos y condiciones de pago los más largos y adecuados que se otorguen para los créditos de fomento.

Párrafo.—Los deudores de la Caja dentro del presente programa podrán respaldar sus obligaciones con garantías personales o reales o con las que al efecto otorgue el Fondo Nacional de Garantías en cumplimiento de sus propias reglamentaciones.

Art. 3°.—Facúltase al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para proceder a la dotación de tierras en favor de las personas a que se refiere el presente decreto, mediante la ejecución de programas de parcelación en unidades agrícolas familiares o empresas comunitarias.

Igualmente el Incora adelantará gratuitamente todas las acciones de titulación de baldíos en las regiones que han estado sometidas a enfrentamientos armados, o acciones subversivas, para lo cual organizará y dispondrá las comisiones de titulación que fueren necesarias.

Art. 4°.—El Instituto de Mercadeo Agropecuario dispondrá lo necesario para situar en las regiones a que se refiere el artículo 1° de este decreto, despensas de mayoristas y puestos de compras, de manera que se facilite a sus habitantes la distribución de bienes de consumo y el mercadeo de la producción agropecuaria de tales regiones.

Art. 5°.—A través del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, y del Inderena, se ofrecerán de inmediato a las personas de que trata el artículo primero de este decreto los servicios de asistencia técnica y transferencia de tecnología agropecuaria y forestal.

El Inderena además apoyará las labores de repoblación forestal y desarrollo piscícola, mediante la realización en las diferentes regiones, de viveros, particularmente de especies nativas, y la construcción de estanques.

El HIMAT, con prelación a los demás programas que desarrolla, adelantará las labores de adecuación de los distritos de Lebrija en Santander y Sibundoy en el Putumayo. Igualmente adelantará las gestiones pertinentes para la construcción de los distritos sobre el río San Bartolomé en Antioquia y Guamuez en Putumayo.

Art. 6°.—El gobierno nacional tomará las medidas conducentes para dotar a los fondos ganaderos de recursos que les faciliten el otorgamiento de créditos en especie a las personas de que trata el artículo primero de este decreto.

Art. 7°.—El gobierno nacional hará las asignaciones y traslados presupuestales y contratará los empréstitos internos o externos que se requieran para lograr los recursos que el desarrollo de los programas previstos anteriormente requiera.

Art. 8°.—El presente decreto rige desde la fecha de su promulgación. Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 20 de noviembre de 1982.

PROGRAMAS DE REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ORDEN EDUCATIVO

DECRETO 3288 DE 1982
(noviembre 20)

Por el cual se establecen programas de rehabilitación social en el orden educativo y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia,
en uso de sus atribuciones, en especial de las que le confiere el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 8° de la ley 35 de 1982,

DECRETA:

Art. 1°.—El Ministerio de Educación Nacional ejecutará a través de los organismos educativos oficiales y en coordinación con los organismos internacionales y nacionales y con todas las entidades que puedan ofrecerle servicios, los programas necesarios de rehabilitación social en el orden educativo de todas aquellas personas afectadas por la lucha armada o por acciones subversivas en las zonas en donde estas se presentaron.

Art. 2°.—El Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con el ICFES, establecerá un sistema especial de validación de cursos y obtención de títulos hasta el nivel medio vocacional, que se aplique no solo a quienes se beneficien de la amnistía, sino a los habitantes de las regiones que hayan estado afectadas por enfrentamiento armado o acciones subversivas, y a quienes por la situación de orden público a que se vieron sometidos, no pudieron culminar sus estudios u obtener sus títulos.

Art. 3°.—El Ministerio de Educación Nacional, con el apoyo de las entidades administrativas, procederá a organizar y poner en marcha en las zonas afectadas en la forma indicada en los artículos anteriores, el proceso de nuclearización a través del programa del Mapa Educativo, disponiendo para ello los recursos humanos, técnicos y financieros que sean necesarios de acuerdo con los estudios realizados para dicho programa.

Art. 4°.—El Ministerio de Educación Nacional y los organismos educativos oficiales, establecerán un sistema de cupos y becas que faciliten el ingreso a cualquier nivel educativo, de los beneficiarios de la amnistía, de sus conyu-

ges, compañeras e hijos y de los demás habitantes de las zonas afectadas por enfrentamiento armado o acciones subversivas.

Art. 5°.—El Ministerio de Educación Nacional llegará a cabo a través del ICCE la reconstrucción y remodelación de los establecimientos educativos en las regiones que hayan estado afectadas por enfrentamiento armado o acciones subversivas y reubicará personal docente para que preste sus servicios en esas zonas.

Art. 6°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación. Comuníquese, publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 20 de noviembre de 1982,

Diario Oficial núm. 36133 bis, noviembre 20 de 1982.

Tribunal Superior de Medellín

LA ASONADA COMO DELITO POLÍTICO
PURO. CONEXIDAD CON EL HOMICIDIO,
EL INCENDIO Y EL TERRORISMO

Magistrado ponente, Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Diciembre 3 de 1982.

VISTOS:

Este proceso llegó al Tribunal por apelación de la sentencia de 10 de febrero de 1982, por medio de la cual, atendiendo las respuestas dadas a los cuestionarios en el consejo de guerra verbal, el Comando de la Cuarta Brigada condenó a los estudiantes sindicados Fernando Nicolás Montes Zuluaga y Juan Guillermo Benjumea Garro a la pena de 24 años de prisión para cada uno, como infractores del decreto 1923 de 1978, art. 5°. En la misma providencia, y en atención a las pertinentes disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, se dio aplicación al art. 163 del C. de P. P. con relación a los otros dieciocho sindicados del proceso, resolución sometida a consulta. En el trámite de la instancia se presentaron alegaciones de absolución, anulación o contraevidencia de los veredictos por parte de los señores defensores, ratificadas por el señor Fiscal Segundo del Tribunal, quien demanda también la aplicación del citado art. 163 para los dos condenados.

La Sala, sin embargo, no acometerá el estudio del proceso y la evacuación de las apelaciones y consultas formuladas, pues encuentra que debe primero estudiar, como juez *a quo*, la posibilidad de dar en este caso aplicación a la ley 35 de 1982, que decretó amnistía general e incondicional para todos los delitos políticos propios e impropios cometidos con antelación al 20 de noviembre de 1982, fecha de su entrada en vigencia, con la única excepción de los delitos de homicidio cometidos fuera de combate y, a la vez, con sevicia, o colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de estas condiciones. Debe entonces decidirse, en orden a ello, si se configura en el presente caso algún delito político y cuál, y, seguidamente, si el incendio, el homicidio y los actos terroristas que se imputaron unitariamente bajo la figura compleja del art. 5° del Estatuto de Seguridad, son o no delitos conexos amnistiados.

Hasta el momento, se ha asumido en el plenario el siguiente relato de los hechos:

“Los consignó el juzgado 108 de Instrucción Penal Militar, en interlocutorio de fecha octubre 28 de 1981, cuando al resolver la situación jurídica de los inculcados dijo:

«Según referencias procesales obrantes en la sumaria, el día miércoles catorce de octubre de mil novecientos ochenta y uno, a las 11:00 de la mañana, transitaba por la calle 67 (Barranquilla) entre carreras 53 (Avenida del Ferrocarril), y la carrera 56 por la calzada norte en sentido oriente-occidente, una camioneta marca Ford F-100 modelo 1978, de placas oficiales OU-3510, conducida por Celedonio de Jesús Giraldo, llevando como pasajeros a sor Carmen Cañaverall López y el sacerdote Luis Ovidio Cañaverall Velásquez, cuando de repente apareció en frente de la entrada de la Universidad de Antioquia un grupo de jóvenes en su mayoría con el rostro cubierto, lanzando varias bombas incendiarias al interior del automotor y tratando de forzar las puertas para que no salieran sus ocupantes; el conductor Giraldo y el sacerdote Cañaverall Velásquez lograron salir por la puerta izquierda delantera; no así la monja Carmen Cañaverall López, que viajaba en la segunda banca, pereciendo, por la acción de las llamas producidas por el estallido de las bombas molotov. A medida que el vehículo se consumía por el fuego, grupos de personas jóvenes lanzaban piedras contra el automotor rompiéndole el vidrio del parabrisas. Es de anotar que aproximadamente a cien metros de la portería de la Universidad de Antioquia, por la calle 67, con dirección al puente de Barranquilla, se encontraba una patrulla del ejército en un dispositivo de seguridad desde las cuatro de la mañana del día en referencia».

“En síntesis, los anteriores fueron los hechos que generaron la dinámica procesal en el evento *sub examine*.

“El señor teniente coronel Hernán Torres Barrera, comandante del Batallón de Infantería núm. 10 “Girardot”, a través de informe fechado el 14 de octubre de 1981, da cuenta de los hechos materia de la presente investigación, dejando a la vez a disposición del Comando de la Cuarta Brigada a las personas capturadas en el lugar de los insucesos presuntamente vinculadas con los mismos, siendo un total de dieciséis personas las aprehendidas. El informe en referencia fue debidamente ratificado por el señor oficial que lo suscribe bajo la promesa de honor militar” (folios 698-99).

Sin embargo, no son esos todos los hechos, sino tan solo una parte de ellos. En realidad, el incendio y el homicidio con explosivos se cometieron en medio de un atentado sociopolítico revestido, como es de usanza en las operaciones estudiantiles de este tipo, de cierto cariz utópico y anarquista. Tales hechos se gestaron cuando algunos estudiantes extremistas de la Universidad de Antioquia decidieron celebrar un mitin para exigir de las autoridades nacionales la salida del país del vicepresidente de los Estados Unidos de Norteamérica, señor George Bush, quien a la sazón visitaba Colombia. La Universidad se encontraba ciertamente en calma, pero con la visita de dicho funcionario

de la política norteamericana coincidía, por esos días, el anuncio o la celebración de paro cívico de trasportes, razón por la cual una patrulla del ejército nacional fue destacada, desde tempranas horas de la madrugada, al sector de dicha Universidad y de Trasportes Botero Soto. El mitin (folios 37 fte., 92 vto., 785 fte. y otros) se desarrolló pacíficamente mientras estuvo en el interior de los claustros o predios universitarios, pero degeneró en motín (fls. 27 vto., 28 vto., 106 fte. y otros) al salir a la vía pública (calle Barranquilla) e interrumpir el tránsito de automotores para quemar el muñeco representativo del citado vicepresidente.

La indicada patrulla del ejército se encontraba en esos instantes sobre el llamado “puente Barranquilla” a 20 metros de la puerta por la que los manifestantes egresaron. Como elementos antagónicos, fue cuestión de verse (estudiantes y ejército) para que comenzara entre ellos una batalla en la que los estudiantes lanzaban piedras, injurias y bombas “molotov” y los militares disparaban “al aire” (a pesar de lo cual un niño fue herido en un brazo) y procedían luego a capturar a los antagonistas que pudieran y que a su criterio habían participado en los desórdenes. Celedonio Giraldo, conductor del vehículo incendiado —curiosamente, el único vehículo que en ese momento transitaba por el lugar con placas oficiales—, dice que de un momento a otro el tráfico fue obstruido por estudiantes encapuchados que colocaron sobre la vía pública el muñeco reseñado y hablaban con los conductores —fls. 806 fte.— (al parecer para exigirles “peaje”, según algún observador externo). Pero prácticamente al mismo tiempo lanzaron contra su camioneta varias bombas explosivas o incendiarias, mientras “estaban unos estudiantes... lanzándole piedras al ejército, que fueron los que no dejaron que se acercaran para apagar el carro” (fls. 807 fte.). Este mismo testigo oyó que los revoltosos gritaban vivas al M-19 (fls. 7 fte.).

Otras consignas de carácter rebelde o subversivo fueron escuchadas en tales momentos, y entre ellas:

“Abajo los títeres y muñecos del gobierno, perros desgraciados, asesinos hijueputas, abajo los opresores del pueblo” (Tte. Álvaro Gil Rodríguez, fls. 16 fte.).

“Exigimos la salida de Colombia del imperialista George Bush...”, fue lo que escuchó el civil Luis Eduardo Villegas (fls. 487 vto.).

“Arenegaban y exclamaban contra la fuerza pública”, relata el profesor Javier Vallejo (fls. 525 vto.).

Que hubo pedrea lo declaran todos los circunstantes, comenzando por los militares que tomaron parte en los hechos y terminando por el testigo Luis Eduardo Villegas (fls. 488 fte.). El agente de tránsito Mario Joselín Hueras, quien llegó al escenario de los acontecimientos pocos minutos después de comenzados, vio que “un grupo de personas se dedicaba a tirar piedra a los uniformados que se encontraban tratando de arreglar el orden...” (fls. 554 vto.), en lo que coincide precisamente con el ya citado conductor Giraldo (fls. 807 fte.). Pero tal vez sea el testimonio del mayor Marco Fidel Londoño,

al mando de la patrulla que controlaba el sector, el que contiene un relato más completo del conjunto de los hechos y su contextual origen:

“Siendo las cero tres de la mañana del día catorce de octubre del año en curso, se tomó el dispositivo de acuerdo a lo ordenado por el Comando de la Brigada, que correspondía a la jurisdicción de la Universidad de Antioquia; me encontraba a las once y treinta aproximadamente a orillas de la avenida Barranquilla, o calle, diagonal a la entrada de la misma; me correspondía controlar los soldados que quedaban hacia dicha calzada; fue cuando a las once y veinte u once y cuarto, me llamó la atención que en la puerta de la Universidad comenzaron a reunirse demasiados estudiantes para lo que pensé que era que iban a salir de estudiar; manifiesto que el tránsito se encontraba en ese momento normalmente, hasta que de un momento a otro salieron de cuatro a cinco individuos encapuchados, tapados la cara, con unos portaban un muñeco o un elemento grande, al parecer de trapo, cuya configuración era una camisa verde, un pantalón oscuro, del muñeco, por el lado izquierdo de la camioneta, corrijo por el lado izquierdo subiendo hacia el oriente, se aproximó un individuo de estatura mediana, delgado, vestía un buzo o camisa blanca a rayas, bluyín azul, el cual le lanzó unos objetos adentro de la camioneta, la fisonomía de los demás elementos no logré captarla por la rapidez como sucedieron los hechos, dichos sujetos una vez cometido ese hecho se arrimaron a la portería de la Universidad, no penetrando a ella donde se unieron a otros estudiantes, con el fin de retener la acción de la tropa, que se encontraba bajo el mando de nosotros, una vez hecho esto, nosotros tratamos de avanzar con el personal para permitir el libre tránsito del vehículo, pero unos veinticinco a treinta estudiantes que se encontraban en la calle, nos impidieron el paso, lanzándonos piedras, hago recabar que dentro de estos mismos elementos se encontraba el dicho sujeto de la camisa a rayas, como también el de la camisa verde, dentro de estos elementos, que nos lanzaron piedra, logré reconocer, o detallar, a un individuo de camisa blanca, manga larga, de jean azul, como también a un sujeto de camisa roja, manga larga, con jean azul; estos dado que nos permitieron observarlos ya que nos acercamos bastante, en vista del asedio de la piedra que tiraban dichos elementos, y aprovechando el apoyo de una patrulla del Batallón Girardot, decidimos rápidamente disolver dicha manifestación y fue como así los estudiantes, que estaban en la parte interna también empezaron a lanzarnos piedra, para lo que fue preciso entrar en acción directamente...”

Es también el ya indicado agente de tránsito quien señala, como verdad de a puño del proceso, que “nadie creía que en el vehículo que ardía había una persona” (fls. 554 vto.), pues de esto no se dieron cuenta siquiera los compañeros de la monja incinerada, o sean el conductor Giraldo y el presbítero Luis Ovidio Cañaverall López (fls. 805 fte. y 2 vto.).

Se ve, pues, con diáfana claridad, el carácter sociopolítico del acontecimiento total: no porque se trate de hechos ejecutados por un movimiento armado, o de un grupo de rebeldes o sediciosos, sino porque se ejecutaron en el curso

de una típica asonada, es decir, de una manifestación tumultuaria y violenta cuya finalidad era perturbar el orden público, alterar la paz social y requerir de las autoridades nacionales la salida del país del entonces vicepresidente de los Estados Unidos. Esas finalidades generales se concretaron en violenta oposición verbal y fáctica a una patrulla del ejército, a la que le impidieron —lo mismo que a los bomberos— acercarse al vehículo incendiado e imponer el orden. Se puede entonces asumir, según las enunciadas reseñas probatorias, que el incendio del vehículo se produjo, dentro de aquellos fines, como un medio para la perturbación del orden social y una directa provocación de enfrentamiento a la patrulla militar, apareciendo por tanto la asonada como delito-fin. La incineración de la religiosa fue sin duda una consecuencia material del incendio del vehículo, pero en modo alguno un hecho buscado o procurado por los revoltosos, para quienes a lo sumo podría esa muerte tomarse como culposa o imprudente. Siendo esto así, no se trata de un homicidio exceptuado de la amnistía legal, pues ni la sevicia ni la alevosía son compatibles con la incriminación a título de culpa.

Sea lo primero observar, desde el punto de vista jurídico, que se dan en el caso todos los elementos del tipo de asonada, tal como lo contempla el art. 128 del C. P. Cabe igualmente destacar que expresamente el Código incluye la asonada como *delito contra el régimen constitucional*, en lo que siguió la tradición colombiana que en el Código de 1936 cristalizaba contemplándola como uno de los “delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado”. Esto no sucede en otras legislaciones, en las que la asonada o motín es configurada, a veces, con los nombres de desacato o resistencia a la autoridad, como delito contra la administración pública y por ende fuera del ámbito de la delincuencia politicosocial propiamente dicha. A tono con esa tradición, la ley 35 de 1982 expresamente menciona la rebelión, la sedición y la asonada como delitos políticos puros u objetivos, a los que deben ser conexos los delitos comunes para que queden comprendidos por la amnistía. Con toda propiedad escribía, comentando el art. 144 del Código derogado, el profesor LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ: “De esta disposición se deduce que la asonada no constituye un atentado directo contra el sistema constitucional vigente ni contra el gobierno nacional, como sucede con la rebelión; tampoco se caracteriza por el desconocimiento de sentencias, leyes, decretos o providencias de índole obligatoria, como ocurre con la sedición; ni es por su esencia un alzamiento en armas para conseguir los objetivos propuestos, requisito que es esencial en las infracciones antes mencionadas. El hecho no es otra cosa que una reunión tumultuaria, de carácter ocasional y transitorio, que en la mayoría de los casos tiene origen individual, carente de organización previa, dada su índole imprevista y momentánea” (*Derecho penal especial*, pág. 65). Y a los mismos tres delitos mencionados (rebelión, sedición y asonada) aludía el profesor RENDÓN GAVIRIA como “delitos típicamente políticos, dirigidos, en mayor o menor ámbito a modificar las condiciones internas del orden institucional del Estado, o alterar el orden público” (*Derecho penal colombiana*).

no, I, 33). Ciertamente que en este proceso no se ha indagado, condenado o resuelto por el cargo explícito de "asonada", pero ello no obsta a la aplicación de la amnistía general, pues, como bien lo indica la correspondiente Directiva presidencial (numeral 8, par. 4). "En caso de que la sindicación o la condena sean solamente por delito o delitos conexos con la rebelión, sedición o asonada (por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos), siendo como son políticos y estando probado que tienen esa conexidad, se producirá también la cesación de todo procedimiento y la extinción de la pena".

Como no cabe la menor duda de que la asonada constituye un delito político puro en el Código Penal y en la ley 35 de 1982, criterio que también la doctrina nacional ha asimilado, procede examinar si en este caso los otros delitos (incendio, homicidio y, eventualmente, terrorismo), son o no conexos con aquella y quedan de consiguiente también amparados por la amnistía.

