

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

DIRECTOR

Leihgabe Prof. Ambos

COORDINADOR

EDITORIAL

La reforma a la administración de justicia.

Fernando Velásquez V.

23

DOCTRINA

Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho

Karl Heinz Gössel.

La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el derecho penal alemán de menores.

Carlos Elbert.

LEGISLACIÓN

Reforma a la administración de justicia.

Comentarios a la ley 2ª de 1984.

Alirio Sanguino Madariaga.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Falsedad en partidas eclesiásticas.

Pedro Elías Serrano Abadía.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN.

Dosis de aprovisionamiento en el consumo de bazuca.

Edilberto Solís E..

INFORMACIÓN CRIMINOLÓGICA

ENERO • FEBRERO • MARZO



CO/XIV
F/Z

2345

NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Coordinador



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1984

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

© Nódier Agudelo Betancur 1984.
© Editorial Temis S. A., 1984.
Calle 13, núm. 6-53, Bogotá.

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

EDITORIAL

- La reforma a la administración de justicia.** Fernando Velásquez V. 1

DOCTRINA

- Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho.** Karl Heinz Gössel 5
- La determinación de la responsabilidad y las consecuencias jurídicas en el derecho penal alemán de menores.** Carlos Elbert 30

LEGISLACIÓN

- Reforma a la administración de justicia (ley 2ª de 1984).** Alirio Sanguino Madariaga 49

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La falsedad en partidas eclesiásticas.** Ponente: doctor Pedro Elías Serrano Abadía 117
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Dosis de aprovisionamiento en el consumo de bazuca.** Ponente: doctor Edilberto Solís E. 124

- INFORMACIÓN CRIMINOLÓGICA** 129

Editorial

LA REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En Colombia nos hemos vuelto doctos en el arte de improvisar; para no citar sino un ejemplo, tenemos a la vista la Ley Segunda de mil novecientos ochenta y cuatro, por medio de la cual se acaba de reformar, una vez más, la administración de justicia. Pero lo grave no es querer reformar, lo criticable es la manera como se ha procedido: sin criterios científicos ni directrices político-criminales serias, nuestro Parlamento, después de debatir el reaccionario y peligrosista Proyecto Gaitán Mahecha, presentado por el gobierno nacional a las sesiones ordinarias del período correspondiente a mil novecientos ochenta y tres, optó por introducirle algunas enmiendas de corte muy liberal, erradicando algunos de los engendros del proyecto original, logrando una curiosa amalgama de filosofías que van desde una reaccionaria a abiar, hasta otra liberal y progresista; en otras palabras, se logró un estatuto sin una filosofía definida, producto de la urgencia gubernamental en obtener un instrumento encaminado a corregir algunos vacíos y facilitar la represión de cierto tipo de delincuencia, un estatuto producto del "pupitrazo limpio" como es usual en democracias que, como la nuestra, están dotadas de cuerpos legislativos incapaces de asumir su papel histórico y una burocracia ávida de prebendas.

Empero, veamos los logros y los desaciertos de la nueva ley: se sigue atribuyendo a órganos administrativos el conocimiento de delitos que, por mandato del art. 55 de la Constitución nacional, solo corresponde a la rama jurisdiccional del poder público; pero no solo esto: el legislador de turno no se contentó con propiciar tan malsana e inconstitucional costumbre, sino que la extendió hasta límites insospechados, como que de hoy en adelante los gobernadores, intendentes, comisarios y el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, se han tornado, de la noche a la mañana, en jueces de la República! Se han concentrado dos funciones en un solo órgano, que por principio, según lo preceptúa nuestra Carta Fundamental, solo tiene atribuciones vinculadas con la rama ejecutiva; muy peligroso para el Estado de Derecho, que estemos cayendo en esta práctica que ha llevado a otros países a la disolución de sus instituciones y a la dictadura, máxime que se trata de órganos totalmente politizados que no pueden ni podrán nunca administrar justicia.

También la técnica legislativa es arrojada al cajón de la basura, pues, o bien se consagran disposiciones totalmente inútiles como la del art. 2º, o se ordena crear

dos tribunales a los cuales, como cosa curiosa, no se les asigna el ministerio público correspondiente; así mismo, se olvida consagrar la excarcelación para los casos de sobreseimiento temporal, con lo cual en vez de descongestionar se logrará, seguramente, el efecto totalmente contrario. ¡Ya nos imaginamos las piruetas interpretativas a que se acudirá para llenar estos vacíos y otros más!

La cara reaccionaria del Estatuto se conoce cuando reparamos en los ya acostumbrados "procedimientos breves y sumarios" de las épocas de Estado de sitio, consagrados ahora en materia de infracciones de conocimiento de la policía y de los mandatarios seccionales, y al crear la jurisdicción especial para el juzgamiento de los delitos de extorsión, secuestro extorsivo y terrorismo y de los conexos con estos. Estos procedimientos, por ser "breves y sumarios", recortan las garantías procesales de rango constitucional, entorpeciendo, especialmente, al máximo, el ejercicio del derecho de defensa; es que, no se esconde el afán político del momento: se trata de reprimir manifestaciones de violencia y el auge, cada vez más creciente, de los delitos contra el patrimonio económico.

Se piensa en la *represión* como única vía, pero no en atacar estos males desde su raíz; se olvidan las condiciones del pueblo colombiano, sumido en la miseria y en la desesperación, los miles de tugurios que rodean nuestras ciudades, los niños desnutridos, los campesinos sin tierra que huyen de las zonas de violencia; se olvida que muchos colombianos deambulan hambrientos por las calles sin una manera digna de conseguir el sustento, etc. El Estado de Derecho, creemos nosotros, no se afianza reprimiendo ni mucho menos expidiendo estatutos que, llevándose de calle la Carta Fundamental, crean procedimientos de esta índole para juzgar a los delincuentes: el Estado de Derecho se fortalece reivindicando las garantías ciudadanas, generando empleo, otorgando vivienda, salud y educación, combatiendo la miseria sin propiciar los distanciamientos entre las clases sociales. En otras palabras, atacando las causas que generan la criminalidad, lo cual no es, como se quiere hacer creer, producto de las clases desposeídas, sino que, por el contrario, tiene atroces manifestaciones en depuradas formas de criminalidad económica y de cuello blanco, que en los últimos años han institucionalizado el saqueo de los fondos públicos. De otro lado, es ya de usanza que poderosos empresarios descapitalicen fraudulentamente sus empresas sumiéndolas en el más lamentable estado, o que banqueros inescrupulosos destinen el dinero de los ahorradores a negocios turbios para terminar desapareciendo del territorio nacional, previa campaña orquestada a través de los medios de expresión, encaminada a crear el convencimiento de que se trata de una crisis económica generalizada no provocada por una burguesía ávida de ganancias y que teme exponer sus capitales en el momento de crisis que se vive.

En las anteriores condiciones, no parece extraño, entonces, que justamente los primeros beneficiados con la ley fueran los banqueros que han propiciado los recientes escándalos financieros, mientras que a los miserables, olvidados en las mazmorras, se les fijan cauciones que van desde el monto de dos salarios mínimos y que nunca podrán pagar porque sus familias no poseen siquiera los recursos para llevarse a la boca un mendrugo de pan, hecho este que paradójicamente hay que probar, como si la miseria no fuera prueba por sí misma.

Volviendo al capítulo segundo de la ley, que crea doscientos cargos de jueces especializados, los que en adelante conocerán de los hechos punibles a que ya aludimos, una gran duda nos asalta cuando pensamos en la tan anunciada especialización: ¿Cuándo, nos preguntamos, se ha pensado en preparar funcionarios que cumplan tal función? ¿Es que alguna vez el Estado colombiano se ha preocupado de preparar científicamente a sus jueces? A nuestra administración de justicia se le ha situado siempre en un segundo plano, sobre ella se han descargado las responsabilidades, sin pensar en dotarla de instrumentos que le permitan cumplir a cabalidad su función.

¿Cómo pensar en reformar la justicia si a los funcionarios no se les pagan sus salarios cumplidamente, si laboran en locales que carecen de los más elementales servicios, si no se les brinda formación académica idónea y no se les promueve atendiendo a sus esfuerzos, a su dedicación, a sus capacidades, a su cuota de sacrificio? Esta es la hora en que no se ha puesto en marcha aún la carrera judicial, y el nombramiento de nuestros administradores de justicia, las más de las veces, es producto del clientelismo y de una burocratización no confesada. Todo se ha conjugado para que nuestra justicia haya tenido que asumir una postura mendicante, como si no se le permitiera tener la frente en alto y la mirada limpia. ¡Que no se hable entonces de jueces especializados, para no caer en eufemismos!

Sin embargo, hay aspectos positivos en la reforma: por ejemplo, la modificación del art. 110 del C. P. va a permitir zanjar de una vez por todas las encontradas polémicas que la anterior redacción suscitaba; claro que también de manera implícita se han reformado o adicionado otras disposiciones del estatuto represor, como que en adelante será requisito para conceder la condena de ejecución condicional, que no se trate de ninguno de los hechos punibles de conocimiento de la jurisdicción especial, así como que a la hora de tasar la pena de los partícipes habrá que atenuar en una proporción que no es la del art. 24 del C. P., cuando se trate del concurso de personas en los hechos a que nos venimos refiriendo y se den las circunstancias del art. 34 de la ley. Igualmente, se han modificado los arts. 80 y 87 del C. P. en lo que toca a la prescripción de la acción penal, materia en la cual se han introducido algunas distinciones (cfr. art. 9 de la ley).

Aspectos muy liberales se observan en materia de captura, detención y excarcelación: indudablemente, lograr que la captura por parte de la policía judicial se limite a los casos del art. 289 del C. de P. P., es un gran acierto, producto de muchas batallas, que humaniza nuestro proceso penal; lo mismo se podría decir con la cortapisa que se ha puesto a esta institución al reducirla solo a los casos expresamente previstos y sin quitarle el carácter potestativo que siempre ha tenido. De la misma manera, los casos de libertad provisional se han atemperado al máximo, llegando de esta manera a una real descongestión de los centros carcelarios, la cual podría ser más efectiva si no se hubiera dado por sentado que todo procesado está en capacidad de prestar tan altas cauciones; llama también la atención el novedoso sistema de la detención del fin de semana, para aquellas personas dedicadas a las labores del agro y que se hayan hecho acreedoras al beneficio de la detención parcial en el propio lugar de trabajo. ¡Ojalá y la mentalidad positivista de muchos de nuestros funcionarios permita que opere esta fundamental conquista de manera amplia!

En lo que toca con la modificación de las cuantías, es indudable que tal enmienda se necesitaba, produciéndose ahora el reajuste automático, sin necesidad de acudir a la expedición de leyes periódicas para lograr los reajustes; muy interesante también la consagración del art. 57 en materia de apelación de las providencias judiciales, la que en adelante deberá ser motivada, so pena de que se declaren desiertos los recursos.

Dudamos mucho que el acortamiento de los términos legales permita la celeridad que se busca, pues la experiencia ha demostrado que aun con términos mucho más amplios, ello no ha sido posible; definitivamente, mientras las condiciones materiales no varíen sustancialmente, la administración de justicia seguirá sometida a los mismos lastres actuales.

Concluamos diciendo que una vez más se han frustrado las expectativas generales con respecto a la reforma penal, sin que por ello dejemos de reconocer evidentes aciertos, todo porque se ha olvidado un principio fundamental en esta materia: *toda reforma penal presupone una decisión política, y es evidente que entre nosotros tal decisión no se ha tomado, porque estamos acostumbrados a los expedientes facilistas y a la improvisación.*

Desde las páginas de esta publicación hacemos un llamado para que desde hoy se empiece a estructurar una auténtica reforma penal, procesal y de ejecución penal, propiciando las condiciones para una pronta y cumplida administración de justicia, creando o mejorando los instrumentos legales existentes e impulsando una auténtica infraestructura material que permita fortificar el Estado de Derecho.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Enero de 1984.

Doctrina

REFLEXIONES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO

Dr. KARL HEINZ GÖSSEL

Profesor en la Universidad de Erlangen-Nürnberg*

Traducción y notas aclaratorias por KATRIN
LEMBERG D., de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Medellín.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las opiniones expresadas con respecto al principio de legalidad, abarcan una amplia gama delimitada por dos polos opuestos. Por una parte, el principio de legalidad se ha considerado como pilar irrenunciable del proceso penal en el Estado de derecho¹, "constituyendo la línea de demarcación entre un orden liberal y un totalitarismo arbitrario"²; y por otra parte se ha advertido, sin embargo, que este principio constituye un "peligro para la administración de justicia"³, que aparentemente tiene un efecto minador⁴ y desilusionante⁵, cuya aplicación causa la pérdida de la "base teórica original"⁶, y que, finalmente, es oportuno "entonar el requiem al principio de legalidad"⁷.

Como suele ocurrir con frecuencia en situaciones de esta índole, la multiplicidad de opiniones está acompañada de una notable discrepancia en cuanto al origen,

* El presente artículo fue publicado como colaboración del autor al Libro-Homenaje a HANS DÜNNEBIER en su 75º cumpleaños, editado por Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1982, págs. 121 a 148.

El autor quiere agradecer muy especialmente a la señorita Katrin Lemberg la traducción del presente artículo a la lengua española.

¹ LÖWE-ROSENBERG (LR) - SCHÄFER, *Kommentar zur StPO und zum GVG*, 23ª ed., 1976. Introducción al capítulo 13, número marginal 26.

² WILLMS, *JZ* 1957, pág. 465.

³ PETERS, *Strafprozess*, 3ª ed., 1981, pág. 161.

⁴ Cfr. GRAUHAN, *GA* 1976, págs. 225, 238 y ss.

⁵ ZIPF, *Peters-Festschrift* 1974, págs. 487, 494.

⁶ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 16ª ed., 1980, págs. 62 y ss.

⁷ BAUMANN, *ZRP* 1972, pág. 273; cfr. ya en SERWE, *Kriminalistik*, 1970, pág. 377.

importancia y contenido de los conceptos de los principios de legalidad y oportunidad, concibiéndose este último en contraposición al primero. El acuerdo existe solo en cuanto se ha entendido que frente al principio de legalidad subsiste una obligación del Estado —cualquiera fuere su naturaleza— dirigida a la persecución de actos punibles, mientras que el principio de oportunidad, en contraposición al de legalidad, concede a la actividad de persecución penal una discreción más o menos controlada⁸ con respecto a los órganos encargados de dicha actividad. Partiendo de este mínimo consenso común, se procederá a analizar críticamente el contenido y la importancia del principio de legalidad desde el punto de vista de las exigencias del Estado de Derecho.

II. LA PERSECUCIÓN PENAL COMO EJERCICIO DEL PODER ESTATAL, SUJETA A LOS POSTULADOS DEL ESTADO DE DERECHO

Poder penal es poder estatal. Aunque hoy día este principio tiene validez general para todo el proceso penal en Alemania⁹, a este conocimiento, tan elemental, se le ha prestado siempre muy poca atención en las discusiones relacionadas con la problemática del derecho procesal penal¹⁰.

1. IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO PARA LA PERSECUCIÓN PENAL

a) De conformidad con lo establecido por el inc. 1º del art. 28 de la GG*, la totalidad del orden estatal, y también, por ende, el sector correspondiente al ejercicio del poder del Estado, está determinado y al mismo tiempo controlado por el principio de Estado de derecho¹¹; por lo tanto, debemos compartir la opinión expresada por RISSSEL en el sentido de que “El principio de Estado de derecho es el principio organizador del proceso penal”¹². Por consiguiente, parece legítimo estudiar más detalladamente la importancia y los efectos que tiene el concepto de Estado de Derecho para el principio de legalidad¹³.

⁸ Cfr., por ejemplo KLEINKNECHT, *Kommentar zur StPO*, 35ª ed., 1981, § 152, número marginal 1 y SCHÄFER (pie de pág. 1), número marginal 27.

⁹ Véase al respecto mis *Ausführungen* en GA 1980, 325, conjuntamente con las argumentaciones del pie de página 8, y en ZStW tomo 94 (1982), pág. 8.

¹⁰ Pero, sobre este aspecto, véase especialmente las consideraciones en la monografía de HEYDEN, *Begriff, Grundlagen und Werwirklichkeit des Legalitätsprinzips und des Opportunitätsprinzips*, 1961.

* Entiéndase de aquí en adelante la Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland del 23.V.49 (GG), como la *Ley Fundamental de la República Federal Alemana*. N. de la T.

¹¹ HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª ed. (1980), pág. 76.

¹² *Die Verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts...*, Tesis doctoral, Marburg, 1980, pág. 68.

¹³ Con ello no se puede, claro está, pasar por alto que el principio de Estado de derecho solo es un elemento esencial del orden constitucional, que naturalmente influye en su totalidad en el proceso penal. Los demás elementos esenciales del orden estatal republicano, federal, democrático y sobre todo social, tendrán que quedar fuera de consideración en el presente trabajo, y también porque los mencionados elementos han entrado en el principio de Estado de derecho y —*cum grano salis*— solo tienen efectos sobre este. Ampliar este punto en mis *Ausführungen* en ZStW, tomo 94 (1982), págs. 15 y ss.

b) Aunque el “Principio de Estado de derecho” está lejos de haber sido definido de manera inequívoca, se le reconocen, generalmente, ciertos elementos esenciales, los cuales tomaremos en consideración al exponer los objetivos de este trabajo. Formalmente se entiende por Estado de derecho, ante todo, “la delimitación del poder estatal”¹⁴ a través del principio de la separación de poderes¹⁵, el principio de proporcionalidad¹⁶, y finalmente, a través de la primacía del derecho, y con esto, la autosujeción del Estado al ordenamiento jurídico¹⁷, para lo cual se presupone la previsibilidad y la mensurabilidad de la acción estatal, así como el control de esta por tribunales independientes y, por consiguiente, la seguridad jurídica¹⁸. Además, se reconocen generalmente también varios elementos materiales del principio de Estado de derecho¹⁹, tales como las decisiones de valor en los derechos fundamentales²⁰, y el deber de mantener y realizar la justicia, motivo por el cual MAUNZ-DÜRIG-HERZOG tienen razón al hablar de un Estado legal y justo al mismo tiempo, al referirse al Estado de derecho²¹.

2. EL PROCEDIMIENTO PENAL COMO PROCEDIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

La subordinación del poder estatal a las leyes y a la justicia, ha encontrado su expresión en el art. 20, inc. 3º, de la GG²². Como este principio constitucional regula el ejercicio del poder estatal en su totalidad, del mismo modo regula también el poder de persecución penal.

a) Sin embargo, que este deber de subordinación a la ley y a la justicia no puede asegurar por sí solo la verificación de los cometidos del Estado de derecho en el procedimiento penal, fue ya efectivamente demostrado con el ejemplo del proceso inquisitivo del derecho común: ya la omnipotencia del “Tribunal de la Inquisición”, que era prácticamente el único órgano de persecución penal, a pesar de su sometimiento a la justicia material, llevaba a que se le concediera primacía a las conveniencias estatales del momento, respecto al mantenimiento y a la ampliación del poder estatal en general, y a una persecución penal adecuada en particular, poniendo en desventaja la efectiva realización de la justicia y convirtiendo al acusado en simple objeto de la actividad estatal con base en la persecución penal²³.

¹⁴ HESSE (pie de pág. 11), pág. 78.

¹⁵ HESSE (pie de pág. 11), pág. 79; MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 23ª edición (1980), pág. 74.

¹⁶ BVerfGE 35, 382, 400.

¹⁷ HESSE (pie de pág. 11), págs. 79 y ss.

¹⁸ MAUNZ (pie de pág. 15), pág. 75.

¹⁹ HESSE (pie de pág. 11), págs. 79 y ss.

²⁰ HESSE (pie de pág. 11), págs. 82 y ss.

²¹ *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 20, núms. marginales 58 y 59.

²² Cfr. mis *Ausführungen* en GA 1980, pág. 331, con otros argumentos.

²³ Cfr. sobre ello mis *Ausführungen* en GA 1980, págs. 326 y ss., y ZStW tomo 94 (1982), págs. 10 y ss., 13 y ss.

b) Así como el principio de la separación de poderes llevó a la superación de toda aspiración inmanente al ejercicio del poder en forma ilimitada, únicamente ligado a consideraciones estatales prácticas, por medio de la escisión del poder público en tres ramas controlables entre sí, la legislativa, ejecutiva y judicial respectivamente, así también se dió la escisión del procedimiento penal uniforme del proceso inquisitivo del derecho común en varios estadios que cayeron bajo el mando de diversos sujetos procesales independientes entre sí²⁴. Apenas con la separación de la investigación sumarial y la iniciativa para la persecución judicial de los actos punibles, de la actividad meramente sentenciadora, considerada legalmente más bien independiente del órgano sentenciador, se podía lograr “el predominio de la justicia material sobre la conveniencia en el ejercicio del poder”²⁵.

III. EL DEBER DE PERSECUCIÓN PENAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL ESTADO DE DERECHO

Con base en lo dicho anteriormente, se puede ahora analizar la relación existente entre el principio de legalidad y el procedimiento en el Estado de derecho. Pero con ello surge una dificultad inesperada: el concepto del “principio de legalidad”, generalmente, se entiende como una unidad general, subordinada e impenetrable, con un contenido perfectamente determinado. Esta concepción es falsa, razón por la cual se hace necesaria una explicación.

1. TENTATIVA DE CONCEPTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es ZIPF quien probablemente da el mayor campo de aplicación al principio de legalidad: según su concepción, este principio requiere “la sanción rigurosa y total de la criminalidad por los respectivos órganos de persecución penal del Estado”²⁶. Si se compara este concepto con la disposición legal del § 152, inciso 2° StPO *, que establece, según la opinión generalizada, el principio de legalidad como principio fundamental de la persecución penal (§§ 258, 258a StGB **), se ponen de manifiesto dos distintas posibilidades de definición del principio de legalidad²⁷. Existe una primera posibilidad de definir el principio fundamental, aquí analizado, como la idea pura de la persecución penal, concibiéndolo como un concepto general y abstracto; y una segunda posibilidad de entenderlo en forma puramente nominal, regulado exclusivamente por las normas de la persecución penal dentro de la respectiva ley positiva²⁸.

²⁴ Véase al respecto a HERRMANN, en *Verhandlungen des 45 DJT*, tomo II D, P. D 41, D 42.

²⁵ Véase mis *Ausführungen* en GA 1980, pág. 333.

²⁶ *Peters-Festschrift* 1974, págs. 487, 493.

* La expresión alemana *Strafprozessordnung* (StPO), la traducimos aquí como *Ley Procesal Penal*. Sin embargo, se ha traducido también como “Ordenamiento Procesal Penal”, “Código de Procedimiento Penal”, etc. En adelante utilizamos la abreviatura StPO para referirnos a tal ordenamiento. N. de la T.

** La expresión *Strafgesetzbuch* (StGB), se entiende como *Código Penal alemán*. En adelante utilizaremos la abreviatura señalada en el texto. N. de la T.

²⁷ Cfr. por ej., LR-MEYER-GOSSNER (pie de pág. 1), § 152, núm. marginal 8.

²⁸ Descartamos otras posibilidades de definición a la luz de la discusión más generalizada. Cfr. sobre ello, por ej., a STEGMÜLLER (Hrsg.), *Das Universalienproblem*, 1978.

a) ZIPF formula también el principio de legalidad en términos de su pureza ideal. Prevalcen, sobre esta formulación, las disposiciones legales para la definición del principio fundamental empleado aquí, expuestas a continuación: según el principio de legalidad, la fiscalía estatal tiene el deber de intervenir en todos los delitos que comprende la persecución penal, como lo dispone el § 152, inciso 2° StPO; y en los §§ 160 y 170, inciso 1° del mismo, se concreta esta “intervención obligatoria” para la investigación de los hechos (§ 160 StPO), y bajo determinadas circunstancias, el deber de formular la acusación²⁹ (§ 170, inciso 1° StPO). La discrepancia es notable, pues a pesar de que la idea del principio de legalidad exige en cierto modo la persecución penal total, parece como si las disposiciones legales de los §§ 152, inciso 2°, 160 y 170 inciso 1° StPO solo contribuyeran a una vaga definición de este principio: partiendo de su tenor literal en lo concerniente a la obligación impuesta a la fiscalía de atenerse a pruebas suficientes y reales, y en lo referente a la formulación de la acusación, de “tener motivos suficientes para formular la acusación pública”, y fuera de esto, limitada por cualquier disposición legal³⁰.

b) Según lo visto, es menester plantear el siguiente interrogante: en realidad, y en qué proporción, las necesidades del Estado de derecho requieren la vinculación de la persecución penal al principio de legalidad:

1) Si, por consiguiente, se toma en cuenta el aspecto formal de la concepción del Estado de derecho³¹, la mencionada limitación del poder estatal lleva consecuentemente con HEYDEN al “Principio de la aplicación de las normas sin excepción alguna”³². La sujeción misma del Estado al ordenamiento jurídico impide la aplicación arbitraria de las leyes por los órganos estatales; con esto parece necesario adecuar y verificar, en la forma más completa posible, la idea del *principio de legalidad* a la definición de ZIPF: los tipos penales en particular, y el derecho penal material en su conjunto³³, hacen obligatoria la puesta en marcha de las sanciones penales, y con ello parece necesario aceptar la obligación del Estado de imponer la pena³⁴, que consecuentemente ordena la indagación y la persecución de los hechos punibles, valiéndose de todos los medios posibles.

El aspecto formal de la concepción de Estado de derecho, retomado aquí, exige estrictamente la aplicación y la ejecución de las respectivas disposiciones legales, sin referirse a su contenido concreto; lo mismo puede afirmarse de la concepción de la legitimación democrática, la cual exige la realización de la voluntad popular a que acude la ley³⁵. De ninguna manera va contra tal concepción promulgar y ejecutar disposiciones legales que delimiten el deber de aplicación de las reglamenta-

²⁹ Cfr. por ej., GEERDS, *Schröder-Gedächtnisschrift* 1978, pág. 389; HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 3; LÜTTGER, GA 1957, págs. 193 y ss.; SCHRÖDER, *Peters-Festschrift* 1974, págs. 411 y 413 y ss.; WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen* 1978, pág. 17; cfr. además las tesis doctorales de HERTZ, *Die Geschichte des Legalitätsprinzips im Strafverfahren*, Freiburg, 1935, pág. 1 y de JEUTTER, *Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren*, München, 1976, págs. 6 y ss.

³⁰ MITTERMAIER, en *Aschrott, Reform des Strafprozesses*, 1906, págs. 148 y 149.

³¹ Véase *supra*, II, 1 b).

³² Pie de pág. 10, pág. 10.

³³ Excepción, por ej., § 60 StGB.

³⁴ Así, por ej., VON KRIES, *Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts*, 1982, pág. 267.

³⁵ HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 11.

ciones penales materiales, en cierto modo contrapuestas, hasta llegar a su derogatoria; el principio de la sujeción legal y la consecuente obligación de todas las autoridades estatales de aplicar las disposiciones legales sin excepción, obliga a observar el principio de legalidad legalmente formulado, así como las excepciones legales previstas. Una ley que colocara la ejecución penal, sometida al Estado de derecho, al arbitrio de las autoridades de ejecución, sería, de conformidad con ello, tan compatible con la obligación de proceder de manera estrictamente legal, como una que ajustara el deber de persecución al principio de legalidad³⁶.

2) Claro está que, naturalmente, son solo los aspectos materiales del principio de Estado de derecho los que permiten estudiar el contenido de las disposiciones legales concretas. Ahora debemos preguntarnos si el elemento de la concepción de Estado de derecho que apunta hacia la realización de la justicia material conduce a la afirmación del deber de persecución penal, y si esto es cierto, en qué proporción.

Antiguamente se exigía a menudo una completa y continua persecución penal, en el sentido de un principio ideal de legalidad. Según el concepto de BIRKMEYER, el hecho punible “quebranta el ordenamiento jurídico”³⁷, por lo cual “la justicia... en aras del interés público, exige expiación... por medio de la sanción del delincuente, gozando el Estado de la facultad de imponer el castigo”³⁸ y obligado a la persecución “en favor de la justicia” y sin que ello implique “su libre disposición”³⁹. A pesar de que, ciertamente, es posible una concepción de “justicia” como la anterior, resulta muy dudoso que el principio de Estado de derecho conciba esta acepción de justicia en el derecho vigente, y que, por ende, obligue al derecho estatal a una persecución penal total, descartando sus excepciones.

A pesar de que con lo dicho en principio se evidencia el elemental desconocimiento de la “justicia”, hay que tener presente que no se indaga sencillamente por esta, sino por la concepción que sustenta el principio de Estado de derecho dentro del derecho estatal vigente. De ello se deduce que las concepciones acerca de la justicia, emanadas de las diversas teorías de la pena, pueden concordar con una idea de justicia deducida del Estado de derecho, pero estas resultan inútiles para la contestación del interrogante formulado aquí⁴⁰, en la medida en que se acuda al riguroso concepto de MITTERMAIER, para quien el principio de legalidad “no tiene nada que ver con el Derecho Penal”⁴¹.

³⁶ También ya en JAHREISS, *Lange-Festschrift* 1976, págs. 765, 774; véase además a WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 67; de otro parecer HEYDEN (pie de pág. 10), pág. 13.

³⁷ *Deutsches Strafprozessrechts*, 1898, pág. 64.

³⁸ Pie de pág. 37, pág. 63.

³⁹ Pie de pág. 37, pág. 64; Otras fundamentaciones en WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 65.

⁴⁰ El problema de si las llamadas “doctrinas retributivas” que se designan con razón como teorías absolutas de la pena, efectivamente guían a la concepción de BIRKMEYER arriba expuesta, no conduce a nada (pero cfr. por ej., ROXIN, pie de pág. 6, pág. 62). Esta pregunta debe ser respondida, naturalmente, en forma negativa; cfr. al respecto GÖSSEL, *Über die Bedeutung des Irrtumens im Strafrecht* I, 1974, por ej., págs. 178 y ss., 183 y ss., 208 y ss.

⁴¹ En *Aschrott* (pie de pág. 30), págs. 148, 149.

A pesar de que la problemática del concepto de justicia contenida en el derecho constitucional no puede seguirse aquí en forma completa y absoluta, sí se acepta generalmente que el principio de igualdad contenido en el art. 3° de la Ley Fundamental (GG) constituye un elemento importante en la justicia material, motivo por el cual se reduce aquí, según la doctrina dominante, a buscar la “justa” persecución penal en el marco del principio de legalidad, teniendo en cuenta la igualdad de los destinatarios del derecho en el sentido del art. 3° de la GG, en lo que respecta a la persecución penal⁴². En vista de que, nuevamente, se impone el conocimiento elemental del en principio irreconocible asunto de la “igualdad”, se tiene que imponer la salvaguardia de la igualdad a que alude el art. 3° de la GG, ya que generalmente se reconoce que “el principio de la igualdad” solo prohíbe que “lo esencialmente igual se trate en forma desigual”.

El principio de igualdad se viola cuando no se encuentra un argumento razonable (ya sea dado por la naturaleza de las cosas o por algún otro fundamento objetivo) para la diferenciación legal o el trato igualitario; en otras palabras, cuando la determinación se tiene que calificar como arbitraria⁴³. Con base en ello, podemos ahora responder a la pregunta formulada con anterioridad: la protección y la realización de la justicia material, requeridas por el principio de Estado de derecho, y limitadas a su vez por la salvaguardia del principio de igualdad, no exigen propiamente la total y estricta persecución de los hechos punibles, sino que más bien prohíben las decisiones arbitrarias en lo tocante a la persecución de los hechos delictivos⁴⁴. Pero, al mismo tiempo, esto significa que el Estado obligado a cumplir con la justicia material no está forzado, de ningún modo, a basarse enteramente en el principio de legalidad en lo relativo a la persecución penal; por el contrario, el legislador es libre para regular la actividad estatal de persecución penal en forma diferencial, siempre y cuando la diferenciación escogida esté basada en puntos de vista justos y objetivos, teniendo en cuenta, además, la prohibición de la arbitrariedad⁴⁵.

3) Teniendo en cuenta la unión que existe entre el aspecto formal del Estado de derecho vinculado a la ley, por una parte, y el aspecto material del mismo que orienta sus actividades estatales según las normas judiciales, por otra, el Tribunal Federal Constitucional ha reconocido que la “idea de justicia”, al lado de la consideración del principio de igualdad, exige también “la subsistencia de una actividad judicial funcional, sin la cual se contribuiría a quebrantar la justicia”⁴⁶. Esta obli-

⁴² También ya en JAHREISS (pie de pág. 36), pág. 774; WILLMS, JZ 1957, pág. 465; por la igualdad en el sentido de la distribución de la justicia, se expresan GEERDS, SCHIHA 1964, págs. 57, 58 y SCHMIDHAUSER, JZ 1973, págs. 529, 530; cfr. además PETERS (pie de pág. 3), pág. 158 y GRAUHAN, GA 1976, págs. 225, 238, quienes ubican los conceptos de tratamiento igualitario y de justicia como conceptos independientes entre sí, pero uno al lado del otro.

⁴³ BVerfGE 1, 14, 52; que es la jurisprudencia dominante. De acuerdo HESSE (pie de pág. 11), pág. 178; así también MAUNZ (pie de pág. 15), pág. 145.

⁴⁴ Cfr. por ej., WILLMS, PETERS, GRAUHAN y JAHREISS como en la nota 42.

⁴⁵ En el mismo sentido WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 76 y ZIFF (pie de pág. 5), pág. 498; GRAUHAN, GA 1976, págs. 225, 238; véase además a JUNG, *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, 1974, pág. 61.

⁴⁶ BVerfGE, 33, 367, 383 con otras referencias; de otra opinión GRÜNWARD, JZ 1976, pág. 773; contra la opinión dominante, cfr. por ej., RIESS, NSTZ 1981, págs. 2, 5 y GÖSSEL, ZStW, tomo 94 (1982), págs. 26 y ss.

gación se concreta, expresamente, en una decisión posterior: "El Estado de derecho solo se realiza cuando esté totalmente seguro que al delincuente se le persiga, se le dicte sentencia y se le aplique una pena justa, dentro del marco de la ley vigente... que brinde protección al principio de Estado de derecho, al cometido del Estado de velar por la seguridad de los ciudadanos, y de proteger su confianza en la funcionalidad de las instituciones estatales y el derecho de todos a exigir un tratamiento igualitario para el acusado en el proceso penal, logrando, fundamentalmente, que se lleve adelante la pretensión penal"⁴⁷.