Es de todos sabido y aceptado que "Los mismos beneficios (de los delitos políticos *per se*) han de acordarse, nacional e internacionalmente, para los delitos conexos con los políticos, que son, por sí mismos (objetivamente) delitos comunes, pero que guardan con un delito político (...) una estrecha relación teleológica de medio a fin, o ideológica de antecedente a consecuente, o estrictamente circunstancial (unidad espacio temporal —y motivacional— en la realización)" (*Derecho penal fundamental*, pág. 133). Es que los delitos conexos de que se trata, expone FONTÁN BALESTRA, "aparecen ligados al quehacer político por una conexión de sentido en el momento de la realización, conexión vinculada al móvil que los inspira" (*Tratado de derecho penal*, I, 414). En una forma muy sencilla y clara, signa JIMÉNEZ DE ASÚA que "hay delito conexo, cuando se comete una infracción de derecho común, en el curso de un delito político, teniendo relación con este acontecimiento" (*Tratado de derecho penal*, III, 208). Es este mismo jurista quien advierte —y esto viene muy bien al caso por la índole utópica y anarquista de los movimientos políticos estudiantiles en nuestro medio— que "la vieja denominación de delitos anarquistas se ha remplazado por la de terrorismo" (ib., 237), teniendo ambos en común, en todo caso, el "fin de intimidación pública". Y aunque el asunto ha sido debatido, observa el insigne penalista que "la opinión doctrinal, sin embargo, no es partidaria de separar el acto de violencia inspirado en ideas anárquicas, de las formas delictivas de naturaleza política" (ib., 233-34), tesis compartida también por la autoridad de EUSEBIO GÓMEZ (*La delincuencia político-social*, pág. 45) y SILVIO RANIERI (*Manual de derecho penal*, I, 101) y que MILLÁN esclarece, siguiendo a QUINTANO, en el sentido de que ni siquiera es posible separar los delitos políticos y los delitos sociales o socioeconómicos (*Amnistía penal*, págs. 50-53).

La naturaleza sociopolítica del total acontecimiento de que se trata puede verse aún más clara, si se quiere, en la siguiente concatenación del sentido de los términos con que los propios testigos lo han expuesto:

Motin: "Reunión donde se discuten públicamente asuntos políticos o sociales" (*Diccionario de la Real Academia Española*, pág. 883);

Motin: De él dice GOLDSTEIN, siguiendo de cerca la fuente anterior y las disposiciones jurídicas, que es un "movimiento de la multitud contra la autoridad constituida, como expresión de protesta contra alguna de sus disposiciones" (*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, pág. 496);

Asonada: Reunión tumultuaria que en forma violenta exige de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones (C. P., art. 128);

Anarquismo: En filosofía política implica el pensamiento en una libertad absoluta y por tanto la oposición práctica a toda forma de coacción y control social; desde el punto de vista socioeconómico, se inspira en un igualitarismo utópico y absurdo. Los movimientos sociopolíticos en él inspirados no contienen un derrotero claro porque son confusos los ideales en que se fundan. El delito es para tales movimientos un medio de propaganda (la "propaganda por los hechos") y agitación, a fin de crear el ambiente de confusión y resentimiento social propicio a la destrucción de toda forma política organizada. El delincuente anarquista se caracteriza por su fe en los efectos redentores de la violencia, de suerte que de él podría decirse que objetivamente utiliza la violencia por la violencia misma, aunque subjetivamente crea en ella de un modo ciego para el rescate de la libertad total. "Ni el afán destructor que se le atribuye, ni las modalidades de su ejecución, ni el terror que suscita la calidad de los medios empleados para cometerlo, confieren al delito anarquista una individualidad que lo destaque de la categoría de los delitos sociales" y políticos, ha escrito EUSEBIO GÓMEZ (ob. cit., 45). Pero también autores más modernos, como RANIERI y JIMÉNEZ DE ASÚA, ya citados, consideran que el delito anarquista y el delito político no tienen entre sí diferencias formales ni materiales, sino a lo sumo ideológicas;

Terrorismo: Es el empleo de medios de destrucción colectiva, con peligro común y con el fin de crear ambiente de zozobra o perturbar el orden público, al tenor del art. 187 del C. P. Según JIMÉNEZ DE ASÚA, ya citado, es la nueva denominación que se ha acordado para los delitos anarquistas, pero parece obvio que en un momento dado cualquier movimiento subversivo podría valer-se de tales medios. No es, en la economía del nuevo C. P., un delito político por sí mismo, pero puede serlo, para el caso concreto de la ley de amnistía general, si se comete en conexión con un delito de rebelión, sedición o asonada. Esta ley habría podido hacer, pero no lo hizo, limitación alguna en tal sentido. No cabe aquí, por tanto, invocar las limitaciones de alguna doctrina internacional para negar el asilo u otorgar la extradición, pues esta doctrina se basa en un criterio no aplicable al caso de una amnistía interna (y que en todo caso solo la propia ley podía considerar relevante), a saber: el terrorista, en cuanto anarquista, no ofrece una peligrosidad circunscrita al campo en que lucha, sino que, al propender a la destrucción de toda organización social, encarna una "peligrosidad universal", razón por la cual los Estados buscan deshacerse de él y en consecuencia muchas veces lo extraditan, pero no lo asilan.

Pero si las cosas se quieren agotar hasta la evidencia indubitable, basta mirar en el proceso el comunicado estudiantil (fls. 520) en que se reivindica

el hecho total, se explica su motivación sociopolítica y se advierte —previo reconocimiento de la intencionalidad de la asonada y del incendio— sobre el carácter fortuito o en todo caso no doloso del homicidio de sor Carmen Cañaverall López, en los siguientes términos, trasunto fiel de la verdad histórica del caso, según el conjunto de las probanzas legales:

“Ese día se encontraba en el país el vicepresidente de EE. UU. y el movto. est. decidió protestar combativamente su presencia en esta tierra, y como repudio al capitalismo mundial salió a la calle; el ejército por su parte se encontraba custodiando la U. desde las primeras horas de la mañana; a eso de las once un carro oficial pasaba por la U. y se decide quemarlo como prueba de repudio al gobierno y a la burguesía. Del carro salen dos personas, el chofer y otra persona que venía en la otra banca, después nos enteramos de que eran militantes del cristianismo los ocupantes del vehículo «y que allí venía una monja que no pudo salir del vehículo». Los estudiantes, al ver salir los dos ocupantes continúan apedreando y quemando el carro oficial con completo desconocimiento de que allí se encontraba una persona. Los trabajadores de baldosería que laboran frente a la U. de A., los vecinos de la U., los curiosos, los estudiantes que observaban quemarse el carro, los que lo quemaron y aun el propio ejército burgués desconocían que allí se encontraba una persona...” comunicado que significativamente concluye así: *“A los estudiantes, a los explotados solo el avance de nuestra preparación armada para enfrentar el enemigo nos hará fuertes y evitará este tipo de accidentes y errores que bien son aprovechados para desprestigiar el movimiento de los trabajadores y de los demás explotados por conquistar un nuevo mañana!”*.

Si, pues, los estudiantes resolvieron ese día celebrar un mitin para protestar por la presencia del vicepresidente norteamericano en territorio de Colombia; si el mitin degeneró en motin o asonada al encontrarse los manifestantes con una patrulla del ejército que se hallaba en las inmediaciones de la Universidad de Antioquia; si de inmediato los estudiantes se dedicaron a injuriar a los militares y apedrearlos, impidiéndoles la protección del vehículo que los primeros habían incendiado como medio de provocación a la reyerta y con el claro fin de perturbar la paz social; si nadie se aperció que en el vehículo había quedado una persona, porque al salir de su interior el conductor y un pasajero se pensó por todo el mundo que el automotor había quedado desocupado; si el incendio fue motor de la asonada y la muerte de sor Carmen Cañaverall consecuencia objetiva del incendio; si no era intención de los revoltosos atentar contra persona alguna de carácter civil o particular; si esta muerte se puede atribuir a los amotinados a lo sumo bajo la forma de imputación culposa y no se trata por lo mismo de un homicidio atroz que esté exceptuado de la amnistía; si la asonada es objetivamente un delito político y tanto el incendio como el homicidio y los actos terroristas o anarquistas aparecen como delitos conexos con ella; si todo ello sucede, como en efecto está probado en los autos, es indefectible la aplicación de la amnistía general en este proceso, cuyo origen sociopolítico se concreta aún más en la determinación de la infracción como “violación al artículo 5° del Estatuto de Seguridad”;

Primero, porque se trata de un estatuto dictado precisamente para controlar, en el tiempo de la “legalidad marcial”, el orden público y la seguridad interna del Estado, y, segundo, porque ese art. 5° reprime precisamente una figura criminosa compleja, en cuya unidad se absorben actos posibles de asonada, terrorismo, incendio, lesiones personales y/u homicidio.

Hay, sin embargo, una consideración adicional, muy relevante para el caso, que precisamente se patentiza con el planteo efectuado en último lugar. Hay una relación entre delito político puro y delitos comunes más íntima que la conexidad: es la *complejidad*. La conexidad supone pluralidad de infracciones: la complejidad, en cambio, supone una sola infracción de carácter pluriofensivo, una infracción que al mismo tiempo lesiona el bien político y el bien particular (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., 208). En el delito complejo o compuesto, el precepto penal protege al tiempo varios bienes jurídicos, manteniendo unitaria la figura delictiva. En tal caso es la propia ley la que funde en una sola varias actividades, cada una de las cuales podría configurar un delito distinto y afectar un diferente interés jurídico. En el delito complejo lo más característico es la ausencia de concurso delictual, pese a la pluriofensividad de la conducta típica y a la posibilidad teórica de que el hecho total se descomponga en elementos, cada uno de los cuales es de suyo delito (delitos originarios elementales). Se trata, pues, del aunamiento legal de varias figuras delictivas en una sola unidad que desde luego ha de mantenerse para todos los efectos legales. De ellos dice la Corte, en cita prohijada por REYES, que surgen “cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción, hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos” (*La tipicidad*, pág. 169). Es precisamente el caso del artículo 5° del decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), como el de otras muchas de sus disposiciones: ha creado un delito complejo en su composición, pero unitario en su estructura jurídica y en su punibilidad, tomando como elementos varios delitos comunes y políticos. Ese delito unitario, pluriofensivo, complejo e innominado, por el que aquí se procesó, constituye indudablemente un delito político, pues atenta contra el orden público institucional, la paz social y la seguridad interior del Estado —al mismo tiempo que lesiona o amenaza bienes jurídicos privados como la vida, la integridad personal y la propiedad— y, además, en este caso, se ha perpetrado con fines o móviles políticos, así estos no se incrusten en un movimiento organizado de claras reglas, nitidos objetivos y rígida jerarquía, sino en un amotinamiento ocasional movido por ideas y sentimientos anarquistas y terroristas. Siendo esto así, como en verdad resulta serlo, no sería estrictamente necesario recurrir a la descomposición analítica del total y unitario suceso criminoso, buscando en él un delito político puro (la asonada) y recabando luego la conexidad del mismo con los delitos comunes implicados en la incriminación (incendio, homicidio culposo, tal vez terrorismo), aunque hay que reconocer que el rastreo analítico coadyuva notablemente la claridad, la precisión y el carácter concluyente de las argumentaciones.

Una sola acotación de carácter procesal: al entrar en vigencia la ley de amnistía, el presente proceso estaba a despacho para sentencia de segunda instancia. Dado que la ley de amnistía no ordena al Tribunal Superior dar aplicación al art. 163 del C. de P. P., en el que se prevé un traslado previo al ministerio público, sino cesar el procedimiento por medio de auto interlocutorio en que se dé aplicación a la amnistía, la Sala adoptará de plano su decisión.

Así, entonces, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve: Por ministerio de la ley 35 de 1982 y en armonía con lo expuesto en la parte motiva, *se ordena cesar todo procedimiento penal* en esta causa que, por "violación al artículo 5° del decreto 1923 de 1978", se ha venido rituando contra los sindicados Fernando Nicolás Montes Zuluaga, Juan Guillermo Benjumea Garro, José Jairo Bedoya Castro, Orlando Rafael Jiménez Osorio, Guillermo Correa Arias, Oswaldo Gómez Ramírez, Luis Alberto Manrique Giraldo, Luis Javier Valencia Gómez, Julio Ignacio Villa Giraldo, Argemiro Manjarrés Baldovino, Gustavo Adolfo Ortega Tamayo, León Darío Bohórquez Gutiérrez, Juan Eugenio Ramírez Ramírez, Uriel Nicolás Olaya Herrera, Tulio Héctor Quintero Posada, Pedro Hernán Ospina Muñoz, Bernardo Luis Serna Gil, Oscar Darío Patiño Jiménez, Domingo Barrios Reyes y Teresita Betancourt Vargas. *Se decreta la libertad inmediata e incondicional de los detenidos Montes Zuluaga y Benjumea Garro.* Gocen todos los procesados de libertad definitiva. Vaya el proceso a los juzgados superiores de la ciudad (reparto), para su definitivo archivo. Déense los avisos legales.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO PENAL

Dr. HERNANDO BAQUERO BORDA

Señores

Magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia

—Sala de Casación Penal—

Magistrado ponente: Dr. DANTE LUIS FIORILLO PORRAS

E. S. D.

Ref.: Apelación del auto que cesó todo procedimiento
contra Fernando Nicolás Montes Z. y otros

El Tribunal Superior de Medellín, por auto del 3 de diciembre de 1982, ordenó la cesación de todo procedimiento contra Fernando Nicolás Montes Zuluaga y otros, señalados como autores de los delitos establecidos en el art. 5° del decreto 1923 de 1978, por considerar que se daban los presupuestos para concederles la amnistía consagrada en la ley 35 de 1982.

El señor Fiscal 2° de la citada corporación interpuso el recurso de apelación para ante la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, el que le fue concedido en proveído del quince de diciembre del año pasado.

El honorable magistrado sustanciador, en auto del veintisiete de enero del corriente año ordenó correr traslado al ministerio público de este asunto y luego fijarlo en lista por el término legal.

En consecuencia, es la oportunidad para que esta Procuraduría Primera Delegada en lo Penal emita el concepto de rigor.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

En atención a que el auto del 27 de enero de 1983, suscrito por el honorable magistrado sustanciador, a quien se dirige este concepto, no hizo un pronunciamiento particular sobre la procedencia del recurso de apelación, el ministerio público estima que debe dar su opinión sobre este tema y para el efecto expone lo siguiente:

1. *Naturaleza jurídica de la providencia.*—El art. 4° de la ley 35 de 1982, "por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restableci-

miento y preservación de la paz", establece que el respectivo tribunal dispondrá la cesación de procedimiento "...por medio de auto interlocutorio...".

El art. 196 del Código de Procedimiento Penal dispone, como regla general, que los autos interlocutorios son apelables, y distingue su efecto —devolutivo o suspensivo— según se trate de providencia dictada en el sumario o en el juicio.

La misma ley procesal establece las excepciones, vale decir, los casos en que un auto interlocutorio carece del recurso de alzada. A título de ejemplo se citan estos: el que decide la solicitud de *habeas corpus* —C. de P. P. art. 422—, el que niega recibir indagatoria —art. 384, ibídem—, el que resuelve un conflicto de competencia —C. de P. C. art. 140—, los que deciden impedimentos y recusaciones, etc.

La ley 35 de 1982 no estableció excepciones en materia de recursos, luego la providencia dictada en cumplimiento de ese ordenamiento, por ser de naturaleza interlocutoria (art. 4º), tiene recurso de alzada.

2. *La medida judicial para extinguir la acción penal y la sanción.*—En pleno acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente (C. P., art. 78), la ley 35 de 1982 dispuso que el reconocimiento de la amnistía por el respectivo Tribunal Superior determinaba "*la cesación de procedimiento*".

Esta es la medida procesal que ofrece la legislación colombiana para el caso de "...que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse...". Ejemplo típico de esta situación es el reconocimiento de la amnistía que impide la continuación del proceso en curso —propia— y extingue la pena impuesta en sentencia ejecutoriada —impropia—.

El art. 196 del Código de Procedimiento Penal prescribe que la apelación del auto del art. 163 siempre será en el efecto suspensivo, como el de proceder y el sobreseimiento definitivo.

3. *El art. 163 del Código de Procedimiento Penal.*—El examen de los antecedentes de la ley 35 de 1982 enseña que en los debates del Congreso se hizo expresa mención a esta norma, y de lo único que se prescindió fue de la intervención del ministerio público con el fin de agilizar la tramitación. Así, el ponente para segundo debate en el Senado, honorable senador Germán Bula Hoyos, se expresó de esta manera:

"Finalmente, la subcomisión consideró que el trámite establecido en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal resulta muy engorroso, que implica el concepto previo del ministerio público, hace obligatoria la consulta de las providencias que se dicten en uno u otro sentido, razón por la cual, después de haberse pensado en el reenvío de los expedientes, una vez dictadas las providencias por los tribunales superiores a dicho artículo, se optó por la fórmula establecida en el art. 705 del Código de Procedimiento Penal...

"Es que, como bien lo describió la subcomisión, si bien todos tenemos interés en que esta ley se aplique con seguridad y con seriedad, también resulta de mucha importancia la celeridad en el proceso...". (*Anales del Congreso*, núm. 61, 21 de octubre de 1982, pág. 804).

Sobra comentar a la honorable Sala que la mención del art. 705 del estatuto procesal resulta superflua, pues la disposición se refiere a las autoridades

a quienes se debe comunicar la decisión sobre amnistía. Por este motivo en nada suple el trámite propio del art. 163 mencionado.

El honorable representante a la Cámara, Carlos Mauro Hoyos, al rendir ponencia para segundo debate a esta corporación expresó:

"El procedimiento por medio de auto interlocutorio distinto al trámite del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, hace más rápida la aplicación de la amnistía...". (*Anales del Congreso*, núm. 67, 2 de noviembre de 1982, pág. 904).

Es más: vale la pena recordar que el gobierno, por intermedio del señor ministro de Justicia doctor Bernardo Gaitán Mahecha propuso, lisa y llanamente, la aplicación del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, lo cual, como ya se señaló, no aceptó el Congreso en cuanto a la intervención del ministerio público (*Anales del Congreso*, núm. 51, 5 de octubre de 1982, págs. 664 y 665).

En definitiva, como en la legislación no existe otra "cesación de procedimiento" distinta de la establecida en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal, forzoso es concluir que esta disposición se aplica con todas sus consecuencias jurídicas, omitiéndose solamente en su trámite la intervención del ministerio público.

4. *El propósito del legislador.*—El examen de los antecedentes de la ley 35 de 1982 pone en evidencia que el ánimo de los autores de la ley fue el de que la decisión judicial sobre la amnistía y la cesación de procedimiento tuviera apelación.

En el informe para segundo debate dijo el honorable senador Bula Hoyos: "Pero existen otras consideraciones que juzgo de mucha importancia para que se otorguen a los tribunales superiores las funciones ya comentadas. Son consideraciones de fondo a mi modo de ver, pues tienen que ver con la futura jurisprudencia nacional, sobre el derecho nuevo que se crea por esta ley.

"Me refiero, honorables senadores, a la posibilidad de recurrir ante la honorable Corte Suprema de Justicia de las providencias dictadas por los tribunales superiores, con lo cual, como ya lo dije, se formará en Colombia una jurisprudencia importante, que garantice para el Estado colombiano y en un futuro y para las mismas fuerzas de la rebelión la seriedad, la honestidad de unas determinaciones que tanto tienen que ver con el sosiego nacional.

"Revisadas esas providencias por la honorable Corte, después de que han sido proferidas por los tribunales superiores, por los tres magistrados que integran la Sala de Decisión Penal, el margen de acierto es mayor". (*Anales del Congreso*, núm. 61, 21 de octubre de 1982, pág. 804).

Este propósito lo compartió el representante Carlos Mauro Hoyos al rendir ponencia para segundo debate, en estos términos:

"El artículo cuarto se refiere al procedimiento.

"Es conducente reparar la calidad de la autoridad que aplicará la ley: los tribunales superiores; y fue unánime la aceptación en la subcomisión de la fórmula para que ellos se encargaran del estudio de los distintos procesos,

que es garantía para los implicados, por la jerarquía del fallador. El mismo recurso ante la Corte Suprema de Justicia es otra garantía y servirá además para que se unifique la jurisprudencia en este arduo tema de los delitos políticos que tanta controversia suscitan". (*Anales del Congreso*, núm. 67, 2 de noviembre de 1982, pág. 904).

En opinión de esta procuraduría delegada, la naturaleza jurídica de la providencia contemplada en la ley 35 de 1982 —auto interlocutorio— y su contenido —reconocimiento de la amnistía y cesación de procedimiento— hacía innecesario aludir en forma expresa al recurso de apelación, que es propio de los autos interlocutorios como el previsto en el art. 163 del Código de Procedimiento Penal, a menos que de manera manifiesta se exceptúe de esta garantía procesal.