Con esto, el Tribunal Federal Constitucional reconoció una especial obligación del Estado de "investigar por medio de sus órganos hasta llegar a caminos conducentes a la justicia, y de decidir si, y en qué medida, subsiste la punibilidad del hecho"; obligación que HENKEL define como "deber de conceder la justicia" y la cual describe, con mucha razón, como resultado de la máxima aceptación por parte del Estado, de la antigua actividad privada de persecución penal: "el derecho penal adoptado por el Estado contiene, como correlato, el deber de conceder la justicia"⁴⁸. Esta concesión, así entendida, asienta sus raíces en el mantenimiento de una actividad judicial funcional dentro del Estado de derecho⁴⁹.

Apenas ahora la concepción del Estado de derecho permite una primera afirmación acerca del principio de legalidad. El principio del mantenimiento de una actividad judicial funcional obliga al poder estatal respecto del principio de legalidad, de manera tal, que el derecho a imponer penas debe, por principio, llevarse a cabo⁵⁰. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional reconoce una serie de excepciones estrictamente delimitadas, como lo denota la expresión "por principio", que "facultan o prescriben al Estado una abstención en el proceso de la persecución penal bajo determinadas circunstancias"⁵¹; estas excepciones ya habían sido reconocidas antes por el Tribunal Federal Constitucional bajo el "principio de proporcionalidad entre el medio y el fin"⁵², que constituye un elemento de la justicia material compensadora en el Estado de derecho⁵³.

⁴⁷ BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁴⁸ *Strafverfahrensrecht*, 2ª edición, 1968, pág. 15.

⁴⁹ Así E. SCHMIDT, *Lehrbuchkommentar zur StPO und zum GVG*, parte 1, 1964, núms. marginales 16 y ss., 385 y ss., deduzca el deber de conceder justicia, proveniente de la Ley Fundamental, de la concesión del derecho a ser oído (art. 103, inciso 1º de la GG); sin embargo, debe observarse, este derecho solo llega a ser real después que a los destinatarios de él (por ej. en el art. 19, inc. 4º GG) se les haya abierto la posibilidad de acudir directamente a los tribunales. Nadie puede por ello estar expuesto a que, por ejemplo, se le persiga por acudir directamente al tribunal. Lo mismo puede decirse, en tanto que en la "negación formal de la justicia" se vea una ofensa al derecho, dirigida al juez legal (art. 101, inciso 1º, párr. 2º GG); cfr. BVerfGE 3, 359, 364. Por lo demás, son también elementos del principio de Estado de derecho los arts. 101 y 103 GG.

⁵⁰ Cfr. BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁵¹ BVerfGE 46, 214, 223.

⁵² BVerfGE 16, 194, 202.

⁵³ Véase al respecto a HOLZLÖHNER, *Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens*, tesis doctoral 1968, págs. 119 y ss.; a WITT, *Verhältnismässigkeitsgrundsatz...*, tesis doctoral, Mainz, 1968, pág. 57; además BVerfGE 19, 342, 348 y ss.; y a SCHULTZ/LEPPIN, en *Jura*, 1981, págs. 521, 529 y ss.

Con ello se puede afirmar lo siguiente: el principio de Estado de derecho obliga de suyo al Estado, sin descartar las excepciones, a perseguir las actividades punibles, razón por la cual se debe reconocer efectivamente el principio de legalidad como un cometido del procedimiento del Estado de derecho⁵⁴. Ahora podemos también responder la pregunta inicial: la actividad de persecución penal estatal se ha comprobado como totalmente dependiente de los cometidos del Estado de derecho; por otro lado, el principio del mantenimiento de una actividad judicial funcional dentro del Estado de derecho conduce a un deber de persecución penal, que no se sostiene estrictamente en el sentido de un principio de legalidad ideal. El principio de la proporcionalidad, arraigado también en el principio de Estado de derecho, permite excepciones; por ello el legislador es libre de regular el contenido y la forma del principio de legalidad, y parece razonable apreciar la actual formulación legal del mismo en forma crítica.

c) Por ello, se puede sostener que de entrada el principio de legalidad puede definirse como una obligación —sin excepciones— para la persecución penal en general, al igual que como un mero deber de persecución que admite y reconoce excepciones. Como el principio de proporcionalidad el Estado de derecho permite y probablemente hasta imponga excepciones a la obligación de persecución penal, se recomienda definir el principio de legalidad como una obligación del poder estatal para la persecución penal, que admite excepciones.

Antes de intentar una definición es importante considerar otra idea: el poder del Estado está dirigido a la conservación de una actividad judicial funcional de conformidad con el principio de Estado de derecho, a efectos de realizar la pretensión penal⁵⁵; lo mismo acontece ciertamente, con la actividad de persecución penal en su totalidad⁵⁶, desde la investigación hasta la ejecución de la pena, permitiendo lógicamente excepciones durante todo el proceso de persecución. Se puede, entonces, ahora, formular una precisión al contenido del principio de legalidad: comprende la persecución penal desde la investigación de los hechos punibles, pasando por el juzgamiento, hasta la aplicación de la sanción correspondiente y su ejecución, con la posibilidad de reanudación del procedimiento.

De conformidad con lo expresado, el principio de legalidad se debe entender fundamentalmente como la obligación del poder del Estado para la persecución penal de hechos punibles durante todo el lapso de duración del procedimiento.

⁵⁴ Por ello no se puede pasar por alto que una serie de Estados con una larga tradición, propia del Estado de derecho, aún hoy vigente, como los Estados Unidos y Holanda, hayan estatuido el principio de oportunidad (basta con cfr. a WEIGEND —pie de pág. 29—, pág. 14). Si solo por este hecho se negara la derivación del principio de legalidad del Estado de derecho, la discusión se tornaría exageradamente reducida y restringida. Por lo demás, debe observarse que las experiencias con el principio de oportunidad en el extranjero no son todas positivas (basta con cfr. en Holanda a WEIGEND aaO, págs. 91 y ss.), y que, finalmente, ello no ha impedido que también en Estados con una indudable organización, orientada hacia los postulados del Estado de derecho, se encuentren elementos que vayan en contra del mismo, en casos especiales: el "trueque" entre el *si* y el *cómo* de la acusación, en Estados Unidos, nos sitúa cuando menos, ante este problema. Por lo demás, debería aclararse en un examen más detenido del principio de oportunidad en los ordenamientos jurídicos extranjeros, si estos contienen, según el caso, un deber de persecución.

⁵⁵ *Supra*, III, 1, b, antes de 1).

⁵⁶ *Supra*, III, 1, b, 3).

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE "LEGE LATA"

Si el principio de legalidad comprende la actividad de persecución penal total por parte del poder estatal, hay que observar, al estudiar y enjuiciar la formulación legal del mismo, la división del poder punitivo que corresponde al principio de separación de poderes; en este caso se observará, por lo tanto, especialmente la separación de la rama jurisdiccional en el sentido del art. 92 de la GG respecto a su correspondiente actividad judicial sentenciadora, de la actividad puramente fiscalizadora, que implica la iniciativa de proteger la actividad judicial mediante la acusación en todas sus formas, al lado de la actividad investigativa y omitiendo especialmente la querrela privada⁵⁷.

a) Para la actividad de la fiscalía, su cometido principal es la imposición constante de la persecución penal, como lo señalan los §§ 152, inciso 2° y 170, inciso 1° StPO, la cual se acentúa principalmente como obligación general de indagación en el § 160 StPO, y la ejecución de determinados actos de averiguación por medio de poderes especiales conferidos a ella por ejemplo en el § 100 StPO⁵⁸.

1) La actividad de la fiscalía, dispuesta en el § 152, inciso 2° StPO, de "intervenir en todos los hechos perseguibles penalmente", se ha concretado mejor en los §§ 160, inciso 1° y 170, inciso 1° StPO: por una parte, la investigación de los hechos, y por otra, la aplicación de su derecho de iniciativa suministrado por la acusación, para la protección de la actividad judicial de persecución penal⁵⁹. Pero con ello no se ha analizado aún profundamente la actividad de persecución penal de la fiscalía; ciertamente el poder de decisión sobre el proceso *, pasa de la fiscalía al tribunal en el momento de formularse el enjuiciamiento, pero la obligación de indagación del hecho demora aún durante el procedimiento judicial y puede extenderse hasta la ejecutoria de la clausura a través de la interposición del recurso de revisión⁶⁰; y fuera de eso la fiscalía está obligada a hacer prevalecer la pretensión penal para la presentación de la acusación en el procedimiento judicial, bajo determinadas circunstancias, para interponer los recursos legales⁶¹.

La misma ley no estatuye excepciones sin importancia a esta obligación de persecución, así determinada por su contenido.

2) La obligación de intervenir, dispuesta en el § 152, inciso 2° StPO, está primariamente ligada a la expresión "indicios suficientes y verdaderos": La fiscalía en ningún momento está obligada a emprender investigaciones sobre hechos

⁵⁷ BVerfGE 46, 214, 222 y ss.

⁵⁸ Sobre ello, véase a GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 333 y ss.

⁵⁹ Cfr. SCHRÖDER (pie de pág. 29), págs. 413 y ss.

* Literalmente, la expresión "Verfahrensherrschaft" (pág. 131 del texto original), equivale a "dominio procedimental"; sin embargo, preferimos traducirla por "poder de decisión sobre el proceso", para hacer más comprensible el fenómeno que se presenta, una vez que el fiscal realiza la acusación según el 170 inciso 1 StPO. N. de la T.

⁶⁰ Cfr. por ej., SCHRÖDER (pie de pág. 29), pág. 413; WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 17; LÜTTGER, GA 1957, pág. 193. véase además la nota 29.

⁶¹ Cfr. al respecto KMR-MÜLLER, *Kommentar zur StPO*, 7ª edición, § 161, núm. marginal 1 y GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht* 1977, pág. 116.

dudosos⁶² o a llevar a cabo otras pesquisas acerca de estos hechos, en los cuales tendría derecho a intervenir según el § 152, inciso 2° StPO⁶³. La obligación de persecución penal de la fiscalía apenas entra en actividad cuando conoce positivamente de ciertas circunstancias constitutivas de hechos indicadores de que *realmente* se cometieron actos punibles, motivo por el cual la fiscalía tiene un margen de decisión surgido de la naturaleza de las cosas; se le da autonomía para decidir sobre el problema de si los hechos de los que conoce constituyen indicios suficientes de la comisión de un hecho punible. Lo mismo acontece con el deber de formular la acusación según el § 170 StPO; este deber solo existe cuando la fiscalía llega a la conclusión de que las pesquisas llevadas a cabo "constituyen motivo suficiente para formular la acusación pública", y es únicamente de su competencia el responder este interrogante, afirmándolo con la consecuente obligación de formular la acusación, o negándolo con su respectiva actitud de conformidad con el contenido del § 170, inciso 2° StPO.

3) La obligación de intervención solo hace referencia a los hechos punibles: también aquí compete a la apreciación de la fiscalía la perseguibilidad bajo determinados criterios, de la inmunidad o de la falta de presupuestos de procedibilidad, como por ejemplo para valorar la querrela.

4) La limitación básica al deber de persecución penal está contemplada en el § 152, inciso 2° parte 1ª StPO, hasta el punto de que permite excepciones legales a la obligación de persecución penal.

El § 376, en concordancia con el § 377, inciso 1° StPO, describe una excepción de importancia: en los delitos de querrela privada existe el deber de acusación solamente en los casos en que se presente un interés público respecto a la persecución penal; de resto no, y solo la fiscalía tiene la facultad de intervenir en el procedimiento iniciado por el acusador privado, pero no está obligada a ello. Respecto a esta *intervención*, la ley concede a la fiscalía un amplio margen de decisión *no precisado* en las mismas disposiciones legales, mientras que en lo referente al *deber de acusación*, tal margen de decisión está determinado con base en el *interés público* existente en el caso concreto, pues solo cuando la fiscalía afirma este interés, está obligada a formular la acusación⁶⁴. Lo mismo ocurre en los casos de delitos perseguibles mediante querrela, en los cuales la falta de ella por parte del ofendido puede ser reemplazada por la explicación de la fiscalía sobre la existencia de un interés público especial en la persecución penal (por ejemplo el § 232 StGB).

Como último grupo de limitaciones legales al principio de legalidad, hay que mencionar, finalmente, las posibilidades de archivo de los §§ 153 y siguientes StPO, en las que, bajo ciertas condiciones legales, se reconoce a la fiscalía un determinado margen de decisión sobre si se continúa o se desiste de la persecución penal.

⁶² De igual manera PETERS (pie de pág. 3), págs. 161 y ss.; cfr. sin embargo a ZIFF (pie de pág. 5), pág. 489.

⁶³ Cfr. al respecto ejemplos históricos en WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 25.

⁶⁴ Cfr. GÖRCKE, ZStW tomo 73 (1961), págs. 561, 573.

b) Es además también factible, de conformidad con el § 163 StPO, considerar el deber de indagación de hechos punibles por parte de la policía⁶⁵. No obstante, se hace necesaria una precisión: el § 163 StPO, según la opinión generalizada, otorga a la policía una competencia especial, la cual en ningún momento afecta la competencia general de investigación de la fiscalía, pues también en los casos del § 163 StPO ella permanece dueña del proceso de indagación, como se deduce del § 163, inciso 2° StPO⁶⁶. En conclusión, el deber de indagación de la fiscalía, aunque *en forma indirecta* y derivada, lo posee también la policía.

A pesar de esta validez indirecta, la policía está sometida al deber de persecución penal en forma mucho más estricta⁶⁷ que la fiscalía. Las excepciones arriba mencionadas (2 a 3) solo operan para la fiscalía, por lo cual la policía no puede abstenerse de las indagaciones respectivas sobre hechos punibles, desde el punto de vista de los §§ 376, 153 y siguientes StPO. Lo mismo puede afirmarse en lo que toca con la persecución penal de hechos punibles, pues la policía tiene que fundamentar sus indagaciones en determinadas circunstancias de perseguibilidad, pero tiene que dejar a la fiscalía la decisión sobre la persecución penal, ya que únicamente ella tiene derecho, en caso de falta de perseguibilidad, de suspender el proceso y la actividad averiguatoria (§ 170, inciso 2° StPO). Pero, la policía no se encuentra tampoco del todo sin margen de decisión alguno, ya que si se presenta la posibilidad de indagación de un hecho punible, en el sentido del § 163, inciso 1° StPO, tiene la libertad de valoración, salvaguardada por la ratificación *de iure* dada por la fiscalía (en ocasiones *de facto*), según lo estatuye el § 163, inciso 2° StPO; justamente, es aquí donde la policía se extralimita a menudo. Por el hecho de no dar noticia a las fiscalías, no se llegan a aclarar delitos denunciados, cometidos por niños y personas “consideradas” por las autoridades como inimputables (inclusive en casos de hurto, prescindiendo por lo demás de los delitos contra la propiedad), y, en parte, bajo el desconocimiento de los §§ 423 y siguientes StPO, se omite la indagación de los delitos denunciados, con el pretexto de que la persecución penal “no vale la pena”.

c) El deber de persecución judicial en lo relativo a la acción y a la persona acusada está expresamente previsto en el § 155, inciso 2° StPO, y por otra parte, en el deber judicial de esclarecimiento (§ 244, inciso 2° StPO), con respecto al hecho designado en la acusación después del resultado del plenario (§ 264 StPO).

1) La persecución penal está esencialmente ligada al hecho de que los acusados parezcan “lo suficientemente sospechosos” de la comisión de un hecho punible (§ 203 StPO). Esta regla también es válida para el procedimiento de querrela privada (§ 383, inc. 1° StPO), que concede al tribunal un poder de decisión similar al que otorga el § 152, inciso 2° a la fiscalía: si el conjunto de pruebas expuestas por la fiscalía o por el acusador privado constituye indicio suficiente de la comisión

⁶⁵ Cfr. al respecto MITTERMAIER en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 154; GEERDS, *Schröder-Gedächtnisschrift* 1978, pág. 389, con otras referencias.

⁶⁶ Para más detalles, véase a GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 345 y ss.

⁶⁷ Cfr. sobre ello a WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 41 y ss.

de un hecho punible, es de competencia del tribunal, al que se acude por vía de recurso, su conocimiento (§§ 210, inc. 2°, 383, inc. 2°, párr. 2° StPO, y por lo demás con los recursos de apelación y revisión).

2) En primera instancia, también existen aquí excepciones al deber de persecución. Seguidamente, hay que mencionar las disposiciones en las cuales ya el derecho penal material (por ejemplo por desistimiento de la tentativa según el § 24 StGB), hace desaparecer la punibilidad del hecho descartando la obligación de persecución y por ende la presencia de una condena. Por lo demás, el tribunal puede, con base en la competencia que se le asigna, descartar la sanción por las consecuencias dirigidas contra el autor del hecho punible, según el § 60 StGB; asimismo puede decidir sobre los obstáculos en el procedimiento, o sobre la falta o insuficiencia de las condiciones preexistentes, y por ello entrar a archivar el proceso (§§ 206a, 260, inc. 3° StPO).

3) Finalmente, hay que nombrar también aquí los §§ 153 y siguientes, que consagran algunos eventos respecto de los cuales el tribunal, bajo determinados presupuestos legales, posee un margen de decisión en lo relativo a la continuación de la persecución penal, o al archivo del proceso.

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE “LEGE LATA” A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO

Una visión crítica de la ya mencionada formulación legal del principio de legalidad (sección III-2 arriba expuesta), en el sentido de la sección III-1c, conforme al Estado de derecho, tiene que ser limitada en algunos aspectos por razones de espacio. Con ello hay que tener en cuenta, principalmente, que a los órganos estatales encargados de la persecución penal se les concede cierto margen de decisión, sujeto en mayor o menor grado a criterios legales, para decidir si y en qué proporción debe efectuarse la persecución penal⁶⁸.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Como ya se expuso detalladamente en páginas anteriores, la administración de justicia penal compete, en el sentido más amplio, a las tres ramas del poder estatal: en cuanto a las normas legales en el sector del derecho penal total, incluyendo el procedimiento penal, a la legislativa; con respecto a la actividad judicial sentenciadora, a la jurisdiccional; y, por lo demás, en lo referente a la aplicación de las normas dadas por el legislador, a la ejecutiva⁶⁹. Esta clasificación de contenido está asegurada formalmente, entre otras razones, debido a que, con las actividades averiguatorias y sentenciadoras de la persecución penal dentro del proceso, existen dos etapas diferentes sometidas al imperio de dos órganos completamente distintos

⁶⁸ Véase *supra*, III, 2 a 2), 3), 4); III, 2 b); III, 2 c 1), 2), 3).

⁶⁹ GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 333.

y separados: la actividad averiguatoria perteneciente al órgano ejecutivo, y al mismo tiempo la actividad policial bajo la tutela de la fiscalía; y la sentenciadora, como actividad judicial perteneciente al órgano jurisdiccional⁷⁰.

Si actualmente se considera que el principio de la separación de poderes tiene el evidente propósito de impedir, en lo máximo posible, "cualquier aspiración inmanente al ejercicio del poder estatal en forma ilimitada" y finalmente arbitraria, por medio de la instauración de ramas del poder controlables y delimitables entre sí⁷¹, es el momento oportuno para que formulemos un primer interrogante esencial: ¿El perfeccionamiento legal del principio de legalidad tiene en cuenta el principio de la separación de poderes en cuanto a la organización del procedimiento penal? De la gran variedad de interrogantes que podrían formularse aquí, solo algunos se traen a la discusión.

a) En primer término se debería recordar una noción elemental y de carácter general, que nos permite diferenciar la punibilidad de un determinado comportamiento, de la persecución penal del mismo. De aquí se desprende una consecuencia esencial: en virtud de que el art. 103, inciso 2º del GG y el § 1 del StGB, exigen forzosamente una *concreción legal* de la punibilidad, ni la fiscalía ni la policía ni los tribunales pueden fijar la punibilidad de un "determinado comportamiento en la realidad social"⁷². Aunque de aquí se infiere, en principio, la reserva del derecho material para la concreción de la punibilidad⁷³, no necesariamente se exige estatuir excepciones al deber fundamental de la persecución penal solo para el derecho procesal, exceptuando estrictamente los criterios materiales⁷⁴; debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que los casos de archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes de la StPO, se encuentran limitados por "la función reguladora del derecho penal material"⁷⁵, considerando con posterioridad la posibilidad, en mayor medida, de intercambio entre las regulaciones del derecho material y el derecho procesal⁷⁶, y negando la estricta separación entre el derecho material y el formal⁷⁷. Por ello, debe dejarse al arbitrio del legislador el plantear una delimitación del principio de legalidad en el sentido aquí definido, acudiendo a una delimitación general de las disposiciones de punibilidad del derecho material, o bien mediante una delimitación general de la persecución de hechos punibles previstos en el derecho penal material.

Lo mismo puede decirse en lo que respecta al concepto de "culpabilidad infima" en los §§ 153, 153a de la StPO⁷⁸, si bien la culpabilidad es un elemento del delito

⁷⁰ GÖSSEL (pie de pág. 69), págs. 333 y ss., y 336.

⁷¹ GÖSSEL (pie de pág. 69), págs. 333 y ss.

⁷² RIESS, NSiZ 1981, págs. 2, 4 y ss.

⁷³ RIESS, NSiZ 1981, pág. 5.

⁷⁴ Cfr. respecto a esta problemática, por un lado a HEINITZ, *Rittler-Festschrift* 1957, págs. 327 y ss., y de otro lado a NAUCKE, *Maurach-Festschrift*, 1972, pág. 197, especialmente págs. 204 y ss.

⁷⁵ VOLK, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht*, 1978, pág. 261.

⁷⁶ VOLK (pie de pág. 75), pág. 263.

⁷⁷ VOLK (pie de pág. 75), págs. 99 y 267.

⁷⁸ De otra opinión NAUCKE (pie de pág. 74), págs. 206 y ss.

y no una cantidad mínima del mismo en cualquier forma. Como hay que tener en cuenta el grado de culpabilidad, fuera de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del delito, en la medición de la pena según el § 46 StGB, no hay razón alguna para no tomar en cuenta, en la actividad de persecución penal de la fiscalía, un pequeño grado de culpabilidad, y con la intervención de los demás requisitos, en la suspensión de la persecución penal.

b) Queda como tarea impedir que los diversos órganos de persecución penal sobrepasen los límites de competencia en sentido amplio, en la toma de decisiones acerca de las medidas de persecución penal⁷⁹.

1) La viva y compleja polémica, sobre todo en los años sesenta, acerca de la ubicación de la fiscalía en el órgano jurisdiccional, parece hoy definitivamente zanjada. Del hecho de que los efectos de las decisiones judiciales no recaigan sobre las decisiones fiscales⁸⁰, y de que la ubicación de la fiscalía en el ámbito del órgano jurisdiccional hubiese traído consigo la unión de las actividades averiguatoria y sentenciadora, de acuerdo al superado proceso inquisitivo del derecho común, ha llevado a que, actualmente, por lo general, la fiscalía no se asocie al poder jurisdiccional⁸¹, y de acuerdo con la concepción aquí defendida, no expuesta más a profundidad, a que la fiscalía forme parte de la administración de justicia dentro del órgano ejecutivo⁸².

Pero con ello no está aún decidido si la fiscalía, en determinados casos *de facto*, dentro de su actividad de persecución penal, toma decisiones que son de posible naturaleza judicial respecto a su contenido y que se las ha atribuido violando el principio de la separación de poderes.

2) Antes se sostenía, a veces, la tesis según la cual la fiscalía obraba legalmente, en forma independiente del poder judicial, en lo tocante a la decisión de formulación de la acusación y al archivo del proceso según el § 170 StPO; especialmente para la formulación de la acusación⁸³. Justamente, debe observarse, lo que generaba las fallas del proceso inquisitivo del derecho común era el hecho de que el tribunal poseía la iniciativa para su propia actividad sentenciadora; esta desventaja fue anulada al dividir la actividad de persecución penal, de acuerdo con el principio de la separación de poderes, mediante el traspaso de la actividad acusadora a la fiscalía, completamente independiente y separada del tribunal sentenciador⁸⁴. La formulación de la acusación y la decisión al respecto no pueden ser tomadas, por consiguiente, en el moderno proceso penal, como actividades judiciales según su naturaleza; la opinión opuesta, al respecto, lleva nuevamente al superado proceso inquisitivo del derecho común.

⁷⁹ Por ello el principio de legalidad de ninguna manera "se desmaterializa en el sentido de una simple cuestión de competencia"; cfr. SCHRÖDER (pie de pág. 29), pág. 425, sino que únicamente se observa la significación del principio de separación de poderes para el principio de legalidad.

⁸⁰ EB. SCHMIDT, MDR 1964, págs. 629, 631, con otras referencias.

⁸¹ GÖSSEL, GA 1980, pág. 335.

⁸² Véase al respecto a GÖSSEL, GA 1980, págs. 336 y ss.

⁸³ Cfr. por ej., GÖBEL, NJW 1961, 856, 858.

⁸⁴ Véase más ampliamente en GÖSSEL, GA 1980, pág. 334.

3) Las posibilidades de archivo del proceso, abiertas a la fiscalía por medio de los §§ 153 y siguientes de la StPO, son miradas en ocasiones como decisiones de fondo, atendiendo a su contenido⁸⁵. Sin embargo, debe observarse también que la fiscalía, de hecho, puede decidir no formular la acusación y ordenar el archivo del proceso; por ello, al igual que en la decisión consagrada en el § 170 StPO, surge la pregunta de si también en los casos de los §§ 153 y siguientes StPO, las decisiones de la fiscalía deberían llevar a que esta tomara la iniciativa para la sustanciación del proceso, o no. El hecho de que la decisión acerca de la continuación de la persecución penal, a diferencia de los casos del § 170 StPO (por ejemplo de la [no] existencia de un interés público —en los casos de los §§ 153, 153a StPO—, o de un interés estatal determinado —en el caso de los §§ 153c, 153d, 153e StPO— en la persecución penal), y que esta decisión puede guiar a la finalización del procedimiento penal, no dice nada acerca de si se presenta esencialmente una actividad judicial; por el contrario, no se entiende por qué en estos casos la persecución penal no se puede suspender en todas las etapas del procedimiento penal. La propuesta de ZIPF, de dar forma a las causales de suspensión como presupuestos del procedimiento⁸⁶, ciertamente tendría este resultado.

Por lo demás, es de observarse también que la ley, en algunos eventos, en los §§ 153 y siguientes StPO, otorga al tribunal la posibilidad de archivo del proceso, cuando el procedimiento pende de este (cfr. por ejemplo los §§ 153a, inciso 2°, 153b, inciso 2° StPO). En lo que toca a la subordinación de la decisión de archivo del proceso a la actividad judicial o fiscalizadora, no son decisivos los respectivos presupuestos de archivo del proceso, reglamentados, ni tampoco la consecuencia de la conclusión del proceso, sino solo el problema de determinar cuál actividad concreta de archivo del proceso es afectada, y en cuál fase concreta del procedimiento. Las suspensiones del enjuiciamiento que llevan a la evitación del mismo, constituyen exclusivamente actividad de la fiscalía, aunque en parte es necesario el consentimiento judicial⁸⁷.

Este resultado es muy discutido con respecto a la suspensión de conformidad con el § 153a StPO, en cuanto a que “la verdadera consecuencia jurídica del § 153a... no la constituye la suspensión del procedimiento, sino la imposición de sanciones con propósitos penales en forma de imposiciones y órdenes”⁸⁸, y porque “desplaza el sistema de la separación de poderes en la justicia interna, perteneciente a la naturaleza del proceso acusatorio entre el juez y el fiscal”, y asociando esta “prescripción en un ámbito parcial de competencias averiguatorias y sancionatorias en manos del fiscal”⁸⁹. Ahora, con fundamento en las impresionantes exposiciones de KAUSCH, es poco discutible que el legislador toma las imposiciones mencionadas

en el § 153a, inciso 1° StPO como sanciones sin sentencia penal⁹⁰. Pero como, por ejemplo, las severas consecuencias del delito que sufre el autor, pueden ser tomadas en cuenta por el juez (§ 60 StGB), e igualmente por la fiscalía durante la formulación de la acusación (§ 153b StPO), no se entiende por qué la fiscalía no pueda tomar un acto determinado, posterior al hecho punible, como motivo para negar el interés público en la persecución penal, y por esta razón, prescindir de la formulación de la acusación⁹¹. Por lo demás, hay que observar que estas imposiciones no se fijan por una “mano superior”, sino que solo pueden imponerse con el consentimiento del acusado, a pesar de su carácter sancionador; el hecho de que esta voluntariedad tenga un carácter ficticio con respecto a la pena amenazada —más fuerte—, aparece como una conjetura jurídica dudosa, en las experiencias de la práctica cotidiana, en la que, en la mayoría de las ocasiones se opta por la disposición del archivo, sea con el asentimiento de la fiscalía o del tribunal⁹².

Así mismo, la comparación con el desistimiento del recurso legal, traída por KAUSCH, no es muy convincente⁹³. Es poco comprensible poner en el mismo plano la fijación de imposiciones dependientes del asentimiento del acusado con el desistimiento de los recursos legales contra la sentencia, en oposición a las sanciones penales fijadas por el pronunciamiento judicial; a pesar de la fijación de las sanciones ligadas con ello, el archivo, según el § 153a StPO, no se puede mirar principalmente como una actividad sentenciadora en el sentido de los §§ 261, 264 StPO, sino como una medida procesal de descriminalización y resocialización ya en la fase del enjuiciamiento, la cual no está reservada al juez⁹⁴ en cuanto al bajo grado de las imposiciones, y que por lo tanto no puede suplantar a la “jurisdicción de su exigida responsabilidad de concretización de la totalidad de las leyes penales”, según el art. 92 GG⁹⁵. Semejante responsabilidad tan amplia, sostenida por KAUSCH, no existe; es justamente este mismo autor quien así lo confiesa expresamente en otra parte⁹⁶. El legislador tampoco está impedido, en el campo de la persecución penal, de admitir el establecimiento de sanciones que, en ciertos casos, están por fuera de la actividad jurisdiccional (conclusión inversa a la del art. 104 inciso 2° párrafo 1° de la GG).

4) Lo mismo puede afirmarse en lo que toca con la participación de la fiscalía en el procedimiento de la querrela privada: la decisión sobre la formulación de la acusación en razón de un determinado interés público (§ 376 StPO), y también la participación posterior a la presentación de la acusación privada (§ 377, inciso 2° StPO), no implican la actividad jurisdiccional; lo mismo puede decirse en lo que toca con la afirmación del interés público por la ausencia de la querrela penal (por ejemplo en el § 232 StGB).

⁸⁵ Cfr. por ej., HEINITZ (pie de pág. 74), pág. 336.

⁸⁶ Pie de pág. 5, págs. 501 y ss.

⁸⁷ Véase al respecto *infra*, 3.

⁸⁸ KAUSCH, *Der Staatsanwalt-ein Richter vor dem Richter?*, 1980, pág. 65.

⁸⁹ KAUSCH (pie de pág. 88), págs. 241 y ss.

⁹⁰ Cfr. por ej., KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 55, citado, BT-DRUCKS, VI/3478, pág. 47.

⁹¹ Como aquí, también HANACK, *Gallas-Festschrift*, 1973, págs. 339, 354 y ss.

⁹² Así KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 56.

⁹³ Pie de pág. 88, nota 50 en las págs. 56 y ss.

⁹⁴ Acertadamente KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 240.

⁹⁵ KAUSCH (pie de pág. 88), pág. 241.

⁹⁶ Véase nota 94.

5) El problema acerca de si la policía, o por el contrario el tribunal, se extralimitan en sus competencias con respecto a las decisiones tomadas dentro del campo de la persecución penal, solo puede ser abordado aquí en la medida en que exista la anuencia reclamada del tribunal, respectivamente exigida por la ley, en lo tocante a la decisión de archivo dictada por la fiscalía según los §§ 153 y siguientes de la StPO, que concuerda con el principio de Estado de derecho; como también, al contrario, con la presencia de la anuencia reclamada de la fiscalía para el archivo, por parte del tribunal. Con ello se hace referencia a los problemas suscitados por los controles necesarios, los cuales deben ser tratados en seguida.

c) Así como es de importancia observar las respectivas competencias, también es insuficiente esta observación para garantizar un procedimiento sin reparos en el Estado de derecho, bajo la perspectiva de la separación de poderes. Como ya se mencionó más arriba⁹⁷, la división del procedimiento penal, en concordancia con el principio de la separación de poderes, en varias etapas, sometidas a diversos órganos estatales, a su vez pertenecientes a diversos poderes del Estado, tiene principalmente el propósito de impedir, sobre todo, el ejercicio de persecuciones penales arbitrarias y por ende, también, el ejercicio del poder en forma arbitraria; pero esta división por sí sola no puede todavía alcanzar esta meta, ya que no basta solamente con la necesidad de un control sobre los demás poderes estatales por medio de tribunales independientes⁹⁸; se tiene que asegurar, así mismo, que los diversos órganos establecidos en el procedimiento penal efectivamente se controlen unos a otros. Con la implantación de la fiscalía como una institución cuya actividad está dirigida “directamente a la realización del derecho”⁹⁹ y a la verificación de la justicia material, se ha instituido un órgano de control similar, tanto frente a la policía investigadora, como frente al órgano sentenciador perteneciente al poder jurisdiccional¹⁰⁰.

2. EL CONTROL DE LA PERSECUCIÓN PENAL JUDICIAL Y POLICIAL CONFORME A LAS REGLAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si los tribunales incumplen su deber de persecución penal, la fiscalía posee un efectivo instrumento de control, derivado de su facultad de interponer los recursos legales pertinentes. En cuanto que el tribunal posee un margen de decisión respecto al archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes StPO, se garantiza el control necesario a través de la aquiescencia indispensable de la fiscalía (por ejemplo en el § 153, inciso 2° StPO), o en el supuesto de una solicitud de la fiscalía (por ejemplo en el § 154, inciso 2° StPO); solamente el archivo temporal, según el § 154e, inciso 2° StPO, no depende del asentimiento o de la solicitud de la fiscalía, pero el mismo es impugnado por medio del recurso de queja.

⁹⁷ IV, 1, antes de a.

⁹⁸ *Supra*, II, 1 b.

⁹⁹ HENKEL (pie de pág. 48), pág. 133.