Ni en los debates que precedieron a la ley 35 de 1982 ni en su mismo texto aparece el propósito de prescindir del recurso de apelación. Y si esa excepción no se estableció en forma clara y expresa, por la vía de la interpretación no es posible consignarla contrariando así el ordenamiento jurídico vigente y el deseo del legislador consagrado en los párrafos arriba transcritos.

5. *Antecedentes legislativos.*—La ley 37 de 1981, por la cual se declara una amnistía condicional, reguló de manera especial la apelación y la consulta de la providencia que reconocía la amnistía en sus arts. 9 y 12, con lo que se quiere significar que cuando el legislador tiene el propósito de apartarse del régimen ordinario de los recursos, lo establece en forma expresa.

La honorable Sala de Casación Penal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en providencia del 8 de setiembre de 1981 (magistrado ponente, doctor ALFONSO REYES E., jurisprudencia de LÓPEZ MORALES relativa al año de 1981, págs. 529 a 532).

6. *La competencia.*—Se ha sostenido que la honorable Sala de Casación Penal carece de competencia para conocer por apelación o consulta las decisiones que se tomen con fundamento en la ley 35 de 1982, porque a ellas no se hace expresa referencia ni en la Constitución Nacional ni en el Código de Procedimiento Penal y tampoco en esa ley.

A ello se replica que, evidentemente, en la Constitución Nacional no aparece referencia al tema en estudio, ya que el numeral 19 del art. 76 solo prescribe que la amnistía por delitos políticos se concederá por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros que componen cada Cámara.

El Código de Procedimiento Penal se refiere a la amnistía y al indulto en el capítulo V del título 2° del libro 4°, y el art. 703 dispone: "*Aplicación de la ley de amnistía.* Corresponde al presidente de la república, de acuerdo con la Constitución Nacional, aplicar la ley que haya decretado amnistías, mediante el procedimiento en ella indicado". (Subrayamos).

Se quiere significar con estas referencias que no existe en Colombia un procedimiento general para la aplicación de la amnistía y el indulto. En las oportunidades en que estos beneficios se han ofrecido, la correspondiente ley ha determinado la competencia y el trámite para su reconocimiento. Unas

veces se han creado tribunales *ad hoc*, como ocurrió en el decreto legislativo 328 de 1958, y en todas las ocasiones se ha señalado un procedimiento particular y a este efecto se recuerdan: el decreto 1647 de 1952, el decreto 328 de 1958, la ley 37 de 1981 y el decreto 474 del 19 de febrero de 1982 (aparecen publicados en los *Anales del Congreso*, núm. 45, 27 setiembre de 1982).

La ley 35 de 1982, a nuestro juicio con todo acierto, no estableció un trámite especial, pues se remitió a la cesación de procedimiento contemplada en el art. 163 del estatuto y varias veces mencionado en este escrito, con la sala salvedad de que no intervendría el ministerio público para agilizar la tramitación de la amnistía. Y en materia de competencia, expresamente la confirió a los tribunales superiores de distrito judicial.

Si el legislador hubiese querido establecer excepciones en materia de recursos o de consulta de la cesación de procedimiento, lo habría consagrado claramente en la ley 35 de 1982. La referencia expresa a instituciones procesales del ordenamiento vigente, exime al legislador de repeticiones inútiles pero si su intención hubiese sido otra, se repite, la habría consagrado en forma indubitable en la citada ley.

Pero, en últimas, si con las transcripciones que se hicieron de las ponencias en cuanto a la brevedad del trámite se entendiera que se suprimieron la intervención del ministerio público y la consulta, de todas maneras el recurso de apelación queda a salvo por las claras explicaciones contenidas en los debates y porque no se excluyó en forma expresa en la ley que se comenta.

Síguese de lo acabado de exponer que si la ley 35 de 1982 otorgó competencia a los tribunales superiores de distrito judicial para la aplicación de la amnistía, y no negó expresamente el recurso de apelación que lo tienen las providencias que reconocen esa gracia, por el doble carácter de auto interlocutorio y de cesación de todo procedimiento, habrá de concluirse que la segunda instancia corresponde a la Corte Suprema de Justicia (art. 151, num. 4°, de la Const. Nal., y 32, num. 3°, del C. de P. P.), porque en materia penal esas corporaciones tienen como superior inmediato a la Sala de Casación Penal.

En conclusión, a juicio del ministerio público las decisiones adoptadas por los tribunales superiores con apoyo en la ley 35 de 1982 tienen apelación y consulta ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

EL PROCESO OBJETO DE ESTE ESTUDIO

1. *Desarrollo del proceso.*—Los hechos investigados en este proceso tuvieron ocurrencia el 14 de octubre de 1981, aproximadamente a las once y media de la mañana en la ciudad de Medellín, cuando el vehículo de placas OU 3510, camioneta Ford, modelo 1975, perteneciente a la comunidad de los Terciarios Capuchinos, que dirigen la Cárcel de Menores de Machado —Escuela de Trabajo San José— (fls. 631 a 633) transitaba por la calle denominada Barranquilla en sentido de oriente a occidente. Frente a las instalaciones de la Universidad

de Antioquia el automotor fue sorpresivamente interceptado por unos individuos que ocultaban su rostro, quienes por las ventanillas lanzaron elementos u objetos inflamables que produjeron el incendio del vehículo, la muerte por incineración de la religiosa sor Carmen Cañaverall López y lesiones en el sacerdote Luis Ovidio Cañaverall.

La investigación penal se inició el mismo día por el Juzgado 108 de Instrucción Penal Militar (fl. 15), que auxiliado por otros funcionarios de esta jurisdicción recibió indagatoria a los detenidos, testimonio a quienes dijeron haber presenciado los acontecimientos, a más de la práctica de otras diligencias investigativas.

El 28 de octubre de 1981 el despacho judicial mencionado dictó auto de detención contra algunos de los capturados como autores del delito contemplado en el art. 5° del decreto 1923 de 1978, y dejó en libertad a los demás (fls. 342 a 361).

La investigación penal continuó y el Auditor Auxiliar 74 de Guerra de Medellín solicitó al juez de primera instancia —comandante de la Cuarta Brigada— convocar consejo de guerra verbal para juzgar a José Jairo Bedoya, Tulio Héctor Quintero, León Darío Bohórquez, Oscar Darío Patiño, Argemiro Manjarrés, Fernando Nicolás Montes, Orlando Rafael Jiménez y Juan Guillermo Benjumea, en calidad de coautores del delito descrito en el art. 5° del decreto 1923 de 1978 (fls. 698 a 705).

El comandante de la Cuarta Brigada —juez de primera instancia— convocó el consejo de guerra verbal y designó el personal que debía intervenir en él.

Las sesiones del consejo se iniciaron el 14 de enero de 1982 (fl. 776), se clausuró la etapa investigativa el 28 de este mes (fl. 828) y al día siguiente la presidencia del consejo tomó estas determinaciones: formuló cuestionarios a los acusados Fernando Nicolás Montes y Juan Guillermo Benjumea por estos hechos: daño en bienes del Estado, la muerte de sor Carmen Cañaverall López y lesiones que incapacitaron por dieciocho días, sin consecuencias, al sacerdote Luis Ovidio Cañaverall (fls. 127, 136, 243, 530, 626 a 632, 767 a 774 y 828), descripción que sin duda corresponde a los tipos delictivos contemplados en el art. 5° del decreto 1923 de 1978. Como no encontró mérito para formular cargos a los demás acusados, los desvinculó de la corte marcial y los puso a disposición de la Segunda Estación de Policía de Medellín para que respondieran por una de las infracciones previstas en el art. 7° del decreto 1923 de 1978 (fl. 829).

Los cuestionarios fueron contestados afirmativamente por los vocales (fls. 767 a 774 y 841) y se convocó para el 10 de febrero de 1982 para la lectura de la sentencia.

En esta fecha se pronunció el fallo de primer grado así: se acogió el veredicto de los vocales y se condenó a Fernando Nicolás Montes y Juan Guillermo Benjumea a 24 años de prisión, como autores de los delitos contemplados en el art. 5° del decreto 1923 de 1978; y se dispuso la cesación de todo procedimiento contra las demás personas vinculadas al proceso (fls. 843 a 863).

El proceso se remitió al Tribunal Superior Militar en apelación del fallo de primer grado y cuando se daba el trámite correspondiente a la segunda instancia, el gobierno nacional levantó el estado de sitio a partir del veinte de junio del año pasado, por decreto 1674. En consecuencia, el magistrado sustanciador dispuso remitir el informativo al Tribunal Superior de Medellín por competencia (fl. 885).

El señor Fiscal 2° del Tribunal Superior de Medellín, en concepto del 17 de noviembre de 1982, solicitó a la corporación aplicar en favor de los condenados Montes Zuluaga y Benjumea Garro el art. 163 del Código de Procedimiento Penal porque, en su opinión, respecto de ellos concurrían las mismas circunstancias que apoyaron la cesación de procedimiento para los demás indagados. Subsidiariamente propuso declarar la contraevidencia de los veredictos (fls. 949 y siguientes).

Finalmente, el Tribunal Superior de Medellín en proveído del 3 de diciembre de 1982 ordenó la cesación de procedimiento contra todos los acusados en este proceso, porque a su juicio tenían derecho a la amnistía consagrada en la ley 35 de 1982 (fls. 963 a 977).

El representante del ministerio público interpuso el recurso de apelación en escrito del 7 de diciembre y le fue concedido en auto del 15 de este mismo mes.

El honorable magistrado sustanciador en proveído del 27 de enero de 1983 dispuso dar a la apelación el trámite contemplado en los artículos 202 y 566 del Código de Procedimiento Penal.

2. *Fundamentos del auto que declaró la cesación de procedimiento.*—El Tribunal Superior de Medellín apoyó su determinación en estas razones:

a) El incendio y el homicidio con explosivos investigados en este proceso se cometieron en medio de un atentado sociopolítico, "...como es de usanza en las operaciones estudiantiles de este tipo, de cierto cariz utópico y anarquista..." (fl. 965). En opinión de la Sala de Decisión, la calma reinaba en predios de la Universidad de Antioquia, se realizaron mítines para protestar por la visita a Colombia del vicepresidente de los Estados Unidos de Norteamérica señor George Bush, se paseaba un muñeco que representaba a esta persona y al salir a la vía pública e interrumpir el tránsito de automotores, se produjo el enfrentamiento con una patrulla del ejército que se encontraba a 20 metros de la puerta por la que los manifestantes abandonaron los terrenos de la Universidad. Se lanzaron bombas, piedras e injurias; y de su parte los militares dispararon "al aire" (mas sin embargo un niño fue herido en el brazo) y capturaron a algunas personas. Fue en estas circunstancias, en la interpretación del Tribunal, que se produjo el atentado contra el vehículo que conducía el señor Celedonio Giraldo (fls. 965 y 966).

La providencia transcribe frases de los testimonios relativas a la protesta de los manifestantes por la visita del vicepresidente George Bush y se detiene en las declaraciones bajo juramento rendidas por el agente de tránsito Mario Joselín Huertas y el cabo primero Marco Fidel Londoño (que no "mayor" como se lee al folio 967).

Se concluye esta parte de la providencia en el sentido de que se trató "...de una manifestación tumultuaria y violenta cuya finalidad era perturbar el orden público, alterar la paz social y requerir de las autoridades nacionales la salida del país del entonces vicepresidente de los Estados Unidos..." (fl. 968). El incendio del vehículo, agrega el auto, constituyó "un medio para la perturbación del orden social" y una provocación directa a la patrulla militar, configurándose así la asonada (fls. 969 y 970).

b) En cuanto a los demás hechos ocurridos se expresó así el Tribunal, luego de reiterar la existencia del delito de asonada: "...La incineración de la religiosa fue sin duda una consecuencia material del incendio del vehículo, pero en modo alguno un hecho buscado o procurado por los revoltosos, para quienes a lo sumo podría esa muerte tomarse como culposa o imprudente. Siendo esto así, no se trata de un homicidio exceptuado de la amnistía legal, pues ni la sevicia ni la alevosía son compatibles con la incriminación a título de culpa" (fl. 969).

Estos ilícitos, conexos al de asonada, en los términos de la ley 35 de 1982, constituyen también infracciones penales de "tipo político" y en orden a apoyar este concepto, el Tribunal transcribe comentarios de doctrinantes extranjeros (fls. 970 a 973).

c) El Tribunal, en orden a reforzar su tesis de que los ilícitos investigados en este asunto tienen naturaleza política, arguye que el decreto 1923 de 1978, llamado Estatuto de Seguridad, tiene un cariz eminentemente sociopolítico "...primero, porque se trata de un estatuto dictado precisamente para controlar, en el tiempo de la «legalidad marcial», el orden público y la seguridad interna del Estado, y, segundo, porque ese art. 5° reprime precisamente una figura criminosa compleja, en cuya unidad se absorben actos posibles de asonada, terrorismo, incendio, lesiones personales y/u homicidio" (fl. 975). Así, pues, concluye que ni siquiera resulta necesario descomponer la figura compleja del art. 5° ni recurrir a la asonada y tampoco a la conexidad, porque las infracciones penales contenidas en ese estatuto constituyen, por sí mismas, delitos políticos (fl. 976).

En definitiva, el Tribunal Superior de Medellín, si bien en la parte motiva aludió al reconocimiento de la amnistía, sin embargo en la resolutive solo se pronunció por la cesación de procedimiento contra todos los acusados por la comisión del delito contemplado en el art. 5° del decreto 1923 de 1978, y dispuso la libertad de Fernando Nicolás Montes y Juan Guillermo Benjumea.

3. *Concepto del ministerio público.*—Esta Procuraduría Delegada no comparte el criterio expuesto por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín que dictó el auto del 3 de diciembre de 1982 que dispuso la cesación de procedimiento contra todos los acusados en este asunto, y al efecto expone a la honorable Sala de Casación Penal estas razones:

1^a) *Estado del proceso al momento de dictarse el auto del 3 de diciembre de 1982.*—Es sabido que este asunto llegó al Tribunal Superior de Medellín en apelación de la sentencia de primera instancia dictada por el presidente

del consejo de guerra verbal que juzgó a los acusados en esta causa. En consecuencia, la jurisdicción ordinaria estaba y está en la obligación legal de respetar la calificación jurídica que de los hechos se hizo por la jurisdicción militar. Si no se compartía el criterio consagrado en la convocatoria del consejo de guerra verbal, en los cuestionarios y en la sentencia, bien podía aquella corporación, aun de oficio, declarar la nulidad de la actuación, según lo determina el numeral 5° del art. 210 del Código de Procedimiento Penal. Pero si su desacuerdo apuntaba más bien al veredicto del jurado, como lo sugirió el fiscal de la corporación, habría podido declarar las respuestas de los vocales contrarias a la evidencia procesal.

La calificación que de los hechos hizo la justicia militar para ubicarlos en el marco del art. 5° del decreto 1923 de 1978, debía ser acatada por la jurisdicción ordinaria, a más de lo expuesto, por estos otros motivos:

a) *La constitucionalidad del decreto 1923 de 1978.*—La honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de octubre de 1978 que aparece publicada en la *Gaceta Judicial* núm. 2397 —jurisprudencia constitucional— páginas 231 y ss., declaró exequible el citado estatuto casi en su totalidad. Y en cuanto al art. 5°, se dijo en el fallo que apenas reestructuraba una figura delictiva ya existente y que por tanto era exequible dentro de las facultades que el gobierno puede ejercer durante el estado de sitio (págs. 236, 237 y 240).

Aún más: las aclaraciones y los salvamentos de voto no impugnaron el art. 5° y para los fines que se propone este concepto, resalta como cuestión de la mayor importancia el salvamento de voto suscrito por los distinguidos magistrados José María Velasco Guerrero y Gustavo Gómez Velásquez, quienes sostuvieron: que el decreto 1923 atemperaba en algunas de sus disposiciones las penas establecidas en la legislación ordinaria vigente para esa época, como era el caso del art. 260 del Código Penal, modificado por el 2 del decreto 522 de 1971; y, "La vaga tipificación de los delitos señalados en los arts. 4° y 5°, destruye numerosas figuras bien estructuradas en el Código Penal sobre delitos contra la salud y la integridad colectivas" (págs. 254 y 257).

En consecuencia, si el estatuto a que se ha hecho referencia fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, estaba vigente para la época de los hechos investigados y la jurisdicción militar lo aplicó en pronunciamientos no revocados por autoridad judicial competente, el Tribunal Superior de Medellín estaba en la obligación ineludible de acatar esas decisiones. La corporación disponía de medios legales en la segunda instancia para corregir el error en que a su juicio se había incurrido, bien en la calificación de los hechos o bien en los veredictos.

b) *El principio de favorabilidad.*—Se podría pensar que el Tribunal Superior de Medellín recurrió al criterio de favorabilidad y calificó los hechos como asonada para que los acusados quedaran amparados con la amnistía de la ley 35 de 1982.

Lo primero que debe afirmarse es que el Tribunal en la providencia que se estudia no hace alusión alguna al principio de favorabilidad. Pero en la

hipótesis de que lo hubiera tenido en cuenta, ello sería ilegítimo porque "...para escoger la norma más benigna, lo que realmente importa es que la nueva coincida con la anterior en la descripción típica del punible, pues la denominación jurídica, en sí misma, solo tiene en la ley sustancial el valor de permitir la determinación de un elenco de conductas afines. Establecido que coinciden, resta comparar sus respectivas sanciones para seleccionar la de menor intensidad y significación punitiva". (Casación del 28 de setiembre de 1982, publicada a la página 194 de los extractos de jurisprudencia correspondientes al tercer trimestre de 1982).

Como la descripción típica del art. 5° del decreto 1923 de 1978 corresponde a un delito contra la integridad colectiva, según el fallo que lo declaró constitucional y el salvamento de voto que se destacó, el Tribunal estaba obligado a mantener este criterio para determinar un tipo delictivo más favorable en la nueva legislación penal. La corporación optó por desconocer los pronunciamientos judiciales de la primera instancia y el fallo de la Corte Suprema y calificar ella nuevamente los acontecimientos.

Y algo más: si se aplica el segundo criterio expuesto por la Corte Suprema al finalizar la trascripción anterior, se concluye que la sanción prevista para el delito complejo contemplado en el art. 5° del decreto 1923 de 1978 es más favorable respecto de la legislación ordinaria vigente para octubre de 1981. (En primera instancia a los dos condenados se les impuso 24 años de prisión a cada uno). En efecto: conforme al Código Penal de 1980 se trataría de un concurso de delitos con aplicación de los arts. 128, 324, numeral 3°, 332, 339 y 370, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 26, 27 y 28 de este estatuto (máximo de 30 años de prisión).

En consecuencia, tampoco por el principio de favorabilidad resultaría aceptable la posición asumida por el Tribunal Superior de Medellín, pues de admitirse la asonada y las demás infracciones penales, habría que aplicar las normas sobre concurso de delitos que permiten elevar la sanción básica hasta el límite señalado en el art. 28 de la legislación vigente —30 años de prisión—.

c) *El Tribunal no respetó la unidad consagrada en el art. 5°. Delito complejo o compuesto.*—Estimó que los hechos correspondían a incendio, actos terroristas y homicidio culposo en "conexidad" con "asonada". Ignoró las lesiones que sufrió el sacerdote Luis Ovidio Cañaverál y el daño en el vehículo en perjuicio de la comunidad de los Religiosos Terciarios Capuchinos.

Si el proceso se hubiese encontrado en la etapa del sumario, era lícito hacer una calificación de los hechos investigados para los fines de la ley 35 de 1982. Pero como ya se había dictado sentencia de primer grado, la corporación estaba en el deber de respetar los pronunciamientos que se habían hecho, continuar la tramitación, y hacer las declaraciones que dentro de su competencia le ofrecía la ley procesal.

Advierte el ministerio público que el Tribunal ni siquiera respetó la cesación de procedimiento pronunciada en el fallo de primera instancia en favor de los acusados desvinculados el consejo de guerra "...por cuanto el hecho

imputado no lo cometieron" (fl. 862), pues en el proveído que se viene examinando otra vez hizo esa declaración pero por amnistía, motivo este que en nada beneficia a los acusados frente a la manifestación anterior.

2ª) *La calificación de asonada dada a los hechos investigados.*—El Tribunal Superior de Medellín no solamente incurrió en el dislate jurídico de cambiar la calificación dada a los hechos por la autoridad judicial competente, en pronunciamientos que debían ser acatados, mientras no fueran revocados o declarados inválidos en la segunda instancia, sino que expuso el desarrollo de los acontecimientos con desconocimiento de la realidad procesal.

La simple lectura de la prueba allegada al informativo enseña que una patrulla del ejército se instaló desde las cuatro de la mañana en predios aledaños a la Universidad de Antioquia (Puente Barranquilla); que las actividades docentes discurrían normalmente hasta el momento —aproximadamente once y treinta de la mañana— en que coincidieron estos dos acontecimientos: los estudiantes que portaban un muñeco que representaba al vicepresidente de los Estados Unidos de Norteamérica salieron a la calle Barranquilla, y en ese momento se detuvo —frente a los predios universitarios— el automotor con placas oficiales que conducía el señor Celedonio de Jesús Giraldo. Algunos de los que participaban en el desfile colocaron el muñeco en el suelo, se acercaron al vehículo y lanzaron dentro de él sustancias inflamables que lo incendiaron, lesionaron al sacerdote Luis Ovidio Cañaverál y determinaron la muerte por incineramiento de sor Carmen Cañaverál. Tanto bomberos como ejército intentaron intervenir para dominar el fuego pero los manifestantes lo impidieron lanzándoles piedra. Fue a partir de este momento, no antes, que se trabó la contienda.

El teniente del ejército que comandaba la patrulla, Guillermo Cruz, dijo el mismo día de los acontecimientos:

"...como a las once y treinta, después de haber hecho un patrullaje motorizado a los alrededores de la Universidad de Antioquia y sectores aledaños a esta, me informó un soldado que habían salido unos estudiantes de la Universidad y que habían incendiado un vehículo, a lo que inmediatamente me dirigí al lugar con todo el personal que tenía bajo mi mando y me acerqué unos veinte metros hacia donde estaba el vehículo incendiado a todo el frente de la Universidad; los estudiantes en forma agresiva insultando al pelotón de soldados, lanzando piedras en un número aproximado de treinta estudiantes que no cesaban de lanzar piedras y lanzar consignas de tipo subversivo; ...anteriormente a que llegaran los refuerzos el primer vehículo que apareció fue uno del Cuerpo de Bomberos que venía a apagar el vehículo incendiado, quien me pidió autorización para pasar, a lo que yo le respondí que como el vehículo estaba casi en su totalidad incendiado y los estudiantes estaban muy amotinados podrían incendiar el carro bombero... con el comandante de ese refuerzo se organizó la entrada por el frente de la Universidad en donde los estudiantes lanzaban más piedras y incitando a la tropa a que lanzara sobre ellos... (fls. 9 y 10).

Ampliación folios 564 y siguientes.

El cabo primero Marco Fidel Londoño se expresó así, también pocas horas después de la ocurrencia de los hechos:

"...En las primeras horas de la mañana todo transcurrió normalmente, pero aproximadamente a las 11:30 horas, salieron de la Universidad de Antioquia de cuatro a cinco estudiantes encapuchados, los cuales algunos de ellos portaban muñecos hechos de trapos parando de inmediato una camioneta de color me parece que amarillo, lanzándole dicho muñeco prendido dentro y debajo de la camioneta, sin darles oportunidad a los pasajeros de bajarse; esto ocurrió rápidamente y al momento ya estaban dentro de la Universidad... Acto seguido salieron de la Universidad unos cien estudiantes lanzando piedras y toda clase de objetos a la tropa donde yo estaba, obstaculizando de paso el tránsito de los vehículos y peatones..." (fl. 8).

Ampliación folios 560 y siguientes.

Los porteros de la Universidad de Antioquia que prestaban servicio en la calle Barranquilla dijeron:

Juan José Mejía: "...siendo por ahí las nueve de la mañana llegó el compañero de trabajo *Roberto Restrepo*, venía de desayunar de los lados del museo, y me dijo, allí en la plazuela Barrientos, pusieron un muñeco que representaba a *Rigan* el presidente de Estados Unidos, era un muñeco, me asomé y vi el muñeco de lejos, luego a eso de las once más o menos de la mañana, hicieron un mitin dentro de la Universidad, más o menos que vi de la portería, unos cincuenta o sesenta más o menos, luego salieron por la portería luego de la pasarela a la portería venían con el muñeco para afuera, antes de llegar a la portería se encapucharon, con capuchas, buzos, pañuelos, camisas, trapos, de varios colores... En momentos de dos a tres minutos, observé que a unos treinta metros, se levantó la llamarada de un vehículo... le dije (al compañero) que nos fuéramos a la pasarela, de ahí observamos en la calle que los encapuchados se daban piedra con el ejército, en la calle y puente Barranquilla..." (fls. 98 y vto.).

Roberto Eduardo Restrepo: "...El día miércoles catorce de este año, ayer, siendo las once y veinte minutos a.m. el suscrito me encontraba en la portería de Barranquilla, prestando el servicio de portero, y en ese mismo momento salió aproximadamente veinte muchachos encapuchados con una esfiguie de Ronald Rigan, un muñeco de trapo parecía, vestido con zapatos, y con plástico, salieron a la calle de Barranquilla, y a la media cuadra más o menos vi que se prendió un vehículo, posteriormente me retiré de la portería hacia el fondo, y no vi más..." (fl. 102).

Oscar de Jesús Vélez: "...Nosotros estábamos laborando como de costumbre pero sin sospechar nada, cuando por ahí a las once y veinte minutos de la mañana vi a un grupo de muchachos encapuchados que salían con un muñeco de las instalaciones de la Universidad, eran más o menos unos veinte muchachos, entonces salieron con el muñeco con rumbo Barranquilla arriba, caminaron pocos metros arriba de la puerta de la Universidad y cuando menos pensé fue que vi unas llamas y todo el mundo corriendo para adentro, vi un carro

ya incendiado retirado de la puerta de arriba, los encapuchados le tiraban piedras al carro incendiado... yo lo único que vi fue que cuando el carro estaba en llamas ahí mismo le lanzaron el muñeco encima en la parte delantera y ahí se incendió más el carro..." (fls. 100 y vto.).

Los ocupantes del vehículo declararon en estos términos:

El conductor Celedonio de Jesús Giraldo el mismo día de los hechos explicó lo acontecido de esta manera:

"...Yo conducía una camioneta Ford modelo 1978 de color amarillo, de propiedad de los Religiosos Terciarios Capuchinos, administran la Cárcel de Menores de Machado, yo fui a recojer (sic) la monjita en El Pedregal, a traerla hacia el centro, la dejamos al hospital de San Vicente para visitar una compañera, y en ese momento iba conduciendo el religioso, a eso de las diez y cuarto de la mañana, y seguí a llevar a un convento una carta, yo seguí con el padre Luis Ovidio Cañaverall, él es educador en la cárcel de menores y la monja es una prima del religioso, no le sé el nombre la vi únicamente hoy, que vine a acompañarla, y la recogimos a las diez y cuarto de la mañana y corrijo la recogimos a las once de la mañana para irnos de regreso a la casa a llevarla a su residencia, y nosotros la recogimos subimos a Bolívar, voltiamos a mano izquierda bajando por Barranquilla, bajamos por Barranquilla todo estaba normal, al llegar frente a una fábrica de baldosas que hay cerca de la Universidad de Antioquia, nos tocó detenernos porque salieron dos tipos enmascarados y miré para atrás y adelante, atrás habían carros, adelante habían unos enmascarados, más o menos tres enmascarados, y después de que nos atacaron salieron más de treinta para mí a. y entonces yo vi que lanzaron una bomba en la parte delantera del carro del lado donde yo iba, el padre iba en el asiento del medio en la segunda banca, y la monja iba con él sobre el lado izquierdo donde yo conducía, y entonces al verme atacado, uno de ellos me tenía la puerta a no dejarme escapar, y estaba enmascarado, le escurrí y salí por debajo inclusive el pelo lo vi enmascarado, entonces me escapé y me refugié en la fábrica de baldosas, para evitar la cantidad de piedras que lanzaban, y estando adentro vi el carro incendiado por completo, no me di cuenta si la monja y el religioso habían salido, ...después de que estaba incendiado el carro cogieron un muñeco que tenían tirado y lo colocaron por delante del carro,..." (fls. 6 y vto.).

Esta versión fue repetida por el declarante en el consejo de guerra verbal como aparece a folios 806 y 807 del informativo.

El religioso Luis Ovidio Cañaverall fue interrogado al día siguiente de los acontecimientos y manifestó:

"...Quedé de encontrarme con ella a las once; a las once la recogí y salimos rumbo a la casa; cuando llegamos a la Universidad, a las once y diez más o menos, había mucha cantidad de carros detenidos; en ese momento salieron unos encapuchados, yo pude observar tres, inmediatamente lanzaron, se dirigieron para el carro de nosotros era un carro oficial con placas oficiales, es una camioneta Ford, lanzaron algo y se prendió el carro, lo que lanzaron apenas cayó

al carro estalló duro, y ahí mismo se prendió y se levantaron llamas. Yo traté de sacar la monja, pero como le cayó a ella como llamas fue cuando me quemé, ahí mismo sentí las llamas y entonces me lancé por la puerta del timón porque la otra puerta no la pudimos abrir, como venían por ese lado, ellos venían por el lado derecho (el despacho deja constancia que el declarante presenta las lesiones sufridas tanto izquierdo como el derecho y la parte posterior del dorso). De ahí lo que pasó fue que yo salí corriendo hicieron dos tiros, yo no sé si era la policía pensando que era el carro, como yo salí corriendo con una cartera de mano, y pensaron posiblemente que era uno de los que estaba incendiando el carro. De ahí de la monja no supe más de ella, yo iba corriendo y otro señor adelante corriendo mucho y yo gritando auxilio, salieron de Pepalpa y salieron con un revólver y le iban a disparar y yo les grité que no le dispararan que no había hecho nada. Yo estaba confundido, diciendo que la monja la había quemado, que el carro se estaba quemando, de ahí me llevaron a la Policlínica, me trasladó un amigo, yo entré a buscar a la monja y ahí me cayeron periodistas y yo no les dije nada..." (fl. 123).

En lo esencial, el sacerdote Cañaveral repitió lo expuesto en el desarrollo del consejo de guerra verbal (fls. 804 a 806).

Por consiguiente, no se ajusta a la realidad procesal la afirmación del Tribunal Superior de Medellín de que los graves acontecimientos de que se da cuenta ocurrieron "...en medio de un atentado sociopolítico" porque, como se deja demostrado, todo trascurrió en calma hasta las once y media de la mañana (inclusive el desfile en predios de la Universidad de Antioquia con el muñeco que representaba al vicepresidente de los Estados Unidos de Norteamérica). La vista del vehículo con placas oficiales conducido por Giraldo (fls. 178 y vto., 631 y 632) suscitó el ataque inmediato. Quienes llevaban la efígie la dejaron en el suelo, se acercaron al automotor y procedieron a lanzar bombas incendiarias a su interior, sin mostrar a sus ocupantes el propósito que abrigan y sin darles tiempo de escapar ilesos "... eso fue instantáneo y yo me sentí en candela..." (fl. 805). Las lesiones al sacerdote en varias partes del cuerpo (fl. 127) son ignoradas por el Tribunal. Este último acontecimiento y la muerte de la monja Carmen Cañaveral están indicando que el ataque fue sorpresivo, inesperado; los ocupantes del automotor no tenían como vía de escape sino la puerta izquierda, la del lado del conductor, porque una del costado derecho estaba dañada y por la otra los enmascarados estaban lanzando las bombas. Es preciso destacar que el medio utilizado, sustancia inflamable, dificultaba aún más la salida de los ocupantes, pues, como bien lo describe el sacerdote Cañaveral, inmediatamente se produjeron llamas que lo quemaron en diferentes regiones del cuerpo y abrasaron el cuerpo de la monja hasta causarle la muerte.

La patrulla del ejército reaccionó en este momento y se dirigió al vehículo incendiado, lo cual fue impedido por las personas que ocultaban su rostro lanzando piedras tanto a los representantes de la autoridad como a los bomberos que acudieron y al vehículo que ya era presa del fuego.

La preparación ponderada del salvaje atentado es evidentiísima: sus autores portaban los artefactos y sin vacilación los lanzaron al interior del vehículo, sin considerar la vida y la integridad física de sus ocupantes.

Esta es la verdadera realidad, según aparece de la exposición de testigos imparciales como los porteros de la Universidad, las versiones del teniente Cruz y el cabo primero Londoño, que se refieren al momento de su intervención, y los relatos de los ocupantes del vehículo. El conductor Giraldo resultó ileso porque advirtió el peligro y sin vacilar abrió la puerta y se lanzó al exterior.

Luego de la consumación de los ilícitos se produjo la intervención de la autoridad que pretendía poner término a los desmanes que se habían iniciado con el incendio del automotor. La pedrea de que dan cuenta unos, los disparos de arma de fuego que otros escucharon y los insultos que se profirieron, en manera alguna constituyen actos tendientes a exigir de la autoridad "la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones" (C. P., art. 128) y muchísimo menos —como lo pretende el Tribunal— que con esa actitud se aspiraba a presionar a las autoridades nacionales para determinar la salida del país del vicepresidente Bush, que ese día se encontraba en Bogotá (fl. 968).

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional han precisado lo que es la asonada, cuyo carácter político es bien discutible, pues con ella no se pretende, como lo sostiene el eminente tratadista LUIS CARLOS PÉREZ, derrocar al gobierno y tampoco impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.

Como se acaba de decir, ella se orienta a exigir en forma violenta de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones. "De allí que nos hubiéramos decidido por hacer de la asonada una infracción contra el orden público y no contra el sistema constitucional, reprimible, como lo es en la práctica, por la policía. Es claro que muchas rebeliones comienzan por simples motines, pero esto no tiene importancia, ya que entonces el hecho de mayor significancia absorbe al menor, que sería la asonada. Considerada en sí misma es muy poco el alcance penológico que acusa" (LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 165).

No nos es posible desconocer que la ley 35 de 1982 dio a la asonada carácter político al lado de la rebelión y la sedición y con todas las consecuencias que ese estatuto contempla. Esta extensión del concepto de delito político nos obliga a ser mucho más exigentes y cautos en la calificación jurídica de los hechos, para no distorsionar los propósitos de reconciliación nacional y de paz que informan la ley y resultar corriendo un velo de perdón a crímenes abominables que la sociedad repudia.

En definitiva, lo expuesto permite concluir que no hubo asonada en los términos del art. 128 del Código Penal vigente; que si en gracia de discusión se admite el planteamiento del Tribunal Superior de Medellín, los atentados contra la vida, la integridad personal y la seguridad colectiva, no ocurrieron dentro de una "asonada" ni como consecuencia de ella. Fueron actos delictivos cometidos por varias personas agotados en brevísimo tiempo. Lo que

después ocurrió puede tener relación con lo ya acontecido, pero carece de significación jurídica para los fines señalados en el art. 2° de la ley 35 de 1982.

3ª) *¿Homicidio culposo?* —El Tribunal, luego de afirmar que se trató de “un atentado sociopolítico”, que el incendio del vehículo se produjo dentro de esos propósitos y como medio de provocación a la patrulla militar, concluye que la incineración de la monja “a lo sumo” podría “tomarse como culposa o imprudente” (fl. 969).

Resultaría presuntuoso para el ministerio público ilustrar a los honorables magistrados del más alto tribunal de justicia del país sobre la doctrina y la jurisprudencia en materia de dolo y culpa. A este despacho le basta, para rebatir la peregrina tesis del Tribunal, destacar estos aspectos: los elementos utilizados fueron preparados con anticipación, se trataba de sustancias inflamables que probaron en forma incontestable su poder devastador, los agentes lanzaron los artefactos por ambos costados del vehículo y no dieron a los ocupantes oportunidad de escapar ilesos, mediante advertencias o actitudes que indicaran el peligro.

A folios 631 y 632 aparecen fotografías del vehículo y de personas de diferentes estaturas que observan por los ventanillas el interior del automotor. Ellas fueron tomadas en el sitio de los acontecimientos y poco tiempo después de su ocurrencia. ¿Por ellas puede afirmarse —con alguna seriedad— que quienes se acercaron al vehículo y lanzaron dentro de él las bombas o elementos inflamables, estuvieron en la imposibilidad física de advertir la presencia de personas en su interior?

Esas fotografías nos indican que los agresores pudieron perfectamente apreciar las personas que se encontraban dentro del automotor, tanto por el parabrisas como por las ventanillas laterales, pues, precisamente, por estas últimas lanzaron los artefactos que quemaron al sacerdote e incineraron a la monja. Ni el lugar ni la hora en que ocurrieron los hechos impedían la visibilidad.

No hubo de parte de los agresores palabras o actitudes que denunciaran sus intenciones y que permitieran a los ocupantes del vehículo advertir el peligro inminente. El incendio se produjo en segundos y las llamas que se levantaron alcanzaron al padre Cañaverál en varias partes del cuerpo y determinaron la muerte de la monja. Solo el conductor Giraldo logró salir indemne, porque adivinó los propósitos de los enmascarados y se lanzó al exterior por la puerta izquierda.

De un comportamiento esencialmente doloso —lanzamiento de sustancias inflamables—, en las circunstancias tantas veces invocadas en este escrito, ¿puede derivarse un resultado meramente culposo? ¿Cómo deben calificarse las lesiones causadas al sacerdote: culposas como el homicidio en la monja Cañaverál?

Para destacar el carácter doloso de la conducta con todos sus resultados, nos remitimos a los claros y exactos conceptos que el ponente de la providencia del 3 de diciembre de 1982 consigna en su estuenda obra *Derecho penal*

fundamental (Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 434 a 436), a propósito del llamado dolo eventual:

“En cambio se habla de dolo eventual con respecto a la conciencia y volición de los efectos concomitantes posibles y probables que el sujeto no ha querido evitar y que por tanto ha incluido en el ámbito de su empresa voluntaria.

“No hay diferentes consecuencias según que el dolo sea directo o eventual (al que a veces se lo denomina también condicionado o ‘indirecto’), sino que la forma de culpabilidad es la misma (dolo), lo cual no impide que el juez registre su intensidad mayor o menor para efectos de tasar la pena en cada caso concreto...”

“Frente a los efectos concomitantes posibles o probables, habrá dolo eventual si el sujeto, habiéndolos previsto, no hizo nada serio y objetivo por evitarlos (v. gr. cambiar los medios, los modos o las oportunidades), esto es, no manifestó con relación a ellos una voluntad evitativa sino, por el contrario, causativa; y habrá culpa consciente, cuando en el mismo caso de la previsión, el sujeto hizo lo que le era posible, en forma seria y objetiva, distinto de la mera esperanza, por evitarlos, sobreviniendo los efectos por imprudencia en el manejo de los medios...”

Conforme a estas enseñanzas resulta anticientífico y contrario a la realidad procesal concluir que los agentes consumaron dolosamente la asonada y el daño en el vehículo, pero que el homicidio y las lesiones adoptaron la forma culposa.

En conclusión, es indudable que los hechos aquí investigados tienen todos carácter doloso porque fueron el resultado de una sola acción y de una sola actitud síquica, cumplidas en circunstancias de tiempo, modo y lugar perfectamente demostradas (C. P., art. 36).

4ª) *Delitos conexos.*—En relación con este tema bastan estas consideraciones:

Como la descripción del art. 5° del decreto 1923 de 1978 corresponde a un delito complejo o compuesto —porque su economía comprende distintos tipos penales que protegen diferentes bienes jurídicos— sancionado con una sola pena, la conexidad resulta impertinente.

Pero como el Tribunal, en su providencia, desmembró la figura unitaria y en su libre interpretación extrajo de una parte la asonada y de la otra comportamientos dolosos y culposos en forma concurrente, y concluyó que se daban las condiciones del art. 2° de la ley, es necesario consignar algunos comentarios al respecto.

El punto de partida de la corporación es equivocado, como ya se demostró: no es lícito desconocer pronunciamientos judiciales e ignorar el carácter unitario de la figura delictiva, para utilizar elementos que convienen a los fines de la decisión y despreciar los demás.