¹⁰⁰ GÖSSEL, GA 1980, págs. 325, 337 y ss.

El control de la actividad averiguatoria de la policía es ejercido por la fiscalía fundado en su poder de dirección¹⁰¹.

3. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE PERSECUCIÓN PENAL FISCALIZADORA A LA LUZ DE LOS POSTULADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A pesar de todo, no solamente el tribunal y la policía necesitan ser controlados por la fiscalía; también la actividad de persecución penal de la fiscalía requiere su propio control, y este es sobre todo necesario en aquellos campos en los cuales la fiscalía dispone de cierto margen de decisión¹⁰². Como para la realización de la meta a la cual aspira el principio de la separación de poderes¹⁰³ es especialmente necesario que el control se ejecute por un órgano asociado distinto de la misma fiscalía, se exige por ello, en principio, el control judicial sobre la actividad fiscalizadora¹⁰⁴.

a) Probablemente la fiscalía posee el poder de decisión más importante respecto a sus decisiones sobre la formulación de la acusación o sobre el archivo del proceso, según el § 170 StPO. Como a la fiscalía corresponde un monopolio de decisión (§ 152, inciso 1° StPO), exceptuando los delitos privados, se hace aquí especialmente importante la posibilidad de control.

1) El principio de legalidad hace resaltar una seguridad esencial del Estado de derecho, que con razón se observa, de manera predominante, como un “correlato necesario” frente al “monopolio de la acusación”¹⁰⁵. Esto no puede ser visto, entre tanto, como suficiente, ya que se trata precisamente del mantenimiento del principio de legalidad, derivado de los §§ 152, inciso 2° y 160 StPO, por medio del control necesario de la fiscalía; a decir verdad, este control es menos relativo en lo que toca con su deber de intervenir, según los parágrafos citados; no así, sobre todo, en lo referente al ámbito de decisión concedido a la fiscalía en lo atinente a las condiciones legales requeridas para la investigación o para la formulación de la acusación (indicios reales y suficientes; hechos punibles perseguibles). Al respecto expone FULD, sobre los comienzos de la fiscalía, lo siguiente:

“No hay duda, de que al decidir la pregunta en torno a si es necesaria la persecución de un hecho punible en favor del interés público, la fiscalía procedió frecuentemente en forma errónea y falsa. No solamente influyeron en las decisio-

¹⁰¹ Más ampliamente GÖSSEL, GA 1980, págs. 338 y ss. y 350 y ss.

¹⁰² La pregunta de si se trata de una medida, de un margen de apreciación, o de alguna otra categoría jurídico-administrativa de la libertad de decisión —cfr. sobre ello WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 169 y ss.—, es al respecto de naturaleza secundaria; antes que nada se debe asegurar la posibilidad general de control de dichas decisiones fiscales.

¹⁰³ Cfr. *supra*, I c.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, II, 1 b.

¹⁰⁵ KRAUSE, GA 1964, págs. 110, 114; cfr. más ampliamente por ej. BGHSt 15, 155, 159; sin el principio de legalidad “el monopolio de la acusación de la fiscalía sería injusto”; THIERSCH, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 206; LR-SCHÄFER (pie de pág. 1), Introducción al núm. marginal 13, 26; GÖSSEL (pie de pág. 61), págs. 30 y ss.

nes de las fiscalías los aspectos subjetivos, sino también consideraciones pertenecientes a círculos de ideas e intereses divergentes, hechos políticos y sociales; precisamente, este hecho llevó a que se presentaran grandes divergencias en amplios círculos, causando desconfianza hacia el manejo uniforme del monopolio acusatorio, con el cual se tiene que contar, para bien o para mal, como un factor dado. De un lado se convalidaba una exageración ilimitada del término «interés público» y del otro, una concepción sumamente estrecha de miras¹⁰⁶.

El hecho de que aún hoy exista peligro en cuanto concierne a la adopción de decisiones acerca del archivo del proceso o de la formulación de la acusación según el § 170 inciso 2° StPO, con base en conveniencias políticas, nos lo enseñan no solo las terribles experiencias del pasado nacionalsocialista, sino también la actitud de las fiscalías en la persecución de hechos punibles cometidos en el pasado reciente por estudiantes violentos; sin dejar de mencionar aquellos delitos que quedaron impunes, llevados a cabo en despachos alemanes en beneficio de intereses estatales privilegiados (por ejemplo la expedición de pasaportes falsos, etc., para los integrantes del servicio secreto). Aunque estos ejemplos, afortunadamente, solo tienen un significado real-exótico, en muchas ocasiones solo consideraciones de pura conveniencia desempeñan un papel definitivo en las decisiones contempladas en el § 170 StPO, motivo por el cual necesitan de un control efectivo. RIESS advierte, con razón, que “el mandato normativo” del § 160 inciso 1° StPO, “se cumple solo parcialmente, de manera diferente, desde el punto de vista específicamente delictivo”¹⁰⁷.

El cumplimiento, necesariamente controlado, del principio de legalidad, se hace además forzoso por medio de las disposiciones legales materiales de los §§ 344, 258a StGB; aunque de manera realmente dudosa, porque la fiscalía misma, en todo caso, tiene que investigar estos hechos. Por lo demás, se ha consagrado un control por medio de la “estructuración jerárquica de la autoridad acusatoria y de la vigilancia interna ligada a esta”, aunque también aquí la total eficacia, por ejemplo en las eventuales instrucciones para desistir de las acusaciones, no parece estar garantizada¹⁰⁸.

A pesar de lo esenciales que son los instrumentos hasta aquí señalados, no pueden sustituir el control judicial¹⁰⁹ exigido por el principio de la separación de poderes¹¹⁰.

2) Con respecto a la formulación de la acusación, no hay duda sobre la existencia de un control efectivo: la revisión judicial de los hechos presentados por la fiscalía en la acusación, impide acusaciones arbitrarias en el procedimiento intermedio (§ 203 StPO), y en el procedimiento principal (en los §§ 261, 264, 266, inciso 1°. StPO);

¹⁰⁶ FULD, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 601; cfr. más ampliamente también HOLTZENDORFF, en *Verhandlungen des 12 DJT* 1874, tomo 1, págs. 64, 68, 70 y ss.; DIETZ, en *Verhandlungen des 29 DJT* 1908, págs. 51, 55 y ss.; OSTENDORF, RuP 1980, pág. 200.

¹⁰⁷ NStZ 1981, págs. 2, 4.

¹⁰⁸ Cfr. WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 84 y ss.

¹⁰⁹ MAUNZ (pie de pág. 18), también véase *supra*, II, 1 b.

¹¹⁰ Véase al respecto, por ej., a NIESE, SJZ 1950, pág. 890.

por aquello de que como “la fiscalía no tiene ningún interés en formular acusaciones inútiles que conlleven absoluciones evidentes, con indudable pérdida de su prestigio, sus propias conveniencias oficiales se ocupan de que esta se oponga efectivamente a las sospechas”¹¹¹. Lo mismo se puede decir para la interposición de recursos legales por parte de la fiscalía.

Tampoco para la actividad de averiguación de la fiscalía puede afirmarse otra cosa. En tanto que las diversas actividades de indagación no acarreen perjuicios para bienes jurídicos de los particulares, que ya por esta razón se hacen revisables judicialmente¹¹², debe pensarse que la actividad de averiguación de la fiscalía sirve únicamente para preparar la decisión sobre la formulación de la acusación, y que el control judicial previsto en el § 204 StPO, y posteriormente la sentencia, también en lo referente a la actividad averiguatoria, se revela como suficiente.

3) Las explicaciones que hemos dado en el ordinal 1) anterior, dejan traslucir, sin embargo, un control judicial con respecto a la omisión de la acusación; semejante control existe, en efecto, contra las decisiones de archivo del proceso del § 170 inciso 2° StPO, bien sea mediante el procedimiento de la acusación forzosa del § 172 StPO, o bien en el evento en que se trate de un caso de querrela, en el procedimiento de querrela privada (sobre ello confróntese más abajo el literal b).

Ambas posibilidades de control judicial están, sin embargo, ya limitadas, hasta el punto de que solo pueden ser aprovechadas por el ofendido con el presunto delito. Fuera de esto, hay que recalcar que el procedimiento de la acusación forzosa, según su formulación legal y su significado práctico, solo se presenta como un instrumento de control débil y bastante incompleto, casi acercándose a la insignificancia¹¹³, lo cual depende en gran medida de que en muchas ocasiones se pone en marcha por motivos de querrela, lo cual permite comprender por qué la importancia de este procedimiento dentro del Estado de derecho, como un control necesario de la actividad fiscalizadora, en veces pasa inadvertido.

Bajo estas circunstancias, no parece fuera de lugar buscar otras posibilidades distintas de control efectivo sobre acusaciones omitidas arbitrariamente. En la antigua discusión para la reforma del procedimiento penal, se reclamó con especial insistencia una especie de control judicial indirecto, en el cual el monopolio de la acusación por parte de la fiscalía se eliminaba por completo, o bien se limitaba por una acusación subsidiaria de otras personas, posterior a la negación de la formulación de la demanda pública por parte de la fiscalía. Estas propuestas iban desde la permisión de una demanda popular común, por medio de un *quivis ex populo* según el modelo del derecho inglés, al lado de la facultad de acusación por parte de la fiscalía (denominada “demanda popular principal”)¹¹⁴, pasando por la de-

¹¹¹ EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edición, 289; además VON HOLTZENDORFF (pie de pág. 106), pág. 69; pero desde otra perspectiva RIESS, *Schäfer-Festschrift* 1980, págs. 155, 195.

¹¹² Cfr. por ej., GÖSSEL (pie de pág. 61), págs. 50 y ss. con otras referencias; véase además § 98, inciso 2°, párr. 2° StPO.

¹¹³ Cfr. GÖRCKE, ZStW tomo 73 (1961), pág. 569.

¹¹⁴ Cfr. al respecto GNEIST, *Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung*, 1874, pág. 50; VON HOLTZENDORFF (pie de pág. 106), pág. 77.

manda popular subsidiaria (la cual se podría levantar por el *quivis ex populo* después de la negación del enjuiciamiento por parte de la fiscalía), hasta llegar a la acción privada, la cual debía dejarse libre solo al acusado, junto a la acusación de la fiscalía (acción privada principal), o solo después de la anterior e inútil invocación de la fiscalía (acción privada subsidiaria). Los defensores de la demanda popular pública principal y subsidiaria, estaban entre tanto, en minoría¹¹⁵ y con razón: “La experiencia enseña, cómo... frecuentemente la mala voluntad, las emociones, las venganzas y quizás también el provecho propio, son los móviles que los acusadores estimulan; juego este que se conduce por frívolas acusaciones, cuando no se utilizan amenazas con acusaciones de chantaje”¹¹⁶; en síntesis, la demanda popular en sus dos formas, de todas maneras descuidaba la protección del acusado, contra “injustas y molestas persecuciones”¹¹⁷. Estas objeciones también tienen validez hoy en día, por lo que de esta forma no se debería tratar de alcanzar el control necesario de la fiscalía¹¹⁸. Lo mismo podría decirse con respecto a la acción privada, tanto principal como subsidiaria (sobre la acción privada consagrada en el derecho vigente para determinados delitos, véase abajo literal b).

Por estas razones, entonces, queda solamente el control judicial directo. A pesar de su poca importancia actual, el procedimiento de acusación forzada podría transformarse igualmente en un efectivo instrumento de control por medio de una modificación en el procedimiento hasta ahora vigente. Por consiguiente, el procedimiento se debería simplificar a efecto de que se pueda formular reclamación directa ante el tribunal a raíz de la decisión negativa de enjuiciamiento, evitando el complicado y en la mayoría de las veces ineficaz camino, pasando por encima de la fiscalía. Claro está que se tiene que dar la posibilidad de un remedio conforme al § 306 de la StPO; sobre la reclamación no debería decidir el Tribunal Supremo Regional (OLG), ajeno a la realidad (que en Baviera ni siquiera es competente para la decisión de las revisiones) sino un tribunal activo, experimentado, como por ejemplo una sala penal cuyas decisiones tendrían que ser igualmente indiscutibles como la actual decisión del Tribunal Supremo Regional. La competencia sobre las reclamaciones debería ser llevada, claro está, a un solo tribunal (órgano sentenciador), distinto del competente para gestionar la eventual acusación, asegurando así la defensa de los diversos ámbitos de competencia del tribunal y de la fiscalía¹¹⁹. Tampoco podría el tribunal, respecto a la reclamación, iniciar por sí mismo el proceso, ni tampoco ordenar a la fiscalía el enjuiciamiento: el tribunal podría, únicamente, estar autorizado para suspender la decisión impugnada y obligar a la fiscalía, bajo observación del parecer legal, a decidir nuevamente sobre el enjuiciamiento. Para posibilitar un control más eficaz del principio de legalidad, el círculo de los autorizados a impugnar debería ampliarse de los hasta ahora “ofendidos” a cualquier persona que pueda hacer valer un interés justificado en la persecución penal.

¹¹⁵ Cfr. MITTERMAIER y FULD, en *Aschrott* (pie de pág. 30), págs. 160 y ss., y págs. 603 y ss.

¹¹⁶ DALCKE, GA tomo 7 (1859), págs. 734, 743.

¹¹⁷ LOBE, GS 1928, págs. 37, 45.

¹¹⁸ STOCK, *Rittler-Festschrift* 1957, pág. 309; WEIGEND (pie de pág. 29), págs. 86 y ss.

¹¹⁹ Pero de otra opinión THIERSCH, en *Aschrott* (pie de pág. 30), pág. 209.

b) Un especial dolor de cabeza presenta la práctica de la fiscalía en lo que hace relación a la decisión de que habla el § 376 StPO.

1) Mientras que de un lado se observa que en determinados delitos de querrela privada, como los atropellos en el tráfico rodado, la fiscalía, sin consideración del caso particular, afirma constantemente el interés público casi que sin indulgencia, y muy rara vez se declara dispuesta al archivo del proceso conforme a los §§ 153 y 153a StPO; de otro lado, tiene que afirmarse que la acción privada se utiliza cada vez más como un instituto de simplificación del trabajo de la fiscalía. Esto lleva sobre todo a que hasta los hechos punibles más trascendentales ya no se acusen por la fiscalía: en la persecución de la injuria; de las lesiones corporales; del daño en las cosas, y de la violación de habitación ajena, por ejemplo entre vecinos que no pueden escapar del vecino “malo”, ya sea por sus altos costos de hipoteca, o por otras razones de consideración; casos que no constituyen ningún “interés público” porque el círculo de ofendidos es cuasiprivado, como también, por ejemplo, en los casos de graves lesiones corporales causadas por maridos vengativos y heridos en su orgullo, que se encuentran en desventaja frente a sus esposas que demandan de ellos el divorcio.

En estos casos, obviamente, existe un interés público masivo, encaminado a que cada persona pueda vivir tranquilamente también frente a su vecino, hecho que no parece muy claro para algunas fiscalías; lo que también sucede en los casos de lesiones corporales entre cónyuges, en los cuales habría que formular la pregunta polémica de si la fiscalía apenas quiere intervenir cuando los malos tratos han llevado a la muerte! Sin necesidad de más ejemplos —lo que sería fácil hacer— aparece, en este campo, la falta de un control sobre la actividad de persecución penal de la fiscalía, como particularmente dolorosa.

2) En principio está dada una posibilidad de control por intermedio del ejercicio de la acción privada, en estos casos; sin embargo, este se presenta como ineficaz, ya que la mayor parte de las acciones privadas son rechazadas de conformidad con el § 383 inciso 1° StPO, o suspendidas de acuerdo con el § 383, inciso 2° StPO, y esto mediante un procedimiento que, estatuido cuidadosamente, se desarrolla con demasiada frecuencia en forma *praeter legem*: en una “citación por vía de información” se oye a los interesados y luego se acuerda una “cuasisanción” extrapenal como si se tratara de una condena en costas. Esto entraña, naturalmente, el rechazo de la acción privada y por consiguiente el archivo del proceso; así se llegue alguna vez a la sentencia en el procedimiento de querrela privada¹²⁰, se tiene que contar frecuentemente con una inapelable suspensión del tren de recursos legales de conformidad con lo preceptuado por el § 390, inciso 5° StPO.

Si la acción privada quiere recuperar nuevamente su cometido original como instrumento de control de la fiscalía, o como sustitutivo efectivo de la falta de acusación estatal, sería necesaria la eliminación de la posibilidad de archivo de conformidad con los §§ 383, incisos 1° y 2°, y 390, inciso 5° StPO, con la consecuencia de que solo se pueda hacer uso de las posibilidades generales de suspensión

¹²⁰ En escasas e ínfimas oportunidades, véase por ej., a HIRSCH, *Lange-Festschrift* 1976, pág. 815.

según los §§ 153 y siguientes de la StPO; la posición de aquiescencia de la fiscalía, según lo expuesto, la ocuparía el asentimiento del querellante.

Claro está que no se puede negar el peligro de molestas acciones privadas, producto de la querrela. Pero este peligro se puede, por lo pronto, contrarrestar con la respectiva aplicación de los §§ 202 al 211 de la StPO (o sea, inclusive la posibilidad de impugnar el eventual auto de no apertura). Por lo demás, se tendría que pensar en la posibilidad de limitar el círculo de acciones privadas, o eliminar su procedimiento, aconteciendo en este último caso, que se procedería siempre dentro del procedimiento oficial; la situación actual, en la que prácticamente no se puede hablar ya de una protección penal en el campo de la acción privada, parece de todas maneras totalmente inaceptable.

3) Con una organización semejante del proceso de querrela privada en la forma expuesta, se podría prescindir del dudoso procedimiento secundario, tan frecuentemente utilizado por motivos ajenos a la realidad: tal procedimiento aparece superfluo como instrumento de control en virtud de que la fiscalía impulsa la persecución penal.

c) Tampoco en lo relativo al archivo del proceso, de conformidad con los §§ 153 y siguientes de la StPO, aparece tan explícita la práctica de la fiscalía: también aquí se pone de manifiesto que, generalmente, en determinados delitos, como por ejemplo, nuevamente en el tráfico rodado y en los casos de la Ley de Armas, regularmente y sin consideración al caso concreto la fiscalía no está preparada para el archivo, ni declara tampoco su consentimiento para este ante el tribunal; ello se hace especialmente crítico en los casos en que el fiscal de sesión entiende reunidos los presupuestos del archivo según su criterio personal, pero que los niega en oposición al fiscal instituido con respecto al informe posterior. Pero también, por el contrario, parece necesario someter la decisión de archivo de la fiscalía al control judicial.

1) En el caso de la disposición de archivo por parte de la fiscalía, aparece garantizado un control suficiente en los eventos en que el tribunal debe aprobar el archivo, aunque este control, por razones de consideración, no se estima como suficiente en la práctica¹²¹. Un control judicial, en lo referente al archivo por parte de la fiscalía, hace falta, entre tanto, en los "explosivos casos" de la abstención de la persecución por razones políticas y en los hechos cometidos en el extranjero (§§ 153c, 153d, 153e StPO); lo mismo puede afirmarse con respecto al chantaje relacionado con hechos punibles motivados políticamente (§ 154c StPO). Igualmente falta un control en los casos del archivo, según los §§ 154 y 154b StPO; sin embargo, debido al carácter transitorio del archivo en los §§ 154d y 154e StPO, se acepta aquí la falta de control judicial.

También, bajo la consideración de la necesidad de la afirmación de un control judicial parcial de la decisión de archivo, se hace indispensable el sometimiento de la decisión de la fiscalía, según el §§ 153 y siguientes StPO, al recurso de revisión

posterior; tal revisión es indispensable porque aún vale hoy en día, lo que HELLMUTH MAYER sostenía para el antiguo Estado de derecho liberal alemán: "los derechos procesales del ofendido, de ninguna manera deben ser expuestos al juzgamiento de las instituciones estatales acusatorias"¹²². Un control judicial, de esta forma, debería aplicarse a los casos de los §§ 153 y siguientes StPO, por medio de la modificación del § 172, inciso 2º, párrafo 3º StPO, hasta el punto de que el procedimiento de la acusación forzosa, en la forma expuesta arriba en a) 3), debería ser declarado lícito¹²³.

2) Para examinar la negativa de la fiscalía respecto al archivo, se podría prever una decisión formal de la misma a petición del acusado o de su defensor, que fuera revisable en forma indiscutible por medio del recurso de queja ante el tribunal (órgano sentenciador), y que se hace efectivo también en el procedimiento de la acusación forzosa.

3) En el procedimiento judicial solo debería decidir el tribunal sobre el archivo, sin aprobación de la fiscalía, pero únicamente con base en la opinión del plenario, por vía de revisión y mediante una sentencia susceptible de ser controlada por medio de los recursos legales. La propuesta de ZIPF, que puede ser atendida¹²⁴, de transformar las razones de archivo en condiciones del proceso, también llevaría a una forma muy sencilla de control judicial; sin embargo, esta podría ir demasiado lejos en virtud de que, entonces, las condiciones de archivo, de manera oficial, se harían revisables en todas las etapas del proceso, con lo cual la aceptación de la sentencia, la cosa juzgada parcial y las ilimitadas reprimendas revisorias, no podrían constituir ningún límite para la interposición del recurso de revisión.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CERTEZA LEGAL

Puede ser mencionado aquí un último problema: el principio de Estado de derecho exige que las expresiones del poder estatal se asienten en disposiciones legales bastante concretas, y que fuera de esto las limitaciones del principio de legalidad no sean decididas en forma arbitraria por el legislador, ni que estas descansen sobre una valoración de los intereses de persecución penal con intereses opuestos¹²⁵. Los diversos interrogantes acerca del Estado de derecho, planteados aquí, no se pueden discutir ya más a fondo.

¹²² H. MAYER, JZ 1955, págs. 601, 602.

¹²³ Cfr. ya en TILL KALSBACH, *Die gerichtliche Nachprüfung von Massnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren* 1967, por ej., págs. 137 y ss.

¹²⁴ Pie de pág. 5, pág. 501.

¹²⁵ Cfr. al respecto ZIPF, como en el pie de pág. 124.

¹²¹ Cfr. WEIGEND (pie de pág. 29), pág. 54.

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN DE MENORES*

Dr. CARLOS ELBERT
Universidad de Colonia

El presente trabajo se limita a exponer en forma sistemática los lineamientos del sistema penal alemán de menores en dos aspectos fundamentales, como son la determinación de la responsabilidad penal y el sistema de reacciones penales. Hemos pretendido conjugar lo breve con lo claro, ya que se trata de exponer un sistema sa- jón, con el que muchos lectores de habla hispana no estarán, posiblemente, familia- rizados en detalle. Sin embargo, no solo quisimos imprimir a este trabajo agilidad y síntesis, sino también dotarlo de la capacidad de informar sobre los resultados más relevantes a que ha conducido el sistema, en la teoría y práctica modernas del mismo país donde se lo aplica. Si a estos propósitos agregásemos nuestro análisis crítico, nos extenderíamos más allá de los límites razonables de un artículo destinado a com- partir el espacio material con otros; no obstante, nos tranquiliza poder decir que este trabajo integra uno de mayor alcance¹ en el que el lector interesado podrá encon- trar no solo nuestros puntos de vista críticos y comparativos, sino también mayor información sobre estos temas.

Por supuesto, también entra en nuestros cálculos la esperanza de que en el futu- ro podamos continuar el discurso aquí iniciado, con la facilidad de poder remitir al lector español a un material ya aparecido en su país, y en lo que a nosotros se refiere, obviar repeticiones. Con estas reservas nos atrevemos a pensar que este anti- cipo puede constituir un aporte útil a los estudiosos de la problemática de la crimina- lidad juvenil en general y alemana en especial.

Entrando ahora de lleno en el tema, adelantemos que el § 46 del Código Penal alemán federal adopta un sistema *dualista* de determinación de la responsabilidad, al disponer que "la culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Deberán ser tenidas en cuenta las consecuencias que sean de esperar para la vida futura del autor en sociedad, a resultas de la aplicación de la pena". Esta

* Este trabajo aparece también insertado en los "Cuadernos de Política Criminal", N° 19, Madrid, España, 1983.

¹ Se trata de parte de un capítulo de un libro en preparación, sobre el tema de la criminalidad juve- nil en Alemania Federal.

difícil compensación entre la culpabilidad y las finalidades especial-preventivas, orientadas a la vida futura en sociedad, juega en el derecho penal de menores de modo muy diferente, porque a lo largo de la evolución histórico-penal se fue imponiendo gradualmente el criterio de que los menores son seres humanos de características especiales, diferenciadas respecto a los adultos, y el principio de que en consecuencia no se les puede atribuir, durante este estadio evolutivo, el mismo grado de madurez, preparación y comprensión de la realidad que a un adulto, con la lógica consecuencia de una disminución legal de la responsabilidad por sus acciones. En conclusión, *se disminuye la responsabilidad legal por los actos de menores, y toda intervención oficial respecto de los mismos, preventiva o represiva, se coloca bajo la óptica pedagógica (dada la permeabilidad formativa de los menores) con miras a su mejor desempeño social en el futuro.*

La concepción expuesta se refleja en el § 3 de la Ley Judicial Juvenil², cuando precisa que "un menor es penalmente responsable si al momento del hecho era *suficientemente maduro* de acuerdo a su desarrollo moral y mental, para comprender la antijuridicidad del hecho y actuar según esta comprensión. Para la educación de un menor inimputable a consecuencia de su inmadurez, el juez puede ordenar las mismas medidas que el juez tutelar".

No basta entonces, a la ley alemana, que se trate de un menor o menor adulto, según tuviera entre catorce y dieciocho o dieciocho y veintiuno, respectivamente, al momento de la comisión del hecho (§ 1). Es preciso, además, determinar el *grado de madurez*, factor que, junto con la edad, nos distancia del sistema del derecho penal general, *donde el libre albedrío, o autodeterminación, o voluntad final de las personas capaces mayores de veintiún años, se presume*, del mismo modo que su madurez.

La ley alemana no proporciona un concepto abstracto y general de la *madurez*, por lo que el juez debe constatarla en cada caso y para cada autor. ¿En qué consiste esta madurez y qué pautas se utilizan para determinarla? Según SCHAFFSTEIN³, la formulación legal es resultado de una larga evolución jurídica, cuyos puntos de apoyo fueron la *doli capacitas* del medioevo y el *discernement* del Código de Napoleón de 1810. Pero recientes los hallazgos de la moderna sicología profunda, permitieron admitir que *los procesos de motivación de los menores difieren de los de los adultos*, no solo en sentido *intelectual*, sino también por el juego más libre de la *instintividad*. Esta evolución llevó a que, en la formulación de la J.G.G. de 1923, se agregara a los presupuestos de responsabilidad juvenil hasta allí admiti- dos (capacidad de comprender y dirigir las acciones), la necesidad de *madurez intelec- tual y espiritual*, con lo que se arribó a un método biológico-sicológico. Este autor

² En alemán *Jugendgerichtsgesetz*. Se trata de un ordenamiento penal de forma y fondo especial para menores, respecto del cual el Código Penal general rige en forma subsidiaria. Todas las citas de dicha ley son tomadas de nuestra traducción al castellano de dicho cuerpo legal, en prensa en Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. Aludiremos a la ley según la abreviatura J.G.G.

³ FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht* (der. penal de menores), 7ª ed., Stuttgart, 1980, pág. 41 (subrayado y trad. nuestros).

hace una detallada descripción de los elementos enumerados y afirma que la *capacidad de comprensión* requiere una cierta maduración intelectual, pero también una asimilación de representación de valores espirituales, o *madurez ética*, que permita “comprender” los postulados o normas en los que se apoyan las disposiciones legales. La versión actual de la ley no exige, por otra parte, una *específica comprensión de la ilicitud del hecho en sentido jurídico*, sino apenas de una *comprensión del injusto material del hecho*, que se adecue al grado de conciencia que pueda poseer el autor. Un ejemplo apropiado sería el caso de abuso sexual de un niño de tres años cometido por un adolescente de dieciséis, que no puede negar su conocimiento de la inmoralidad del hecho, pese a la que este solo podrá serle reprochado si además posee la capacidad de reconocer su conducta como prohibida por las leyes (en forma genérica). La capacidad de comprensión no puede, por otra parte, medirse en abstracto, sino que debe estar asociada a la violación del derecho en concreto. Por lo tanto, en caso de concurso de delitos, tanto real como ideal, la culpabilidad debe ser probada en relación a cada hecho delictivo.

En cuanto a la *capacidad de actuar o dirigir las acciones*, sucede con frecuencia que menores que están en condiciones de reconocer lo injusto del hecho que cometen, no tienen al mismo tiempo la madurez de carácter suficiente para imponer tal reconocimiento como base de su accionar. Para algunas formas delictivas, como los delitos contra la honestidad, se debería tener siempre en cuenta que el instinto sexual de la pubertad irrumpe con tal fuerza que arrolla todos los frenos inhibitorios y representaciones valorativas.

Estas precisiones del concepto de “madurez suficiente” son expuestas por otro autor del siguiente modo: “Los menores tienen una punibilidad condicionada a que posean madurez de entendimiento, madurez ética y autodominio. El menor debe no solo *poder* distinguir en general entre justo e injusto, sino que también debe *poder* entender en el caso concreto que el orden jurídico no autoriza ese comportamiento. Si el ilícito *fue verdaderamente comprendido*, o si *se lo comprende*, es sólo un indicio respecto a la determinación de la *capacidad de comprender*. No es necesario que el menor pueda reconocer la *punibilidad* del hecho, y el reconocimiento de la inconveniencia o inmoralidad tampoco bastan. El menor tiene más bien que *sentir el mandato como un valor adecuado*, y debe poder encontrar su propio comportamiento como legalmente objetable. Madurez espiritual y ética para comprender la antijuridicidad del hecho en el sentido del par. 3, *solo la posee quien actúa a conciencia de cometer un hecho prohibido*. Solamente en casos de una formación extraordinariamente mala, y muy malos ejemplos en el hogar y el medio, u ocasionalmente en las escuelas de apoyo, o en casos de rezagados escolares, o de niños que pasaron su infancia en internado, *puede no darse este presupuesto*; en los dos casos nombrados en primer lugar, preexiste las más de las veces un desamparo moral que requiere la intervención del juez tutelar. Finalmente, el menor debe *actuar* según la comprensión intelectual y los sentimientos espirituales, o sea, *poder ofrecer resistencia a la seducción hacia el hecho*, mediante la *comprensión de sus obligaciones legales*. En especial, en los jóvenes, los instintos sexuales y

de posesión superan a menudo todos los frenos, pese a la correcta comprensión y valoración”⁴.

Volviendo ahora al ámbito de aplicación de la J.G.G., dejemos claramente establecido que el § 1 expresa que la ley es aplicable cuando un menor —o un menor adulto— cometiere un hecho ilícito, sancionado con pena en la legislación general. La segunda parte del párrafo agrega que *menor* es, quien al tiempo del hecho, tuviera entre catorce y dieciocho años, y *menor adulto*, quien al tiempo del hecho tuviera entre dieciocho y veintiún años de edad. Estas disposiciones deben ser correlacionadas con el § 19 del Código Penal, según el cual no puede ser inculpado quien al momento de la comisión del hecho fuera menor de catorce años. Parecería que la disposición fija una competencia personal clara y definitiva a la J.G.G., y sin embargo, no es así, ya que para los menores adultos está establecida la cobertura legal en forma especial en el § 105, que dispone: “Si un menor adulto incurriera en un hecho ilícito, que según las disposiciones generales esté sancionado con pena, el juez aplicará concordantemente los reglamentos vigentes para menores, de los §§ 4 a 8, 9, número 1, 10, 11 y 13 a 32 (calificación legal de los ilícitos de menores y sus consecuencias jurídicas, calificación legal de hechos antijurídicos de menores, consecuencias del hecho punible, consecuencias accesorias, imposición de instrucciones, medidas disciplinarias: amonestaciones, reparaciones, arresto juvenil, pena juvenil, común, y también de duración indeterminada y de ejecución condicional, concurso de delitos, y comisión de hechos delictivos en distintas edades y grados de madurez), cuando: 1º de la apreciación del conjunto de la personalidad del autor y del medio ambiente resultare que al tiempo del hecho *no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un menor*, 2º si se tratase, según el modo, circunstancias o móviles del hecho, de un ilícito de menores”⁵.

Esta norma ha sido y es objeto de severa crítica en la doctrina alemana, porque *incorpora a los menores adultos en el sistema de la ley especial de forma ambigua*, con imprecisiones e inexactitudes que terminaron traducéndose en una jurisprudencia vacilante y antojadiza⁶. Según SCHAFFSTEIN, el origen de tales vacilaciones tiene un fundamento histórico, consistente en que los menores adultos no estaban incorporados al derecho de menores en las leyes judiciales juveniles de 1923 y 1943, dado que en una primera época del derecho juvenil —tanto en Alemania como en el orden internacional— se tendía a interpretar que al adquirir la mayoría de edad (generalmente a los dieciocho años) los adolescentes debían ser sometidos al derecho penal general. Pese a que tras la guerra se volvió casi una evidencia que los adolescentes entre dieciocho y veintiún años no tienen todavía, por regla general, un completo desenvolvimiento de su personalidad, tal criterio fue aceptado por el legislador de 1953 solo en forma parcial e insegura, mediante el texto en consideración, que es una fórmula de compromiso, tendente a incorporar por un

⁴ RUDOLF BRUNNER, *Jugendgerichtsgesetz-Kommentar* (Comentario a la Ley Judicial Juvenil), De Gruyter, Berlín, 978, 5ª ed., págs. 43 y ss. (subrayado y trad. nuestros).

⁵ Transcripción parcial (subrayado y trad. nuestros).

⁶ Véase al respecto, a SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, págs. 43 y ss.; a BÖHM (*Einführung in das Jugendstrafrecht*), págs. 30 y ss.; y a BRUNNER, *op. cit.*, págs. 26-27.

lado a los menores adultos al derecho especial de menores, y por otro a la necesidad de proteger a la comunidad de la mayor actividad delictiva de este estadio evolutivo⁷.