El art. 2° de la ley 35 de 1982 señaló expresamente los factores de conexidad: es preciso demostrar a plenitud que el delito se realizó para facilitar (hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin),

procurar (hacer diligencias o esfuerzos para conseguir lo que se desea), consumir (llevar a cabo un sacrificio, un crimen) u ocultar (esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista), la rebelión, la sedición o la asonada. A juicio del ministerio público quedó por fuera —con todo acierto— la llamada “conexidad ocasional o circunstancial”. Los citados factores —de amplia tradición jurisprudencial y doctrinaria (arts. 363, nums. 3° y 4° del Código Penal de 1936 y 324, num. 2°, del Código Penal de 1980)— están dominados todos por el principio logico-jurídico de causa a efecto, de medio a fin, que, inclusive, coincide con las definiciones que de ellos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y que se acaban de consignar.

Así, pues, ciñéndonos a los planteamientos del Tribunal Superior de Medellín, tenemos esta alternativa: si los agentes previeron y quisieron el incendio del vehículo, el homicidio y las lesiones para facilitar, procurar, consumir u ocultar la asonada, habría conexidad pero todas las infracciones serían esencialmente dolosas. En estas condiciones, deberíamos pasar al estudio de las circunstancias en que tales ilícitos se realizaron para concluir si se aplica o no la amnistía (art. 3° de la ley), examen que no superan porque el homicidio —precisamente— se cometió “fuera de combate” y colocando a la víctima “en situación de indefensión” (preparación de los elementos, utilización de medios de particular poder destructivo, multiplicidad de autores, actos inesperados, dificultad de escapar de un vehículo, etc.). Pero si, por el contrario, se estima (como en verdad ocurrió) que esos ilícitos surgieron inopinadamente, sin motivo alguno y que además la asonada no existió, porque luego de la consumación de los delitos investigados se presentó el enfrentamiento con la tropa sin ninguna consecuencia, resulta extravagante cualquiera referencia a la “conexidad”.

En consecuencia, el ministerio público reitera su criterio de que los delitos contra la seguridad colectiva, la vida y la integridad personal, por las circunstancias en que se cometieron, están exceptuados de la amnistía, aun en el caso de dar por existente la asonada. Pero como este ilícito no se dio, sino el contemplado en el art. 5° del decreto 1923 de 1978, el tema de la conexidad desaparece por sustracción de materia.

PETICIONES

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría Delegada se permite solicitar muy respetuosamente a la honorable Sala de Casación Penal:

Conocer, por razón de la apelación interpuesta por el ministerio público, el auto del 3 de diciembre de 1982 por el cual el Tribunal Superior de Medellín dispuso la cesación de todo procedimiento contra todos los acusados, por aplicación de la ley 35 de 1982.

Revocar el auto del 3 de diciembre de 1982 dictado por el Tribunal Superior de Medellín que ordenó la cesación de todo procedimiento en este asunto, porque se dan las exigencias previstas en la ley 35 de 1982 para reconocer la amnistía.

En el caso de aceptarse esta última solicitud, disponer la continuación del trámite de la segunda instancia interrumpido con el proveído mencionado.

Señores magistrados,

Hernando Baquero Borda, Procurador 1° Delegado en lo Penal.

Bogotá, D.E., 14 de febrero de 1983.

INAPELABILIDAD DEL AUTO
QUE CONCEDE O NIEGA LA AMNISTÍA

Magistrado ponente, Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO

Bogotá, diez y siete de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

VISTOS:

Por apelación ha llegado a la Corte el auto proferido el 20 de enero de 1983 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Cali, que negó la nulidad solicitada por el Fiscal Sexto de la corporación de su providencia del 10 de diciembre de 1982, mediante la cual concedió la amnistía, en los términos de la ley 35 de ese mismo año, al procesado *Oscar Hernán Hurtado Ramos*, sindicado con otro del delito de daño en cosa ajena ante el Juzgado 4° Penal del Circuito de esa capital.

SE CONSIDERA:

La nulidad propuesta por el citado fiscal se hace consistir en que el Tribunal concedió la amnistía al procesado en providencia de una de sus salas de decisión y no de la corporación en pleno. Al mismo tiempo la objeta porque ordena la consulta careciendo de ese grado especial de jurisdicción.

El Tribunal, con fundamento en el decreto 1265 de 1970 negó la pretendida nulidad, pero aceptó que en el caso concreto la resolución no era consultable dada la punibilidad de la infracción por la cual se procedía. Este auto es el apelado.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita su confirmación. Sin embargo, la Corte estima que no puede revisar ese pronunciamiento, por cuanto no teniendo facultad para intervenir en los procesos de amnistía de la ley 35 de 1982, tampoco la tiene para ejercer el control jurisdiccional de las incidencias en ella suscitadas. Si no tiene competencia para lo principal, con más veras debe permanecer ajena a lo que deviene como accesorio.

En efecto: la amnistía constituye una renuncia transitoria del Estado a su potestad soberana de perseguir y castigar los delitos, animado por motivos de interés público, particularmente por causas de carácter político, para mantener o restablecer la convivencia social y, por ende, la paz. De aquí su naturaleza extraordinaria, su excepcional ocurrencia y tratamiento, y la necesidad imperiosa de que su concesión se haga sin demoras.

Si la amnistía, por sus efectos, impide la iniciación o la prosecución de la acción penal, si anula la pena y, finalmente, borra el delito, dedúcese también su índole excepcional y la urgencia de su otorgamiento mediante el desarrollo inmediato de la legislación que la establece, para, como es lógico, salvaguardar y garantizar su eficacia.

Si, además, por su naturaleza la amnistía es una medida impersonal, de carácter objetivo, esto es, que se decreta en razón del delito y no de quienes se encuentran comprometidos en su ejecución, síguese, consecuente con este criterio, la innegable especialidad y suficiencia de la ley que la consagra.

En síntesis, por tratarse de una normación extraordinaria o excepcional frente a situaciones diversas y cambiantes, los estatutos penales ordinarios se ven precisados a desentenderse de su regulación, a fin de que el legislador lo haga según las conveniencias y apremios del momento y, por tanto, para que determine las condiciones del beneficio y el procedimiento expedito que debe cursar su pronto reconocimiento. Siendo así, resulta forzoso concluir, con sobrada razón, que todo estatuto de amnistía tiene que ser *autosuficiente* o llevar en sí mismo todos los elementos indispensables para su aplicación, salvo voluntad concreta del legislador en sentido contrario.

Consecuente con estos postulados, el Código Penal de 1936 guardó silencio sobre el tema de la amnistía, y el actual Código la menciona simplemente en el art. 78 para recordarla como motivo o causa de extinción de la acción y de la pena.

Y, el Código de Procedimiento Penal, no obstante que en su libro 4, título 2, le reserva el capítulo V, no intenta hacer una cabal reglamentación de ella; por el contrario, para recalcar su carácter singular y específico, que la excluye de las regulaciones comunes, precisa en el art. 703:

“Corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con la Constitución Nacional, *aplicar* la ley que haya decretado amnistias, *mediante el procedimiento en ella indicado*”. (Subraya la Sala).

Lo que significa que en el derecho procesal colombiano las leyes de amnistía deben establecer sus propios procedimientos, sus competencias específicas, grados de jurisdicción y recursos de todo orden. Solo frente a remisión expresa pueden ser aplicadas, de manera lícita, normas de otros ordenamientos.

Sobre estas premisas, la ley 35 de 1982 presenta:

1) Fija la competencia en los tribunales superiores de distrito judicial para conocer, en forma privativa, de la amnistía. De tal manera el legislador alteró el curso normal de los procesos, pretermitió la primera instancia para darle al asunto mayor celeridad y un juez más calificado;

2) No mencionó al ministerio público como sujeto interviniente en el proceso de otorgamiento o de negación de la amnistía. Esta actitud del legislador tuvo un doble objetivo: agilizar la tramitación mediante la eliminación del concepto previo del ministerio público y crear, por este modo, una cesación de procedimiento de plano, distinta de la ordinaria prevista por el art. 163 del estatuto procedimental.

3) No indicó si esas decisiones interlocutorias se entendían de primera instancia y, por lo tanto, si debían consultarse o si eran susceptibles del recurso de apelación. El silencio sobre estos aspectos conduce a demostrar la autonomía total y absoluta de esta ley; y,

4) No estableció que el Código de Procedimiento Penal fuera tenido como legislación complementaria en todo aquello que no aparece expresamente disciplinado en ella. Esta remisión, usual en leyes especiales, fue omitida para no dar cabida a dilaciones y para no propiciar incertidumbres jurídicas de ninguna clase sobre la eficacia inmediata de este beneficio.

Aceptando estas observaciones, la Sala, por unanimidad, reconoce:

a) La cesación de procedimiento que trae la ley de amnistía es excepcional porque no requiere concepto previo del ministerio público ni obedece a las causas ordinarias que determinan la aplicación del art. 163 de la codificación procesal; y,

b) El auto interlocutorio que la concede o deniega no tiene el grado de jurisdicción llamado de consulta, porque precisamente en aquella ley no se consagra de modo expreso.

Pero, contrariando aquellas observaciones y estas últimas conclusiones, algunos sostienen:

a) Que si el beneficio debe otorgarse o negarse mediante auto interlocutorio, como lo exige la ley de amnistía, tal resolución es susceptible del recurso ordinario de apelación de conformidad con el Código de Procedimiento Penal; y,

b) Que, consecuentemente, la Corte es competente para conocer en segunda instancia, por la vía del recurso de apelación, de esas decisiones.

Para denotar el pretendido acierto de estos puntos de vista hacen referencia a informes o recomendaciones de la comisión parlamentaria que estudió el asunto, donde se dijo que aquellos autos tendrían recurso de alzada.

Sin embargo, sobre estos dos aspectos es necesario recordar:

a) No todos los autos interlocutorios admiten recurso de apelación según el procedimiento penal ordinario. Concretamente, este estatuto no traza pauta con respecto a este tópico en materia de amnistía, porque le es extraña;

b) La naturaleza de la providencia tampoco establece esta cuestionada apelabilidad para ante la Corte, pues es obvio que una resolución que pone fin al proceso o a la pena, sea motivada, pero no necesariamente apelable. Esto es lógico frente a razones de celeridad y seguridad jurídicas y ante falladores tan experimentados y capaces como los tribunales superiores.

c) La determinación de la competencia de la Corte para conocer de recursos de apelación en el procedimiento de concesión o negativa de la amnistía, no puede hacerse por interpretación extensiva. Una función de conocimiento de esta índole, tratándose del máximo organismo de justicia, no puede deducirse por vía analógica, implícita o supletoria. Debe señalarse de manera expresa, directa y precisa, como toda competencia; y,

d) La mención del recurso de apelación en los informes parlamentarios no tiene valor unívoco, puesto que puede entenderse como razón consignada para

facilitar la aprobación de la ley, o como circunstancia de trámite que debía introducirse de manera explícita o concreta. Pero, sea lo uno o lo otro, o se arbitren otras explicaciones, lo cierto y atendible es que la ley finalmente desestimó esta previsión.

De toda la argumentación precedente sobre la amnistía de que trata la ley 35 de 1982, se concluye:

a) Los tribunales superiores de distrito judicial son los únicos competentes para otorgarla o denegarla;

b) Deciden mediante auto interlocutorio, o sea, debidamente motivado;

c) Esa especial resolución constituye una cesación de procedimiento o de pena de carácter excepcional;

d) Tal determinación carece de consulta y no tiene recurso de apelación; y,

e) La Corte no se encuentra facultada legalmente para intervenir en el proceso de concesión o denegación de la amnistía.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del ministerio público,

RESUELVE:

Abstenerse de conocer la providencia apelada de fecha y origen señalados anteriormente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Roza, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria, Lucas Quevedo Díaz.

SALVAMENTO DE VOTO

De los magistrados ALFONSO REYES ECHANDÍA Y LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Las siguientes son las razones que nos llevan a manifestar nuestro respetuoso disentimiento en relación con algunos de los fundamentos de la providencia mayoritaria.

Primero.—La amnistía para delitos políticos es causal de extinción de la acción o de la pena (C. P., art. 78), que tiene su fundamento en lo preceptuado por el ordinal 19 del art. 76 de la Constitución Política. Mediante la ley 35 de 1982, se concedió una amnistía general cuyos alcances deben ser precisados.

a) Como la Carta fundamental no señala la autoridad que en concreto debe aplicar el beneficio, corresponde a la ley que la concede determinar esa autoridad. En este mismo sentido se había pronunciado la Corte en precedente oportuno cuando, en auto del 23 de marzo de 1971, dijo: "...la Carta no dice quién debe darle aplicación a la norma de amnistía, esto es, ordenar la cesación del procedimiento en los negocios en curso, y por ello bien puede la ley disponer que sean autoridades judiciales las que decidan sobre esa gracia, como lo hizo la 36 de 1945 (art. 5°), y según se prescribió en los decretos 1823 de 1954 (art. 2°), 2026 del mismo año (art. 1°) y 250 de 1958 (arts. 320, ord. 4° y 324, ord. 4°)". (CXXXVIII, 495).

De conformidad con lo anterior, es obvio que una ley especial que otorgue la gracia de la amnistía y señale la autoridad que en concreto debe concederla, puede modificar el art. 703 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye al presidente de la república la aplicación de la ley que haya decretado amnistías; el art. 324, num. 4°, del Código de Justicia Penal Militar, que confiere competencia al Tribunal Superior Militar para "resolver en primera instancia sobre el beneficio de amnistía", y el num. 4° del art. 320 del mismo ordenamiento que da competencia a la Corte para conocer, por apelación, de las sentencias sobre amnistía proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar.

b) El Código de Procedimiento Penal no establece un trámite especial para la aplicación de la ley de amnistía; se limita a decir que esta se concederá "...mediante el procedimiento en ella —la ley— indicado".

Por manera que, en atención a lo anteriormente dicho, corresponde a la ley que concede la amnistía determinar la autoridad llamada a concederla y establecer el procedimiento para otorgarla.

Segundo.—En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la concesión de la amnistía es necesario, igualmente, hacer algunas consideraciones con el fin de evitar equívocos.

a) Dispone el art. 4° de la ley 35 de 1982 que el Tribunal "...decretará la cesación de procedimiento por medio de auto interlocutorio". Recuérdase, sin embargo, que esta norma no aparecía consignada de esta manera en el proyecto original, pues allí se hablaba de una libertad provisional para los sindicados y de la suspensión condicional de la pena para los condenados (arts. 1° y 2°), que debería conceder el juez que tuviera el proceso, en decisión contra la cual no procedía recurso alguno (art. 3°). Posteriormente se introdujeron algunas modificaciones, y en el pliego pertinente apareció el art. 4° que era del siguiente tenor:

"Las autoridades que estén conociendo, por competencia, por cualquier recurso o por consulta, algún proceso relacionado con las infracciones a que se refieren los artículos 1° y 2° de esta ley, procederán a decretar la cesación de procedimiento y de conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Tal providencia deberá ser consultada".

Con respecto a este artículo se dijo en la exposición de motivos, lo siguiente:

"Finalmente, la subcomisión consideró que el trámite establecido en el art. 163 del C. de P. P., resulta muy engorroso, que implica el concepto previo del ministerio público, hace obligatoria la consulta de la providencia que se dicte en uno u otro sentido, razón por la cual, después de haberse pensado en el reenvío de los expedientes, una vez dictadas las providencias por los tribunales superiores a dicho artículo, se optó por la fórmula establecida en el art. 705 del C. de P. P.

"Es que, como bien lo describió la subcomisión, si bien todos tenemos interés en que esta ley se aplique con seguridad y con seriedad, también resulta de mucha importancia la celeridad..." (*Anales del Congreso*, núm. 67, 21 de octubre de 1982).

Este punto fue ratificado en la ponencia para segundo debate suscrita por el representante Carlos Mauro Hoyos. En ella se dijo: "El procedimiento por medio de auto interlocutorio distinto al trámite del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal hace más rápida la aplicación de la amnistía" (*Diario Oficial* núm. 36133 bis, del 20 de noviembre de 1982, pág. 552).

De manera que un examen de los antecedentes de la ley 35 de 1982 lleva a la conclusión de que fue inicial propósito del legislador que la amnistía se tramitara por la vía del art. 163 del Código de Procedimiento Penal; no obstante, prevaleció el criterio de que la cesación de procedimiento se concedería por medio de un auto interlocutorio, para acelerar el trámite, pues por esta manera se evita el traslado previo al agente del ministerio público y el grado jurisdiccional de la consulta.

b) Como la ley 35 de 1982 expresamente dispone que la decisión sobre la amnistía debe tomarse mediante un auto interlocutorio, surge de esta premisa la necesidad de reconocer que contra dicho auto proceden los recursos ordinarios de esta clase de providencias.

Los trabajos preparatorios de la ley que constituyen la historia fidedigna de su establecimiento y, por lo tanto, aconsejable mecanismo de hermenéutica

para precisar su alcance, así lo indican. En efecto, en la citada ponencia del representante Carlos Mauro Hoyos se lee:

"Es conducente reparar en la calidad de la autoridad que aplicará la ley: los tribunales superiores; y fue unánime la aceptación en la subcomisión de la fórmula para que ellos se encargaran del estudio de los distintos procesos, que es garantía para los implicados, por la jerarquía del fallador. El mismo recurso ante la Corte Suprema de Justicia es otra garantía y servirá además para que se unifique la jurisprudencia en este arduo tema de los delitos políticos que tanta controversia suscita".

Además, de conformidad con lo preceptuado por el art. 196 del C. de P. P., todos los autos interlocutorios son apelables. Esta regla no tiene operancia solo en los siguientes casos:

1) Cuando el legislador expresamente dispone que un auto de esta clase no tiene recurso de apelación. Tal es el caso de la providencia que niega la recepción de indagatoria, que es interlocutoria porque en ella se niega un medio de prueba en decisión que debe ser motivada, pues "Contra esta providencia solo procede el recurso de reposición que interponga el agente del ministerio público" (C. de P. P., art. 384). Tampoco procede el recurso de apelación contra el auto que decide una solicitud de *habeas corpus*, por expreso mandato del art. 422 ibídem.

2) Cuando los autos exigen un procedimiento especial que concluye, sin necesidad de apelación, con una revisión que debe hacer el superior. Tal es el caso de los autos que deciden sobre un impedimento o recusación (C. de P. P., arts. 79 y ss., C. de P. C., art. 144, inciso final, que así lo indica en forma expresa), o de aquellas que dirimen un conflicto de competencias (C. de P. P., arts. 69 y ss.).

3) Cuando ciertos autos, por razón de su naturaleza, solo pueden ser dictados por el funcionario de primera instancia. Tal es el caso de los interlocutorios que se dictan con fundamento en el num. 9° del art. 453 del C. de P. P., pues trascurrido el término que allí se indica y cuando exista mérito para llamar a juicio, solo el juez del conocimiento está en posibilidad de negar la excarcelación y disponer de inmediato el cierre de la investigación.

Como la amnistía se concede por medio de un auto interlocutorio que no está exceptuado legalmente de los recursos que caben contra esta clase de providencias, es obvio que esta es susceptible de los recursos ordinarios previstos en la ley (C. de P. P., arts. 194 y 196).

c) Por último, cabe anotar que el recurso de apelación contra el auto que resuelve sobre la concesión de la amnistía es la necesaria consecuencia del principio de la doble instancia, vigente en nuestro ordenamiento.

En efecto, tal principio está consagrado en el art. 8° de la ley 16 de 1972, que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la ley 74 de 1968 que incorporó a nuestra legislación el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

En esta forma dejamos consignado nuestro salvamento de voto.

Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana Rozo.

Bogotá, mayo 19 de 1983.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia DERECHO DE DEFENSA DEL MENOR Inexequibilidad parcial del artículo 646 del Código de Procedimiento Penal

Magistrado ponente, doctor MANUEL GAONA CRUZ

Actor: Alfonso López Carrascal

Mayo 10 de 1983.

El ciudadano *Alfonso López Carrascal*, solicita la declaratoria de inexequibilidad del precepto de la referencia.

I. Texto de la norma acusada

Ella forma parte del decreto extraordinario 409 de 1971, por el cual se reformó el Código de Procedimiento Penal y se codificaron sus normas, y que dice: "Art. 646.—*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados.* El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

II. Fundamentos de la demanda

En sentir del actor el precepto acusado es violatorio de los arts. 2°, 16, 17, 26, 31, 40 y 76-12 de la Constitución.

Sus argumentos esenciales son los siguientes:

1. Las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, no facultaban expresamente al presidente de la República para excluir el ejercicio no oficial de la abogacía ni para permitir

que abogados no oficiales pudieran en cambio pedir pruebas contra un menor acusado (C. de P. P., art. 645).

El ejecutivo excedió lo expresamente ordenado en dichas leyes, al expedir el precepto acusado.

2. De conformidad con el art. 2° de la Carta, la justicia penal, y más la de menores, debe asegurar, como poder público, la garantía constitucional del derecho de defensa. El art. 646, en cuanto niega esa garantía, infringe el constitucional citado.

3. Frente al art. 16 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a una defensa integral, y si los menores no tienen plena capacidad para comparecer por sí mismos, los padres o el propio juez deben designarle defensor. Y es inaceptable que unos funcionarios públicos que forman parte del Instituto de Bienestar Familiar, sean los únicos que puedan defender al menor.

4. Según el art. 1° del decreto 196 de 1971 sobre la abogacía, en concordancia con el 17 de la Carta, la principal misión del abogado es el perfeccionamiento del orden jurídico, la realización de una recta y cumplida administración de justicia y defender en ella los derechos de la sociedad y de los particulares. Al limitarle al

abogado con el artículo acusado el ejercicio de su profesión, se desprotege el derecho al trabajo consagrado en el art. 17 de la Carta.

5. Restringirle al menor y a sus padres el derecho a ser defendido por abogados particulares y obligarlo a la defensa oficial del defensor de menores, es contrario al art. 26 de la Carta, que consagra el derecho de defensa, y al numeral 3 del art. 14 de la ley 74 de 1968, por la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el que se establece que toda persona tendrá derecho en plena igualdad a la garantía mínima de ser asistida por un defensor de su elección.

6. El precepto acusado viola además el art. 31 superior en cuanto consagra un monopolio del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, discriminatorio del ejercicio de la abogacía.

7. Conforme al art. 40 de la Carta, que consagra que solo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título y que este es condición para ejercer la profesión, es distinta la calidad de defensor de menores, como funcionario remunerado por el Estado, respecto del cual la ley no exige que sea abogado, de la de abogado titulado en ejercicio, por lo cual no siempre coinciden esas dos calidades y el precepto acusado viola el constitucional.

III. El procurador

El jefe del Ministerio Público solicita que se declare inexecutable en art. 646 acusado, por estimarlo contrario a los arts. 10, 16 y 26 de la Constitución, con fundamento en los siguientes razonamientos:

1. Los procesos que adelantan los jueces de menores no son propiamente criminales o penales, sino correctivos, de reorientación, protectores y educativos del menor infractor, pero ello no implica que a los menores infractores se les pueda desconocer las garantías procesales consagradas en favor de todas las personas en los arts. 16 y 26 de la Carta. Tales garantías comprenden el derecho pleno de defensa, con la asistencia jurídica de

apoderado o defensor que lo represente a lo largo del proceso.

2. Se transcribe al respecto la sentencia de la Corte, de octubre 2 de 1981, en la que se precisa el alcance del art. 26 de la Constitución en cuanto a los principios del debido proceso, de la libertad, de la igualdad ante la ley y de la seguridad y el derecho de defensa.

Dichas garantías, agrega el procurador, buscan asegurar que todo proceso se cumpla observando la plenitud de sus formas, especialmente el derecho de defensa y de postulación, de controversia probatoria, de presentar explicaciones, de alegar y hacer valer en su favor pruebas y de cuestionar las decisiones que se adopten.

3. Impedir al menor infractor ser representado por un abogado es una discriminación odiosa que hace ilusorias las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa, y contradice el principio de igualdad de las partes, que es una manifestación del de la igualdad de las personas ante la ley, según el art. 10 de la Carta, ya que, según sentencia de la Corte, de 30 de marzo de 1978: "La ley debe ser la misma para todos, sin distinción de ninguna naturaleza, refiérase a derechos u obligaciones. Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y otros".

IV. Consideraciones de la Corte

Primera: *La competencia y el principio de la cosa juzgada.*—1. Según lo ordenado en el art. 214 de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la demanda formulada contra el art. 646 del Código de Procedimiento Penal, por formar parte de un decreto extraordinario con fuerza de ley.

2. Deja en claro esta corporación que mediante sentencia suya de 7 de setiembre de 1953, a la que no alude la Procuraduría, había sido declarado executable el art. 30 de la ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño"; pero que esta

norma fue luego subrogada por la que se acusa e incorporada al Código de Procedimiento Penal.

Con todo, respecto del precepto acusado no opera el principio de la cosa juzgada, porque su redacción no es idéntica a la del legal que había sido declarado executable, y porque, además, aquel es de contenido y de naturaleza diferente y corresponde a contextos constitucionales y legales distintos, como en seguida se analizará:

3. Se transcriben a continuación los textos de ambos artículos con el propósito de lograr su cabal comprensión comparativa:

a) El art. 30 de la ley 83 de 1946, que fue declarado executable, decía:

"Art. 30.—El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados por esta ley, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

b) El art. 646 ahora acusado del Código de Procedimiento Penal, que subrogó el precedente, dice:

"Art. 646.—*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados.* El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Hace ver la Corte que las primeras expresiones que se subrayan del artículo 646 ("Comparecencia del menor. Exclusión de abogados"), no se encontraban en el art. 30, y que las subrayadas en segundo término ("en este capítulo"), son de redacción diferente. O sea que, formalmente, los cánones no son idénticos sino apenas similares.

4. Naturalmente la mera diferencia de redacción o de forma entre los dos preceptos no es asidero suficiente, sino mero punto de partida, para demostrar la enti-

dad diversa de la disposición. Pero la distinción es también de contenido.

En efecto:

Según el art. 30, que fue declarado executable por la Corte, el acto de comparecencia del menor y todo lo relacionado con su defensa se llevaba a cabo sin intervención de abogado, "a excepción de los casos especiales preceptuados en esta ley", es decir, en la 83 de 1946, parcialmente aún vigente, cuyo cuerpo es de 132 artículos y cuya materia se refiere no solo a la jurisdicción de menores, sino además a las medidas correctivas del juez, al procedimiento para el caso de menores abandonados o en peligro, a los establecimientos de educación, a las relaciones entre el juzgado y las casas de educación, a los alimentos, a la investigación de la paternidad, al Consejo Nacional de Protección Infantil, a los comités departamentales, al trabajo de menores, a su protección moral y física, y a "disposiciones varias" al final del estatuto. Tan extenso, orgánico y complejo contenido sobre la legislación de menores, permite colegir que el contexto de aquel art. 30 sobre la excepción de intervención de abogado respecto de la ley, era también amplio y múltiple.

Pero, en cambio, el art. 646 acusado establece que aquel acto de comparecencia y lo relativo a la defensa del menor se llevarán a cabo sin intervención de abogado, "a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo", es decir, en el capítulo II, del título V, del libro tercero, del Código de Procedimiento Penal, que comprende de los arts. 627 a 659, cuyo contenido se refiere apenas a los "juicios ante los jueces de menores" y no a los demás aspectos mentados de la ley 83 de 1946; y, lo que es más llamativo, el predicamento exceptivo consagrado en dicho precepto es de mera forma, por cuanto al examinar los 34 artículos a que alude del capítulo que se comenta, encuéntrase que *el enunciado no corresponde a ninguna excepción*, pues en ninguno de los preceptos del capítulo se consagra la posibilidad de que el menor sea defendido o asistido por abogado: en este

aspecto específico el art. 646 es, además de inocuo, contradictorio, y no más por eso, de contenido diverso al del art. 30.

Más aún: el contexto legal del art. 646 del Código de Procedimiento Penal, es, *per se*, ya no en cuanto a la específica parte de la excepción antes referida, sino en cuanto a toda la norma, todo el Código, y, por absurdo contraste, dicho Código no solo no exime a ninguna persona de su derecho de ser defendida y asistida por abogados, sino que prohíbe que a alguien, así sea inimputable, se le desconozca o limite este derecho.

En consecuencia, también es distinto el contexto de la ley 83 de 1946 respecto de su art. 30, al del Código respecto de su art. 646; tan distintos que en relación con la no asistencia de abogado la ley permitía excepciones, y en cambio el Código solo termina consagrando como única excepción al principio general de asistencia de apoderado precisamente la del art. 646, que, por lo tanto, resulta contrario frente a toda la legislación procesal penal.

5. Tampoco puede olvidar la Corte que el contexto constitucional de la disposición que ahora se juzga, frente al de la que se declaró exequible, es también diferente, no tanto y solo porque los mismos preceptos constitucionales ante los que se confrontasen una y otra, siendo los mismos, deben estar referidos a otras disposiciones constitucionales, derogadas hoy, en un caso, o nuevas, en el otro, sino además y ante todo porque *dada la naturaleza diversa del art. 30, que lo era de una ley, acto formal del Congreso, como legislador ordinario, frente a la del art. 646, que lo es de un decreto-ley, acto del legislador extraordinario, investido de facultades por el ordinario*, hay necesidad en este caso de examinar el precepto acusado no solo respecto de los constitucionales que atañen a las leyes, sino a los decretos, en cuanto a su extemporaneidad, extralimitación material y adecuación del ejercicio de las facultades.

6. Entonces, por lo expresado, siendo diferentes el artículo legal declarado exequible y el ahora acusado del decreto, por

su redacción y forma, por su contenido, por su contexto legal y constitucional y por su naturaleza, no es permisible pensar en un fallo inhibitorio de la Corte por efectos del principio de la *res iudicata* sobre la disposición que se examina. En materia constitucional no hay traslación normativa hacia la cosa juzgada, no solo por las razones precedentes sino por el fenómeno de la supervención constitucional, conforme al cual, una norma de fuerza legal declarada exequible, puede luego resultar inconstitucional ante nuevas disposiciones constitucionales.

Por lo tanto, el fallo será de mérito.

Segunda: *Las leyes de facultades extraordinarias*.—1. Reitera la Corte que conforme a su jurisprudencia anterior al respecto, el art. 646 del decreto extraordinario 409 de 1971 no adolece del vicio de extemporaneidad con relación al tiempo señalado para su expedición en las leyes de facultades extraordinarias 16 de 1968 y 16 de 1969.

2. En cuanto a la alegada extralimitación por razón de la materia a que alude el demandante, tampoco se encuentra reparo alguno, pues según el literal a) del ordinal 11 del art. 20 de la ley 16 de 1968, el gobierno había sido investido de facultades extraordinarias, para "a) Determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes compete la instrucción penal y disponer a quién o quiénes corresponde el nombramiento de estos funcionarios".

De la anterior disposición legal la Corte infiere que el gobierno estaba investido para regular mediante el art. 646 del Código de Procedimiento Penal la forma de comparecencia y de defensa de los menores en relación con los delitos por ellos cometidos y con las medidas correctivas y punitivas correspondientes.

Además, de conformidad con lo previsto en el art. 6° de la ley 16 de 1969, por la que se adicionó la de facultades 16 de 1968, estas se ampliaron y complementaron, en la siguiente forma: "El presidente de la República, al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió

la ley 16 de 1968 en el ordinal 11), literal a) del art. 20, determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales; ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

De esta atribución extraordinaria de la ley al gobierno se deduce que este había quedado autorizado no solo para modificar el art. 30 de la ley 83 de 1946, sobre la forma de comparecencia y defensa del menor en materia penal, sino para incorporarla, subrogándola, como lo hizo, al Código de Procedimiento Penal.

Podría pensarse, por lo afirmado por la Procuraduría, que no quedó clara la atribución extraordinaria del ejecutivo para haber expedido el artículo acusado, pero solo si se partiera de la base de que el régimen jurídico de menores y su jurisdicción especial, fuese exclusivamente correctivo y educativo del menor, y no penal. Pero, aunque la Corte no niega la naturaleza especial de la jurisdicción "penal" de menores, de propósitos no solo punitivos, sino además protectores, preventivos y reorientadores, es evidente que la inclusión del precepto en la legislación codificada del procedimiento penal estaba autorizada al tenor de lo dispuesto en el ordinal 11 del art. 20 de la ley 16 de 1968 y del art. 6° de la ley 16 de 1969. De otra parte, aun el propio art. 30 de la ley 83 de 1946 que se subrogó por el acusado, tenía una fundamentación esencialmente penal según lo previsto en sus arts. 1°, 2°, 12, 14 y 39, entre otros, relativos, en su orden, a la enunciación de las materias penales sobre menores, al juez competente de juzgamiento de delitos de menores, a las circunstancias de flagrancia y cuasiflagrancia delictiva de los menores, a las modalidades de detención y retención de menores sindicados y delincuentes, y al tratamiento de reclusión en penitenciaria cuando el sujeto hubiera dejado de ser menor.

La Corte parte del supuesto de que el

precepto que aquí se juzga corresponde a una legislación protectora y a una jurisdicción especial de menores y al carácter no solo procesal penal sino también resocializador y educativo o pedagógico de ellas, pero no puede desconocer que el art. 646 sea también de entidad penal, no solo porque el tratamiento benévolo al menor no lo exonera de la imposición de medidas tuitivas, sino porque la legislación procesal penal es especialmente favorable al derecho de defensa de todo procesado, en su calidad de persona, sea o no menor.

Tercera: *El debido proceso, el derecho pleno de defensa y la igualdad de las personas ante la ley y de las partes ante el juez*.—1. Tiene establecido la Corte, y no de ahora sino por tradición jurisprudencial, que toda disposición legal o de jerarquía menor, procesal o no, penal o no, debe respetar y en su caso garantizar los principios normados en los arts. 10, 16, 23 y 26 de la Constitución, sobre el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las personas ante la ley y de las partes ante su juzgador.

Es clara además la indeleble huella de la doctrina de esta corporación en el sentido de que esos principios cobran mayor realce cuando se juzga la exequibilidad de normas procesales de naturaleza punitiva y de que su indefectible entidad es prevalente sobre cualquiera otra regulación, llámese pedagógica, educativa, reorientadora, resocializadora o benevolente, sobre conductas exculpativas, exonerativas, exentas, disculpables o atenuantes de responsabilidad punible.

No se pretende aquí imponer unos principios recientes de "penalización del derecho constitucional", sino de mantener los básicos de "constitucionalización del derecho penal", que son consustanciales a la doctrina sobrepositiva legal del "constitucionalismo", o, al decir de ahora, a la ideología o "ideocracia" del Estado de Derecho, y que son inherentes a los denominados "derechos y libertades procesales".

Es indispensable además hacer ver que tales presupuestos procesales consti-

tucionalizados han sido ya prohijados por el denominado "Derecho Ecuménico" de las naciones civilizadas del orbe, como una de las pocas conquistas claras de naturaleza universal, plasmadas en cláusulas normativas multilaterales de naturaleza suprallegal, como pactos o tratados internacionales de derecho público.

2. Prohija de nuevo la Corte la jurisprudencia del fallo de octubre 2 de 1981, al cual se refiere el señor procurador, en relación con el alcance de los principios del debido proceso y del derecho de defensa, que en lo pertinente dice:

"El debido proceso.

"Este concepto se hace derivar especialmente de las normas contenidas en el art. 26 de la Constitución Nacional: toda persona debe ser juzgada conforme a ley preexistente al acto que se impute, ante funcionarios judiciales competentes y cumpliendo todas las formas propias de cada juicio. Además, en asunto penal ha de prevalecer la ley permisiva o favorable sobre la restrictiva o desfavorable, aun en el caso de que aquella sea posterior a esta".

Y en la que más adelante se agrega:

"El derecho de defensa.

"El derecho de defensa emana también del art. 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay, sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los «Pactos Internacionales de Derechos Econó-

micos. Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos», aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y convertidos en norma nacional mediante nuestra ley 74 de 1968..."

3. Hállase entonces que el art. 646 del Código de Procedimiento Penal es inconstitucional en cuanto dispone, en aras de una ambigua sobreprotección al menor, que el acto de su comparecencia y otros relativos a su defensa se llevarán a cabo sin intervención de abogado. Este veto al abogado defensor es, a juicio de la Corte, un cercenamiento indebido del derecho constitucional del menor a ser defendido por abogado, como lo tiene todo ser humano, sindicado, imputable o no.

Si lo que se buscó con el artículo de que se trata fue favorecer al máximo al menor y presuponer su oficiosa e instituida defensa mediante la asignación de esa tarea a los denominados "defensores de menores", no resulta acorde con la Carta ese propósito si se toma en cuenta que según el art. 7° de la ley 83 de 1946, aún vigente, dichos funcionarios tienen por misión no solo "la defensa de los intereses del menor, ya presentando pruebas y razones en favor de su inocencia...", sino además la contradictoria respecto de cualquier defensor, de presentar pruebas, "...desmostrativas de su culpabilidad".

Y si lo que el precepto acusado pretende es resocializar, reeducar o reorientar al menor que realice hechos previstos en la ley penal, y que esas medidas sean en ocasiones las "más convenientes para la salvación del menor" (art. 7°, *ibidem*), tampoco corresponde a la Carta que el bien de la libertad de la persona se pueda sacrificar por el de su reeducación sin libertad, tanto más cuanto que al tenor del art. 655 del mismo Código, cuando no se haya logrado la corrección del procesado este podrá ser recluso entre los 21 y 25 años de edad en una "penitenciaria".

4. Para el caso *sub lite*, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a este el derecho a su defensa y a ser juzgado

por igual conforme a normas preexistentes, nitidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros.

Dicho postulado implica además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado o condenado; de garantizar a estos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presume su inocencia mientras no se les demuestre lo contrario y a que en caso de duda esta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ("demostrabilidad") corresponda al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al inculcado; y de que toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de este de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

Frente a la Constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicado o por quien

lo represente en caso de que aquel sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles. La Corte no recrimina esas tareas.

Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no puedan ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos, sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los arts. 10, 16, 23 y 26 de la Carta.

Cuarta: *La abogacía*.—1. Mediante sentencia de mayo 22 de 1975, esta corporación declaró exequibles, entre otros, los arts. 1° y 2° del decreto extraordinario 196 de 1971, "por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía".

El texto de los dos mentados preceptos declarados constitucionales es el siguiente:

"Art. 1°.—La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia".

"Art. 2°.—La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas".

Sustentóse la Corte, obviamente, en el art. 40 de la Carta, en el que se consagra la obligación de litigar valiéndose de quien tenga la calidad de abogado titulado e inscrito.

Y hallaba como razones de su fundamentación, estas:

“¿Cómo se puede, entonces, disociar la noble labor de la abogacía, para solo mirar el aspecto de interés privado que ella pueda tener y que se traduce en un emolumento o en algo crematístico, del otro aspecto fundamental de la interrelación entre lo que el abogado realiza y el ordenamiento jurídico y social del conglomerado dentro del cual actúa? Absurdo, por lo menos, es pretender que se pueda cumplir un encargo profesional de esta naturaleza, prescindiendo de los semejantes y del papel que estos juegan en el campo de la vida social y pública.

“El ejercicio profesional del derecho es, en términos generales, la materia propia de la abogacía; y el derecho es una regla de conducta que se impone a los hombres que viven en sociedad, creándoles obligaciones, que son, a la vez, deberes sociales y jurídicos. Luego, la función social de la abogacía es evidente, siendo necesaria y justa.

“La cooperación o colaboración con las autoridades «en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia», no es deber exclusivo del abogado sino de todas las personas. Es el principal y más importante de los deberes sociales, ya que sin un orden jurídico estable y una recta y cumplida prestación del servicio de justicia, no es posible adelantar tarea alguna de desarrollo o progreso colectivo. Y por razón de su conocimiento, es del abogado de quien se exige un mayor y permanente esfuerzo para alcanzar ese fin vital”. (“G. J.”, ts. CLII y CLIII, 1979, pág. 73).

2. Con fundamento en esta jurisprudencia, agrega ahora la Corte que el art. 40 de la Carta en ningún caso permite afirmar que se le pueda prohibir al abogado obedecer la exigencia constitucional de cumplir con su deber social de defender y asistir judicialmente a quienes lo requieran, ni con su obligación de colaborar con la autoridad en la administración de justicia.