Las críticas apuntan, en general, a que no se incorporó a los menores adultos lisa y llanamente al derecho de menores; a que el término "menor" empleado en la frase "no había sobrepasado una evolución moral y mental equivalente a la de un menor" no es alusivo a los menores de catorce a dieciocho años, sino que es una alusión general a la falta de desarrollo de la personalidad, y a que la fórmula "evolución moral y mental" es demasiado exigente, y debió haber sido "moral o mental". Dando por suficientemente expuesto este problema, pasaremos ahora a ocuparnos de las consecuencias más importantes que produce en la realidad judicial el § 105. Este párrafo, que literalmente interpretado parecería decir que la aplicación del derecho de adultos a los adolescentes entre dieciocho y veintiún años constituye *la regla*, ha sido transformado gradual, pero sostenidamente, por la praxis, en el principio inverso. Así, SCHAFFSTEIN afirmaba, en su edición de 1977, citando los datos de la estadística criminal de 1972, que se había aplicado, en dicho año, derecho penal juvenil a los menores adultos, en un 46% de todas las sentencias, pero predominantemente en delitos importantes de mucha frecuencia. En la edición más reciente, de 1980, y refiriéndose a la estadística de 1977, afirma que el derecho de menores se había aplicado en un 47,1% de todos los casos, pero que en los delitos de "criminalidad clásica" —esto es, excluyendo los delitos de tránsito— la proporción llegó al 63,7% de todos los casos, y que considerando solo las formas más habituales de delincuencia, la proporción llegó incluso a cifras más altas⁸. Esto permite afirmar que, aun con ciertas reservas que consideraremos de inmediato, existe una tendencia generalizada a aplicar a estos adolescentes el derecho penal juvenil.

Lógicamente, la interpretación más benigna del § 105 está sometida a una libertad interpretativa demasiado arbitraria, que SCHAFFSTEIN describe de este modo: "El resultado es una asombrosa diferencia en la aplicación de derecho penal juvenil a los menores adultos, dado que la ley deja demasiado espacio a la libre interpretación del juez. El insatisfactorio resultado se refleja también en las cifras de la estadística criminal. Según la estadística criminal federal, se aplicó en 1977 derecho penal juvenil, por ejemplo, para los delitos de robo y chantaje, en 90,2% de los casos; para robo con fractura en un 84,4% pero, sin embargo, para hurto simple solo en un 65,9%, para lesiones culposas de tránsito en un 17,5%, y en casos de homicidios culposos de tránsito nuevamente con más frecuencia, con un 34,7%. En delitos de tránsito considerados en general, se aplicó en un 28,6% de los casos. En conjunto, la aplicación de derecho penal juvenil se encuentra en constante avance. En 1954 alcanzó solo al 20,2% del total, en 1973 ya un 43,6% y en 1977, inclusive, un 47,1%. Sin embargo, estas cifras muestran también que tras una experiencia de veinte años en la aplicación del § 105, no se ha llegado

⁷ SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, edic. 1977, págs. 43 y 44, trad. nuestra.

⁸ *Ibidem*, pág. 46, y edición 1980, pág. 47.

aún a un empleo equilibrado del mismo, y que también en grupos de delitos casi emparentados, la aplicación del derecho penal juvenil crece con la gravedad del hecho⁹.

Si de acuerdo con el § 105 es necesario determinar el grado de madurez de los menores adultos, corresponde exponer brevemente de qué modo se efectúa esta apreciación. En primer lugar, y conforme a la ley, se trata de una apreciación de conjunto, que debe ser determinada por los rasgos puberales que permitan determinar una *permanencia* en el *status* de menor, para lo que no puede ser tomada en cuenta solo la apariencia corporal, sino predominantemente el grado de evolución moral y mental¹⁰. Estas determinaciones, que se apoyan en el § 3 de la J.G.G., y, por lo tanto, se sirven de sus mismos elementos y remiten al momento de la comisión del hecho, son de muy difícil precisión, lo que SCHAFFSTEIN describe del siguiente modo: "Para que el juez y el perito, esta comprobación es a menudo muy difícil, porque según el punto de vista de la ciencia moderna, el hecho de cumplir dieciocho años no representa una inequívoca frontera de tipo biológico o psicológico que corresponda a una fase evolutiva, y porque verdaderamente, la pubertad y la adolescencia se comunican sin una fuerte separación"¹¹.

En Alemania se ha discutido arduamente sobre los elementos de juicio que puedan establecer fronteras más claras entre los dos estadios juveniles. Sin embargo, tanto en este país, como en el orden internacional, es imprescindible recurrir a ciertas bases estimativas, que implican la fijación caprichosa de edades-límites.

Completando lo referente al ámbito de aplicación de la ley penal de menores, recordemos que respecto de ella, *la ley penal común juega un rol subsidiario*, que le fijan los §§ 10 del Código Penal y 2 de la J.G.G. El primero preceptúa: "Esta ley es aplicable a menores y menores adultos, solo en la medida que la Ley Judicial Juvenil no disponga otra cosa". La norma citada de la J.G.G., por su parte, dice: "Las disposiciones generales solo rigen en cuanto esta ley no disponga lo contrario". Esto no obsta a que los presupuestos del hecho punible, o sea la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, sean determinados siempre por el derecho penal general (especialmente en lo que hace a los elementos de tipo, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad y lo referente a tentativa y participación). Podemos añadir, además, que en materia de reacciones penales para menores y de ejecución penal predominan las normas especiales, que también alcanzan una magnitud importante en el terreno del derecho procesal.

LA PENA Y EL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES JUVENILES

La importancia formativa asignada por el legislador a las consecuencias jurídicopenales juveniles, queda evidenciada por el hecho de que 25 párrafos de la

⁹ *Op. cit.*, edic. 1980, págs. 52 y 53, trad. nuestra.

¹⁰ SCHAFFSTEIN se pronuncia en contra de que se tome en cuenta el aspecto físico, a no ser como un mero indicio, basándose en los problemas que plantean los casos de aceleración del desarrollo (*op. cit.*, 1977, págs. 46-47).

¹¹ *Op. cit.*, 1977, pág. 47, trad. nuestra.

J.G.G. —que contiene solo 125— están dedicados a dicho tema. Tal como surge del § 17, la pena juvenil (pena en sentido estricto) *solo se aplicará excepcionalmente* cuando se agote la posibilidad de aplicación de otras formas de reacción penal. Dicha disposición traza claras líneas divisorias, al disponer que “la *pena juvenil* consiste en la privación de libertad en un establecimiento penal juvenil. 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” (subrayado nuestro). Complementariamente, el § 5, párrafo 2, dispone que “el hecho punible de un menor será sancionado con *medidas disciplinarias o pena juvenil* cuando las *medidas educativas no sean suficientes*” (subrayado nuestro). ¿Qué significan estas “medidas” y en qué consisten? Las medidas educativas son las reacciones más suaves del sistema que consideramos, y como acabamos de ver proceden para hechos de menor gravedad, o con un escaso grado de culpabilidad, o cuando no se han puesto de manifiesto inclinaciones destructivas en la conducta del menor imputado. Hay tres tipos de medidas educativas: instrucciones, asistencia educativa y prohibiciones que regulan el modo de vida de los menores, a fin de promover y asegurar su educación. Para ello no se plantearán a los menores demandas legalmente inadmisibles. El juez podrá, en especial, imponerles: 1) obedecer instrucciones de instalarse en el lugar de residencia; 2) vivir con una determinada familia o en un determinado hogar; 3) tomar una plaza de estudio o trabajo; 4) dar pruebas de rendimiento laboral; 5) abandonar el trato con determinadas personas, o la visita de bares o lugares de diversión; 6) por una infracción a los reglamentos de tránsito, tomar parte en un curso de educación vial”. Los casos enumerados *son solo ejemplos legales*, que incluso pueden ser estructurados de otro modo. Pero lo importante es que los jueces tienen libre elección para determinar las características de este tipo de reacción penal. La jurisprudencia ha ido delineando, con el correr de los años, muchas de las características que deben revestir las instrucciones. Se acepta por ello, corrientemente, que no deben ser de gran importancia, ni durar demasiado tiempo, y que deben tender siempre, en buena medida, a influir el modo de vida futuro del menor. Las instrucciones deben guardar una cierta proporción con el hecho cometido, ser sensatas, claras y precisas, y en la selección deben tomarse en cuenta la edad y el estado de desarrollo del menor. Dice BRUNNER que estas medidas deben tener en cuenta la personalidad del menor, estableciendo una relación natural respecto al hecho, y además ser realizables y controlables. Agrega que es muy diferenciada en los distintos estados federales la forma en que se controla el cumplimiento de estas instrucciones. En algunos lugares se comisiona para dicha tarea a los ayudantes de prueba, unos asistentes sociales especializados¹².

El segundo párrafo del § 10 agrega que el juez, con consentimiento de los educadores y representantes legales (y del menor cuando este ya hubiera cumplido diecisiete años) podrá imponer a los menores un tratamiento educativo-terapéutico,

¹² BRUNNER, *op. cit.*, págs. 69 y 70.

mediante la intervención de especialistas, o directamente colocarlo bajo cura terapéutica. Esta medida puede ser muy apropiada para el tratamiento del alcoholismo o las toxicomanías, pero su aplicación práctica es reducida, por los costos que implica y la calidad de los especialistas requeridos, que no siempre pueden obtenerse. Completando lo referente a las instrucciones, la ley precisa que el juez debe determinar su duración, pero sin sobrepasar los dos años. Además puede cambiarlas, dejarlas sin efecto o prolongar su duración —antes del vencimiento— hasta por tres años, cuando lo requieran fundamentos pedagógicos. Para el caso de que el menor no cumpla con las instrucciones impartidas, puede serle infligido arresto juvenil (otra reacción penal cuyo contenido ya analizaremos). Esta medida no puede ser ordenada por más de cuatro semanas y el juez puede abstenerse de hacerla ejecutar, cuando tras su ordenamiento se lograra que el menor cumpla las instrucciones.

Las dos *medidas educativas* restantes son la *asistencia educativa* y la *educación correctiva obligatoria*. Según el § 12, lo referente a su realización, ejecución y terminación se rige según el § 56 de la Ley para el Bienestar Juvenil. El motivo de esta remisión radica en que se procura evitar al imputado, dentro de lo posible, y cuando solo ha cometido hechos de escasa entidad, las formalidades y rigores del proceso penal de menores, dado que el procedimiento de la Ley de Bienestar Juvenil (J.W.G.) es mucho más elástico y simple, y que, por otra parte, el juez tutelar se concentra sobre los problemas formativos y protectores del menor, en lugar de los problemas dogmáticos del hecho cometido. Las medidas que analizamos son aplicables cuando el menor no está en condiciones de superar por sí mismo la situación en que se encuentra y, por lo tanto, necesita una apoyatura espiritual y educativa de carácter más o menos permanente, que puede llegar a ser prorrogada hasta la mayoría de edad (veintiún años). El juez juvenil solo puede *ordenar la asistencia educativa* remitiendo de inmediato las actuaciones al juez tutelar. La asistencia educativa está regulada en la J.W.G. en los §§ 55 a 61. Presupuesto para la misma es la situación de peligro en que se encuentre el menor, o el daño ya efectivamente sufrido en su esfera física, intelectual o espiritual, cuando se estime que pueden ser superados mediante la aplicación de esta medida. Normalmente, el asistente educativo es una persona privada, física, que puede ser reemplazada durante el transcurso de la medida si ello aparece necesario. Su misión es apoyar al menor en su formación, mediante consejos y ayuda en lo laboral y educativo. Durante la aplicación de la medida, tiene derecho a tener en todo tiempo acceso al menor, aun cuando este viva en casa de sus padres y junto a ellos. El derecho a la inviolabilidad de la vivienda sufre en esta materia una limitación expresa de la ley. Del mismo modo, los empleadores y maestros, padres y familiares, y todos los directamente relacionados con el menor, deben proporcionar al asistente las informaciones que este requiera acerca de su asistido. A su vez, el asistente debe informar a la oficina juvenil y al juez tutelar de los resultados de la medida y comunicar de inmediato toda conducta del menor que pudiera dar lugar a la aplicación de otro tipo de medidas. La oficina juvenil, centro de actuación de las autoridades de ayuda pública a la juventud, debe asesorar al asistente, y apoyarlo en el cumplimiento de sus funciones. Como dijimos, esta medida educativa concluye

con la mayoría de edad, pero también si se hubieran cumplido las metas fijadas, y la situación del menor ya no la hiciera necesaria. Además, cesa si comienza la aplicación de una *ayuda educativa voluntaria* o de una *educación correctiva obligatoria*. La opinión de SCHAFFSTEIN, respecto al funcionamiento de esta institución, era dubitativa en la edición de 1977, según la cual solo en el futuro podría hablarse sobre los verdaderos resultados obtenidos, dado que las opiniones de los expertos estaban, por ese entonces, divididas. En cambio, en la edición de 1980, este autor —habitualmente consultado como fuente en Alemania— se muestra escéptico sobre los resultados alcanzados, y se pronuncia por el empleo de asistentes educativos profesionales, bien capacitados pedagógicamente, dentro del marco de la oficina juvenil o la ayuda juvenil. Esta propuesta ha sido también adoptada por algunos proyectos de reforma¹³.

La *educación correctiva obligatoria* que regulan los §§ 69 a 73 de la J.W.G., está reglamentada en su aplicación y particularidades por cada uno de los Estados federados, y de forma bastante diferenciada, ya que la ley federal solo proporcionó lineamientos generales. La forma más rigurosa de esta reacción es la que se cumple en hogares especiales, con carácter de internado, la mayoría de los cuales son de carácter privado y religioso. Pero también puede ordenarse el cumplimiento de esta medida correctiva *en la propia familia o en una familia extraña* que reúna las condiciones adecuadas. No es el juez quien decide la ubicación en internados o casas de familia, sino la oficina juvenil, luego de una investigación sobre la conveniencia de uno u otro sitio.

Además de los internados privados religiosos los hay estatales y comunales. Todos tienen la característica común de haber sido muy criticados por sus carencias pedagógicas, o su tendencia en el caso de los institutos religiosos; sin embargo, hay autores que afirman que se han experimentado progresos, sobre todo a raíz de la progresiva contratación de pedagogos y la mayor elasticidad disciplinaria¹⁴. Sin embargo, hay una gran variabilidad entre los establecimientos, ya que en algunos se recibe simplemente a menores expuestos y en otros a menores con problemas graves de conducta, que están rodeados de mayores medidas de seguridad y tienen un carácter más cerrado.

Como en la asistencia educativa, esta medida concluye cuando el menor llega a la mayoría de edad, o cuando están alcanzados los fines que dieron lugar a su imposición. Según SCHAFFSTEIN, las investigaciones sobre los resultados de este instituto son numerosas, pero realizadas tomando en cuenta elementos distintos y aplicando métodos diversos, que llevaron a algunos resultados contradictorios. Este autor considera creíble la opinión de que un 60% de los menores sometidos a esta medida llevan en el futuro una vida regular, sin comisión de hechos ilícitos.

Descritas las medidas pertenecientes al ámbito de la Ley de Bienestar Juvenil, corresponde ahora retornar a la J.G.G., al segundo gran grupo de consecuencias penales que pueden ordenarse contra menores, o sea, las *medidas disciplinarias*,

un catálogo de disposiciones, que según el § 13 se aplicarán para sancionar el hecho punible en los casos en que no se aplique pena juvenil, pero respondiendo por el ilícito cometido. Estas medidas son la amonestación, la imposición de reparaciones y el arresto juvenil. La *amonestación* es una severa advertencia judicial por la que se explica al menor la ilicitud, la gravedad y las posibles consecuencias del hecho cometido, procurando motivar su conciencia para obtener una mayor consideración de su parte en el futuro, frente a los diversos bienes jurídicos. Puede acompañar otras sanciones, y es frecuente su empleo juntamente con instrucciones (medida que ya analizamos) y con reparaciones (que veremos acto seguido). Esta sanción es siempre de carácter verbal, pronunciada en el transcurso de la audiencia. Según una investigación publicada en 1973, la influencia de esta medida en la conducta posterior de los menores es relativa, ya que en general es tomada como una absolución¹⁵.

Las *reparaciones* son tareas o cargas que se imponen al menor, tendiendo a que su propio esfuerzo repare, en alguna medida, los perjuicios ocasionados con la comisión del hecho. El § 15 contiene la siguiente enumeración *taxativa* de reparaciones que puede imponer el juez: 1) reparar los daños causados con el hecho, según sus propias posibilidades; 2) disculparse personalmente ante los afectados por el hecho; 3) pagar una determinada cantidad de dinero en favor de una institución de bien público. De la ley surge también que no deben aplicarse a los menores demandas inadmisibles que puedan, por ejemplo, afectarlo síquicamente. El pago de la suma de dinero solo debe ordenarse cuando el menor haya cometido una infracción leve y la suma de dinero proceda de recursos de los que pueda disponer por sí mismo. Otra posibilidad monetarista es la de retirar al menor la ganancia obtenida con el hecho, o su equivalente. El juez puede liberar total o parcialmente al menor del cumplimiento de estas obligaciones, y también imponer arresto si no las hubiera cumplido. Aplicado el arresto, pueden ser tenidas las reparaciones por total o parcialmente cumplidas. En la práctica hay una cierta confusión entre esta medida y las instrucciones.

La última de las medidas disciplinarias, el *arresto juvenil*, es la única que afecta directamente la libertad física del menor. El juez tiene a disposición tres variantes de esta medida: a) arresto en tiempo libre; b) arresto breve, y c) arresto prolongado. El arresto en tiempo libre será cumplido durante el tiempo libre y se inicia con la terminación del trabajo al fin de la semana, y se limita a por lo menos a una "unidad de tiempo libre", y como máximo a cuatro. Estas "unidades de tiempo libre" dependen en cierta medida del tipo de vida que lleve regularmente el menor, pero la regla general es que el tiempo libre se inicia con la terminación del trabajo al fin de la semana, y concluye con la iniciación del trabajo la semana siguiente, por lo que se puede decir que cada unidad discurre entre las 15 horas del sábado y las 6 horas del lunes; lo que en otras palabras quiere decir que estamos ante un *arresto de fin de semana*. Esta forma de arresto se aplica a menores que no hayan cometido hechos graves y que puedan ser influenciados positivamente durante su breve privación de libertad. En general, no es recomendable su aplicación a

¹³ *Op. cit.*, pág. 80, edic. de 1977, y pág. 85, edic. de 1980.

¹⁴ SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, edic. de 1980, págs. 82-83.

¹⁵ Cfr. BRUNNER, *op. cit.*, pág. 82.

menores que comparecen por primera vez ante la justicia a raíz de un hecho leve. Tampoco aquí nos encontramos ante una verdadera *pena*, terminología que se procura evitar en referencia a esta privación de libertad. La Corte Suprema Federal ha declarado que esta medida está pensada “para hechos ilícitos por desatención, prepotencia o temeridad juvenil, como resultado de típicas inclinaciones adolescentes como ímpetu, obcecación, aventurerismo, deficiente autoafirmación, como así también faltas ocasionales o instantáneas, que surgen de una situación repentina, sin que el autor posea en lo demás una inclinación a conductas criminales”¹⁶.

Este tipo de arresto se cumple habitualmente en habitaciones especiales de los tribunales municipales, y las particularidades de su ejecución se regulan mediante la ordenanza de ejecución del arresto juvenil (JA VollzO), cuya nueva versión data de 1977. Esta ordenanza ha suavizado las condiciones de cumplimiento del arresto, que antiguamente consistía en el encierro permanente y el aislamiento. Hoy, en cambio, se realizan durante el día diversas actividades en forma colectiva bajo control.

Según BRUNNER, las numerosas investigaciones que se han realizado sobre la eficacia de esta medida llegaron a resultados semejantes, abarcando tanto espacios cortos como largos de tiempo; dichos trabajos indican que habría de un 63 a un 65% de reincidencia, y que solo a un 33% de estos casos se debió aplicar medidas más severas que el originario arresto juvenil¹⁷.

El *arresto breve* constituye un escalón superior, en lugar del arresto en tiempo libre, cuando la ejecución *continua* aparezca como conveniente por razones educativas, y a resultas de ello no se perjudican ni la formación ni el trabajo del menor. O sea, que este arresto no se limita ya al fin de semana, y para el cómputo de su duración se cuentan por cada dos días una “unidad de tiempo libre” sin que en conjunto pueda superar los seis días. La ejecución de esta medida se lleva también a cabo en las habitaciones ya citadas de los tribunales municipales. Para la tercera variante, el *arresto prolongado*, la J.G.G., fija un mínimo de duración de una semana, y un máximo de cuatro, delimitados por días totales, o semanas. Esta medida se cumple en establecimientos especiales, cada uno de los cuales cuenta de 20 a 40 celdas, bajo el control de la administración de justicia. Además del § 16, la ley que analizamos regula aspectos de las diversas formas de arresto en los §§ 86, 87 y 90. Esta última disposición enfatiza que la ejecución del arresto juvenil debe despertar el sentido de la honra del menor, llevándolo enérgicamente a tomar conciencia de que responde por el ilícito cometido. El conductor de la ejecución será el juez juvenil del lugar de cumplimiento de la pena. Por último, se dispone que para los educandos que se encuentren en Hogares de Educación (donde se lleva a cabo la educación correctiva obligatoria) se podrá disponer que cumplan allí la medida, con acuerdo de las autoridades correspondientes.

Para completar esta exposición de las formas del arresto, conviene hacer referencia a su aplicación práctica, remitiéndonos a las palabras de SCHAFFSTEIN, según

¹⁶ Cita tomada de BRUNNER, *op. cit.*, pág. 91, trad. nuestra.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 92.

el cual “el arresto juvenil es una de las más importantes medidas disciplinarias, y de este modo, una de las más importantes medidas del derecho penal juvenil en general, si bien en los últimos años, bajo la influencia de la creciente crítica por su frecuente aplicación y las formas de su ejecución, ha retrocedido cuantitativamente al tercer lugar, tras el empleo de la *reparación* de pago de una suma a una institución de bien público y la *amonestación*. En 1977, de 1.000 condenas según el derecho penal juvenil, 214 fueron penadas con arresto juvenil, y de ellas, 86 fueron de arresto prolongado, 114 de arresto en tiempo libre y 14 de arresto breve”¹⁸.

El § 17 de la J.G.G., nos define la última y más grave de las reacciones penales juveniles, al proclamar que la *pena juvenil* consiste en la privación de libertad en un establecimiento penal juvenil. Nos encontramos entonces ante la *única verdadera pena de este sistema*, coincidente en muchos puntos con la pena privativa de libertad del derecho penal general, pero con la que no puede ser identificada por completo, ya que, como dijimos, en el derecho de menores pretende tener *carácter fundamentalmente formativo*. Dado que estamos ante el máximo mal que se puede infligir a un menor, y que además puede alcanzar larga duración, se procura, por regla general, evitarle esta pena, cuando pudiese producir efectos dañinos en su evolución futura. Sin embargo, este factor debe ser evaluado según la culpa demostrada en el hecho mismo. Por ello, el párrafo 2 del § 17 agrega que 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*. Al principio expusimos en detalle cómo en el derecho penal de menores el *grado de madurez* es un factor que debe ser constatado en cada caso, como determinante del *grado de culpabilidad* que puede atribuirse al autor. Por lo demás, esta forma de pena comparte muchas características de la pena privativa de libertad del derecho penal general.

En lo que se refiere a las *inclinaciones destructivas* arriba citadas, las mismas han sido definidas por DALLINGER-LACKNER como “el acostumbramiento del autor a actuar motivado por falsos instintos o direcciones de la voluntad arraigados en su personalidad”¹⁹. Puede demostrarse su existencia con una sucesión de hechos, o con el primer hecho, aun cuando haya sido leve. Se deben buscar, entonces, las deficiencias de carácter, formación, o condicionantes del medio sobre el comportamiento, que hayan llevado a la comisión del hecho, y hagan temer la comisión de otros. Según la Suprema Corte Federal, estos *defectos de desarrollo* no deben ser *culpabilizados*, y pueden consistir en una disposición hereditaria, de efectos neuróticos de desarrollo, deficiencias educativas, seducción u otras influencias del medio²⁰. Nos encontramos ante finalidades de tipo especial preventivo, consistentes en corregir deficiencias de formación y personalidad, para lo que se necesita

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 93 (trad. nuestra).

¹⁹ Citado por BRUNNER, *op. cit.*, pág. 98 (trad. nuestra).

²⁰ Véase a BRUNNER, *op. cit.*, pág. 99.

un plazo prolongado, y aplicar medios pedagógicos de cierta intensidad. A tal fin, existe una *pena juvenil por inclinaciones destructivas*, para definirlo con nuestras palabras. Por el contrario, en la *pena juvenil por culpa* se concede mayor importancia a factores generales preventivos, pero de especial gravedad, a cuyos autores es atribuible una grave culpa, que debe ser expiada. Se tienen en cuenta para evaluarla no solo las consecuencias del hecho, sino también los motivos. Uno de los fundamentos doctrinarios para mantener esta pena por la culpa ha sido, y es, el caso de los menores *que no han actuado a raíz de una carencia en su formación*, a los que habría que dejar impunes, si se aplica consecuentemente el principio de la finalidad formativa de las reacciones penales juveniles.

Esta estructura alternativa de los presupuestos de aplicación de la pena juvenil ha causado numerosos problemas interpretativos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, y no pocas veces ha dado lugar a resoluciones contradictorias y a grandes debates. Como dice SCHAFFSTEIN, los menores con inclinaciones dañinas no las tienen por culpa del tipo de vida que han llevado, sino en mayor medida por una *fatalidad del destino*. Sin embargo, el problema se ve parcialmente aliviado por el hecho de que en buena parte de los casos la culpa demostrada en el hecho es un síntoma de las inclinaciones destructivas del autor. Repetimos que la pena juvenil se aplica solo cuando están agotadas todas las expectativas de mejoramiento por aplicación de las restantes medidas no punitivas, o bien cuando desde la comisión del primer hecho están dados los requisitos exigidos por el § 17 para la aplicación de pena juvenil. Este carácter de *ultima ratio* es observado con bastante respeto en Alemania, en especial con respecto a menores, hasta el extremo de que muchas veces se estima que la primera aplicación de pena juvenil fue tardía, porque ya las inclinaciones destructivas estaban arraigadas. En mayor medida se aplican penas a los menores adultos, y también es frecuente su empleo para los multirreincidentes. Según los datos que proporciona SCHAFFSTEIN, en 1977 se aplicó pena juvenil en 155 casos de cada mil, si se computa a los menores en conjunto; en cambio, si se distingue entre menores y menores adultos, a los primeros se aplicó en 91 casos de cada mil, y a los segundos en 257 de cada mil. Estas proporciones son inferiores a las de los años 1974-1976, y, además, también las penas juveniles más leves ganaron en proporción, dado que las penas de seis meses a un año, que normalmente se suspenden a prueba, fueron 110 de cada 1.000 mientras que solo 45 de cada mil recibieron condenas mayores de un año²¹.

La pena juvenil tiene una duración mínima de seis meses, y una máxima de *cinco años*, si se trata de un *delito*; en cambio, si se trata de un *crimen* para el que el Código Penal tuviera fijada pena de más de diez años de privación de libertad, el máximo alcanzará a *diez años*²². Según el § 18 de la J.G.G., la pena juvenil

²¹ *Op. cit.*, edic. de 1980, pág. 99.

²² Según el § 12 del Código Penal, *crimenes* son los hechos antijurídicos amenazados con pena privativa de libertad de un año por lo menos, y *delitos* los amenazados con pena privativa de libertad menor a un año, o con pena de multa, sin consideración a los factores de atenuación o agravación. En síntesis, *crimenes* son los hechos antijurídicos graves, y *delitos*, los leves.

deberá *estimarse de modo tal, que posibilite una conveniente influencia educativa*, y para determinar la duración no son aplicables las escalas del derecho penal general. Debe observarse que la duración de la pena puede ser acortada de diversos modos, pero nunca alargada, de modo que la *determinación del tiempo necesario para una conveniente influencia educativa* constituye una compleja y siempre insegura prognosis, porque las necesidades, medios y metas educativos suelen apreciarse con claridad luego de un considerable período de observación, durante el cumplimiento de la condena. Esto puede llevar a la tardía comprobación de que, en algunos casos complejos, se hubiera precisado de un período más prolongado de influencia formativa, que no es alcanzable por ser la condena “demasiado corta”. Esto llevó a la consagración de la pena privativa de libertad de duración indeterminada, de la que ya nos ocuparemos. Antes, conviene aclarar que la pena juvenil puede ser de cumplimiento efectivo, de duración indeterminada, de ejecución condicional, y de aplicación en suspenso. Dejamos ya expuesta la pena de cumplimiento efectivo del § 17, o pena juvenil propiamente dicha. Las otras variantes están destinadas a evitar los peligros del encierro, otorgar oportunidades a los penados, ponerlos a prueba o, en fin, a precisar o morigerar el rigor de la ejecución penal. Tal como lo anticipamos, el § 19 dispone la aplicación de *pena juvenil de duración indeterminada*, cuando a *causa de las inclinaciones destructivas* de los menores que han incurrido en delito, correspondiese ordenar una pena juvenil de hasta cuatro años, y no pueda preverse el tiempo necesario para orientarlos a través de la ejecución penal hacia un modo de vida honesto. La duración máxima de esta medida alcanzará a cuatro años, con lo que se demuestra que se trata de una indeterminación de carácter relativo. El juez puede fijar un máximo menor, o aumentar el mínimo, con la finalidad de posibilitar una mejor influencia educativa, pero en este caso, la diferencia entre máximo y mínimo no debe ser menor de dos años. Conviene recordar que, de acuerdo al § 39-2, el juez juvenil no debe declarar penas juveniles mayores a un año, o de *duración indeterminada*, en los casos en que actúe solo, según las normas de competencia de la J.G.G. La pena de duración indeterminada es, entonces, competencia del Tribunal Juvenil de Jurados, órgano de carácter colegiado.

La indeterminación de la pena es relativa, y cuando se concretiza su duración, se “transforma” en una pena juvenil determinada. Así lo dispone el tercer apartado del párrafo en estudio, en los siguientes términos: “La pena juvenil de duración indeterminada será transformada, para los reglamentos vigentes del proceso de ejecución (§ 89) en una *pena juvenil determinada*, tan pronto como el menor llegue a totalizar el cumplimiento de la pena”. El § 89, por su parte, establece que cuando el sancionado a pena juvenil de duración indeterminada hubiera cumplido el mínimo de la misma, y pudiese demostrar que modificará su modo de vida por uno ajustado a derecho, la autoridad de ejecución penal, prescindiendo de esta, transformará la pena juvenil de duración indeterminada en una determinada, y someterá la ejecución del resto a prueba. Además, cuando se hiciera necesario por fundamentos especiales, la autoridad de ejecución penal puede también ordenar la libertad definitiva. En tal caso, transformará la pena juvenil de duración indeterminada en una determinada, de modo que la pena se dé por cumplida al momento en que se haga efectiva la libertad.

Según BRUNNER, la pena juvenil indeterminada debería ser aplicada con mayor frecuencia, fundamentalmente cuando el hecho punible permita reconocer la existencia de culpabilidad caracterológica considerable, en general a través de la comisión de hechos punibles graves por menores expuestos o desamparados, para los que ya no resulte apropiada la educación correctiva. No obstante, la institución despierta recelos, al menos en la jurisprudencia, que la aplica restrictivamente, como lo demuestran las siguientes estadísticas: En 1964 fueron aplicadas 1.060 penas indeterminadas, y en 1974, 546. En 1963 se hallaban cumpliendo pena indeterminada 1.876 menores, mientras que en 1975 eran solo 659²³. Pese a los abundantes argumentos con los que muchos autores propician esta medida (entre otros, que al fin y al cabo tampoco la pena juvenil de cumplimiento efectivo es *determinada*, porque siempre existen posibilidades de acortamiento o interrupción), la misma menoscaba, según nuestra opinión, una garantía fundamental del proceso penal.

La tercera modalidad que puede asumir la pena juvenil es la de su *ejecución condicional*, consistente en dejar al condenado en libertad, pero puesto a prueba bajo control oficial. El juez aplica la pena bajo esta modalidad, cuando es de esperar que el solo hecho de haber sufrido una condena —aun sin cumplirla— sirva de escarmiento al menor, y que sin *el peso* de la ejecución penal, bajo la influencia educativa, pueda llevar, en el futuro período de prueba, un modo de vida ajustado a derecho. Para ello, son particularmente importantes la personalidad del menor, su vida anterior, las circunstancias del hecho, sus condiciones de vida, y la evaluación de los resultados esperables para el penado mediante la concesión de la condicionalidad. El juez puede aplicar esta modalidad de la pena cuando la misma no sea mayor a un año, o excepcionalmente cuando sea mayor, hasta un máximo de dos años, si existen circunstancias especiales en el hecho o en la personalidad del autor; por ejemplo, si pese a haber cometido un homicidio, el imputado actuó movido por la defensa de su honor o el de algún familiar directo. Cuando la pena es de un año, la imposición condicional es obligatoria para el juez, y, en cambio, cuando alcanza de uno a dos, el mismo puede resolver facultativamente.

El juez debe determinar también el período de prueba, que no sobrepasará los tres años, ni será menor de dos. Este período comienza con la adquisición de autoridad de cosa juzgada de la pena juvenil, y es susceptible de ser acortado o prorrogado. En el primer caso solo hasta un año; en el segundo puede ser prolongado hasta alcanzar cuatro, salvo que se trate del caso excepcional citado, de concesión de la condicionalidad con condena de dos años, donde el mínimo de duración deberá ser también de dos años.

En este período de prueba se procurará ejercer influencia educativa sobre el probando, mediante disposiciones judiciales tales como instrucciones o reparaciones, medidas que pueden ser posteriormente cambiadas, suspendidas o dejadas de lado, si la iniciativa de reparar los efectos del ilícito parte del mismo menor y sus intenciones parecen verosímiles. Otra influencia normativa e importante herra-

mienta de colaboración judicial es el *ayudante oficial de prueba*, al cual se subordinará al menor, durante el cumplimiento del período de prueba, por decisión judicial. Se trata de funcionarios oficiales, asistentes sociales con experiencia pedagógica, que fueron introducidos en el derecho de menores alemán en 1953, según el modelo de los *Probations Officers* del derecho inglés, a fin de colaborar en las tareas de control de comportamiento del menor. Con frecuencia se lo traduce al castellano como “ayuda de vigilancia” o “para la libertad vigilada”. También existen ayudantes no oficiales, los ayudantes honorarios de prueba, generalmente de instituciones religiosas o de beneficencia, que pueden ser convocados por el juez, fundándose en motivos educativos.