Por sentido común, que de recibo es también en el derecho, no se puede incurrir

en el tropo jurídico de que lo que es obligatorio, o lo que no lo sea, esté prohibido; ni en el de que toda excepción a un principio general suponga la prohibición contraria a la razón de ser del principio. Si se examina el inciso 2° del art. 40 de la Constitución, lo que allí se dice es que “Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito”, y que, “sin embargo, la ley establecerá excepciones”.

Sin embargo, al principio general de tener que litigar como o por medio de abogado inscrito solo se le puede oponer razonablemente la excepción legal, opcional y no imperativa, de defensa eventual sin necesidad de abogado para ciertos casos, porque el particular no pueda económicamente, o no quiera, valerse de él. Pero nunca se le podrá contraponer a aquel postulado normativo como excepción legal posible la que establezca la prohibición rotunda del derecho a solicitar a los abogados inscritos su asistencia en litigio, como lo ordena el precepto acusado. La enormidad conduce a afirmar que el abogado estorba o perjudica el derecho de defensa. Y la prohibición de ser defendido por abogado resulta aún más inconcebible cuando el proceso es precisamente de carácter penal, porque en este caso la legislación ni siquiera puede dar al procesado la opción de su defensa sin abogado, y por lo tanto menos puede imponer su prohibición. Lo que la legislación penal busca a toda costa es la defensa por parte del abogado: de oficio, como probabilidad mínima pero no como posibilidad única o excluyente, y en calidad de apoderado como probabilidad plena; pero jamás la prohibición de la plena defensa.

Por las anteriores razones, el precepto acusado es también contrario al art. 40 de la Constitución.

3. Advierte la Corte que la inconstitucionalidad parcial del art. 646 no significa que los menores sindicados no puedan seguir siendo asistidos por los defensores de menores, sino que si el menor, sus padres o sus representantes potestativos prefieren la escogencia de un abogado inscrito para su defensa, en lugar de la

mínima oficiosa, la Constitución no permite que se les prohíba a ellos hacerlo. Además, la presencia del abogado defensor del menor no es incompatible con la función coadyuvante del “defensor de menores” y por ende no excluye la gestión de este.

En consecuencia, resulta contraria a la Constitución la segunda parte del título y del cuerpo del art. 646 del Código de Procedimiento Penal, por violatoria de los arts. 26 y 40 de la Carta e incompatible con lo previsto en los arts. 10, 16 y 23 de la misma. En cambio, respecto de la primera parte de aquel título y artículo no se encuentra violación de precepto alguno de la Constitución.

V. Decisión

Con fundamento en lo expresado, y por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el procurador general de la Nación, y en ejercicio de su atribución señalada en el art. 214 de la Constitución,

RESUELVE:

1°) Declarar exequible, por no ser contraria a la Constitución, la parte del art.

646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

“Art. 646.—Comparecencia del menor... El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa”.

2°) Declarar inexecutable, por ser contraria a la Constitución, la parte restante del art. 646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

“... Exclusión de abogados... Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo se llevará a cabo sin intervención de abogado”.

Cópiese, publíquese, comuníquese, infórmese al Gobierno, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

José E. Gnecco Correa, Manuel Gaona Cruz, Luis Enrique Aldana Roza, Jerónimo Argáez Castillo, Fabio Calderón Botero, Ismael Coral Guerrero, Manuel Enrique Daza A., José María Esguerra Samper, Dante L. Fiorillo Porras.

SALVAMENTO DE VOTO

De los magistrados doctores CARLOS MEDELLÍN, RICARDO MEDINA MOYANO, LUIS CARLOS SÁCHICA, HUMBERTO MURCIA BALLÉN, HÉCTOR GÓMEZ URIBE, FERNANDO URIBE RESTREPO y DANTE

L. FIORILLO PORRAS, en relación con la anterior providencia de la Corte.

Mediante la anterior providencia, la Corte por mayoría de votos ha resuelto declarar parcialmente inexecutable el art. 646 del Código de Procedimiento Penal, que forma parte del capítulo referente a los juicios ante los jueces de menores, en cuanto dispone que "Este acto, como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Consideramos, por el contrario, que la citada norma es executable. Disentimos, por lo tanto, respetuosamente, de la decisión mayoritaria, por las razones que someramente se expresan a continuación.

1º) Cabe observar, en primer término, en lo cual nos hallamos parcialmente de acuerdo con la ponencia mayoritaria, que ciertamente, en cuanto al ejercicio de las facultades otorgadas por el Congreso, no hubo exlimitación por parte del ejecutivo. Por supuesto no estamos de acuerdo en que el artículo acusado, por el mero hecho de su traslado de la ley "orgánica de la defensa del niño" al prementado capítulo del Código de Procedimiento Penal por razones de mera 'codificación', haya perdido su naturaleza esencial propia del régimen de menores, para en cambio adquirir la que corresponde a los delinquentes mayores de edad.

Se expresa en efecto en la decisión mayoritaria, para destacar esta última diferencia, aludiendo al texto acusado que "aquel es de contenido y de naturaleza diferente y corresponde a contextos cons-

titucionales y legales distintos... en materia constitucional no hay ósmosis ni traslación normativa hacia la cosa juzgada, no solo por las razones precedentes sino por el fenómeno de la supervención constitucional".

Con respecto al ejercicio de las facultades extraordinarias, basta con tener en cuenta lo siguiente: El Congreso de la República, mediante la ley 16 de 1968, revistió al presidente de la República "por el término de tres años a partir de la sanción", de facultades extraordinarias, entre otras cosas para "reorganizar el procedimiento penal" sobre ciertas bases determinadas en el ordinal décimo primero del art. 20.

Más tarde a dicho ordinal se le introdujeron algunas modificaciones mediante el art. 6º de la ley 16 de 1969, sin que fuera variado el plazo determinado para el ejercicio de las facultades. En desarrollo de estas, el 27 del mes de marzo de 1971 se expidió por el ejecutivo el decreto 409, mediante el cual se introdujeron algunas reformas al citado Código de Procedimiento Penal y se codificaron sus normas.

Fue así como el ordinal decimoprimer del art. 20 de la primera de las leyes citadas, revistió al presidente de facultades "para reorganizar el procedimiento penal sobre las siguientes bases:

"a) Determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes compete la instrucción penal y disponer a quién o quiénes corresponde el nombramiento de estos funcionarios;

"b) Señalar el número de funcionarios de instrucción criminal, sus atribuciones, su organización, dotación y asignaciones, con la finalidad de hacer eficaz la administración de justicia;

"c) Crear y organizar en la Procuraduría General de la Nación las dependencias y cargos que se consideren indispensables para el cumplimiento efectivo de sus funciones actuales, de las otras que se le confieren de acuerdo con la presente ley, y para la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de la policía judicial;

"d) Fijar los viáticos y gastos de transporte, así como suministrar el material de trabajo y vehículos que requieran los instructores para el cumplimiento de sus funciones y establecer un sistema que agilice el pago oportuno de los primeros y la rápida obtención de los otros".

Y ulteriormente, la segunda de las leyes mencionadas, la núm. 16 de 1969, dispuso al respecto en su art. 6º lo siguiente:

"El presidente de la República al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió la ley 16 de 1968 en el ordinal 11, literal a) del art. 20, determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales; ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

En desarrollo de tales facultades, el ejecutivo incorporó en el Código de Procedimiento Penal el texto demandado. Cabe observar empero que los arts. 614 a 622 del Código de Procedimiento Penal, correspondientes al capítulo II "Juicios ante los jueces de menores", del título V "Juicios especiales", habían sido derogados por la ley 83 de 1946 *orgánica de la defensa del niño*, la cual dispuso en su art. 30 lo siguiente:

"El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a ex-

cepción de los casos especiales preceptuados por esta ley, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

Una perfunctoria comparación de esta norma con el artículo impugnado, conduce a las siguientes conclusiones:

1ª) El texto de la norma no sufrió absolutamente ninguna *modificación sustancial*.

2ª) El ejecutivo se limitó, de un lado a incorporar la norma al estatuto de procedimiento penal, condiciéndola bajo el número 646 y de otra a titular la norma con el epígrafe "*Comparecencia del menor. Exclusión de abogados*".

3ª) Finalmente, en la última parte del artículo, al aludirse a los casos exceptuados, el art. 30 de la ley 83 dice "por esta ley", y el art. 646 expresa a su turno: "en este capítulo", cambio este meramente mecánico determinado por la actividad codificadora, si se advierte que el último artículo citado, corresponde al capítulo II "Juicios ante los jueces de menores", nuevamente incluido o codificado en su totalidad, en el estatuto de procedimiento penal.

Conclúyese diáfamanamente de lo anterior, como ya se ha observado, que el ejecutivo legislador del año 71, en uso de las atribuciones conferidas por el Congreso para 'codificar' las normas de procedimiento penal, lo único que hizo en el caso que se comenta fue incluir o transcribir bajo el número 646 el art. 30 de la ley 83 de 1946.

Así, pues, los antecedentes de la norma acusada demuestran sin equívoco alguno que el legislador del año 71 no hizo otra cosa que "codificar" en el estatuto de procedimiento penal, con el número 646, el art. 30 de la ley 83 de 1946, sin introducirle modificación alguna en cuanto al procedimiento en él previsto, y sin modificar, por lo tanto, ni sus fines ni su contenido esencial.

Y cualquiera que para tales efectos el gobierno se encontraba facultado, según ya se ha visto, por el art. 6º de la ley 16 de 1969, no es dable predicar en modo alguno una exlimitación de funciones por parte de aquel. Ciertamente

el dicho artículo dispone que el presidente "ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado".

Entre otras cosas, si la 'codificación' del artículo entrañaba la modificación esencial de su alcance y de su contenido, como lo expresa la ponencia, entonces sí, sin lugar a dudas, se estarían desbordando las facultades otorgadas al ejecutivo.

2º) En cuanto a la violación del derecho de defensa de los menores, invocado por el libelista y por la Procuraduría y aceptado por la ponencia; y por supuesto teniendo en cuenta los antecedentes ya precisados, resulta indispensable observar que la ley 83 de 1946, tanto en el ámbito teórico como en el práctico significó una auténtica revolución social y jurídica, en la cual se pretendió despenalizar el tratamiento de los menores infractores, para incluirlos por el contrario en un contexto normativo esencialmente pedagógico o educativo, familiar y mayormente de carácter proteccionista y paternalista.

En tales términos, no encontramos razón alguna valedera para que la Corte se aparte ahora de lo decidido por ella unánimemente en la sentencia dictada el 7 de setiembre del año de 1953, precisamente al declarar la exequibilidad, con el concepto favorable de la Procuraduría General de la Nación, del tantas veces citado art. 30 de la ley 83 de 1946 ("G. J.", t. LXXVI, núm. 2133, págs. 196 y ss.). Allí se afirmó ciertamente que:

"Las leyes dictadas en favor de la niñez no pueden reputarse de índole estrictamente penal, no puede tomarse el sustantivo 'defensa', usado en aquellas como sinónimo de la 'defensa' que pueden ejercer los delincuentes mayores del límite de 18 años que fija la ley para ser sujetos al derecho penal común y en los cuales es obvio presuponer la existencia de un juicio. La ley 83 de 1946 no ordena al juez formar un proceso para imponer sanciones penales al menor que ha violado la ley, sino que lo obliga a tomar una información

detallada del hecho y de las circunstancias en que se ha consumado, de los motivos determinantes, de la conducta de los padres o de las personas de quienes ha dependido el menor, del ambiente social en que ha vivido, de sus enseñanzas y ejemplos y de todas las condiciones de índole personal, familiar y social en que ha nacido el pequeño trasgresor, a fin de prestarle «la asistencia y protección» a que tiene derecho y para reeducarlo con la finalidad primordial de reintegrarlo a la sociedad como elemento sano y eficaz.

"Para decirlo claramente, la ley 83 de 1946 no tiene por orientación primordial estatuir la penalidad propiamente dicha de los menores infractores, sino la de salvar al menor a fin de que no prosiga la senda delictiva.

"Esta es la razón por la cual se creó una jurisdicción especial, encargada del estudio profundo del menor que ha violado la ley penal, del ambiente dentro del cual ha venido actuando y de los medios más adecuados o eficaces para obtener su preservación, reeducación y readaptación al medio social. Es también el motivo para que se haya otorgado al juez de menores la facultad de adoptar aquellas medidas que su sabiduría y su celo provisor le indiquen para lograr la salvación del menor, ya que su misión es altamente paternal y protectora y está dotada del carácter singularísimo de procurar la reeducación del menor que ha delinquido, o de la de preservarlo cuando se halla en trance de delinquir.

"Sin embargo, en el supuesto remoto de que el funcionario aludido diera espaldada al cumplimiento de esta función, entonces el mismo estatuto dota al menor de eficientes instrumentos de defensa, como lo son el señor promotor-curador, los padres, siempre que sean dignos de haberlo, o los curadores, guardadores o personas de quienes dependa".

Por lo tanto, tampoco nos hallamos de acuerdo con la ponencia cuando se refiere a la aplicación de los principios propios del derecho de defensa en los procesos penales, al tratamiento de los menores, que en sentido estricto ni es proceso ni

es penal y que parece concretar, cuando aludiendo a tales principios expresa que ellos:

"son consustanciales a la doctrina sobrepositiva legal del 'constitucionalismo', o al decir de ahora, a la ideología o 'ideocracia' del Estado de Derecho, y que son inherentes a los denominados 'derechos y libertades procesales'".

A lo acertadamente afirmado por la Corte en la sentencia, cuyos apartes hemos transcrito, conviene sin embargo añadir las siguientes observaciones:

a) A partir de la ley 75 de 1968 con la creación de los defensores de menores, se hizo, de ser ello posible, más amplia y precisa la defensa de los menores trasgresores, no solamente por el número de aquellos creado por el legislador, sino por la exigencia de ser abogados titulados según las normas correspondientes y por la naturaleza y alcance de las funciones a ellos encomendadas. Tales funciones son las siguientes:

"Absolver las consultas jurídicas expuestas por las personas que concurran a su despacho y aquellas que se les formulen por escrito.

"Celebrar audiencias con el objeto de obtener la conciliación de los conflictos conyugales y familiares, para prevenir litigios judiciales.

"Solicitar investigaciones sociales al trabajador social, y cuando el caso lo requiera, estudios psicológicos y psiquiátricos, para los procesos de adopción y los negocios de protección.

"Pedir al juez la práctica de estudios sociosociales por los equipos multiprofesionales del ICBF, en especial para los procesos de patria potestad, custodia personal de los menores y reglamentación de visitas, de acuerdo a lo previsto en el numeral 15 del art. 21 de la ley 7ª de 1979.

"Solicitar al Laboratorio de Genética, la práctica de exámenes antropono-heredobiológicos, con el fin de preconstituir la prueba de que trata el art. 36 del decreto 2388 de 1979.

"Elaborar y presentar las demandas relacionadas con los procesos civiles de competencia de los juzgados de menores.

"Defender los intereses del menor ante los juzgados de menores en los procesos civiles de competencia de estos y en las demás diligencias o actuaciones que allí se adelanten.

"Asistir a todas las audiencias, notificarse personalmente de los autos dictados, recorrer traslados, propiciar conciliaciones, emitir conceptos de fondo o alegatos de conclusión e interponer recursos cuando sean procedentes".

b) La presencia permanente en el curso de las diligencias respectivas de los padres del menor, de otros familiares y aun de simples 'interesados' demuestra hasta más allá de toda exigencia, la preocupación de la ley 83 por la defensa del menor.

A modo de ejemplo basta con citar entre otros el propio artículo acusado, que permite que el menor comparezca acompañado de los "padres o personas de quienes dependa" y el art. 21 que regula lo referente a la celebración de la audiencia, diligencia importantísima en la investigación respectiva, la cual, según el segundo inciso:

"Se verificará privadamente con la asistencia del médico del juzgado, del promotor-curador de menores, del delegado que hubiere sido encargado de la encuesta sobre el menor, y de los padres o parientes más próximos, si concurrieren, así como de las personas interesadas en la protección del menor, a juicio del juez. También podrá asistir el director de la casa de observación".

c) El juez de menores (art. 3º), según la ley 83 del 46, debe ser persona casada legítimamente, padre o madre de familia "y tener además" versación en ciencias educativas. Está, pues, concebido como juez-educador, que no falla en derecho, sino que dicta en el momento oportuno "el fallo más conveniente para el menor" (art. 23), el cual, por otra parte, puede reformar (art. 36) en cualquier tiempo.

Pese al empleo en el contexto de la ley de algunos términos penales, lo cual resultaba inevitable en su momento, no existe la menor duda de que el juez de menores no define cuestiones de orden técnico

penal. Tampoco puede considerarse por ningún aspecto que el proceso respectivo, si así puede llamarse, sea un proceso penal, ni en él por lo tanto se define en ningún momento un problema de responsabilidad penal.

Así, pues, la presencia de los abogados en tales procesos, constituye un elemento ajeno a su naturaleza y a sus finalidades; y de haberlo considerado necesario el legislador en el año 46, hubiera requerido para su intervención seguramente los mismos requisitos que se estipularon para el juez de menores, según ya se ha dejado visto.

En síntesis, el gran propósito, y el gran avance de la legislación colombiana en el año de 1946 fue descriminalizar o despenalizar el tratamiento de los menores trasgresores. Por ello pensamos respetuosamente que la declaración de inexecutable del artículo acusado, significa retrotraer la situación a casi medio siglo, eliminar en gran medida las conquistas realizadas frente al gravísimo problema de tales menores, y volver a colocarlos a ellos y en gran medida a la jurisdicción de menores, en un marco jurídicopenal contrario a lo perseguido por el legislador en el Código del Niño, como también hacer, a la postre, un injerto híbrido entre normas pedagógicas de protección del menor y normas penales previstas dentro de la jurisdicción ordinaria para los delinquentes mayores de edad.

3°) En cuanto a la violación del derecho de litigar por parte de los abogados, en iguales términos acogemos sin reserva alguna lo expresado sobre dicho tema, en la mentada sentencia de exequibilidad. En efecto, allí se dijo en tal sentido:

"Se deriva de lo dicho, que la presencia de un apoderado abogado en la justicia contra menores, lejos de favorecer a estos puede convertirse y se convierte a menudo en factor que conspira contra altos intereses morales que la sociedad desea proteger con normas como la acusada de inexecutable.

"Lo anterior sería bastante para concluir que el art. 30 acusado no viola el derecho de litigar que el inciso 2° del art.

40 de la Constitución Nacional consagra en favor de los abogados titulados e inscritos.

"Con todo, el error del demandante descausa en que ha pensado que este derecho es absoluto e ilimitado, siendo así que es fundamentalmente restringido y condicionado a la potestad que tiene el legislador de establecer excepciones, entre las cuales se cuenta la establecida en la propia ley 83 y en la ley reglamentaria de aquel estatuto (ley 69 de 1945). Por eso la misma disposición constitucional dice: *Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones* (subraya la Corte). Y es obvia esta previsión constitucional, no solamente en tratándose de este derecho, sino de cualquiera otro, puesto que no existen, ni podrían existir, derechos absolutos o ilimitados". (Ob. cit., pág. 201).

Pese a la contundencia de los argumentos anteriores, no resultaría justo olvidar que la norma que ahora se declara inexecutable fue tomada de la legislación que en materia de menores adoptó el ordenamiento jurídico de la Segunda República Española, el cual por su inspiración, por su influencia en las reformas constitucionales colombianas del año 36 y por muchas otras razones, no puede pensarse que haya sido parco en la protección del derecho de defensa y de la actuación de los abogados.

Tampoco puede pasarse por alto lo que al respecto han expresado quienes tanto en la teoría como en la práctica se han dedicado a las disciplinas referentes al tratamiento de los menores trasgresores. Así, por ejemplo, el doctor JOSÉ ANTONIO LEÓN REY, precisamente el autor del proyecto que viniera a ser ulteriormente la ley 83 de 1946, dice al respecto:

"Pero volviendo a nuestro tema abogadil, no pasemos sin copiar el art. 29 del reglamento que fue declarado ley por la número 15 de 1931 en la república española.

"«Art. 20.—La comparecencia y defensa en su caso, ante los tribunales de menores y tribunal de apelación, serán ex-

clusivamente personal (sic), sin intervención de procurador ni abogado».