La ejecución condicional será revocada, según el § 26 de la J.G.G., cuando el menor incurra en un hecho punible durante el período de prueba, o haya desobedecido grave o reiteradamente las instrucciones impartidas, o se haya sustraído reiteradamente a la vigilancia o conducción del ayudante de prueba, o si hubiera desobedecido grave y reiteradamente las reparaciones ordenadas. Sin embargo, pese a que el menor esté incurso en estas causales, si basta con prolongar el período de prueba, u otorgar nuevas instrucciones o reparaciones, el juez podrá prescindir de revocar la ejecución condicional. Por último, si el período de prueba transcurre por completo sin que el juez haya revocado la ejecución condicional, el mismo dará por cumplida la ejecución de la pena juvenil y mandará suprimir el antecedente condenatorio.

La última modalidad de la pena juvenil es la de *suspensión de su aplicación*. Esta modalidad está destinada a aquellos supuestos en que, tras el agotamiento de las averiguaciones, no puede juzgarse con seguridad si en el hecho punible cometido por un menor se han manifestado *inclinaciones destructivas* de una magnitud tal que hicieran necesaria una pena juvenil. En estos casos, el juez *declara la culpabilidad* del menor, dejando en suspenso la decisión sobre la pena juvenil, durante un período de prueba, que permitirá decidir sobre su conveniencia. Este período de prueba funciona tal como en la condena de ejecución condicional y el control lo ejerce también un ayudante de prueba, nombrado al efecto. El período de prueba no puede sobrepasar los dos años, ni ser inferior a uno, pero sí puede posteriormente ser acortado hasta en un año, o prolongado antes de su vencimiento hasta el máximo de dos. Si por la mala conducta del menor durante el período de prueba se pone de manifiesto que el hecho reprochado en la declaración de culpabilidad está acompañado en tal magnitud de inclinaciones destructivas, que hace necesaria una pena juvenil, el juez *aplicará la pena que habría declarado al tiempo de la sentencia condenatoria de haber contado con más seguros dictámenes sobre dichas inclinaciones destructivas*. Si, en cambio, el período de prueba ha sido debidamente observado, la declaración de culpabilidad será cancelada.

Con lo dicho queda completa nuestra exposición de las consecuencias jurídico-penales juveniles, a las que debe sumarse aún otra posibilidad, no ya educativa, disciplinaria o punitiva, sino de mejoramiento y seguridad, ofrecida al juez por los §§ 7 de la J.G.G. y 61 del Código Penal. Este último dispone una serie de medidas especiales, bajo el título genérico de “Medidas de corrección y seguridad”, que son las siguientes: 1) internación en un hospital psiquiátrico; 2) internación en

²³ Ver *op. cit.*, págs. 114 y 115.

SISTEMAS DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS
EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN EN GENERAL

PENAS	a) Privativas de libertad. { 1. Prisión. ...	Perpetua.	{ § 38 Mínima: 1 mes. Máxima: 15 años.
		Temporal	
	b) Pecuniarias { 2. Multa, § 40.	En días multa	{ Mín.: 1 día multa. Máx.: 360 d. multa.
		En dinero. ...	{ Mín.: 10 marcos. Máx.: 360.000 marc.
	c) Pena accesoria { 3. Prohibición de conducir, § 44.		
SUCEDÁNEOS DE LA PENA	4. Condena de ejecución condicional, § 56	{ Con reparaciones (§ 56 b). Con instrucciones (§ 56 c).	
	5. Apercebimiento con reserva de pena, § 59.		
	6. Prescendencia de pena, § 60.		
MEDIDAS DE CORRECCIÓN Y SEGURIDAD ...	a) Con privación de libertad	{ 7. Terapia social, § 65. 8. Hospital psiquiátrico, § 63. 9. Establecimiento de deshabitación, § 64. 10. Custodia de seguridad, § 66.	
	b) Sin privación de libertad	{ 11. Vigilancia del comportamiento, § 68. 12. Retiro de la autorización de conducir, § 69. 13. Inhabilitación profesional, § 70.	
OTRAS MEDIDAS (PATRIMONIALES)	14. Confiscación, § 73.		
	15. Decomiso, § 74.		
	16. Inutilización, § 74 d).		
CONSECUENCIAS ACCESORIAS ...	17. Pérdida de la habilitación para ejercer cargos públicos, elegir y ser elegido en cuestiones públicas, § 45.		

un establecimiento de deshabitación (para alcohólicos y drogadictos); 3) internación en un establecimiento socialterapéutico; 4) internación bajo custodia de seguridad; 5) vigilancia del comportamiento; 6) retiro del permiso de conducir; 7) inhabilitación profesional. El § 7 de la J.G.G. solo permite la aplicación de cuatro de estas medidas a menores, a saber: la internación en un hospital siquiátrico, internación en un establecimiento de deshabitación, la vigilancia del comportamiento y el retiro de la autorización de conducir. Digno de una aclaración especial es solo la vigilancia de comportamiento, que como su nombre lo indica, es un control, pero también un apoyo a la conducta del menor en libertad, a fin de mantenerlo apartado de la comisión de hechos antijurídicos. Encargados de la vigilancia son también los ayudantes oficiales de prueba.

A modo de síntesis de lo expuesto, agregamos al final sendos cuadros sinópticos de los sistemas de consecuencias juridicopenales alemanes para adultos y menores. Antes de ello queremos hacer breve referencia a la Ley de Faltas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten-OWiG*), pues si bien la misma no integra el sistema de la J.G.G. que acabamos de exponer, lo complementa, e incluso recurre, en materia de menores, a la aplicación subsidiaria de algunas de sus reacciones. La Ley de Faltas data del 2 de enero de 1975, y su § 98 determina la ejecución de sanciones contra menores y menores adultos, en los siguientes términos: "Si la pena pecuniaria impuesta a un menor no es pagada tras el transcurso del plazo fijado en el § 95, párrafo 1, el juez juvenil, a solicitud de la autoridad de ejecución penal, o de oficio si él mismo tiene a su cargo la ejecución, podrá aplicar al menor en lugar de la multa:

"1. Cumplir con una imposición laboral.

"2. Según las posibilidades, reparar los daños ocasionados con la conducta reprobada.

"3. Tomar parte en una clase de educación para el tránsito, si ha violado algún reglamento de tránsito.

"4. Efectuar una determinada prestación o tarea, siempre que la autorización de pagar un monto menor, la requisa de la multa o la aplicación de arresto requisito no son posibles, o aparecen como inoportunos. El juez juvenil puede tomar estas resoluciones en forma conjunta y cambiarlas posteriormente.

"Si el menor no cumple culpablemente con una disposición tomada de acuerdo al párrafo primero, y tampoco paga la multa, podrá serle aplicado el arresto juvenil del § 16 de la Ley Judicial Juvenil, si estaba debidamente instruido; al respecto, rige concordantemente el § 11, párr. 3º, frases 2 y 3 de la Ley Judicial Juvenil. Una vez cumplido el arresto juvenil, el juez juvenil podrá declarar cumplida la multa, total o parcialmente"²⁴.

La norma transcrita nos exime de mayores comentarios. Se trata de una combinación de medidas educativas y medidas disciplinarias, tendientes a forzar el pago de una multa, o de suplirla, y su resolución corresponde al juez juvenil, tal como en la J.G.G., y no a la autoridad administrativa que impuso la multa.

²⁴ Traducción nuestra.

CONSECUENCIAS JURIDICOPENALES
(DERECHO PENAL DE MENORES)

- a) *Medidas educativas*
(Erziehungsmassregeln)
NO SON PENAS { *Instrucciones* (Weisungen). Hasta 3 años. Par. 10 J.G.G.
Asistencia educativa (Erziehungsbeistandschaft). Par. 55.
J.W.G.
Educación correctiva (Fürsorgeerziehung). Par. 64 J.G.G.
- b) *Medidas disciplinarias*
(Zuchtmittel)
NO SON PENAS { *Amonestación* (Verwarnung). Par. 14 J.G.G.
Reparaciones (Auflagen). Par. 15 J.G.G.
Arresto juvenil (Jugendarrest). En tiempo libre.
Tres clases: Arresto breve (H. 6 días).
Par. 16 J.G.G.: Arresto prolongado, 1 a 4 semanas.
- c) *Pena juvenil*
(Jugendstrafe)
Par. 17 J.G.G. { Efectiva.
De duración indeterminada.
De ejecución condicional.
Suspensión de la pena.
- d) *Medidas de mejoramiento y seguridad*
(Massregeln der Besserung und
Sicherheit)
Par. 7 J.G.G. y 61 Cód. Penal ... { Hospital psiquiátrico.
Instituto de deshabitación.
Vigilancia de comportamiento.
Retiro de autorización de conducir.

LA PENA JUVENIL

Si las medidas educativas o disciplinarias no son suficientes a causa de las *inclinaciones destructivas* o la culpabilidad, se aplicará:

PENA JUVENIL	Estimada de tal modo que posibilite una conveniente influencia educativa. (Con registro del antecedente condenatorio)	<i>Efectiva</i>	{ Delitos: 6 meses a 5 años. Crímenes: h. 10 años máx.
		<i>De duración indeterminada</i>	{ Solo en virtud de inclinaciones destructivas, pena de hasta 4 años y no pueda preverse tiempo de orientación necesario.
		<i>Ejecución condicional</i>	{ Pena no mayor a un año, y hasta 2 bajo circunst. especiales. Pér. de prueba, 2 a 3 años; acortable en 1 año, y prolongable h. 4 años.
		<i>Suspensión de la pena.</i>	{ Si las inclinaciones destructivas no pueden evaluarse con seguridad. Pér. de prueba, de 1 a 2 años.

Legislación

REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

LEY 2ª DE 1984
(enero 16)

Por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía; se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral, y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Capítulo I

Competencia de las autoridades de policía

Art. 1º.—El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Competencia de las autoridades de policía. La policía conoce:

- ”1. De las contravenciones.
- ”2. De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias.
- ”3. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)”.

Art. 2º. Sanciones.—A los condenados por los delitos contra el patrimonio económico y las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto número 522 de 1971, de que conocen las autoridades de policía, se impondrán las sanciones establecidas en la respectiva disposición legal y su cumplimiento tendrá lugar en el establecimiento dispuesto al efecto por el Ministerio de Justicia.

Art. 3º. Competencia.—Corresponde a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspectores penales de policía, conocer en primera instancia de los hechos punibles de que trata el artículo 1º de esta ley.

De la segunda instancia de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía sea superior a diez mil pesos (\$ 10.000.00), conocerán los jueces penales municipales. De la segunda instancia de las demás infracciones de que trata el artículo 1° de esta ley, conocerán los gobernadores de Departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, y los intendentes o comisarios, según el caso.

Art. 4°. *Procedimiento.*—La investigación de los hechos punibles de que trata el presente capítulo, se adelantará de oficio o por denuncia.

El procedimiento será breve y sumario, sujeto a las siguientes etapas:

a) Iniciada la actuación, se hará comparecer al sindicado, asistido de apoderado, en forma inmediata, si hubiese sido capturado; en su defecto se le declarará reo ausente y se le designará apoderado de oficio. La declaratoria de reo ausente se sujetará a lo dispuesto en el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal.

b) Se identificará al sindicado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Penal.

c) Ratificada la denuncia si la hubiere y oído el sindicado en indagatoria, el funcionario concederá un término de tres (3) días hábiles para que el sindicado o su apoderado soliciten las pruebas que consideren necesarias. En el mismo lapso, el funcionario ordenará las pruebas solicitadas que sean procedentes y las que estime pertinentes.

Vencido el término anterior, el funcionario, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes practicará las pruebas que se hayan ordenado.

d) En caso de que el sindicado confiese haber cometido el hecho punible, el funcionario podrá prescindir del término de tres (3) días que se señala en el artículo anterior pero deberá practicar las pruebas conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho, para lo cual tendrá un término de ocho (8) días.

Art. 5°.—Vencido el término probatorio, el funcionario citará a audiencia, la cual se celebrará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. Durante la audiencia las partes podrán presentar alegaciones orales o escritas. Terminada la audiencia, el funcionario dictará la sentencia a que haya lugar, dentro de los tres (3) días siguientes.

Art. 6°.—Del fallo dictado podrá el procesado o su apoderado apelar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su notificación. La segunda instancia confirmará o revocará la decisión, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de las diligencias y previo traslado a las partes para alegaciones por escrito, por el término de tres (3) días. El traslado se surtirá en la secretaría.

Art. 7°.—El fallo deberá consultarse siempre con el superior cuando no fuere apelado. La consulta se tramitará y decidirá por el superior en la misma forma que la apelación. Una vez decidido el recurso de apelación o surtida la consulta, se cumplirá lo ordenado por el fallo.

Art. 8°.—En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento la captura y detención se rigen por las normas del Código de Procedimiento Penal

y no habrá lugar a la excarcelación cuando se trate de hurto calificado o agravado, extorsión, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño, o de las contravenciones previstas en los artículos 32 y 53 del decreto 522 de 1971.

No obstante lo previsto en el inciso anterior, el procesado tendrá derecho a libertad provisional cuando se dé una cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La excarcelación a que se refiere este numeral, será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

2. Cuando se dicte en primera instancia la providencia de que trata el artículo 163 o sentencia absolutoria.

3. Cuando vencido el término de cuarenta y cinco (45) días de privación efectiva de libertad del procesado, no se haya dictado sentencia. Este término se ampliará a noventa (90) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean tres (3) o más los hechos punibles materia del sumario.

4. Cuando el sindicado fuere mayor de 16 años y menor de 18 o cuando hubiere cumplido setenta (70) años, siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable su libertad.

5. Cuando la infracción se hubiere realizado en las circunstancias a que se refiere el artículo 30 del Código Penal.

Parágrafo.—En los casos de hurto simple, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño, habrá lugar a la excarcelación en los casos previstos en los numerales 1 a 5 del presente artículo y además cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 374 del Código Penal.

Art. 9°.—Las acciones de que trata el presente capítulo, prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho. La pena prescribirá conforme a lo términos preestablecidos en el Código Penal.

Tratándose de contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley, la acción penal prescribirá en un (1) año y la sanción en dos (2).

Art. 10.—El procedimiento establecido en las normas anteriores solo se aplicará a los hechos punibles cometidos con posterioridad a la vigencia de esta ley.

El valor previsto en el artículo 1° de esta ley se aumentará en un veinte por ciento (20%) desde el primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y se seguirá ajustando automáticamente cada dos (2) años en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

Art. 11.—El incumplimiento de los términos previstos en este capítulo hará incurrir al funcionario en pérdida del empleo, que será decretada por la entidad

nominadora con base en el informe del ministerio público, rendido de oficio o a petición de parte, previo el cumplimiento de los procedimientos disciplinarios correspondientes.

Capítulo II

Creación de cargos de jueces especializados y procedimiento para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo

Art. 12.—Créanse doscientos (200) cargos de jueces especializados con categoría de jueces de circuito en materia penal y doscientos (200) cargos de fiscales de circuito. La designación de los jueces cuyos cargos se crean por la presente ley, se hará por los respectivos tribunales superiores de distrito judicial para períodos de dos (2) años y la de los fiscales por la Procuraduría General de la Nación, para períodos de tres (3) años, en el número que designe el gobierno para cada distrito.

La provisión de los cargos se hará a medida que las necesidades lo exijan, a juicio del gobierno.

Los jueces especializados a que se refiere esta ley, serán competentes para investigar y fallar los siguientes delitos: secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los conexos con estos.

Los jueces especializados de que trata este capítulo conocerán de los hechos punibles cometidos dentro del territorio del respectivo distrito judicial y para los efectos de instrucción podrán practicar diligencias en todo el territorio nacional. Serán radicados o comisionados por el Consejo Nacional de Instrucción Criminal.

Cuando con cualquiera de los delitos a que se refiere este capítulo se cometiere delito conexo de competencia del juez superior, una vez instruido el proceso, se remitirá a dicho juez para que conozca de él de conformidad con las normas comunes del procedimiento penal.

Art. 13.—La instrucción y fallo de los procesos a que se refiere el artículo anterior, se hará conforme al procedimiento que se establece en los artículos siguientes.

Art. 14.—El sumario deberá ser instruido en el término máximo de treinta (30) días, vencido el cual, o antes si se hubiere perfeccionado el mismo, el juez ordenará cerrar la investigación mediante auto contra el cual solo procede el recurso de reposición. En la misma providencia dispondrá que el proceso permanezca en la secretaría por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos.

Durante los cinco (5) días siguientes contados a partir del vencimiento del traslado a las partes, el juez calificará el mérito del sumario mediante auto de citación a audiencia o de sobreseimiento definitivo.

Si no se dieren los presupuestos procesales para citar a audiencia o para sobreseer definitivamente, el juez dictará auto de sustanciación mediante el cual ordenará ampliar la investigación y para ello fijará un término no mayor de treinta (30)

días. En dicho auto precisará todas las pruebas que deban practicarse. Vencido este término, o antes si estuviere perfeccionada la investigación, se declarará cerrado el sumario, y cumplido el traslado a las partes, el juez dentro de los cinco (5) días siguientes, citará para audiencia o sobreseerá definitivamente o reabrirá nuevamente la investigación en la forma y por el término mencionado anteriormente. Este procedimiento se repetirá hasta tanto no aparezca una causal de extinción de la acción penal.

Art. 15.—Si no figurare ningún procesado dentro de la investigación, podrá el juez ampliar la etapa de instrucción hasta por un término máximo de tres (3) meses. Vencido este término sin que se hubiere determinado autor o partícipe del hecho, el juez ordenará el archivo de las diligencias sin perjuicio de que si con posterioridad resultare prueba para vincular a alguien como procesado, se continúe la investigación mientras la acción penal no se haya extinguido.

En este caso los términos de formación del sumario empezarán a contarse a partir del auto en que se ordene la indagatoria o el emplazamiento del imputado.

Art. 16.—Ejecutoriado el auto de citación a audiencia el juez abrirá el juicio a prueba por el término de dos (2) días vencidos los cuales, al día siguiente hábil, decretará la práctica de las pruebas que sean conducentes y aquellas que de acuerdo con su criterio sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Las pruebas se practicarán durante la diligencia de audiencia pública.

Si a juicio del juez las pruebas decretadas no se pudieren practicar en la audiencia pública, se practicarán antes de que se realice dicha diligencia, dentro del término de diez (10) días, contados a partir del auto que las ordenó.

Vencido el término para decretar pruebas o el término para practicarlas, el juez fijará fecha para la realización de la audiencia pública, la cual no podrá iniciarse antes de cinco (5) días ni después de diez (10).

El avalúo de perjuicios podrá hacerse en cualquier momento procesal, antes de que se profiera sentencia de primera instancia.

Art. 17.—Si el juez de segunda instancia al conocer por vía de apelación la providencia mediante la cual se haya sobreseído definitivamente al procesado, considerare que existe prueba para citar a audiencia, revocará la decisión y ordenará que el proceso vuelva al juzgado de primera instancia para que profiera la respectiva citación a audiencia.

En caso de que el juez de segunda instancia considerare que no existe prueba para citar a audiencia o para sobreseer definitivamente ordenará que se reabra la investigación, puntualizará las pruebas que deban practicarse y devolverá inmediatamente el expediente al juez de primera instancia.

Art. 18.—En todo lo referente al auto de citación para audiencia, se dará aplicación a los artículos 76 y 79 del decreto 522 de 1971, en cuanto a los requisitos sustanciales y formales de dicha providencia.

El trámite de la audiencia pública se hará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal. Realizada la audiencia pública el juez proferirá sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

Art. 19.—La sentencia es apelable en el efecto suspensivo, pero en todo caso deberá consultarse. La apelación y consulta se surtirán ante la sala penal del respectivo tribunal superior, conforme al Código de Procedimiento Penal.

Art. 20.—Proferido auto de citación a audiencia, por providencia separada se ordenará la detención de los procesados si no se hubiere proferido auto de detención durante la investigación.

Parágrafo.—La detención se regirá por las normas comunes. En el caso del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, se ordenará emplazamiento cuando por cualquier medio se establezca que la persona no ha sido hallada para rendir diligencia de indagatoria o después de que hayan transcurrido doce (12) días contados a partir de la fecha de recibo del oficio por las autoridades encargadas de la captura. Estas tendrán la obligación de rendir informe en el término máximo de diez (10) días. El término de emplazamiento será de cinco (5) días.

Art. 21.—En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento solo habrá lugar a excarcelación en los siguientes casos:

1. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La excarcelación a que se refiere este numeral, será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

2. Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreseimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal o sentencia absoluta.

3. Cuando vencido el término de noventa (90) días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere proferido auto de citación a audiencia pública. Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean tres (3) o más los hechos punibles materia del proceso.

4. Cuando el sindicado fuere mayor de 16 y menor de 18 años, siempre que no haya sido procesado antes por uno de los delitos de que trata este capítulo, o cuando hubiere cumplido 70 años de edad, siempre que su personalidad, los motivos determinantes del delito y las circunstancias en que lo cometió hagan aconsejable su libertad.

Art. 22.—La designación de apoderado se hará conforme al Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria o declaración de reo ausente, y con él se actuará hasta la terminación del proceso. Sin embargo, el procesado podrá cambiar de apoderado en cualquier momento procesal.

Art. 23.—En los procesos que se adelanten conforme a las normas de este capítulo, la solicitud de cesación de procedimiento se surtirá en el cuaderno de copias y no suspenderá en ningún caso el trámite del proceso.

La apelación del auto que niega la cesación de procedimiento se concederá en el efecto devolutivo.

Art. 24.—Durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en ningún caso.

Art. 25.—En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo, solo podrán alegarse nulidades durante la audiencia pública y se resolverán en la sentencia de primera instancia.

La causal de nulidad por incompetencia del juez podrá alegarse en cualquier estado del proceso.

El auto que niegue la nulidad por incompetencia del juez es apelable en el efecto devolutivo.

Art. 26.—En todos los casos en que se aplique el procedimiento establecido en este capítulo, no hay lugar a traslados ni a notificaciones obligatorias al ministerio público.

Parágrafo.—Los agentes del ministerio público están obligados a intervenir en los procesos penales y a concurrir al despacho de los jueces para notificarse oportunamente, enterarse de la marcha de los procesos, pedir pruebas y presentar alegaciones en las oportunidades legales. Los agentes del ministerio público deberán ser radicados en el mismo lugar del juez especializado y se desplazarán con este siempre que deban practicarse diligencias fuera de la sede común.

En los tribunales superiores, el magistrado ponente se limitará a dar aviso escrito a los fiscales de la llegada del negocio y este aviso se repartirá entre ellos para determinar la responsabilidad de la intervención del ministerio público.

Art. 27.—Si se suscitare colisión de competencias dentro de los procesos penales tramitados conforme a este procedimiento deberá dirimirlos el respectivo tribunal, pero no se suspenderá la investigación ni se anulará lo actuado.

Art. 28.—La acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por el delito, puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil competente, a elección del ofendido.

Art. 29.—Los jueces a que se refiere este capítulo, al iniciar una investigación darán, inmediato aviso al Ministerio de Justicia, al procurador general de la Nación y al respectivo tribunal.

Art. 30.—El procedimiento establecido en las normas anteriores, solo se aplicará para los hechos punibles cometidos con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Hasta cuando entren en funcionamiento los jueces especializados de que tratan las normas anteriores, los funcionarios que sean competentes conforme al Código de Procedimiento Penal, conocerán de las investigaciones por los delitos de secuestro

extorsivo, extorsión, terrorismo y conexos con estos, cometidos con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Dichos procesos se tramitarán de acuerdo con las normas establecidas en este capítulo y se pasarán en el estado en que se encuentren a los jueces especializados, una vez entren a ejercer sus funciones.

Cuando por cualquier circunstancia no intervenga el juez especial a que se refiere este capítulo será competente para instruir el juez de instrucción y para fallar el juez de circuito quienes aplicarán el procedimiento aquí señalado.

Art. 31.—Facúltase a los funcionarios de que trata el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal para capturar mediante orden escrita del juez competente, y poner inmediatamente a su disposición, a las personas sindicadas de cualquiera de los delitos enumerados en este capítulo o conexos con ellos; a las que estén públicamente requeridas por la autoridad; a las que se hayan fugado estando legalmente detenidas o a las que se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos o estupefacientes.

Para el cumplimiento de las órdenes de captura se podrá solicitar el apoyo militar en los términos del artículo 95 del decreto 1355 de 1970.

Art. 32.—Toda persona que sea designada por la autoridad competente para auxiliar a la justicia en cuestiones técnicas, tendrá la obligación de prestar su concurso inmediato y gratuito. La renuencia a prestar el servicio acarrea las consecuencias a que se refiere el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 33.—Las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas establecidas en este capítulo y por los delitos en él señalados o los conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional.

Art. 34.—Al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo, en caso de ser condenado, se le disminuirá la pena de una tercera parte a la mitad.

Art. 35.—En lo que no se oponga a este procedimiento, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal.

Art. 36.—Autorízase al gobierno nacional para organizar un grupo especializado de policía judicial bajo la dirección de la Procuraduría General de la Nación y con el fin de auxiliar de manera permanente a los jueces especializados que por esta ley se crean.

Capítulo III

Modificaciones al artículo 110 del Código Penal

Art. 37.—El artículo 110 del Código Penal quedará así:

“Comiso.—Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

”La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo pericial, o cuando se dicte sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.

”Si no se ha pagado, o garantizado el pago de los perjuicios, el juez en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización”.

Capítulo IV

Modificaciones al Código de Procedimiento Penal

Art. 38.—El artículo 426 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Captura o citación para indagatoria.—El instructor deberá librar orden escrita de captura contra el presunto sindicado, para efectos de la indagatoria, si a su juicio hubiere mérito para recibirla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal en los procesos por los siguientes delitos:

”Menoscabo de la integridad nacional (artículo 111), hostilidad militar (artículo 112), traición diplomática (artículo 113), instigación a la guerra (artículo 114), atentados contra hitos fronterizos (artículo 115), violación de tregua o armisticio (artículo 116), espionaje (artículo 119), violación de tregua o armisticio (artículo 120), rebelión (artículo 125), sedición (artículo 126), seducción, usurpación y retención ilegal de mando (artículo 131), peculado por apropiación (artículo 133), concusión (artículo 140), cohecho propio (artículo 141), cohecho impropio (artículo 142), enriquecimiento ilícito (artículo 148), receptación (artículo 177), fuga de presos (artículo 178), concierto para delinquir (artículo 186), terrorismo (artículo 187), falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207), tráfico de moneda falsificada (artículo 208), emisiones ilegales-valores equiparados a moneda (artículos 209 y 210), falsedad material de empleado oficial en documento público (artículo 218), falsedad ideológica en documento público (artículo 219), falsedad material de particular en documento público (artículo 220), destrucción, supresión y ocultación de documento (artículo 223), acaparamiento (artículo 229), especulación (artículo 230), pánico económico (artículo 232), exportación ficticia (artículo 240), aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (artículo 241), constreñimiento al elector (artículo 249), violencia y fraude electorales (artículo 250), corrupción de elector (artículo 251), fraude electoral (artículo 254), incesto (artículo 259),

secuestro (artículos 268, 269, 270), privación ilegal de libertad (artículo 272), tortura (artículo 279), apoderamiento y desvío de aeronaves (artículo 281), apoderamiento y desvío de navés (artículo 282), acceso carnal violento (artículo 298), acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 300), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303), acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (artículo 304), corrupción (artículo 305), inducción a la prostitución (artículo 308), constreñimiento a la prostitución (artículos 309, 310), trata de mujeres y de menores (artículo 311), estímulo a la prostitución de menores (artículo 312), homicidio (artículos 323, 324), lesiones personales (artículos 333, 334, 335, 336, 338, 339), hurto calificado y agravado (artículos 350 y 351), extorsión (artículo 355), estafa (artículo 356), tráfico de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica (artículos 37, 38, inciso 1º, 40, 41, 42, 43 y 45 del decreto 1188 de 1974).

”También se librará orden de captura para recibir indagatoria en los casos de los ordinales 3º y 4º del artículo 467 del Código de Procedimiento Penal, y cuando en los delitos de hurto simple (artículo 349), fraude mediante cheque (artículo 357), y abuso de confianza (artículo 358), concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal.

”En todos los demás casos se citará al sindicado para rendir indagatoria. Si no compareciere será capturado para el cumplimiento de esta diligencia. Rendida la indagatoria será puesto en libertad, para lo cual suscribirá diligencia de compromiso en la que se obligue a comparecer cada vez que sea requerido. El funcionario resolverá obligatoriamente, cuando se proceda por delito que tenga pena privativa de la libertad, la situación jurídica del sindicado dentro de los diez (10) días siguientes, ordenando o no su detención. En el mismo auto, se otorgará la libertad provisional.

”Previamente a la libertad se suscribirá diligencia de conminación conforme a lo establecido en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal.

”Si el sindicado se presentare voluntariamente a rendir indagatoria y se encontrare en uno de los casos previstos en los incisos 1º y 2º de este artículo, el juez podrá ordenar su captura para decidirle la situación jurídica.

”*Parágrafo.*—En los casos de homicidio y lesiones personales, cuando sea evidente que el inculgado obró en legítima defensa, solo podrá ordenarse la captura, cuando exista prueba de que la persona no concurrió a rendir diligencia de indagatoria voluntariamente o por citación que haya hecho la autoridad competente.

”En la misma forma se procederá cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y sea evidente que el imputado no actuó con culpa”.

Art. 39.—El artículo 427 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”*Captura por parte de la policía judicial.*—Las facultades de captura que asisten a la policía judicial quedan circunscritas únicamente a lo previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, pero la captura de una persona gravemente indiciada, solo procederá previa orden escrita de autoridad competente.

”*Parágrafo.*—Las autoridades de policía judicial no podrán capturar al imputado que se encuentre en los casos previstos en el párrafo del artículo anterior y solo exigirán al sindicado que suscriba diligencia, en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad que lo cite posteriormente.

”En caso de que el imputado no cumpla la citación que se le haga oportunamente, el juez que conozca del respectivo proceso mediante auto motivado, contra el cual solo procede el recurso de reposición, le impondrá arresto de un (1) mes inmutable”.

Art. 40.—El artículo 430 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”*Informe obligatorio sobre motivos de la captura.*—Toda persona capturada será informada, en el momento de la aprehensión, de las razones de la misma y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella. Así mismo se solicitará al capturado que indique la persona a quien se deba comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga”.

Art. 41.—El artículo 433 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”*Captura mediante orden escrita.*—La orden de captura se dará siempre por escrito y en el auto de sustanciación que la ordene se expondrán brevemente las razones para su expedición. La persona capturada será puesta directa e inmediatamente a disposición de quien impartió la orden, si ello fuere posible. En caso contrario, se pondrá a su disposición en la cárcel del lugar, cuyo director informará de ello por escrito al funcionario dentro de la primera hora hábil siguiente”.

Art. 42.—El artículo 439 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”*Presupuestos para dictar auto de detención.*—Cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este Código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga.

”Si el procesado fuere merecedor del beneficio de libertad provisional, dispondrá de cuatro (4) días a partir de aquel en que se le notifique el auto de detención, a fin de constituir la caución que en aquel se le exija para continuar en libertad. Si no otorga la garantía se hará efectiva la orden de detención y esta durará hasta cuando tal exigencia sea cumplida.

”Para notificar la providencia podrá expedirse orden de captura si el procesado se muestra renuente a comparecer.

”No procede la detención preventiva cuando exista evidencia de que el procesado obró en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal”.

Art. 43.—El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”*Detención parcial en el lugar de trabajo.*—El sindicado podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo, siempre que reúna las siguientes condiciones:

"1. Que se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco (5) años.

"2. Que no haya eludido su comparecencia al proceso.

"3. Que no haya sido condenado o no registre 3 o más sindicaciones por delitos intencionales de la misma naturaleza durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud de este beneficio.

"El beneficiado regresará al establecimiento carcelario inmediatamente después de que termine sus labores diurnas o nocturnas. Si la persona sometida a detención estuviere dedicada exclusivamente a las labores agropecuarias y hubiere cometido el delito en el municipio donde realiza sus actividades, permanecerá en el lugar de trabajo de lunes a viernes, siempre que por razones de la distancia no pueda regresar diariamente al establecimiento carcelario una vez terminada la jornada laboral.

"El funcionario de instrucción o el juez del conocimiento y el representante del ministerio público, por intermedio de autoridad que tenga jurisdicción en el lugar donde se realiza el trabajo, vigilará el cumplimiento de estas obligaciones.

"El beneficio a que se refiere este artículo se revocará cuando el favorecido incumpla las obligaciones que se le hayan impuesto o incurra en falta que a juicio del funcionario permita concluir que no debe seguir gozando de él. Revocado el beneficio no podrá ser concedido nuevamente".

Art. 44.—El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"Libertad provisional.—Salvo en los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

"1. Cuando se proceda por delito distinto de los relacionados en los incisos 1º y 2º del artículo 426 del presente Código.

"2. Cuando se trate de persona drogadicta y lleve consigo droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y la cantidad corresponda a una dosis personal.

"3. Cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia.

"4. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

"Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

"La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

"5. Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreesimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código o sentencia absolutoria.

"6. Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere este declarado contraevidente por el juez superior dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

"Cuando el veredicto del segundo jurado sea absolutorio, se decretará la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del juicio.

"7. Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario. Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean tres (3) o más los hechos punibles materia del proceso.

"8. Cuando el sindicado fuere mayor de diez y seis (16) años o menor de diez y ocho (18), o cuando hubiere cumplido setenta (70) años de edad, siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho punible hagan aconsejable su libertad.

"9. Cuando la infracción se hubiere realizado en las circunstancias a que se refiere el artículo 30 del Código Penal.

"10. En los delitos de hurto simple, estafa, fraude mediante cheque y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias del artículo 374 del Código Penal.

"11. En las eventualidades del inciso 1º del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, se hiciera antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

Art. 45.—El artículo 467 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"Prohibición de excarcelar.—Salvo lo previsto en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 453 de este Código, no habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos:

"1º) Cuando se adelante investigación por uno de los delitos que hacen obligatoria la orden de captura, conforme a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 426 de este Código.

"2º) Cuando en los delitos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza concorra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal, a menos que se den las circunstancias del artículo 374 de dicho Código.

"3º) Cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y se compruebe, mediante dictamen de perito médico que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir.

"4º) Cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales".

Art. 46.—El artículo 459 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"Conminación y cauciones.—La conminación consiste en el compromiso por el cual el procesado se somete a cumplir las obligaciones que le imponga el juez y solo procede para delitos que no tengan sanción privativa de la libertad.

”La caución podrá ser juratoria o prendaria. La juratoria se otorgará mediante acta en que el sindicado prometa bajo juramento cumplir las condiciones impuestas. Esta caución se concederá exclusivamente a quienes comprueben plenamente la imposibilidad absoluta de constituir caución prendaria.

”La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos (2) a cien (100) meses de salario mínimo establecido para el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible, con el cual el procesado garantiza el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Constancia de lo anterior se dejará en acta firmada por el procesado.

”En el auto que decrete la medida se fijará la cuantía teniendo en cuenta la personalidad del procesado, su situación económica y la gravedad del hecho. El dinero se depositará, a la orden del despacho respectivo, en el Banco Popular. Si no hubiere Banco, el depósito se hará en la agencia de la Caja Agraria y en su defecto en la Tesorería de Rentas Municipales del lugar”.

Art. 47.—El artículo 460 del Código de Procedimiento Penal quedará así: *“Obligaciones de las personas que han suscrito conminación o han sido excarceladas.*—Quien haya suscrito conminación o haya sido excarcelado estará sometido a las siguientes obligaciones:

”1. Presentarse periódicamente en las fechas que se le indique, ante el funcionario de investigación, o el juez del conocimiento o la autoridad que se designe para la vigilancia de estas personas.

”2. Observar buena conducta individual, familiar y social.

”3. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o síquica.

”4. Abstenerse de portar armas.

”5. No ejercer oficio, profesión u ocupación ilícitos.

”6. Informar todo cambio de habitación.

”*Parágrafo.*—El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones dará lugar a la revocación de la libertad provisional y al pago de la caución. Revocada la libertad provisional no tendrá derecho el procesado por ningún motivo a que se le conceda nuevamente este beneficio, excepto cuando se solicite con fundamento en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

”Si quien ha incumplido solamente ha suscrito diligencia de conminación, será sometido cada vez que viole cualquiera de las obligaciones impuestas a arresto de uno (1) a treinta (30) días incommutables, sin perjuicio de la investigación penal correspondiente, si fuere del caso.

”La misma sanción se aplicará a cualquier persona que incumpla requerimiento de presentación por parte de las autoridades.

”Ordenada la revocatoria de la libertad provisional, el juez librará orden de captura para hacer efectivo el auto de detención”.

Art. 48.—El artículo 464 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Justificación en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 460.—Si el procesado no se ha presentado periódicamente en las fechas que

le haya indicado el funcionario, solo podrá justificar su incumplimiento por enfermedad, fuerza mayor o calamidad doméstica, que le haya imposibilitado concurrir ante la autoridad respectiva. En caso de comprobar tal circunstancia, se revocará la providencia en que se hubiere ordenado el pago de la caución y se le pondrá en libertad provisional mediante ratificación de la garantía.

”*Parágrafo.*—Los secretarios de los despachos judiciales están en la obligación de rendir informe mensual al respectivo funcionario de las personas que hayan incumplido la obligación impuesta y en caso de no hacerlo, deberán ser suspendidos del cargo por el término de quince (15) días.

”Quien esté presentándose periódicamente al juzgado, podrá solicitar certificación del cumplimiento de sus presentaciones y el secretario está en la obligación de expedirla”.

Art. 49.—El artículo 108 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Vigilancia de los condenados y liberados condicional y provisionalmente.— Los respectivos agentes del ministerio público vigilarán el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas a los beneficiados con la condena condicional, la libertad condicional y la libertad provisional, y pedirán la revocatoria o cancelación de estos subrogados en caso de incumplimiento.

”Los fiscales de tribunales de distrito judicial, de juzgado superior y de circuito, deben mensualmente realizar visita a los respectivos despachos judiciales para verificar si en los procesos en que actúan como ministerio público, las personas excarceladas o conminadas han cumplido con las obligaciones impuestas y en caso de que haya existido cualquier incumplimiento solicitarán al funcionario tome las medidas a que se refiere el parágrafo del artículo 460.

”En caso de que los representantes del ministerio público no ejerzan estrictamente esta función, el juez correspondiente informará a la Procuraduría General de la Nación para que con base en el solo informe se imponga sanción de multa equivalente a cinco (5) días de sueldo.

”En los lugares en que actúen los personeros en los procesos penales, estos empleados cumplirán con la función prevista en este artículo y estarán sometidos a la misma sanción”.

Art. 50. Derogatoria.—Quedan derogadas todas las disposiciones que sean contrarias a las establecidas en las normas anteriores.

Capítulo V

Modificación de las competencias

Art. 51.—El artículo 19 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

“De las cuantías.—Cuando la competencia o el trámite se determina por la cuantía de la pretensión, los procesos son de mayor, de menor o de mínima cuantía. Son de mayor cuantía los que versan sobre pretensiones patrimoniales de valor

superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00); de menor cuantía los de valor comprendido entre veinte mil y trescientos mil pesos (\$ 20.000.00 y 300.000.00); y de mínima cuando dicho valor no exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00)".

Art. 52.—Para los efectos del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, a partir de la vigencia de la presente ley, y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, el interés para recurrir en casación será de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) por lo menos.

Art. 53.—El artículo 572 del Código de Procedimiento Penal quedará así:
"Cuantía para recurrir.—Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de quinientos mil pesos (\$ 500.000.00)".

Art. 54.—El inciso 2° del artículo 383 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

"Aceptada la caución, la Corte o el Tribunal solicitará el expediente a la oficina en que se halle. Pero si estuviere pendiente la ejecución de la sentencia, el expediente solo se remitirá previa expedición, a costa del recurrente, de copia de lo conducente para su cumplimiento. Con este fin, aquel suministrará en el término de diez (10) días, contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordene pedir el expediente lo necesario para que se compulse, so pena de que se declare desierto el recurso. Recibido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten. En caso de no admitirse la demanda, se impondrá al recurrente multa de diez mil a cincuenta mil pesos (\$ 10.000.00 a \$ 50.000.00), para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada".

Art. 55.—Los jueces de circuito en lo laboral conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), y en primera instancia de todos los demás.

Donde no haya juez del circuito laboral, conocerán los jueces en lo civil, así:

- a) El municipal, en única instancia de todos aquellos negocios cuya cuantía no exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00), y
- b) El del circuito, en primera instancia, de todos los demás.

Art. 56.—A partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, en materia laboral solo serán susceptibles del recurso de casación los negocios cuya cuantía sea de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) o más.

Art. 57.—Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante, la parte interesada podrá recurrir de hecho.

Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento.

Art. 58.—El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal quedará así:
"Competencia de los jueces municipales.—Los jueces municipales conocen en primera instancia:

"1. De los delitos de lesiones personales, excepto cuando la incapacidad sea igual o inferior a treinta (30) días y no queden consecuencias.

"2. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), sin pasar de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

"3. Del delito consistente en llevar consigo marihuana, cocaína, morfina o cualquiera otra sustancia que produzca dependencia física o síquica, cuando se trate de dosis personal, y

"4. De los delitos de asonada, usurpación de funciones, delitos contra empleados oficiales, reingreso ilegal al país, delitos contra la salud pública, acaparamiento, especulación, alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida, ilícita explotación comercial, usura y recargos en ventas a plazos, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, delitos contra la asistencia alimentaria, violación de habitación ajena, y permanencia ilícita en habitación ajena".

Art. 59.—El artículo 55 del Código de Procedimiento Penal quedará así:
"Competencia para instruir.—Corresponde a los jueces de instrucción criminal radicados:

"1. Iniciar e instruir, así como proseguir, la instrucción de los procesos por los siguientes delitos que se cometan en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de que el juez competente la aprehenda directamente.

"Los de los títulos 1 y 2 del libro segundo del Código Penal, delitos contra la fe pública, peculado, concusión, cohecho, prevaricato, concierto para delinquir, incendio, fuga de presos, fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones, fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, secuestro, extorsión, terrorismo, homicidio, delitos contra el patrimonio económico en cuantía superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00). Y los delitos de que trata el decreto 1188 de 1974. Igualmente investigará los delitos conexos a todos los anteriores.

"2. Cumplir con las comisiones de ampliación que les encarguen la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior respectivo, los jueces superiores y los del circuito penal en los procesos por los delitos a que se refiere este artículo".

Art. 60.—El artículo 9° de la ley 21 de 1977 quedará así:

"Competencia de los jueces superiores.—Los jueces superiores de aduanas conocen:

"1°) En primera instancia de los procesos por delito de contrabando que se cometan en el territorio de su jurisdicción cuando el precio de la mercancía exceda de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00).

"2°) En segunda instancia de los procesos que conocen en primera instancia los jueces de distrito penal aduanero".

Art. 61.—El artículo 10 de la ley 21 de 1977 quedará así:

“Los jueces de distrito penal aduanero conocen en primera instancia de los delitos de contrabando cuya cuantía no exceda de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) y de las contravenciones penales aduaneras cometidas en su jurisdicción”.

Art. 62.—Las cuantías previstas en los artículos anteriores se aumentarán en un veinte por ciento (20%) desde el primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y se seguirán ajustando automáticamente, cada dos (2) años en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

Los aumentos aquí establecidos se aplicarán sobre los valores indicados en los artículos procedentes y su vigencia no afectará la competencia en los procesos ya iniciados.

Art. 63.—Los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las leyes 21 y 22 de 1977.

Capítulo VI

Creación de tribunales de distrito judicial, de jueces de instrucción criminal y otros cargos

Art. 64.—Créanse en el Departamento de Cundinamarca los distritos judiciales de Bogotá y de Cundinamarca.

Art. 65.—En el Departamento de Antioquia créanse los distritos judiciales de Medellín y de Antioquia.

Art. 66.—Autorízase al gobierno nacional para fijar las sedes de los tribunales de Cundinamarca y de Antioquia, y para organizar y determinar su jurisdicción territorial.

Art. 67.—El gobierno nacional determinará, en consulta con la Corte Suprema de Justicia, el número de magistrados para cada tribunal, que estará conformado por salas: civil, penal y laboral.

Art. 68.—El gobierno nacional podrá suprimir cargos de magistrados en los actuales tribunales superiores de los distritos judiciales de Bogotá y Medellín, y crear plazas de magistrados para los tribunales de Cundinamarca y Antioquia.

Igualmente podrá crear y suprimir cargos de jueces laborales de circuito y de jueces superiores, en el número que sea necesario para que haya una adecuada distribución de procesos penales y laborales en los dos distritos judiciales.

Los magistrados de los actuales tribunales del distrito judicial de Bogotá y Medellín, cuyos cargos fueren suprimidos por el gobierno nacional en desarrollo de esta ley serán trasladados por la Corte Suprema de Justicia, a los respectivos tribunales de Cundinamarca y Antioquia.

Art. 69.—El gobierno nacional hará la redistribución y los traslados necesarios y la fijación de nuevas sedes respecto de juzgados superiores y de circuito que

actualmente dependen de los distritos judiciales de Bogotá y Medellín, para adaptarlos a la división judicial prevista en esta ley.

Art. 70.—Créanse trescientos (300) juzgados de instrucción criminal, cuya distribución la hará el Consejo Nacional de Instrucción Criminal, de acuerdo con las necesidades del servicio.

Art. 71.—El gobierno nacional determinará el número y jerarquía de los empleados que requieran cada uno de los despachos judiciales o del ministerio público creados por la presente ley.

Art. 72.—Créase para cada magistrado de la Corte Suprema de Justicia y cada consejero de Estado, un (1) auxiliar de libre nombramiento y remoción. Para desempeñar este cargo deben reunirse los mismos requisitos que la ley exige para el cargo de magistrado de tribunal de distrito judicial, devengarán la misma remuneración y tendrán los mismos derechos.

Art. 73.—Créase para cada juzgado de conocimiento en las cabeceras de distrito una plaza de sustanciador, con la misma jerarquía y remuneración de los actuales sustanciadores de los juzgados de cabeceras de distrito.

Art. 74.—La creación de los jueces especializados de que trata la presente ley y de los fiscales respectivos, tendrá lugar solo por el término de seis (6) años. Finalizado este período, la competencia para conocer de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo será de los jueces de circuito. El gobierno nacional, en consulta con la Corte Suprema de Justicia, determinará el número de jueces especializados que pasen a ocupar cargos de jueces penales de circuito o superiores, conforme a las necesidades de la administración de justicia, en el momento en que termine el período de los jueces especializados.

Art. 75.—El gobierno hará los traslados presupuestales y apropiará las partidas que fueren necesarias para el cumplimiento de esta ley.

Art. 76.—La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dada en Bogotá, D. E., a los dieciséis días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

el presidente del honorable Senado, Carlos Holguín Sardi, el presidente de la honorable Cámara de Representantes, César Gaviria Trujillo, el secretario general del honorable Senado, Crispín Villazón de Armas; el secretario general de la honorable Cámara de Representantes, Julio Enrique Olaya Rincón; República de Colombia - Gobierno Nacional

Publíquese y ejecútese.

Bogotá, D. E., 16 de enero de 1984.

BELISARIO BETANCUR

El ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, el ministro de Hacienda y Crédito Público, Edgar Gutiérrez Castro.

Diario Oficial, Año CXX, Núm. 36450, Bogotá, D. E., martes 17 de enero de 1984.

COMENTARIOS A LA LEY 2ª DE 1984

(Reforma al Código de Procedimiento Penal,
procedimiento policivo y jurisdicción especial).

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA *

"Tienen la palabra los señores jueces, magistrados, catedráticos,
abogados y teorizantes". J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

I

INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El día 17 de enero del año en curso, fue promulgada la ley 2ª de 1984 (*Diario Oficial No. 36450*), "por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía; se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral y se dictan otras disposiciones".

De la lectura atenta de los setenta y seis artículos que conforman esta ley, surgen algunos interrogantes e inquietudes, que habrán de ser resueltos por la doctrina y la jurisprudencia.

No queremos desaprovechar la oportunidad para transcribir la constancia dejada por el dr. José María Velasco Guerrero, senador de la República, ex-presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sesión extraordinaria del 31 de mayo de 1983, en la Comisión Primera Constitucional del H. Senado, refiriéndose al

* El autor se desempeña como Juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín (Ant.).

Proyecto de la Ley No. 3, presentado por el dr. Bernardo Gaitán Mahecha, ministro de justicia por ese entonces, que a nuestro juicio resume y explica las marcadas contradicciones y vacíos latentes en la ley 2ª del 84:

"...Quiero que quede como constancia mía: es muy probable que sea tan urgente la necesidad del gobierno de pasar este Proyecto y que sean tan buenas las correcciones introducidas,... y seguramente vamos a votar este proyecto con el temor mío muy seguro de que vamos a votar una cosa más, como las que se vienen votando en el país. Yo no le voy a negar mi voto a la mayoría del proyecto. Tal vez serán tres o cuatro artículos a los cuales yo no podré transar, pero en la absoluta seguridad de que esto está hecho tan *aprisa* y tan *improvisado* como todo lo demás que se ha hecho en la República en materias penales. Y creo que, francamente, así yo contribuya con mi voto, no voy a contribuir a mejorar absolutamente nada..."¹.

2. EL PROYECTO DE LEY NÚM. 3 DE 1983, EN EL CONGRESO

En el mes de mayo de 1983, el dr. Bernardo Gaitán Mahecha, en su condición de ministro de justicia, presentó a consideración del Senado de la República, el Proyecto de la Ley No. 3, por el cual se introducían reformas a la administración de justicia².

El dr. Ernesto Parejo González, miembro de la Comisión Primera Constitucional del Senado, presentó ponencia favorable para primer debate, el día 23 de mayo del mentado año, acompañando un *pliego de modificaciones*³, que introdujo fundamentales cambios al proyecto original, atendiendo a las reacciones desfavorables de la opinión pública⁴.

Se criticaba la excesiva ampliación de las facultades de las autoridades de policía en materia penal, mediante la conversión de los delitos contra el patrimonio económico en contravenciones especiales, y el aumento, hasta un límite sumamente alto, de la cuantía de los ilícitos de competencia de aquellas; la exagerada brevedad del procedimiento para la investigación y fallo de esas "contravenciones"; la negativa del recurso de apelación contra los autos que decretaran la detención preventiva o que negaran la práctica de pruebas; las restricciones extremas al beneficio de la libertad provisional en favor de los sindicatos por delitos contra el patrimonio económico y de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; la facultad de variar, en el momento de dictar sentencia, la calificación del hecho delictuoso y por el cual se llamara a juicio a un sindicato; la implícita exigencia de una prueba específica para absolver; el establecimiento de recompensas económicas en favor de quienes capturaran o ayudaran a capturar a los sindicatos de secuestro extorsivo, extorsión

¹ "Anales del Congreso", núm. 51, junio 23 de 1983, pág. 806. Subrayamos.

² *Ibidem*, núm. 22, mayo 3 de 1983, págs. 374 y ss.

³ *Ibidem*, núm. 33, mayo 24 de 1983, págs. 593 y ss.

⁴ *Ibidem*, núm. 37, mayo 31 de 1983, págs. 664 y ss. Véase pronunciamiento emitido por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, redactado por los dres. Julio Salgado Vásquez, Hernando Devis Echandia y Humberto Criales de la Rosa.

y terrorismo y de una cesación del procedimiento excepcional en beneficio del coautor que primero aportara la prueba de responsabilidad de los demás partícipes de uno de esos delitos; la facultad omnímoda otorgada a las autoridades militares y de policía para capturar, sin previa orden escrita de juez competente, a las personas de quienes tuvieren noticia que eran autores de una de tales infracciones. También fue duramente combatida la autorización al gobierno para confiar a los jueces especializados la investigación y fallo de delitos diferentes de los de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, sin límite de tiempo, ni en cuanto al número y clase de los mismos.

En la Comisión Primera del Senado se designó una subcomisión integrada por los senadores Fernando Sanclemente Molina, Hernando Echeverri Coronado, Enrique Parejo González y José Manuel Arias Carrizosa, asesorados por el ministro de Justicia y el procurador general de la Nación, para que estudiara las normas relacionadas con cuantía, jueces especializados, instrucción y fallo, libertad provisional y requisitos para dictar auto de citación a audiencia; subcomisión que estuvo de acuerdo con la mayoría del articulado del pliego de modificaciones.

A la Comisión Primera le bastaron solamente 4 sesiones (31 de mayo, 1, 7 y 8 de junio) para evacuar el primer debate al Proyecto de Ley núm. 3, acogiendo, sin mayores reformas, el pliego de modificaciones presentado por el ponente, después de eliminar 20 artículos (del 50 al 70).

El texto del proyecto aprobado en primer debate no sufrió modificaciones en los restantes tres⁵.

II

REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

3. PRELIMINARES

El capítulo IV de la ley, introdujo varias modificaciones al título V del decreto 409 de 1971 o Código de Procedimiento Penal, algunas de las cuales no escapan a controversias por la forma improvisada y discordante como fueron redactadas.

El título modificado ha debido rotularse "Captura, citación y libertad del procesado", atendiendo a la novedosa clasificación de sindicados respecto de los que se exige *captura* para efectos de indagatoria, y sindicados para los cuales solo basta la simple *citación*, para los mismos efectos.

4. CAPTURA

4.1. *Naturaleza*.—Se entiende por captura el hecho de aprehender materialmente a una persona por motivos previstos en la ley. Es una medida esencialmente policíva, no jurisdiccional.

⁵ "Anales del Congreso", núm. 66, agosto 2 de 1983, págs. 1031 y ss.

4.2. *Casos en que procede la captura*.—El juez o autoridad competente *deberá* librar *orden escrita de captura*, para los efectos requeridos, en los casos siguientes:

4.2.1. *Inciso 1º del art. 426 del C. de P. P. (38 de la Ley)*.—Contra los sindicados en los procesos por alguno de los siguientes hechos punibles: menoscabo de la integridad nacional (art. 111), hostilidad militar (112), traición diplomática (113), instigación a la guerra (114), atentados contra hitos fronterizos (115), actos contrarios a la defensa de la Nación (116), espionaje (119), violación de tregua o armisticio (120), rebelión (125), sedición (126), seducción, usurpación y retención ilegal de mando (131), peculado por apropiación (133), concusión (140), cohecho propio (141), cohecho impropio (142), enriquecimiento ilícito (148), receptación (177), fuga de presos (178), concierto para delinquir (186), terrorismo (187), falsificación de moneda nacional o extranjera (207), tráfico de moneda falsificada (208), emisiones ilegales, valores equiparados a moneda (209, 210), falsedad material del empleado oficial en documento público (218), falsedad ideológica en documento público (219), falsedad material de particular en documento público (220), destrucción, supresión y ocultamiento de documento (223), acaparamiento (229), especulación (230), pánico económico (232), exportación ficticia (240), aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (241), constreñimiento al elector (249), violencia y fraude electorales (250), corrupción de elector (251), fraude electoral (254), incesto (259), secuestro (268, 269 y 270), privación ilegal de libertad (272), tortura (279), apoderamiento y desvío de aeronaves (281), apoderamiento y desvío de naves (282), acceso carnal violento (298), acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (300), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (303), acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (304), corrupción (305), inducción a la prostitución (308), constreñimiento a la prostitución (309 y 310), trata de mujeres y de menores (311), estímulo a la prostitución de menores (312), homicidio (323 y 324), lesiones personales (333, 334, 335, 336, 338, 339), hurto calificado y agravado (350 y 351), extorsión (355), estafa (356), tráfico de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica (37, 38, inciso 1º, 40, 41, 42, 43 y 45 del decreto 1188 de 1974).

Nótese que se citan como delitos los hechos de los arts. 210 (que equipara a moneda algunos títulos emitidos por el Estado), 270 (circunstancias que agravan el secuestro), 324 (circunstancias que agravan el homicidio), 339 (circunstancias que agravan las lesiones personales), 351 (circunstancias que agravan el hurto). Pero no se citan los arts. 129 (circunstancias que agravan la rebelión y la sedición), 283 (circunstancias de agravación punitiva del apoderamiento y desvío de aeronave y naves), 306 (circunstancias de agravación del acceso carnal violento, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y de la corrupción), 310 (circunstancias de agravación de la inducción a la prostitución y constreñimiento a la prostitución).

El legislador debió o eliminar todas las circunstancias agravantes de los delitos que exigen captura forzosa, o consagrarlas en su totalidad para los mismos. Porque es tanto o más grave el acceso carnal violento (298) sobre persona menor de diez años (306, numeral 5 —hasta doce años de prisión—), que el secuestro simple (269) en persona inválida, o enferma, o menor de dieciséis años, o mayor de sesenta años,

o en mujer embarazada (270, numeral 1° —hasta cuatro años y medio de prisión—), y sin embargo, la primera agravante no aparece reseñada por el art. 426, y el segundo sí.

Creemos que a pesar de no haberse citado los arts. 129, 132, 283, 306 y 310, son de forzosa aplicación. Es evidente que al sindicado de rebelión (125) o sedición (126), si incurre en la agravante del art. 132, habrá de aplicársele el aumento de pena, aunque esta disposición no aparezca citada por el art. 38 de la ley. Lo mismo sucede en el evento contrario. Si un sindicado de secuestro simple (269) comete el ilícito en concurrencia con alguna de las circunstancias agravantes señaladas en el art. 270, habrá de agravársele la pena aun en el supuesto de que este artículo no apareciera en la lista del 38 de la ley.

Además, hay que entender que las circunstancias agravantes de un hecho punible no se pueden considerar como entes jurídicos, independientes de este. Son una prolongación fáctica del mismo.

Otro hecho que merece observación es la inclusión de delitos como sedición (126), que tiene como pena arresto hasta cuatro años; seducción, usurpación y retención ilegal de mando (131), hasta dos años de prisión; cohecho impropio (142), hasta dos años de prisión; fuga de presos (178) hasta dos años de prisión; acaparamiento (229), hasta dos años de prisión; especulación (230) hasta dos años de prisión; pánico económico (232) hasta cuatro años de prisión; aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (241), hasta tres años de arresto; secuestro simple (269), hasta tres años de prisión, como de forzosa *captura*. Mientras otros como el soborno (174), hasta cinco años de prisión; el incendio (189), hasta ocho años de prisión; provocación de inundación o derrumbe (191), hasta diez años de prisión; corrupción de alimentos y medicinas (206), hasta siete años y medio de prisión; contaminación ambiental (247), hasta seis años de prisión; sabotaje (291), hasta seis años de prisión, solo requieren la *citación* del sindicado para efectos de indagatoria.

4.2.2. *Ordinal 3° del art. 45 de la ley (467 C. de P. P.)*.—Contra el sindicado de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito, siempre que “se compruebe, mediante dictamen de perito médico que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir”.

Creemos que estos supuestos quedan subsumidos en el último inciso del párrafo del art. 426, al estipular que en los casos de homicidio y lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito se podrá ordenar la captura cuando el sindicado no concurra a rendir indagatoria “y sea evidente que el imputado no actuó con culpa”. Lo que indica que si el imputado actuó con culpa habrá de expedirse orden escrita de captura⁶.

4.2.3. *Sindicados que hayan sido condenados*.—Contra los sindicados que hayan sido condenados por cualquier delito doloso o registren dos o más sindicaciones por delitos intencionales, durante los cinco años anteriores, siempre que tal situación “aparezca demostrado en el proceso”.

4.2.4. *Sindicados de hechos punibles contra el patrimonio económico agravados*.—Contra los sindicados de hurto simple (349), fraude mediante cheque (357) y abuso de confianza (358), cuando el hecho se cometa: “1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos, o que siendo inferior haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica. 2. Sobre bienes del Estado” (C. P., art. 372, y C. de P. P., art. 426, inciso 2°).

4.2.5. *Sindicados reuentes*.—Contra los sindicados por delitos que no admiten captura forzosa, pero que no comparecen a rendir indagatoria, a pesar de haberseles citado. “Rendida la indagatoria será puesto en libertad...” (C. de P. P., art. 426, inc. 3°).

4.2.6. *Sindicados que incumplen obligaciones del art. 460 del C. de P. P.*—Cuando se revoque la libertad provisional por el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones a que hace referencia el art. 460 del C. de P. P., “ordenada la revocatoria de la libertad provisional, el juez librará orden de captura para hacer efectivo el auto de detención” (C. de P. P., art. 460).

4.2.7. *Jueces comisionados*.—En los eventos en que se actúa como juez comisionado, siempre y cuando exista el deber de ordenar la captura del sindicado (C. de P. P., art. 400).

4.2.8. *Sindicados con detención preventiva*.—Contra persona cuya detención preventiva hubiere sido legalmente decretada y el procesado no fuere merecedor del beneficio de libertad provisional (C. de P. P., arts. 439 y 441).

4.2.9. *Condenados*.—Contra persona que hubiere sido condenada por delito que exija captura forzosa y no se hallare detenida o privada de la libertad (C. de P. P., arts. 669 y 426).

4.2.10. *Extradición*.—Contra persona cuya extradición haya sido concedida (C. de P. P., art. 748) o solicitada con carácter urgente (C. de P. P., art. 742).

4.2.11. *Hechos punibles de conocimiento de las autoridades de policía*.—En los procesos de competencia de las autoridades de policía contra los sindicados de hurto simple, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque, y daño. Asimismo, contra quien sin permiso de autoridad competente suprima o modifique los números de identificación de motor, carrocería, bastidor o “chasis” de vehículo automotor o los de la placa de su matrícula, o use placa distinta de la autorizada, o contra quien tenga en su poder cosa mueble que haya sido objeto de una infracción penal y no dé explicación satisfactoria de su tenencia legítima (arts. 1° a 8° de la ley). También es procedente la *captura* en circunstancias de:

4.2.12. *Flagrancia o cuasiflagrancia*.—Contra persona sorprendida en flagrancia o cuasiflagrancia (Const. Nal., arts. 24 y 427, C. de P. P., art. 289, ord. 9).

4.2.13. *Persona gravemente indiciada*.—Contra “persona gravemente indiciada”, siempre que exista “previa orden escrita de autoridad competente” (C. de P. P., art. 427).

4.2.14. *Captura requerida públicamente*.—Contra persona “cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente” (C. de P. P., art. 428 y decr. 1355 de 1970, art. 64).

⁶ Vide *infra*, num. 8. 5. 1.

4.2.15. *Infracciones penales o de policía.*—Contra toda persona sorprendida en flagrancia o cuasiflagrancia “de infracciones penales o de policía” (decr. 1355 de 1970, arts. 56, 66 y 69).

4.2.16. *Aprehensión de delinquentes.*—Contra quienes se hallen en sitios públicos o abiertos al público “con el solo fin de facilitar la aprehensión de delinquentes solicitados por autoridad competente”. Estas capturas deben ser momentáneas (decr. 1355 de 1970, art. 71).

El juez o autoridad competente *podrá* ordenar la *captura*:

4.2.17. Para decidir la situación jurídica de los sindicatos por delitos que exijan captura forzosa, siempre y cuando “el sindicato se presentare voluntariamente a rendir indagatoria” (C. de P. P., art. 426, inc. 5°).

4.2.18. Contra los sindicatos de homicidio y lesiones personales que hubieren “evidentemente” obrado en legítima defensa, y no se presentaren “a rendir indagatoria voluntariamente o por citación que haya hecho la autoridad competente”. (Inciso 1° del párrafo del art. 426 del C. de P. P.). Creemos que no ha debido utilizarse el término “voluntariamente”, porque se corre el riesgo de que algún funcionario interprete la norma considerando que no se hace necesaria la citación y ordenando la captura del sindicato por no haberse presentado voluntariamente.

4.2.19. Contra los sindicatos de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito que no concurran a rendir indagatoria, a pesar de haberseles citado “y sea evidente que el imputado no actuó *con culpa*”. (Inciso final del párrafo del art. 426 del C. de P. P.).

4.2.20. Para notificar auto de detención al procesado que fuere merecedor del beneficio de libertad provisional, si este “se muestra renuente a comparecer” (C. de P. P., art. 439, inc. 3°).

4.3. *Normas que rigen la captura.*—a) La orden de captura debe darse por escrito, cuando haya de llevarla a cabo un funcionario distinto de aquel que la ha impartido (C. de P. P., art. 433).

b) El auto de sustanciación que la ordene reseñará brevemente las razones para su expedición (C. de P. P., art. 433).

c) En los casos de personas gravemente indiciadas, en los que se carezca de la respectiva orden de captura, “solo exigirá al sindicato que suscriba diligencia, en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad que lo cite posteriormente” (art. 427, párrafo 2°).

d) “Toda persona capturada, será informada, en el momento de la aprehensión, de las razones de la misma” (C. de P. P., art. 430).

e) Cuando la captura se haya practicado sin causa legal, el aprehendido deberá ser puesto inmediatamente en libertad. La inobservancia de esta norma hace incurrir al funcionario en pérdida del empleo y en responsabilidad penal por detención arbitraria (C. de P. P., arts. 429 y 417).

f) El capturado tiene derecho a nombrar apoderado que lo asista en las diligencias subsiguientes. Si no puede o no quiere nombrarlo, se le designará de oficio (C. de P. P., art. 431).

g) En los casos de flagrancia o cuasiflagrancia la orden puede ser verbal (Const. Nal., art. 24, y decr. 1355 de 1970, arts. 66 y 69).

Las normas sobre incomunicación (C. de P. P., arts. 372, 301, 381, 434, 432, 301 y 435), no sufrieron modificación.

5. CITACIÓN

Por exclusión, cuando se proceda por delito que no exija captura forzosa, habrá de citarse al sindicato para que rinda indagatoria. “En todos los demás se citará al sindicato para rendir indagatoria”, preceptúa el inc. 3° del art. 426 del C. de P. P.

Solamente en el evento de que el procesado no atendiera la citación, “o no compareciere será capturado para el cumplimiento de esta diligencia”, después de la cual “será puesto en libertad”, siempre que suscriba diligencia de compromiso en la que se obligue a comparecer cada vez que sea requerido.

6. DETENCIÓN PREVENTIVA

6.1. *Naturaleza.*—La detención preventiva no se impone como pena. Es una medida provisional, precautelativa.

6.2. *Presupuestos de la detención.*—Son presupuestos de la detención preventiva:

a) Que la infracción porque se proceda tenga señalada una sanción privativa de la libertad (prisión o arresto).

b) Que contra el procesado resulte “por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad... o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga” (C. de P. P., art. 439).

c) Que el procesado no hubiere obrado “en cualquiera de las circunstancias previstas en los arts. 29 y 40 del Código Penal” (C. de P. P., art. 439 o art. 42 de la ley).

Es lógico que en eventos en los cuales se *justifique el hecho* (estricto cumplimiento de un deber legal, cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, legítimo ejercicio de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad), o en los *casos de inculpabilidad* (caso fortuito o fuerza mayor, insuperable coacción ajena, convicción errada e invencible de la existencia de una causal de justificación), no habrá lugar a detención preventiva, así se hubiera hecho alusión expresa en el artículo que comentamos.

6.3. *Detención parcial en el lugar de trabajo.*—El sindicato podrá obtener que la detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo, siempre que:

a) El delito no tenga una pena máxima que exceda de cinco (5) años.

b) No haya eludido su comparecencia al proceso.

c) No haya sido condenado o no registre “tres (3) o más sindicaciones por delitos intencionales de la misma naturaleza durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud de este beneficio”.

“El beneficiado regresará al establecimiento carcelario inmediatamente después de que termine sus labores diurnas o nocturnas. Si la persona sometida a detención estuviera dedicada exclusivamente a las labores agropecuarias y hubiere cometido el delito en el municipio donde realiza sus actividades, permanecerá en el lugar de trabajo de lunes a viernes, siempre que por razones de la distancia no pueda regresar diariamente al establecimiento carcelario una vez terminada la jornada laboral... El beneficio a que se refiere este artículo se revocará cuando el favorecido incumpla las obligaciones que se le haya (sic) impuesto o incurra en falta que a juicio del funcionario permita concluir que no debe seguir gozando de él. Revocado el beneficio no podrá ser concedido nuevamente” (C. de P. P., art. 453, o art. 43 de la ley).

7. TÉRMINOS PARA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INDAGADO

Hasta la promulgación de la ley 2ª, el término para resolver la situación jurídica del indagado se orientaba por lo estatuido en el art. 437 del C. de P. P.: “... la situación del aprehendido deberá definirse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, contados a partir del momento en que se recibe la indagatoria o vencido el término señalado en el art. 434.