"Muy justificada me parece tal disposición porque, si bien es cierto que el derecho de defensa es incuestionable y a nadie debe negársele, también lo es que el mejor defensor del niño delincuente es y debe ser el juez de menores. En él no cabe malquerencia contra el niño, el que afortunadamente no tiene todavía derechos políticos: en sus determinaciones solamente debe primar un deseo de acertar con el procedimiento más eficaz para salvarlo. De ahí el que la ley le dé tan ilimitadas atribuciones, como no las tiene funcionario alguno; de ahí que hasta sus determinaciones sean inapelables, lo cual no excluye el consejo de personas entendidas, y de ahí el que tal suerte de magistratura debiera estar rodeada de complejas garantías que asegurasen la carrera porque un juez de menores no se improvisa así no más.

"El mejor abogado del niño debe ser el propio juez. Los abogados, aunque tengan su título, siempre traen como criterio determinante de su actuación el obtener la libertad de su defendido. Ese es su éxito. Y no siempre conviene al menor la libertad. Por estas razones sería conveniente adoptar en la legislación colombiana el principio consagrado en la española sobre la no intervención de abogados en las tramitaciones ante los juzgados de menores". (*Revelaciones de un juez*, Bogotá, Edit. Centro, S. A., págs. 126 y 127).

Recientemente, otro experimentado juez de menores y como el anterior, tratadista de la materia, afirma:

"La prohibición de admitir abogados

para la defensa del menor a que se refiere el art. 646 del C. de P. P., significa que en el respectivo proceso no se pueden ejercer los cargos de apoderado, defensor y vocero procedentes en el trámite del proceso ordinario. Esta prohibición está de acuerdo con la finalidad y características de la jurisdicción de menores, y para que se cumplan los requisitos de brevedad, informalidad y carácter tutelar es necesario que quienes pueden actuar dentro del proceso se identifiquen plenamente con su espíritu. El abogado, en los cargos mencionados, lo sabemos por experiencia, no está en capacidad de comprender un interés distinto al de la libertad de su defendido, aunque esté convencido que no merece tal beneficio. En los procesos ante los jueces de menores no está en juego la libertad del menor, sino una decisión que verdaderamente lo proteja. Un abogado, apoderado o defensor, difícilmente pediría al juez una medida de internamiento. Planteada así la defensa del menor, solo es posible encomendar tal función a un representante de la administración pública, como lo es el defensor de menores". (*Aspectos socio-jurídicos del menor de conducta irregular*, Bogotá, Editorial Colombiana, Ltda., 1979, págs. 157 a 158).

Por todo lo anterior, pensamos que la norma acusada no se opone a los mandatos de la Constitución, debiendo, por lo tanto, a nuestro juicio, ser declarada exequible.

Fecha *ut supra*.

Ricardo Medina Moyano, Carlos Medellín, Luis Carlos SÁCHICA, Humberto Murcia Ballén, Héctor Gómez Uribe, Fernando Uribe Restrepo, Dante L. Fiorillo Porras.

SALVAMENTO DE VOTO

Del magistrado DANTE L. FIORILLO PORRAS

A las muy atinadas, concisas y ampliamente fundamentadas consideraciones en que apoyan su salvamento de voto los magistrados MEDINA MOYANO, MEDELLÍN, SÁCHICA, MURCIA BALLÉN, GÓMEZ URIBE y URIBE RESTREPO, que comparto, debo agregar, una vez más, las siguientes razones que he venido exponiendo, tan insistente como infructuosamente, en relación con la no por inveterada menos equivocada doctrina de la Corte, conforme a la cual esta supone que es la Constitución Política la que establece en qué consiste el llamado "derecho de defensa", y ella misma la que reglamenta "el debido proceso", contrariando de este modo, ostensiblemente, la voluntad del propio constituyente, que atribuyó a la ley el señalamiento de tales requisitos y de los correspondientes procedimientos, como es fácil advertir no solo del texto del art. 26, que la Corte estima violado en este caso, sino del contenido de otras igualmente claras disposiciones constitucionales:

"Art. 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 26. 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..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 27. La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio

previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley..." (resaltados fuera del texto).

"Art. 28. Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente..." (resaltados fuera del texto).

No es posible, en consecuencia, que los requisitos y los procedimientos señalados en la ley puedan violar, en algún caso, el art. 26 de la Carta ni ningún otro de los textos constitucionales, todos los cuales dejan esas materias al legislador, lo que significa que el "derecho de defensa" es el que la ley reconozca en cada juicio y el "debido proceso" el que se cumpla con sujeción a ella y, en suma, que las violaciones de uno y otro principios solo pueden darse cuando los funcionarios desconocen las ordenaciones legales —que es lo que la Constitución prohíbe—, por ejemplo, molestando a las personas o a sus familiares sin mandamiento escrito de autoridad competente, sin las formalidades legales y sin que exista un motivo previamente definido en las leyes; o juzgándolas conforme a leyes derogadas o inexistentes para la fecha de la comisión del acto que se imputa, o ante tribunal incompetente o sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio; o penándolas *ex post facto*, sin que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente.

Por lo tanto, solo se viola el "derecho de defensa" y se quebranta el "debido proceso" cuando, como lo ha sostenido invariablemente la Sala de Casación Pe-

nal, se desconocen las normas legales que, al amparo del art. 26 de la Constitución Política, se garantizan en los respectivos procesos penales:

"...Como reiterada e inveteradamente lo ha venido declarando la Corte, la nulidad con rango de violación del derecho constitucional que esta ha venido reconociendo se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales ni a la comisión u omisión de algunas actividades judiciales irrelevantes, para las cuales el propio Código de Procedimiento Penal y el de Régimen Disciplinario prescriben las sanciones pertinentes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos fundamentales que el art. 26 de la Constitución Nacional señala para el debido juzgamiento de las personas, consistentes en que estas solo pueden serlo conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y, si es el caso, mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables, aún siendo estas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho..."

"...De estas cuatro hipótesis constitucionales resulta fácil advertir que a la que se refiere el casacionista es a la concerniente al desconocimiento del derecho de defensa, por violación de las formas propias del debido proceso, que se reputa quebrantada por el recurrente en el supuesto de que el rechazo del juez a la designación del vocero hecha por otro de los procesados, distinto al demandante, «complicó tanto la situación de (aquel), como la del (recurrente) para la defensa»..."

"...las llamadas nulidades constitucionales o supralegales son aquellas que atacan «las bases mismas de la organización judicial» (sent., 11 febrero 1948), esto es, las que «desfiguran el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento o desconocen garantías esenciales de las partes» (sent., 8 mayo 1970, CXXXIV, 295)..."

"...La jurisprudencia ha admitido, en

guarda de los principios superiores de la Const. Nac. y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el art. 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causas con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sent., 19 febrero 1943); la denominación anfibiológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sents., 19 febrero 1943 y 27 enero 1948 la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sents. 18 mayo 1942, 15 diciembre 1950, 11 julio 1952, 23 enero 1953, 7 diciembre 1955, 7 noviembre 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificados de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sent., 26 julio 1944, 10 noviembre 1955 y 12 noviembre 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sent., 11 febrero 1948)..."

"...La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del art. 26 de la Constitución Nacional, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación... (sent., 8 ma-

yo 1970, CXXXIV, 295)...” (Sent., 30 agosto 1979, proc. núm. 24470).

Si esto es así y es la propia Constitución Política de Colombia la que dice expresamente que lo es, resulta absolutamente inaceptable que pueda afirmarse, menos por la Corte, que el juzgamiento de menores conforme a leyes preexistentes al acto que se les imputa, ante jueces legalmente competentes y observando la plenitud de las formas propias del juicio respectivo, quebrante, no obstante, el debido proceso y el derecho de defensa y francamente insostenible que se haga decir al art. 26 de la Carta todo lo que la Corte le atribuye en la sentencia de mayoría y, por lo tanto, que es la norma constitucional y no la ley la que contiene las garantías procesales a que se refiere el fallo:

“... (la garantía de que a los sindicados) no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además les sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se les demuestre lo contrario y a que en caso de duda, esta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba (“demostrabilidad”) corresponde al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; (...) y de que toda decisión de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía...”.

“... Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de este de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante en su proceso y en su causa...”.

De la anterior exhaustiva enumeración de principios y postulados de derecho procesal penal, la casi totalidad de ellos recogidos entre nosotros en el decreto 409 de 1971, “por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas”, que el fallo de la Corte reputa disposiciones de la Constitución, solo garantiza esta la observancia de cuatro de ellos en el juzgamiento de las personas, “consistentes en que estas solo pueden serlo conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y, si es el caso, mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables, aún siendo estas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho”.

Por ello, salvo el voto.

Dante L. Fiorillo Porras

20 de mayo de 1983.

SALVAMENTO DE VOTO

Me permito agregar algunas breves consideraciones al salvamento de voto redactado por el magistrado Ricardo Medina Moyano, que he tenido el honor de suscribir.

Es realmente lamentable para la evolución del derecho en Colombia, que la Corte en el presente fallo se haya visto en el caso de contribuir a desnaturalizar la avanzada legislación sobre menores, vigente entre nosotros a partir de la ley 83 de 1946, al menos formalmente.

La ley Orgánica de la Defensa del Niño constituye sin duda un señalado logro del derecho social que apunta directamente al bien común, con sentido de tutela y promoción humanas, con base en un enfoque científico y bajo la inspiración de acuciantes imperativos éticos. Las medidas de protección al menor abandonado o en situación de peligro moral o físico, que constituyen el contenido específico y principal de esta legislación tuitiva, se verán sin duda obstaculizadas, cuando no tergiversadas, con la intervención de abogados de parte en el papel de supuestos defensores.

Resulta un verdadero contrasentido lógico y jurídico aducir el clásico derecho individual de defensa (Const., art. 26) contra el moderno propósito de defensa social que se traduce en medidas de asistencia y protección al menor (ley 83, art. 1°), para su salvación y promoción: se defiende judicialmente al menor contra quienes solo pretendan defenderlo socialmente. Como también resulta impropio anteponer el derecho profesional de los abogados a litigar en causa ajena (Const., art. 40) cuando no debe haber enfrentamiento alguno entre el menor amenazado o desprotegido y el Estado que busca precisamente ampararlo en cumplimiento de un deber social indeclinable (Const., art. 16).

La intervención de litigantes profesionales a sueldo no se aviene a los casos muy frecuentes en que el menor necesita ser protegido precisamente de sus propios padres o guardadores —irresponsables, inmorales o delincuentes (ley 83, arts. 42-43 y 45)—, quienes paradójicamente serán los que contraten y paguen al abogado litigante, para así poder continuar explotando o corrompiendo al menor “defendido”. Situación aberrante que se repite cuando los representantes legales, victimarios del menor “defendido”, intenten con fines proditorios ser rehabilitados en sus pretendidos derechos (ley 83, art. 65).

El fallo de la Corte, atendidos únicamente los anteriores aspectos, resulta desconociendo los objetivos sociales de la ley 83, para enfrentarla a normas de la Constitución interpretadas según un anacrónico criterio individualista.

Es evidente, sin embargo, que la decisión de la Corte tiene piso muy firme si tan solo se consideran los aspectos penales de la ley 83, involucrados antitécnica-mente en ella por incongruencia imputable al legislador. No se puede criticar a la Corte por exigir, en cumplimiento de su función constitucional, que se respete el derecho de defensa en asuntos penales. Y de otra parte parecería a primera vista que el fallo no podía limitar a este aspecto punitivo la intervención de abogados litigantes —como sería lo jurídico— puesto que a la Corte le está vedado legislar. En todo caso, lamentablemente, la parte se ha impuesto sobre el todo.

Dejo así aclarado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*.

Fernando Uribe Restrepo.

Tribunal Superior de Montería

SALVAMENTO DE VOTO

Del magistrado LESMES CORREDOR PEINS

SOBRE LA NO PROHIBICIÓN DE LA EXCARCELACIÓN EN LOS DELITOS DE HURTO DE GANADO MAYOR

Con el debido respeto que me merecen los compañeros de Sala, me permito a continuación dar las razones que me impulsan a salvar el voto dentro del auto que desata la segunda instancia con relación a la no excarcelación en los delitos de hurto de ganado mayor por prohibirla la ley 4ª de 1943.

Dice la mayoría de la Sala:

“Sea esta la oportunidad para señalar que no es viable la libertad provisional en los delitos de hurto de ganado mayor por cuanto se estima aún vigente el artículo 4º de la ley 4ª de 1943”.

La no vigencia actual de la ley 4ª de 1943 es un hecho que se presenta al suscrito como algo incuestionable a la luz de los C. de P. P. —decreto 409 de 1971— y C. P. —decreto 100 de 1980—, teniendo en cuenta lo que ellos disponen y las reglas sobre la derogación de la ley. Veamos:

1º) Dice el art. 4º de la ley 4ª de 1943:

“No se concederá el beneficio de excarcelación a los sindicados o procesados por los delitos de hurto o robo de ganado; ni a los condenados por estos mismos delitos se les concederá el beneficio de la condena condicional”.

La norma pretrascrita es de carácter procedimental —eso es un axioma, por lo tanto no hay que argumentar para demostrarlo—.

El decreto 409 de 1971 —de carácter procedimental— es posterior a la ley 4ª de

1943 —art. 4º— y dice en su art. 769: “Derogatoria de normas procesales. El decreto 1345 del 4 de agosto de 1970 y las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluidas en este Código, quedan derogados”.

Comoquiera que en ninguno de sus artículos dice el decreto 409 de 1971 —C. de P. P.— que “no se concederá el beneficio de excarcelación a los sindicados o procesados por los delitos de hurto o robo de ganado”, el art. 4º de la ley 4ª de 1943 fue derogada tácitamente por el art. 769 del C. de P. P.

El razonamiento anterior tiene respaldo jurisprudencial, pues la H. Corte Suprema de Justicia, el 20 de setiembre de 1982, con ponencia del distinguido magistrado doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁZQUEZ, concedió la condena de ejecución condicional a un condenado por “hurto sobre cabeza de ganado mayor”. Dice la ponencia:

“A este procesado se le llamó a juicio para responder del delito de ‘hurto’, en modalidad de continuado, y sobre cabezas de ganado mayor, en cuantía superior a \$ 10.000.00 conforme al art. 397 (L. 21/73-7) del Código Penal, la pena estaría entre uno y seis años de prisión, que podría aumentarse hasta en la mitad, según el art. 398-7 ibídem, y hasta en otro tanto, según el art. 399. Por razón del delito continuado (art. 32) devendría otra intensificación de una sexta parte a la mitad.

Tiene derecho a la condena de ejecución condicional —C. P. art. 68— para cuyo disfrute otorgará caución por valor de cinco mil pesos. El juez de la primera instancia acordará el compromiso inherente a este beneficio.

Como en el sentenciado concurren las condiciones exigidas por el art. 68 del Código Penal, la condena impuesta se entenderá como de ejecución condicional. Ante el juez de la primera instancia Romero Ríos otorgará caución prendaria por valor de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) y se extenderá el acta de los compromisos pertinentes a este beneficio. El período de prueba será de cuatro años”. Subraya el suscrito.

2º) La ley 4ª de 1943 describía el hurto y el robo no como delitos contra la propiedad, sino contra la seguridad rural —ver título de esa ley—. La razón para que el hurto y el robo que figuraban en la ley 95 de 1936 —C. P. anterior— dejaran de ser delitos contra la propiedad para pasar a serlo contra la seguridad rural —ley 4ª de 1943— la expone así el doctor JORGE CÁRDENAS:

“La ley 4ª de 1943 tiende a sus propios fines, expresados ellos en su articulado y en su título: «Sobre Seguridad Rural». Los orígenes de esta ley se remontan al clamor de los ganaderos del país cuando en el año 43, a raíz de la difícil situación sobrevenida a causa de la guerra mundial, se hizo materialmente imposible la consecución de todo objeto o elemento metálico que acapararon las naciones beligerantes para la ofensa y defensa; los ganaderos no solamente no encontraban en el mercado «alambre de púas», sino que además se vieron abocados al grave problema de los hurtos del alambre que tenían cercando sus predios para delimitarlos y guardar sus ganados, que los delincuentes arrancaban y sustraían a unos propietarios para venderlo a otros, los que a su vez se veían desposeídos del precioso elemento que circulando así, producía ganancias apreciables e ilícitas. Y no solamente eso: que los negociantes de alambre combinaban con el «cuatrismo» su actividad, porque sin cercas, el hurto

de ganado casi podría decirse que operaba y marchaba por sí mismo. Se presentó, pues, la «inseguridad rural». Para esos casos y solamente para ellos, el art. 22 aumentó las penas, agravó su calificación, prohibió la excarcelación y la condena condicional y atribuyó su conocimiento a los jueces penales del circuito. El artículo comentado se refiere en todas sus líneas a los «elementos metálicos», prueba de que es exacto todo lo dicho anteriormente sobre escasez de los mismos a causa de la guerra. De allí que se hubieran incluido en la disposición «las tuberías metálicas de acueductos» (que era el caso materia de estudio). Un hecho económico —la escasez de elementos metálicos— provocó la inseguridad rural que se deja anotada. Como agudo fue el problema, la ley fue drástica, y a tal punto que bastaba destruir, cortar o arrancar los elementos metálicos para que el delito se tuviera por consumado, sin más requisitos que el ánimo de apropiación, fin de utilidad, perjuicio de terceros que la ley no exigió precisamente con miras a hacer más rápida su aplicación. Todos aquellos elementos esenciales de los delitos contra la propiedad los abolió la ley 4ª en su art. 22 para el delito contra la seguridad rural”. (Ver art. 14 del decreto 1699 de 1964. ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal*, t. I, págs. 445 y 446).

El Código Penal actual —decreto 100 de 1980— en el libro segundo, título catorce, capítulo primero, que se titula “Delitos contra el patrimonio económico” dice en su art. 349:

“Hurto. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años”.

Lo anterior indica que en el Código Penal actual el hurto no es un delito contra la seguridad rural, sino contra el patrimonio económico; por lo tanto este Código, que es posterior a la ley 4ª de 1943, derogó a esta en forma tácita.

3º) Dice el art. 17 de la ley 4ª de 1943:

“El que altere, desfigure o suplante alguna de las marcas que acreditan la propiedad de ganados, o marque aquellos que

no le pertenecen, con el propósito de apropiárselos sin el consentimiento de sus dueños, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años, sin que haya lugar a excarcelación”.

El art. 354 del C. P. actual dice: “Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado.—El que altere, desfigure o suplante marcas de ganado ajeno, o marque el que no le pertenezca, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos años y multa de dos mil a cincuenta mil pesos, siempre que el hecho no constituya otro delito”.

Indiscutiblemente esta norma —354—, por ser posterior al art. 17 de la ley 4ª de 1943, deroga este artículo sobre seguridad rural.

El art. 22 de la ley 4ª de 1943 dice: “El que destruya, corte o arranque los elementos de las vías férreas, estructuras metálicas de caminos y carreteras, líneas telefónicas, telegráficas o eléctricas, tuberías metálicas de acueductos, elementos metálicos de cables aéreos, o el que ejecute los mismos actos con los alambres de púas o postes de madera que sirvan de cercas a los predios rurales o los delimiten, incurrirá en prisión de tres (3) meses a dos (2) años, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos del Código Penal”.

El Código Penal actual en su art. 196 preceptúa:

“Perturbación de los servicios de comunicaciones, energía y de combustibles. El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de un mil a cincuenta mil pesos”.

Por ser el Código Penal una ley posterior a la 4ª de 1943, el art. 196 del C. P., deroga al art. 22 de la citada ley.

De aceptar la vigencia de la ley 4ª de 1943 tendríamos hoy que al procesar o condenar a una persona por el delito de hurto, habría que decir al analizar el hecho punible que la conducta se adecua —tipicidad— a lo dispuesto en el art. 1º de la ley 4ª de 1943 cuando está fuera de controversia que la referencia se hace es al art. 349 del Código Penal.

Concluyendo, tenemos que el C. de P. derogó la materia adjetiva de la ley 4ª de 1943 y el C. P. derogó la materia sustantiva de la ley 4ª de 1943.

Por las razones anteriores, el Tribunal debió conceder la excarcelación al procesado.

Atentamente,

Lesmes Corredor Prins.

Montería, 20 de abril de 1983.

NOTAS

Esta revista se terminó de imprimir
el día 25 de setiembre de 1983

LABORE ET CONSTANTIA