Pero el inc. 3º del art. 426 del C. de P. P. estipula que en los delitos que no admiten captura forzosa se citará al sindicado (“si no compareciere será capturado”) para escucharle en indagatoria. Practicada esta diligencia, será puesto en libertad, previa firma de diligencia de compromiso. “El funcionario resolverá obligatoriamente, cuando se proceda por delito que tenga pena privativa de la libertad, la situación jurídica del sindicado dentro de los diez (10) días siguientes, ordenando o no su detención...”.

No es difícil percatarse que la aplicación del art. 437 del C. de P. P. se circunscribe a la definición de la situación jurídica del sindicado que se hallare privado de la libertad. Por exclusión, el inc. 3º del art. 426 *ibídem*, tendrá operancia en el caso contrario, es decir, cuando no hubiere sindicado privado de la libertad. No en vano en la primera disposición se habla de la situación del “aprehendido”.

8. LIBERTAD PROVISIONAL

8.1. *Noción*.—Se entiende por libertad provisional o excarcelación el acto en virtud del cual se ordena la cesación parcial de los efectos de la detención preventiva.

8.2. *Fundamento*.—Es evidente que la ley 2ª dio un vuelco en la concepción y tratamiento que venía dándosele a la concesión del beneficio de la libertad provisional.

La situación carcelaria reinante en el país motivó el cambio de filosofía.

En abril 15 de 1983 la población carcelaria ascendía a 26.521 personas, de las cuales figuraban como sindicados 20.424. Condenados en primera instancia 834 y en segunda 5.263⁷.

“Siendo la libertad uno de los más sagrados derechos de la persona —decía el dr. Gaitán Mahecha, en la exposición de motivos del proyecto—, debe procurarse su máxima protección, en el sentido de que el imputado goce durante el proceso de libertad y que la excepción a esta regla general sea la detención o la prohibición de excarcelación; en resumen lo que se pretende con varias modificaciones es invertir la situación actual, la que conforme a estadísticas indica que el mayor número de la población carcelaria solo se encuentra en detención preventiva. Lo que se quiere entonces es reducir ese porcentaje para dar cumplimiento, como ya se dijo al principio de presunción de inocencia...”⁸.

8.3. *Casos de libertad provisional*.—Al entrar en el estudio de los once numerales que regulan otros tantos casos de libertad provisional, no podrán olvidarse las premisas sentadas por el art. 38 de la ley (C. de P. P., art. 426), en cuanto a *captura y citación*. Veámoslas:

—El juez *deberá* librar orden escrita de captura, sinónimo de *encarcelación* (incisos 1º y 2º del art. 38 de la ley).

—El juez *citará* al sindicado, sinónimo de *excarcelación* (inciso 3º del art. 38 de la ley).

—El juez *podrá* expedir orden de captura, sinónimo de *excarcelación* (excepción al caso planteado en 4.2.17, porque si se decreta la detención preventiva, habrá de expedirse orden de captura. Hasta tanto no se presente alguna causal de excarcelación, el sindicado habrá de permanecer privado de la libertad).

Sin separarnos de estas premisas, trataremos de demostrar que los nums. 1º y 2º del art. 44 de la ley (C. de P. P., art. 453) son causales de excarcelación que se hallan implícitas en el art. 38 *ibídem*, y que por lo tanto no producen ningún efecto jurídico, tal como aparecen redactados. La misma observación cabe para los nums. 10 y 11, pero parcialmente. A este tipo de normas que se hallan implícitas en otras, las podemos denominar normas “estériles”, por cuanto no generan o no producen efectos distintos de los generados o producidos cuando se las relaciona con otras, que les otorgan existencia jurídica.

Entrando en materia tenemos que, salvo los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la excarcelación caucionada en los siguientes casos:

8.3.1. “*Cuando se proceda por delito distinto de los relacionados en los incisos 1º y 2º del artículo 426 del presente Código*”.

En otros términos, según este numeral, tendrán derecho a excarcelación todos los sindicados de delitos que no exigen captura forzosa “para efectos de indagatoria”,

⁷ Informe del exministro de Justicia, Dr. Bernardo Gaitán Mahecha, ante la Comisión Primera Constitucional del Senado, en la sesión extraordinaria del 1º de junio de 1983.

⁸ “Anales del Congreso”, núm. 22 cit., pág. 383.

y no lo tendrán, cuando se proceda por un delito para los cuales la orden de captura se hace obligatoria⁹.

En forma por demás antitécnica y repetitiva, el ord. 1° del art. 45 de la ley dispone que, salvo las causales generales de excarcelación, no habrá lugar a ella:

“1°. Cuando se adelante investigación por uno de los delitos que hacen obligatoria la orden de captura, conforme a lo dispuesto en los incisos 1° y 2° del artículo 426 de este Código...”.

Creemos que en nada hubiera variado la institución de la libertad provisional con la exclusión o eliminación de los primeros numerales de los arts. 44 y 45 de la ley (C. de P. P., arts. 453 y 467, respectivamente).

No hubiera variado porque lo que se pretendió regular en estos numerales está implícito en el art. 38 de la ley (C. de P. P., art. 426), al disponer que en los eventos en los cuales no se hace imperativa la orden de captura, se citará al sindicado y después de indagarle y conminarle, *será puesto en libertad*, debiéndosele resolver su situación jurídica dentro de los diez días siguientes. Si se ordenare su detención, “se otorgará la libertad provisional”, en el mismo auto^{9 bis}.

8.3.2. “Cuando se trate de persona drogadicta y lleve consigo droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y la cantidad corresponda a una dosis personal” (art. 38 del decreto 1188 de 1974).

En la anterior legislación (ley 17 de 1975, art. 7°) estas personas drogadictas se hacían acreedoras a la libertad provisional, de conformidad con lo estatuido en el num. 1°, que otorgaba este beneficio a los sindicados por infracciones *sancionadas con pena de arresto*; y el art. 38, inc. 2° del decr. 1188 de 1974, sanciona a estas personas con pena de arresto de un mes a dos años.

⁹ En el proyecto original, se estipulaba en el num. 1° del art. 38: “El juez ordenará la captura del sindicado para recibir indagatoria... cuando se proceda por delito que no admita libertad provisional...”; y el 45 señalaba los delitos por los cuales “no habrá lugar a la excarcelación”. En el Pliego de Modificaciones, el ponente, dr. PAREJO GONZÁLEZ, invirtió el contenido de estas dos disposiciones, indicando en el 38 (incisos 1° y 2°) la relación de los delitos para los cuales se hace obligatoria la orden escrita de captura para recibir indagatoria; y en el 45 simplemente se remite al primero para subrayar que este derecho no cabe en relación con delitos para los cuales la orden de captura es forzosa.

^{9 bis} Veamos un ejemplo: A equis persona se le sindicó de un hecho punible que no admite captura forzosa (por no estar reseñado por los incs. 1° y 2° del art. 38 de la ley, *verbi gratia*, estupro). Si por alguna circunstancia se encontrare privada de la libertad, a dicha persona le bastará con manifestarle al juez que, por hallarse sindicada de un delito que no admite captura forzosa, tiene derecho a que se le deje *inmediatamente* en libertad, sin tener que recurrir al num. 1° del art. 44.

Si no estuviere privada de la libertad y hubiese mérito para su detención preventiva, el juez estará obligado a otorgarle la libertad provisional, al momento de resolverle la situación jurídica. Tampoco tendrá que hacer uso del num. 1°.

El profesor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, en forma clara y precisa, se refiere a este caso: “... desde el comienzo mismo de toda instrucción penal ya el juez puede formarse un criterio claro al respecto, consistente en que si de acuerdo con la ley hubo de expedirse orden escrita de captura, dentro de ese proceso igualmente habrá de preferirse auto de privación de la libertad, si existiere mérito para ello, sin beneficio de excarcelación. Y viceversa: si no fue preciso ordenar por escrito la captura, sino la sola citación para indagatoria, habrá lugar a la libertad provisional...” (subrayado nuestro) (*De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 422).

Cabe a este numeral la observación que hiciéramos al anterior. Si el art. 38, inc. 2°, del decr. 1188 de 1974, no aparece reseñado en la lista que traen los incs. 1° y 2° del art. 38 de la ley, es porque contra los responsables de dicha conducta no existe el *deber* de librar orden escrita de captura, “para efectos de la indagatoria”, sino la simple citación de que tantas veces hemos hablado.

De ahí por qué consideremos que esta norma no se justifica, contrario a lo que piensa el dr. ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ, para quien “el motivo 2° de excarcelación tiene su justificación en la pena que apareja la sanción: arresto...”¹⁰.

No es porque la pena sea arresto, por lo que justifica la causal de excarcelación, sino por la ausencia de “tipificación” en los dos primeros incisos del art. 38 de la ley.

Si la afirmación del dr. ESCOBAR tuviera algún asidero, no aparecerían delitos sancionados con pena de arresto en los dos incisos primeros del art. 38 o 426 del C. de P. P. Tal es el caso de la sedición (C. P., art. 126), de la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado (241 *ibidem*) y de otras más^{10 bis}.

8.3.3. “3. Cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia” (C. P., art. 68).

Los “requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia”, por un período de prueba de dos a cinco años, son:

“1°. Que la pena impuesta, sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión.

“2°. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al Juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario” (C. P., art. 68).

Consideramos más afortunada la redacción del anterior ord. 5°, del art. 7° de la ley 17 de 1975, que señalaba un momento oportuno, en el cual podía solicitarse este beneficio: “llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario”.

Nos atreveríamos a afirmar que un 98% de los procesos que se tramitan en nuestros despachos judiciales se hacen acreedores a este beneficio. Tendría que tratarse de una conducta muy reprochable para que el funcionario se viera constreñido a negar la concesión de este subrogado.

No deja de ser riesgoso que los delincuentes potenciales se sientan tranquilos sabiendo que, según este numeral, recuperarían la libertad más rápidamente de lo que pudieran imaginarse.

¹⁰ En “*Texto y comentarios—Reforma judicial*”, Medellín, Ed. Lealón, febrero de 1984, pág. 205. En el mismo yerro incurre el profesor LONDOÑO JIMÉNEZ, quien, aludiendo al num. 2° del art. 44, expresa: “En la lógica sistematización de estas causales de excarcelación, al transcribir la anterior simplemente se recogió la misma que hoy existe, y cuya justificación es la de que solo está penada con arresgo...” (*De la captura...*, cit., pág. 422).

^{10 bis} No es cierto, por ello, que la prohibición de expedir orden escrita de captura “abarcaría no solo los delitos sancionados con pena de arresto...”, como lo predica el profesor LONDOÑO JIMÉNEZ (*De la captura...*, cit., pág. 413).

8.3.4. "4. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele.

"Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

"La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista". (C. P., art. 72).

Pueden obtener la libertad condicional, los condenados a pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permita suponer fundadamente su readaptación social (C. P., art. 72).

8.3.4. "5. Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreseimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código, o sentencia absoluta" (C. de P. P., arts. 491, 215 y 163).

El ord. 7º del art. 7º de la ley 17 de 1975, traía una redacción idéntica a este numeral, pero agregaba: "o cuando se dicte en primera o segunda instancias sobreseimiento temporal".

Estamos convencidos de que la ausencia de esta última parte en el numeral que comentamos, se debe más a olvido de transcripción que a planteamiento de fondo, por dos motivos: por una parte, no existe una razón lógica para negarles a las personas sindicadas acerca de las cuales se haya proferido sobreseimiento temporal, el derecho a disfrutar de excarcelación o libertad provisional; por otra, sabemos que el proyecto de ley presentado por el dr. Gaitán Mahecha, traía expresamente esta última parte, en el ord. 5º del art. 44¹¹.

En la ponencia para primer debate, el ponente presentó un pliego de modificaciones, en donde se mutilaba la disposición que se comenta, sin ninguna explicación¹².

Creemos que, en aras de una sana y justa política procedimental, los jueces no podrán negarse a conceder la libertad provisional en favor de quien hubiere sido cobijado por un sobreseimiento temporal, en primera o segunda instancias.

8.3.6. "6. Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio no fuere este declarado contraevidente por el juez superior dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

"Cuando el veredicto del segundo jurado sea absolutorio, se decretará la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del juicio" (C. de P. P., art. 565).

Este numeral, transcribió el ord. 8º del art. 7º de la ley 17 de 1975.

8.3.7. "7. Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario. Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean 3 o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean 3 o más los hechos punibles materia del proceso".

Se modificó la regulación anterior, rebajando los términos de 180 a 120 días, cuando hubiere un sindicado y de 270 a 180, cuando se tratase de 3 o más procesados, o 3 o más hechos punibles.

8.3.8. "8. Cuando el sindicado fuere mayor de dieciséis (16) años o menor de dieciocho, o cuando hubiere cumplido setenta años, siempre que su personalidad y la naturaleza y la modalidad del hecho punible hagan aconsejable su libertad".

El ord. 10 del art. 7º de la ley 17 de 1975, traía una redacción similar, pero entre las expresiones "mayor de 16 años" y "menor de 18 años", se encontraba la conjunción "Y", la que fue cambiada por la "O", en el numeral que estudiamos, lo que implica un cambio en la significación.

La conjunción "Y" que recibe el nombre de *copulativa* tiene como función el enlace o unión. La conjunción "O", llamada *disyuntiva*, expresa diferencia, separación o alternativa entre personas, cosas o ideas: unión que desune, según la Academia.

Cuando se dice que el sindicado fuere mayor de 16 y menor de 18 años, se está aludiendo a las personas que están cronológicamente entre estas dos edades; pero si en vez de la "Y", se usa la "O", se está indicando que el sindicado bien puede ser mayor de 16 años sin límites, o menor de 18, también sin límites. Por mayor de 16 años puede entenderse a quien tenga 20 o 25 años, y por menor de 18 a quien cuente 14 o 12 años.

Si se hiciera una interpretación exegética de esta norma, nos encontraríamos con que todos los sindicados tendrían derecho a excarcelación, "siempre que su personalidad y la naturaleza y la modalidad del hecho punible hagan aconsejable su libertad".

La situación anómala que acabamos de exponer, se debe a errores de transcripción, ya que en la ponencia para segundo debate, el dr. Enrique Parejo González manifestaba que "se contempló como causal de libertad provisional el que el sindicado tenga más de dieciséis años pero que sea menor de dieciocho años de edad..."¹³.

Es tan cierto lo anterior, que en los arts. 8º (beneficio de libertad provisional en el procedimiento policivo) y 21 (beneficio de excarcelación para los sindicados de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo) de la ley, se emplea correctamente la conjunción "Y".

¹¹ "Anales del Congreso", núm. 22, cit., pág. 377.

¹² Ibidem, núm. 23, mayo 4 de 1983, pág. 599.

¹³ Ibidem, núm. 45, junio 14 de 1983, pág. 751.

8.3.9. "9. Cuando la infracción se hubiera realizado en las circunstancias a que se refiere el artículo 30 del Código Penal".

El art. 30 del Código Penal, consagra el exceso en cualquiera de las causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de orden legítima, cumplimiento de un deber legal, legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o cargo público).

8.3.10. "10. En los delitos de hurto simple, estafa, fraude mediante cheque y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias del artículo 374 del Código Penal".

Con este numeral sucede algo muy simpático: no todos los sindicatos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza, requieren de la captura para "efectos de indagatoria"; solo habrá lugar a ella cuando "concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal" (art. 38, inc. 2°).

De tal manera que cuando estas circunstancias no concurran, no habrá "orden escrita de captura", sino simple citación. Y si no hay orden de captura, mal puede hablarse de excarcelación o de libertad provisional.

Lo que el presente numeral pretendió consagrar fue la excarcelación de aquellos sindicatos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza, cuando concurriera alguna de las circunstancias del art. 372 del Código Penal, siempre y cuando se "restituyere el objeto materia del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado", antes de dictarse sentencia de primera instancia (C. P., art. 374).

Este inconveniente fue subsanado por el ord. 2° del siguiente artículo (45) que reformó al 467 del C. de P. P., al disponer que salvo otras causales de excarcelación, no habrá lugar a ella:

"2°. Cuando en los delitos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal, a menos que se den las circunstancias del artículo 374 de dicho Código...".

Con una pequeña modificación al num. 10, se hubiese evitado el ord. 2°, que acabamos de transcribir, así: '10. En los delitos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza cuando concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal, a menos que se den las circunstancias del artículo 374 de dicho Código. También para el delito de estafa, cuando se den las últimas circunstancias'.

Tal como está redactado el num. 10, solo es aplicable al delito de estafa, porque es el único que no exige agravación para ordenar la captura del responsable.

La no percepción del hecho anómalo que hemos resaltado en este aparte, llevó al dr. Escobar López, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, a manifestar:

"No vemos, sin embargo, una razón clara para que se le ubique como prohibición (se refiere al ord. 2° del art. 45 de la ley), cuando precisamente el ordinal

(sic) 10 del artículo 44 la contemplaba, en semejantes circunstancias, como una causal de libertad provisional"¹⁴.

La razón es clara: faltó en el num. 10 hacer alusión a las circunstancias agravantes del art. 372 del Código Penal.

8.3.11. "11. En las eventualidades del inciso 1° del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, se hiciera antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

Siguen las incongruencias y contradicciones en la ley 2ª. Normas que nunca se van a aplicar, porque se está regulando sobre algo que no existe. Veamos:

De los sindicatos de *peculado* (por apropiación, por uso, por error ajeno, por aplicación oficial diferente, culposo, por extensión), solamente se hace acreedor a *captura* y encarcelamiento, "el empleado oficial que se *apropie* en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado... cuya custodia o administración se le haya confiado por razón de sus funciones..." (art. 133 del C. P., e inc. 1° del art. 426 del C. de P. P.).

De tal manera que este numeral, debió haber hecho alusión únicamente al *reintegro de lo apropiado*, y no repetir por repetir, o legislar por legislar, sin guardar las proporciones del sentido y la coordinación.

La redacción lógica del num. 11, ha debido ser:

"11. En el delito de *peculado por apropiación* (C. P., art. 133), cuando el reintegro de lo apropiado o su valor, se hiciera antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

Aun quedando así la norma, no escapa a reparos, por cuanto el art. 139 del C. P. consagra tres situaciones distintas:

1. Para el reintegro que se realiza "antes de iniciarse investigación" (disminución de la pena hasta en las tres cuartas partes).

2. Para el reintegro que se efectuare "antes de dictarse sentencia de segunda instancia" (disminución de la pena hasta en la mitad).

3. Para el reintegro que se efectuare parcialmente (disminución de la pena en una cuarta parte, excepcionalmente).

Nos preguntamos: ¿Por qué el num. 11, desechó el beneficio de excarcelación para el sindicato que reintegre lo apropiado antes de dictarse sentencia de segunda instancia, máxime cuando tal comportamiento tiene una disminución de pena hasta en la mitad? (C. P., art. 139, inc. 2°).

Como si lo anterior fuera poco, tenemos que, según el art. 139 del C. P. (inc. 1°), habrá derecho a la disminución de la pena si el reintegro de lo apropiado se realiza "antes de iniciarse la investigación"; pero para tener derecho a la excarcelación no interesa que lo haga después, aunque para tal conducta ya no haya disminución de pena.

¹⁴ "Textos y comentarios...", cit., pág. 11.

Resumiendo: si una persona sindicada de peculado en la modalidad del art. 133 del C. P., restituye lo apropiado antes de dictarse sentencia de primera instancia, no tendrá derecho a la disminución de la pena "hasta en las tres cuartas partes", pero sí lo tendrá al beneficio de excarcelación.

Ahora, si esa misma persona restituye lo apropiado antes de dictarse sentencia de segunda instancia, tendrá derecho a la disminución de la pena "hasta en la mitad", pero no lo tendrá para la excarcelación.

Así son nuestras reformas a la justicia. ¡Ripley no lo hubiera creído!

Después de reseñadas las once causales de excarcelación consagradas por el art. 44 de la ley, y haciendo un parangón con las que traía el art. 7° de la ley 17 de 1975, habrá quienes piensen que los delitos culposos se excluyeron del beneficio de libertad provisional, por cuanto no se hizo referencia expresa de ellos, como lo hacía el ord. 4° del art. 7° de la ley 17 de 1975. No hay tal. Los delitos culposos, por no haber quedado ninguno de ellos incluido en los incs. 1° y 2° del art. 38 de la ley, son de los que tan solo basta la simple citación "al sindicado para rendir indagatoria".

8.4. *Conminación y cauciones, obligaciones de las personas que han suscrito conminación o han sido excarceladas, justificación en el incumplimiento de las obligaciones, etc.*

En relación con el tema de la libertad provisional, la ley consagró otros artículos que no suscitan por el momento mayores controversias, por lo cual no serán objeto de mayor tratamiento en este comentario.

Estos artículos son:

El art. 46, que reformó el 459 del C. de P. C., consagra la *conminación* "para los delitos que no tengan sanción privativa de la libertad", redujo las *cauciones* a la *prendaria* (depósito de dinero, en cuantía de dos a cien meses de salario mínimo establecido para el lugar donde hubiera ocurrido el hecho punible) y la *juratoria* (cuando exista imposibilidad absoluta de constituir caución prendaria)^{14 bis}.

El art. 47, que reformó el 460 del C. de P. P., describe las obligaciones a que han de someterse las personas que han firmado diligencia de conminación o hayan sido excarceladas.

^{14 bis} El art. 46 de la ley ha sido objeto de agudas críticas, ya que la caución juratoria se concede "exclusivamente a quienes comprueben plenamente la imposibilidad absoluta de constituir caución prendaria". ¿Estaría en mente del legislador el invertir la carga de la prueba? *Lo dudamos*. Es indudable que el funcionario o juez instructor, desde el mismo instante en que el sindicado rinde indagatoria, a través de un diligente interrogatorio podrá apreciar la verdadera situación económica del mismo, que le permitirá excusar al imputado de la prueba que le pretende endilgar la disposición comentada.

A propósito de las cauciones, ha dicho el profesor LONDOÑO JIMÉNEZ: "Se trata, por lo visto, de una caución exagerada, con la cual se nivelaría en su mínimo a todos los que tengan derecho a la libertad provisional, lo que de por sí atenta contra todo principio de equidad. Es muy alta la suma, si se tiene en cuenta además que la mayoría de la población carcelaria se compone de gente pobre, de muy escasos recursos económicos y, precisamente, muchos de ellos se encuentran privados de su libertad, sindicados de delito contra el patrimonio económico. Piénsese en la fianza mínima de veinte mil pesos, cuando el solo delito contra la propiedad por el cual se excarcela, fue inferior o igual a dicha suma". (*De la captura...*, cit., pág. 431).

El art. 48, modificatorio del 464 del C. de P. P., consagra los casos en que el sindicado puede justificar el incumplimiento a las obligaciones impuestas, según el art. 460.

El art. 49, que derogó el 108 del C. de P. P., estipula la intervención del ministerio público en la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los sindicados o excarcelados, con facultades para interponer los correspondientes recursos.

En lo atinente a la "cuantía para las cauciones" que regulaba el art. 458; el "momento de la libertad bajo fianza" (en cuanto a la caución hipotecaria), del art. 462; la "limitación de fianzas personales", del art. 465 del C. de P. P., quedan derogados por los arts. 46, inc. 4°; 46, inc. 3°; 46, inc. 2° respectivamente.

8.5. *Prohibición de excarcelar*. Consagra el art. 45 de la ley (C. de P. P., art. 467) cuatro casos que, salvo las causales generales de excarcelación, no admiten libertad provisional.

Sobre el 1° y el 2°, ya hicimos alusión cuando estudiábamos los nums. 1° y 10 del art. 44 (causales de excarcelación), y decíamos que su razón de ser no podía explicarse sino a través de la deficiente técnica legislativa empleada en la redacción de la ley.

8.5.1. El tercero se ocupa de "los homicidios y lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y se compruebe, mediante dictamen de médico-perito que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir" (C. P., arts. 37, 329 y 340).

Conducir en "estado de embriaguez aguda" o sin tener la suficiente "idoneidad" para hacerlo, son conductas que encajan perfectamente en la noción de *culpa* que trae el art. 37 del Código Penal, siempre y cuando el hecho punible se hubiere realizado encontrándose el agente en tales circunstancias y el resultado hubiese sido producido o causado por las mismas.

La sola embriaguez e inidoneidad para conducir, no tipificables como hechos punibles por sí solos, a ningún título, llegan a serlo cuando bajo sus "efectos" se realice el hecho punible "por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Nada más ni nada menos fue lo que se consagró, con otras palabras, en la última parte del párrafo del art. 38 de la ley (C. de P. P., art. 426) al estipular que:

"Solo podrá ordenarse la captura, cuando exista prueba de que la persona, en los casos de *homicidio y lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito*, no concurrió a rendir diligencia (sic) de indagatoria, voluntariamente o por citación que haya hecho la autoridad competente... Y sea evidente que el imputado no actuó con culpa". Lo que, a contrario, significa que si el sindicado de homicidio o lesiones personales, acaecidas en accidente de tránsito, actuó con culpa, el juez deberá librar orden escrita de captura para efectos de la indagatoria.

¿Para qué se va a hacer expresa mención de la citación para indagatoria, en el supuesto de que el sindicado no hubiere actuado con culpa, si no es para indicar que en el supuesto contrario, es decir, cuando hubiese existido culpa, no cabe la

citación, sino la captura? Si dicho inciso no se interpreta de esta forma, hubiese sido suficiente eliminarlo y no se habrían presentado problemas, porque al no aparecer los arts. 340 del Código Penal (homicidio culposo) y 329 ibídem (lesiones culposas) reseñados en el inc. 1° del art. 38 de la ley, se debería entender que si no aparecían allí, era porque no exigían captura forzosa, sino simple citación para efectos de indagatoria.

De allí que la situación jurídica, en cuanto a *captura* o *citación*, del sindicado de *homicidio* o *lesiones personales* ejecutados en *accidente de tránsito*, cuando no se han causado dolosamente, es la siguiente:

—El juez citará al imputado, para efectos de indagatoria, cuando sea “evidente que no actuó con culpa”.

—El juez solo podrá ordenar la *captura* del inculpado, para efectos de indagatoria, cuando “sea evidente que no actuó con culpa” y no haya concurrido al juzgado a pesar de habersele citado.

—El juez deberá librar orden escrita de *captura* cuando el sindicado haya actuado con culpa.

Lo anterior para indicar que de no existir el ord. 3°, del art. 45 (C. de P. P., art. 567), no por ello los homicidios y lesiones personales cometidos en accidente de tránsito recibirían el tratamiento regulado por los arts. 329 y 340 del Código Penal, en concordancia con el 38 de la ley (incs. 1° y 2°), sino el establecido por el ord. 2° o último, del párrafo del art. 38.

Cabe señalar, además, que este inciso no solo es aplicable a los sindicatos de homicidio y lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito, causados por embriaguez aguda o por inidoneidad para conducir, sino también por “*negligencia, imprudencia, descuido. Impericia en el ejercicio de una profesión, arte u oficio. Violación de reglamentos, órdenes o disciplinas*”¹⁵.

Si la interpretación que le hemos dado al inciso en mención es correcta, se llega a la conclusión de que, a pesar de haberse hecho solamente alusión expresa a la embriaguez y a la inidoneidad como causales de no excarcelación en la comisión de los ilícitos (homicidio y lesiones personales) ocurridos en accidente de tránsito, también son ubicables en esta premisa otras causales, siempre que el hecho punible obedezca a falta de previsión del resultado previsible, o cuando, previéndose, se haya confiado en poder evitarlo.

De allí que consideremos errada la apreciación del dr. Gaitán Mahecha al sostener que “*los accidentes de tránsito, donde hay culpabilidad del autor, que no merecen excarcelación, son causados en estado de embriaguez o por impericia en la conducción. En los demás casos no se justifica mantener a la persona encarcelada...*”¹⁶.

Se quiso, es cierto, intimidar a los inculpados de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, cuando estos son “el producto de la irresponsabilidad originada en el estado de embriaguez o en la falta de idoneidad para conducir

¹⁵ SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Ed. Bedout, 1965, pág. 150.

¹⁶ “Anales del Congreso”, núm. 66, agosto 2 de 1983, pág. 1027.

automotores”¹⁷, pero también lo es el que tales conductas, aunque no explícitamente, quedaron reguladas por el inc. 2° o último, del párrafo del art. 38 de la ley¹⁸.

8.5.2. *El cuarto y último caso* contempla el hecho de que “Salvo lo previsto en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 453 de este Código, no habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos:...

”4°. Cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores a la petición de este beneficio.

”Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre 2 o más sindicaciones por delitos intencionales”.

¿Querrá decir lo anterior que si un sindicado se halla en las condiciones señaladas en dicha disposición y no puede acogerse a ninguna de las causales de libertad provisional que allí se enumeran (3 al 9), no podrá, de otra manera, disfrutar de dicho beneficio?

¿Qué significa eso de “salvo lo previsto en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 453 de este Código”, si sabemos que este artículo consagra once causales taxativas de excarcelación? ¿Será acaso que la prohibición de excarcelar se reduce, en últimas, a los restantes cuatro casos?

¿Qué se propuso el legislador al negar las posibilidades de excarcelación, tipificadas en los numerales 1, 2, 10 y 11?

Si nos ajustamos al texto de la ley, tendríamos entonces que el sindicado no podría lograr la excarcelación “cuando se proceda por delito distinto de los relacionados en los incisos 1° y 2° del artículo 426 del presente Código” (numeral 1). Lo que sería un absurdo, porque se le estaría permitiendo la excarcelación cuando se procediera por alguno de los delitos señalados en los incs. 1° y 2° del art. 426, y no por los demás.

Tampoco se le permitiría obtener la excarcelación “cuando se trate de persona drogadicta y lleve consigo droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y la cantidad corresponda a una dosis personal” (num. 2).

El mismo interrogante podría hacerse con respecto a los num. 10 y 11 que fueron excluidos expresamente por el art. 45. Veamos un ejemplo:

Un sindicado de hurto simple (o de estafa, o de fraude mediante cheque, o de abuso de confianza) fue condenado por delito doloso durante los cinco años anteriores. Según el art. 45, a este señor se le niega el derecho a la excarcelación, a no ser que lo adquiriera en virtud de una de las causales señaladas en los num. 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

¹⁷ GAITÁN MAHECHA, en Exposición de Motivos al proyecto de ley núm. 3 de 1983. “Anales del Congreso”, núm. 22 cit., págs. 374 y ss.

¹⁸ De allí que tampoco estemos de acuerdo con los planteamientos formulados por HÉCTOR GIRALDO GALVEZ en artículo publicado en el diario “El Espectador” de Bogotá, los días 23 y 24 de enero de 1984.

Pero resulta que el num. 10, permite la excarcelación en los delitos contra el patrimonio económico allí señalados "cuando se den las circunstancias del artículo 374 del Código Penal", es decir, si restituye el objeto materia del delito o su valor, e indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. Mientras tanto al sindicado de hurto simple, por el hecho de haber sido condenado anteriormente, se le coarta la posibilidad de obtener la libertad provisional, aunque restituya el objeto e indemnice al ofendido, pero sí la podría obtener por otra causal (nums. 3 a 9).

¿Será posible que el legislador haya tenido en mente negar el beneficio de excarcelación a un sindicado de delito que no exige captura forzosa o de persona drogadicta que lleve consigo estupefaciente para su consumo, o de quien hallándose sindicado de hurto simple, estafa, fraude mediante cheque o abuso de confianza, restituye el objeto e indemniza al ofendido, o del que comete peculado pero reintegra lo apropiado (num. 11), por el hecho de haber sido condenado por delito doloso o por registrar 2 o más sindicaciones por delitos intencionales durante los cinco años anteriores?

No lo creemos. Ello es explicable por la falta de técnica legislativa en la redacción de la ley. En efecto:

El art. 45 de la ley, pretendió regular cuatro casos en los cuales "no habrá lugar a la excarcelación", a menos que se dé alguno de los señalados en los nums. 3 a 9 del art. 453, pero no evidenció que estos numerales no pueden hacerse extensivos a los cuatro casos, sin incurrir en contradicciones, tal como pasamos a demostrarlo:

En lo que toca con los sindicados a que se refiere el primer caso (ord. 1° del art. 45), es evidente que no podrán alegar como causal de libertad provisional los nums. 1, 2 y 10 (para los sindicados de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza), porque se excluyen, pero sí los nums. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 (para los sindicados de estafa), y 11.

Los que tienen que ver con el segundo caso (ord. 2° del art. 45), no podrán fundamentar la libertad provisional en los nums. 1, 2, 6 y 11, pero la podrán obtener por alguno de los nums. 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10.

Los del tercer caso (ord. 3° del art. 45), no podrán sustentar la petición de excarcelación en los nums. 1, 2, 10 y 11, pero es posible que la logren a través de alguno de los nums. 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Por último, los del cuarto caso (ord. 4° del art. 45), podrán fundamentar su libertad provisional en los nums. 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 (según el art. 45), o en los nums. 1 (si se procede por delito *no* señalado en los incs. 1° y 2° del art. 426 del C. de P. P.), 2 (si se trata de drogadictos y dosis personal), 10 (para los sindicados de hurto simple, fraude mediante cheque, estafa y abuso de confianza que restituyeren el objeto o su valor e indemnizaran al perjudicado) y 11 (para los de peculado por apropiación, que reintegren lo apropiado), según lo creemos nosotros.

¿Qué sindicados que hayan sido condenados o registren 2 o más sindicaciones durante los cinco años anteriores *no* pueden, entonces, obtener la excarcelación con fundamento en los nums. 1, 2, 10 y 11 del art. 453 del C. de P. P.?

1. Cuando se proceda: por uno de los delitos relacionados en el inc. 1° del art. 426, con excepción de la estafa, cuando se den las circunstancias del art.

374 del Código Penal y el peculado por apropiación (art. 133), siempre y cuando se reintegre lo apropiado o su valor, antes de dictarse sentencia de primera instancia.

2. Cuando se proceda: por uno de los delitos relacionados en el inc. 2° del art. 426, mientras no se den las circunstancias del art. 374 del C. P.

3. Cuando se proceda: por homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito, y el imputado haya actuado con culpa (inc. 2° o último del párrafo del art. 38).

No sobra advertir que si bien estos sindicados no pueden obtener la libertad provisional de conformidad con los nums. 1, 2, 10 y 11 del art. 453 del C. de P. P., si la pueden lograr si se diere alguna de las causales restantes.

El art. 47 de la ley (460 del C. de P. P.), trae otra *prohibición de excarcelar*, a quien se le hubiese revocado la libertad provisional, por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a que alude el mismo artículo.

Añade esta disposición que "revocada la libertad provisional no tendrá derecho el procesado, por ningún motivo, a que se le conceda nuevamente este beneficio, excepto cuando se solicite con fundamento en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 453 del C. de P. P....".

Si nos detenemos un instante en estas cuatro causales, encontramos en ellas, una constante: todas exigen privación efectiva de la libertad, durante algún tiempo, para tener derecho a invocar alguna de ellas.

Quiso el legislador hacer más gravosa la posibilidad de obtener la libertad provisional al excarcelado que hubiere incumplido cualquiera de las obligaciones a que alude el art. 460 del C. de P. P. Permitirla por otras causales sería tanto como premiar la desobediencia del excarcelado.

Tampoco tendrán derecho a nueva excarcelación, quienes "sean sumariados por un delito doloso (que no exijan captura forzosa, agregamos nosotros), mientras estén gozando de excarcelación por otro de la misma naturaleza" (C. de P. P., art. 469).

8.6. *Revocación de la libertad.* En cuanto a la revocación de la excarcelación, sigue vigente el art. 470 del C. de P. P. Se exceptúa la oración: "En este caso, no podrá otorgársele nuevamente en el mismo asunto, salvo que después apareciere alguna de las situaciones previstas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 453", ya que la misma, con nueva redacción, aparece inserta en el art. 460 del C. de P. P.

En lo que respecta al procedimiento para conceder la excarcelación (C. de P. P., art. 455) y a los recursos (arts. 457 y 466 *ibidem*), siguen vigentes las respectivas normas del estatuto procedimental.

III

REFORMA AL PROCEDIMIENTO POLICIVO

9. COMPETENCIA

El art. 1° de la ley, que reformó el 38 del C. de P. P., otorga competencia a las autoridades de policía (alcaldes o inspectores de policía que hagan sus veces), para conocer:

a) De las contravenciones (¿de todas?)

b) De los delitos de lesiones personales, en los que el daño consistiere en la sola incapacidad para trabajar que no exceda de treinta días, y

c) De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)¹⁹.

Las providencias que dicten las autoridades de policía, tendrán *segunda instancia*, así:

En los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía exceda de diez mil pesos (\$ 10.000.00), los *juzgados penales municipales*.

En las contravenciones, lesiones personales y delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de diez mil pesos (\$ 10.000.00), los *gobernadores de departamento ... los intendentes y comisarios*, y el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, según el caso (art. 3°).

Este novedoso sistema procesal convierte a las autoridades de policía en las únicas cuyos procesos son revisados, en segunda instancia, por dos autoridades distintas.

El art. 2°, estipula que “a los condenados por los delitos contra el patrimonio económico y las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971, de que conocen las autoridades de policía, se impondrán las sanciones establecidas en la respectiva disposición legal...”.

Es esta otra de las que hemos denominado normas “estériles”, que no producen ningún efecto jurídico, inocuas, vacías de contenido jurídico.

“Este artículo es una de las normas más inútiles que podamos encontrar en una ley... con una falta de técnica elemental en el empleo de los términos. No se habla de autor responsable, al cual le corresponde la pena que se impone cuando se concluye el juicio; simplemente con la sentencia ejecutoriada adquiere el carácter de condenado. Allí se dice que «al condenado se le aplicará la pena...», cuando todos sabemos que el condenado cumple la pena, sin que se le apliquen otras”²⁰.

La explicación de este artículo hay que buscarla, recurriendo al proyecto original. Se pretendió copiar de este proyecto el art. 2°, que era explicable respecto al primero, pero resulta que el señor ponente varió totalmente el contenido del art. 1°, y no adaptó el segundo a dicha reforma; de allí las incongruencias del mismo.

En el proyecto se consagraban, en el art. 1°, algunos delitos como contravenciones especiales de policía, y en el segundo se sancionaban estas contravenciones (incluyendo los arts. 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971), con medidas correctivas “de uno (1) a seis (6) años”.

¹⁹ En virtud del art. 10, inc. 2° de la ley, dentro de seis años la cuantía apenas se habrá doblado, lo que la hará exigua al ritmo que se devaluía la moneda.

²⁰ En artículo publicado en el diario “El Espectador” de Bogotá, el 4 de febrero de 1984. También intervención del dr. ESTRADA VÉLEZ en la sesión extraordinaria del Senado, el 15 de junio de 1983. “Anales del Congreso”, núm. 55, julio 11 de 1983, pág. 878.

10. PROCEDIMIENTO

Se anota en el art. 4°, que “la investigación de los hechos punibles de que trata el presente capítulo, se adelantará de *oficio* o por *denuncia*...”.

¿Qué sucedió con la *querella*? Algunos de los delitos contra el patrimonio económico que son de competencia de las autoridades de policía exigen para la iniciación de la investigación *querella* de parte, como son los de usurpación de tierras, usurpación de aguas, invasión de tierras o edificios, perturbación de la posesión sobre inmueble (C. P., arts. 365 a 368), hurto entre condueños (353 *ibidem*); y algunas contravenciones, como la violación de la intimidad (arts. 46 a 49 del decreto 522 de 1971), la apropiación de cosas extraviadas, la apropiación de tesoro y el abuso de error ajeno (art. 58 *ibidem*).

¿Qué sucede con estos delitos y contravenciones, si solo es posible iniciar la investigación *oficiosamente* o por denuncia? No olvidemos que la *querella* no es, como la denuncia, un deber, sino un derecho del sujeto pasivo de la infracción. Es, sustancialmente, una solicitud para que el delito se investigue y se impongan las sanciones correspondientes. La denuncia, en cambio, es el aviso que se da a la autoridad sobre la comisión de un delito, pero sin solicitud ninguna. Aunque sustancialmente no existe diferencia entre denuncia y *querella*, sí la hay en cuanto al término de presentación: en la denuncia es de treinta días (C. de P. P., art. 12) y para la *querella* es de seis meses (324 *ibidem*)²¹.

¿Podrá cualquier persona “denunciar” alguno de los hechos punibles, que exigen “*querella de parte*”, en los procesos de competencia de las autoridades de policía, ante la no inclusión de esta en el art. 4°? Si esto fuere permisible, habrá nulidad del proceso, desde su iniciación²².

En este art. 4° se habla de un *procedimiento “breve y sumario”*, y se establecen pautas por seguir que chocan con la estipulación hecha en el art. 8°, al afirmar que “en los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento la *captura* y *detención* se rigen por las normas del Código de Procedimiento Penal” (inc. 1°).

En cuanto a la *captura*, no encontramos objeción en aplicar los arts. 426, 427, 430 y 433 del C. de P. P., que fueron reformados por los arts. 38, 39, 40 y 41 de la ley, respectivamente, y demás artículos que el estatuto procedimental consagra al respecto.

Con respecto a la *detención* la situación se complica, porque el art. 4° no alude, ni implícita ni explícitamente, a detención alguna. ¿En qué momento y a cuáles sindicados se les resuelve la situación jurídica?

El art. 4°, dice que “iniciada la actuación” (no dice cómo), se hace comparecer al sindicado, asistido de apoderado, en forma inmediata (?), si hubiere sido capturado, para recibirle indagatoria”.

²¹ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Procedimiento penal*, Bogotá, Ed. A B C, págs. 94 y 95.

²² *Ibidem*, pág. 48.

¿Qué sucede posteriormente?

Según el Código de Procedimiento Penal (al cual remite el art. 4º de la ley), habrá que distinguir dos casos:

1. Si se procede por hecho punible que exige *captura* forzosa (arts. 8º de la ley y 426, inc. 1º del C. de P. P.), “la situación del aprehendido deberá definirse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, decretando la detención preventiva... u ordenando su libertad inmediata...” (C. de P. P., art. 437).

2. Si se procede por hecho punible, que no exige *captura* forzosa, sino *citación*, “el funcionario resolverá obligatoriamente, cuando se proceda por delito que tenga pena privativa de la libertad, la situación jurídica del sindicado dentro de los diez (10) días siguientes, ordenando o no su detención. En el mismo auto se otorgará la libertad” (art. 426, inc. 3º).

Según el art. 4º (de la ley), una vez indagado “el funcionario concederá un término de tres (3) días hábiles para que el sindicado o su apoderado soliciten las pruebas que se consideren necesarias. En el mismo lapso el funcionario ordenará las pruebas solicitadas que sean procedentes y las que estime pertinentes.

“Vencido el término anterior, el funcionario dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes practicará las pruebas que se hayan ordenado...”.

¿Qué sucede cuando se procede por delito que no admita *captura* forzosa? ¿Acaso no habrá que ordenar la libertad del sindicado apenas rinda indagatoria, tal como lo dispone el C. de P. P.?

Son evidentes los problemas que se suscitan al pretender compaginar las normas procedimentales fijadas para las autoridades de policía con las que consagra el C. de P. P.

Nos atrevemos, otorgando prelación al sagrado principio de la favorabilidad, a sugerir un posible procedimiento que compagine estas disposiciones.

Primero que todo, creemos que a los procesados por las autoridades de policía, *debe* resolverseles su situación jurídica. Oído el sindicado en indagatoria, deberá otorgársele de inmediato la libertad cuando se proceda por hecho punible que no demande *captura* forzosa; de allí en adelante se continuará con el procedimiento que fija el art. 4º y siguientes de la ley.

Cuando se proceda por hecho punible que exija *captura* forzosa, se escuchará al sindicado en indagatoria y se le resolverá su situación jurídica de conformidad con el art. 437 del C. de P. P., es decir, “a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, decretando la detención preventiva... u ordenando su libertad inmediata...”. Decrétese o no la detención preventiva, habrá de continuarse con el procedimiento que fija el art. 4º; a partir de ese momento, el sindicado o su apoderado tendrán tres días hábiles para solicitar pruebas, lapso en el cual se ordenará la práctica de las mismas dentro de los ocho días siguientes.

11. LIBERTAD PROVISIONAL

Estipula el art. 8º de la ley, que en el procedimiento policivo, “no habrá lugar a la excarcelación cuando se trate de hurto calificado o agravado, extorsión,

estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño o de las contravenciones previstas en los artículos 32 y 53 del decreto 522 de 1971”²³.

Sin embargo —agrega la disposición—, “el procesado tendrá derecho a libertad provisional cuando se dé una cualquiera de las siguientes circunstancias...”.

El num. 1º está redactado en los mismos términos que el 4º del art. 453 del C. de P. P. (44 de la ley)²⁴.

Se habla en este primer numeral de “detención preventiva”, lo que confirma nuestro planteamiento en cuanto a la necesidad de resolver la situación jurídica del sindicado en los procesos de competencia de las autoridades de policía.

También se habla impropia de “habida consideración de la calificación que debería dársele”, cuando es sabido que en el procedimiento policivo no existe la etapa del juicio, como que sumario y juicio se refunden en una sola.

El num. 2º, corresponde al 5º del art. 453 del C. de P. P., exceptuando el sobreseimiento definitivo²⁵.

El 3º reza: “Cuando vencido el término de cuarenta y cinco (45) días de privación efectiva de libertad del procesado, no se haya dictado sentencia. Este término se ampliará a noventa (90) días cuando sean 3 o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean 3 o más los hechos punibles materia del sumario”.

Nótese el incorrecto uso del término *sumario*.

El num. 4º equivale al 8º del art. 453 del C. de P. P., pero emplea la conjunción copulativa “Y”, en vez de la “O”, como se hizo erróneamente en el C. de P. P.²⁶.

El num. 5º tiene la misma redacción que el 9º del art. 453 del estatuto procedimental.

“*Parágrafo*. En los casos de hurto simple, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño, habrá lugar a la excarcelación en los casos previstos en los numerales 1 a 5 del presente artículo y además cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 374 del Código Penal”.

Obsérvese que, mientras en el primer inciso del art. 8º, no se hace alusión al *hurto simple* como delito que no admite excarcelación, en forma por demás impropia, se dice que los sindicados de hurto simple tendrán derecho a la excarcelación si restituyeren el objeto materia del delito o su valor, e indemnizaren los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. Se está condicionando la libertad de los sindicados de un delito que no exige *captura* forzosa.

²³ Indica esta disposición que para estos ilícitos contra el patrimonio económico, existe el *deber* de expedir orden escrita de *captura* para efectos de indagatoria, lo que resta validez al planteamiento del dr. Escobar López, para quien debe *citarse* para indagatoria a los sindicados de “hurto simple (art. 349) y demás ilícitos contra el patrimonio económico que sean de su competencia. En las restantes infracciones se librará orden de *captura* para el cumplimiento de la diligencia y desarrollo del proceso”. ¿Cuáles son las restantes? Nos preguntamos si no excluyeron los delitos contra el patrimonio económico, que exigen *captura*. (“Texto y comentarios...”, cit., pág. 94).

²⁴ *Vide supra*, núm. 8. 3. 4.

²⁵ *Vide supra*, núm. 8, 3, 5.

²⁶ *Vide supra*, núm. 8, 3, 8.

Creemos que debe hacerse caso omiso de la referencia que trae el párrafo sobre el hurto simple.

Tampoco había necesidad de anunciar en el mismo párrafo que dichos delitos admiten la excarcelación "en los casos previstos en los numerales 1 a 5", por cuanto es algo que se sobreentiende.

De la lectura del art. 8º se concluye que los sindicatos de lesiones, cuya competencia corresponde a las autoridades de policía, no requieren de captura para efectos de indagatoria. Creemos que en los casos de lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito, deberá el funcionario de policía expedir orden escrita de captura contra los sindicatos que hayan actuado con culpa, tal como lo dejamos planteado en otro aparte de este trabajo²⁷.

12. PRESCRIPCIÓN

El art. 9º de la ley, está redactado en los siguientes términos:

"Las acciones de que trata el presente capítulo prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho. La pena prescribirá conforme a los términos establecidos en el Código Penal.

"Tratándose de contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley, la acción penal prescribirá en un año y la sanción en dos".

Con este artículo sucede algo singular. Alude a "contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley". ¿Cuáles son esas contravenciones que no se consagran en esta ley?

El num. 1º del art. 1º, estipula que las autoridades de policía conocen de "lo de las contravenciones...".

Está claro que el legislador no hizo referencia al tipo de contravenciones que irían a tramitarse por el nuevo procedimiento. Serán todas las consagradas en los decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971? Si la respuesta es afirmativa, ¿cuáles son entonces las que no aparecen mencionadas por la ley?

En el proyecto presentado ante el Senado por el dr. Gaitán Mahecha, se tipificaba en el art. 1º, como contravención especial de policía, "el apoderarse de una cosa mueble ajena cuyo valor fuere inferior a trescientos mil (\$ 300.000.00) pesos, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, en las siguientes circunstancias:...". Se enumeran seguidamente seis circunstancias, tomadas de los arts. 350 y 351 del Código Penal, para agravar dicha contravención especial de policía.

De tal manera que únicamente se estaba aludiendo a una sola contravención, y para ella se estaba regulando un procedimiento que el señor ponente extendió a todas las contravenciones y a otros delitos, según la nueva redacción que le dio al art. 1º.

²⁷ Vide supra, núm. 8. 5. 1.

¿Qué implica esta situación? Que así como se modificó el art. 1º, debió haberse reformado el 9º, que había sido originalmente redactado en concordancia con el original, art. 1º.

¿A dónde nos conduce este hecho? Al surgimiento de dos hipótesis interpretativas que permitan conciliar el art. 1º, num. 1, con el 9º:

1. O se elimina el segundo inc. del art. 9º, o

2. Se reforma el art. 1º, num. 1º, enfatizando que dicha competencia se reduce a las contravenciones 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971.

Pero mientras se reforma o se hacen los ajustes necesarios (que han de ser muchos) a la ley, ¿cuál de estos dos supuestos ha de primar interpretativamente? Creemos que el segundo. Las razones:

1. Estas contravenciones pertenecen a las llamadas especiales, y su conocimiento en primera instancia fue fijado por el art. 7º del decreto 522 de 1971, a los alcaldes e inspectores de policía que hagan su veces, y en segunda instancia a los gobernadores de departamento. Lo anterior, fue lo que se consagró nuevamente en el art. 3º de la ley.

2. Al lado de las contravenciones especiales se hallan las comunes, que consagran los arts. 201 a 218 del decreto 1355 de 1970, llamadas así por la menor gravedad que representan para la sociedad y de ellas conocen los comandantes de estación y de subestación (decreto 1355 de 1970, arts. 201, 202, 203, 206 a 208), los oficiales, suboficiales y agentes (art. 209 *ibidem*) y también los alcaldes o quienes hagan sus veces. Estas contravenciones se tramitan por el procedimiento establecido en los arts. 219 a 230 del decreto 1355 de 1970, como lo dispone el 108 del decreto 522 de 1971.

3. Sería dispendioso tramitar contravenciones de evidente simplicidad, por un procedimiento típico de contravenciones que revisten importancia y mayor gravedad, como son las enumeradas en el art. 2º de la ley.

De tal manera que es a estas contravenciones a las que se dirige el art. 9º, en su inciso 1º.

Si no es equivocada la interpretación que hemos dado a estos artículos, tendremos tres procedimientos distintos para las contravenciones:

1. Procedimiento consagrado por el capítulo 1º de la ley 2ª de 1984, para las descritas y sancionadas en los arts. 32, 34, 53, 55, 56 del decreto 522 de 1971^{27 bis}.

2. Procedimiento para las descritas y sancionadas en los arts. 53 a 59, con excepción de las anteriores, estipulado en los arts. 71 a 107 del decreto 522 de 1971.

3. Procedimiento para las descritas en los arts. 219 a 230 del decreto 1355 de 1970, y que se tramitan por el establecido en los arts. 219 a 230, según lo ordena el 108 del decreto 522 de 1971.

¿Podrá aplicarse el término prescriptivo consagrado en el art. 9º a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la ley? A pesar de que el art. 10 pretende frenar la aplicación retroactiva de la ley, creemos que sí.

^{27 bis} No es cierto, como lo pregona el dr. LEONEL CALDERÓN CADAVID, que el procedimiento señalado por el capítulo 1 de la ley "se destina solamente a las contravenciones especiales definidas en el decreto 522 de 1971, arts. 13 a 59...". ("Texto y comentarios...", cit., pág. 121).

Que sea el ilustre profesor J. HÉCTOR JIMÉNEZ quien, nos confirme este aserto:

“...En materia de *competencia* y de *mera sustanciación* y *ritualidad* del proceso es imposible hablar de derechos adquiridos, de la ley más benéfica o invocar en el tránsito de legislaciones el principio de favorabilidad. En cambio, frente a un segundo grupo de normas, o sea las que contemplan otras «materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable», según el elocuentísimo mandato del estatuto procesal, que mantiene el imperio ultractivo de la ley abolida para las hipótesis en que las nuevas disposiciones resultan restrictivas o desfavorables, siempre que el hecho, es obvio, haya ocurrido en la vigencia de la ley anterior”²⁸.

Ahora bien: ¿Cómo se aplica la prescripción de la acción a los tres grupos en que hemos clasificado las contravenciones, atendiendo al procedimiento mediante el cual se tramita cada una de ellas?

El término de dos años de que habla el art. 9º de la ley, es aplicable solamente a las contravenciones reseñadas en el primer grupo. El de un año, a las indicadas en los grupos segundo y tercero. No sobra agregar que el art. 115 del C. P. de 1936, que rigió hasta el año 1981, regulaba la prescripción de la acción penal en “tratándose de contravenciones... en un (1) año”. A partir de la vigencia del decreto 100 de 1980 (Código Penal vigente), las contravenciones quedaron sin regular, en cuanto al término prescriptivo de la acción, porque el dr. ESTRADA VÉLEZ, en la sesión del 29 de marzo de 1979, propuso a la Comisión redactora que la prescripción en las contravenciones “no debe ser tenida en cuenta por tratar este Código solamente de los delitos”²⁹.

Después de cuatro años, la ley 2ª regula de nuevo lo concerniente a la prescripción de la acción penal en las contravenciones.

El Código Penal, en su art. 80, fija el término de prescripción de la acción, en los hechos punibles de conocimiento de los jueces penales, “en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley”, sin que pueda ser inferior a cinco años.

Aplicando el art. 9º de la ley a las infracciones de conocimiento de las autoridades de policía, tenemos:

a) CONTRAVENCIONES: Arts. 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971:

Art. 32. “El que sin permiso de autoridad competente suprima o modifique los números de identificación de motor, carrocería, bastidor o ‘chasis’ de vehículo-automotor o los de la placa de su matrícula, o use placa distinta de la autorizada,

incurrirá en arresto de seis (6) a veinticuatro (24) meses”. (*Término de prescripción de la acción = dos [2] años*).

Art. 34. “El que en ejercicio de función pública autorice la matrícula de vehículo automotor nacionalizado o el registro del traspaso de su propiedad, cuando el peticionario no presente los documentos prescritos por la ley o reglamento, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año”. (*Término de prescripción de la acción penal = dos [2] años*).

Art. 53. “El que tenga en su poder cosa mueble que haya sido objeto de una infracción penal y no dé explicación satisfactoria de su tenencia legítima, incurrirá en arresto de tres (3) meses a un (1) año...”. (*Término de prescripción de la acción penal = dos [2] años*).

Art. 55. “El que tenga llave falsa o deformada, ganzúa o cualquier otro instrumento apto para descerrajar o abrir puerta o ventana o para quebrantar otro medio de protección de la propiedad, y no dé explicación satisfactoria sobre su tenencia o destino legítimo, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses.

”La sanción se aumentará hasta en otro tanto, si el agente hubiere sido condenado dentro de los cinco (5) años anteriores por delito contra la propiedad”. (*Término de prescripción de la acción penal = dos [2] años*).

Art. 56. “El que sea sorprendido dentro de habitación ajena, depósito, granero, caballeriza o cualquier otro lugar destinado a la guarda o custodia de animales u otros bienes, o dentro de tienda o almacén que no estén abiertos al público, y no justifique su presencia en tales lugares, incurrirá en arresto de seis (6) a doce (12) meses, si el hecho no constituye delito de violación de domicilio.

”La sanción se aumentará hasta en otro tanto, si el agente hubiere sido condenado dentro de los cinco (5) años anteriores por delito contra la propiedad”. (*Término de prescripción de la acción penal = dos [2] años*).

La acción penal en las demás contravenciones (grupos segundo y tercero), prescribe en un (1) año.

b) LESIONES PERSONALES, cuya incapacidad para trabajar no exceda de treinta (30) días. *Pena*: seis (6) meses a dos (2) años de arresto. (*Término de prescripción de la acción penal = dos [2] años*).

c) DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO, cuya cuantía no exceda de treinta mil (\$ 30.000.00) pesos.

HURTO SIMPLE. *Pena*: Prisión hasta seis (6) años.

HURTO CALIFICADO. *Pena*: Prisión hasta ocho (8) años.

HURTO AGRAVADO. *Pena*: Prisión hasta doce (12) años.

EXTORSIÓN. *Pena*: Prisión hasta diez (10) años.

ESTAFA. *Pena*: Prisión hasta diez (10) años.

FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. *Pena*: Prisión hasta cuatro años y medio.

²⁸ “Texto y comentarios...”, cit., pág. 77.

²⁹ “Actas del nuevo Código Penal colombiano”, vol. 1, Bogotá, Colección Pequeño Foro, pág. 599. El dr. CALDERÓN CADAVID considera que si bien no existía regulación para las contravenciones, “...en vigencia el nuevo Código Penal hubo de concluirse que la prescripción de las contravenciones se regía por las disposiciones de los arts. 79 a 90 supuesto que el régimen allí establecido no pugnaba, en esencia, con la naturaleza y fines de las infracciones asignadas al conocimiento de la policía”. (“Texto y comentarios...”, cit., pág. 125).

ABUSO DE CONFIANZA. *Pena*: Prisión hasta cinco (5) años. (*Término de prescripción de la acción penal para estos ilícitos = dos [2] años*).

Si la cuantía *excediere* de treinta mil pesos, la acción penal no prescribiría en dos años, sino “en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley” (6, 8, 12, 10, 10, 5 y 5 años, respectivamente, para los delitos señalados más arriba).

Lo anterior, llevó a decir al dr. ESTRADA VÉLEZ en la plenaria del Senado de la República:

“Yo no me explico por qué el art. 9º crea una prescripción extraordinaria de muy corto término, porque dice que las acciones de que trata el presente capítulo prescriben en el término de dos años, y el término prescriptivo señalado en el Código es muy extenso, si se va a tratar de combatir la criminalidad, pues es lógico que no se pueda crear una prescripción tan extraordinariamente corta para delitos tan graves, así la cuantía sea de treinta mil pesos...”³⁰.

Es patente la falta de técnica imperante en esta ley, pues sin ningún método se regula la prescripción de la acción penal de infracciones que acarrear penas muy dispares: contravenciones con pena máxima de seis (6) o doce (12) meses, de arresto, con hechos punibles hasta de doce (12) años de prisión. Y para todos ellos el mismo término prescriptivo: dos (2) años.

13. UPAQUIZACIÓN DE LA CUANTÍA EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

La ley señaló a las autoridades de policía competencia para conocer de delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no *excediere* de treinta mil pesos.

El art. 10, inc. 2º, ordena el aumento de esta cuantía “en un 20% desde el 1º de enero de 1985 y se seguirá ajustando automáticamente cada dos años en el mismo porcentaje y en la misma fecha”³¹.

El exministro de Justicia, dr. Bernardo Gaitán Mahecha, manifestaba en la Comisión Primera del Senado:

“...con el instrumento de la upaquización que se introduce por vez primera en la historia legislativa, se permitirá que esa cuantía vaya ascendiendo con el paso de los años, sin peligro de que esa cuantía no quede extremadamente disminuída por la devaluación... al fijar estas cuantías y el mecanismo de upaquización del 40% como propuso el gobierno y el 20% como ahora propone el ponente, se va a asegurar que en el futuro este tema no va a haber que traerlo al Congreso periódicamente, cada vez que las cuantías resulten disminuídas... vamos a mantener para el futuro una constante permanente de cantidades adecuadas para el conocimiento de los Tribunales...”³².

³⁰ “Anales del Congreso”, núm. 55, cit., pág. 880.

³¹ El proyecto original, otorgaba competencia a las autoridades de policía, para conocer del apoderamiento de cosa mueble ajena cuyo valor no fuere igual o *excediere* de \$ 300.000.00 pesos. Cuantía que se aumentaría en un 40% desde el 1º de enero de 1985 y cada dos años en el mismo porcentaje y en la misma fecha (art. 90).

³² “Anales del Congreso”, núm. 58, julio 19 de 1983, pág. 923.

Lástima grande que la sana intención del exministro no pueda llevarse a cabo, ya que dentro de pocos años este tema habrá de ser llevado nuevamente al Congreso. Veamos: la cuantía en los próximos años, se fijará para los procesos de conocimiento de las autoridades de policía, así:

A partir del 1º de enero de 1985: \$ 36.000.00

A partir del 1º de enero de 1987: \$ 43.200.00

A partir del 1º de enero de 1989: \$ 51.840.00

A partir del 1º de enero de 1991: \$ 72.210.00

Es decir, dentro de siete años la cuantía apenas se habrá doblado. En el año de 1991, la suma de \$ 72.210.00, será una cuantía exigua.

Mientras que en los últimos siete años (la ley 22 de 1977 señaló como cuantía \$ 3.000.00) la cuantía se elevó diez veces más (de \$ 3.000.00 a \$ 30.000.00), en los próximos siete años tan solo se habrá elevado 2,4 veces (de \$ 30.000.00 a \$ 72.210.00).

Si se conservara la proporción de los últimos siete años, la cuantía sería en el año de 1991, de \$ 300.000.00.

La misma observación cabe al art. 58 de la ley, que señaló la competencia de los jueces municipales en los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía exceda de \$ 30.000.00, sin pasar de \$ 300.000.00.

14. ¿CONOCEN LAS AUTORIDADES DE POLICÍA DEL DELITO DE EXTORSIÓN?

El art. 8º de la ley, al señalar los delitos que no permiten la excarcelación, alude expresamente a la *extorsión*. Sin embargo, el art. 12 de la ley, al fijar la competencia de los jueces especializados, menciona el delito de *extorsión*, sin hacerle la correspondiente delimitación cuantitativa.

El hecho de haberse señalado una cuantía a partir de la cual se fije la competencia de estos jueces especializados, no está indicando que la ley les haya otorgado competencia “abierta” para investigar y juzgar el citado hecho punible, sin atender a parámetros cuantitativos.

Creemos que el delito de *extorsión* condiciona su investigación y juzgamiento a los lineamientos generales de competencia, fijados por el Código de Procedimiento Penal para los delitos atentatorios del patrimonio económico, así:

Autoridades de policía, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00). (Art. 38 del C. de P. P.).

Jueces penales o promiscuos municipales, desde treinta mil pesos (\$ 30.000.00), sin exceder de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00). (Art. 37, *ibidem*), y

Jueces especializados, más de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

Razones:

Si el art. 8º de la ley alude al delito de *extorsión* como de los que no permiten el beneficio de excarcelación en los procesos de su competencia (autoridades de policía), es porque estas son plenamente “competentes” para conocer de él.

Si en algún momento se justifica que a los condenados por el delito de extorsión se les niegue el *derecho a la condena de ejecución condicional* (art. 38 de la ley) atendiendo a criterios de política criminal y a la alarma social que se produce cuando existen gruesas sumas de dinero de por medio y de las cuales se pretende obtener un provecho ilícito, cuando las cantidades son mínimas no es dable dicho tratamiento.

Ante la duda que surge de la interpretación de algunas normas de la ley, es lógico y justo que se dé un tratamiento diferencial a aquellos sindicados que no despiertan mayor alarma social, como aplicación del principio *in dubio pro reo*³³.

IV

TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL RESPECTO DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO. (ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS)

15. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

“...Antes de buscar la reducción de la delincuencia con penas cada vez más severas y con procedimientos cada vez más breves y sumarios, es más urgente y más racional corregir los profundos desequilibrios existentes en nuestra sociedad...”.

“...Ante la evidencia de que en la delincuencia operan causas de carácter social y económicas, no podemos menos de plantearnos una vez más la necesidad de que tan grave fenómeno de disgregación social sea combatido precisamente en sus factores objetivos, que son... la pobreza, el hambre, el medio ambiente físico y moral, etc. Estos factores, que inciden sobre todo en los delitos contra la propiedad (...) son de carácter estructural en nuestra sociedad, junto con el desempleo, el analfabetismo y el bajo nivel educativo y cultural... una población desnutrida y, por ende, con un desarrollo síquico subnormal, es fácil presa de la delincuencia, especialmente si a ello se agregan un medio ambiente físico y moral precarios, escasa educación y pocas o nulas posibilidades de empleo. En tales condiciones *es absolutamente imposible que se fortalezcan los resortes que impulsan a todo ser humano a la solidaridad con sus semejantes, a la convivencia y al respeto al derecho ajeno...*”³⁴. (Subrayado nuestro).

Llevando a datos concretos la situación angustiosa planteada por el ponente en los párrafos anteriores, siguiendo los datos estadísticos que trae la Revista *Criminalidad*, publicación de la Policía Nacional de Colombia, tenemos que en el año de 1976 fueron aprehendidas en nuestro país un total de 101.528 personas, sindicadas de distintos delitos.

De las anteriores, 49.723 lo eran por delitos *contra el patrimonio económico*, o sea el 48%.

³³ El dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, manifiesta que “así se trate de cuantía insignificante, verbigracia, de quinientos o mil pesos corresponderá a los jueces especializados”. (“Texto y comentarios...” cit., págs. 67 y 68). Por su parte, el dr. ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ alude al tema sin tomar partido al respecto. (Ibidem, págs. 114, 115 y 117).

³⁴ ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ (en ponencia para segundo debate), “Anales del Congreso”, núm. 45 cit., pág. 749.

De las personas aprehendidas, 91.634 (90.2%) eran analfabetas o solo habían hecho algunos años de primaria; 9.469 (9.3%) tenían educación secundaria y 425 (0.4%), superior o universitaria.

De dichas personas, 25.142 (24.7%) carecían de ocupación; 15.558 (15.3%) eran agricultores; 9.009 (8.87%) obreros; 8.671 (8.54%), choferes; 6.980 (6.88%), jornaleros. Es decir, personas que escasamente ganan el salario mínimo.

En el mismo año se registraron 209.120 delitos, de los cuales 121.777 correspondieron a hechos punibles contra el patrimonio económico, para una sustracción o apoderamiento de 2.110.972.173 pesos; lo que, promediando, nos da un total de 18.000 pesos por delito.

A pesar de lo anterior, el señor exministro de justicia, dr. Gaitán Mahecha, en su proyecto de ley propuso que las personas acusadas de haberse apoderado “de una cosa mueble ajena cuyo valor fuere inferior a 300.000 pesos...” fueran consideradas como “delincuentes habituales”, que no tendrían derecho al beneficio de excarcelación por ningún motivo y el auto de detención era inapelable (art. 4º). Con esto, el dr. Gaitán pretendía *recobrar la tranquilidad pública y la confianza en la justicia y en las instituciones que constituyen el Estado de derecho*³⁵.

El dr. PAREJO GONZÁLEZ, encargado de las ponencias en la Comisión Primera y en la plenaria del Senado, introdujo al proyecto algunas reformas que, no siendo del todo aceptables, corrigieron el odioso tratamiento que propuso el gestor del proyecto.

15 bis. LIBERTAD PROVISIONAL Y DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

A las autoridades de policía se les ha otorgado competencia para conocer “de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)” (art. 1º, num. 3º).

Según el art. 8º de la ley, “no habrá lugar a la excarcelación cuando se trate de *hurto calificado o agravado, extorsión, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño...*”. Pero, no obstante lo anterior, se señalan seguidamente cinco “circunstancias”, que otorgan el derecho a la libertad provisional; y, por último, un párrafo que dispone: “En los casos de *hurto simple, estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño*, habrá lugar a la excarcelación en los casos previstos en los numerales 1 a 5 del presente artículo y además cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 374 del Código Penal”.

Nótese que el *párrafo* reseña el *hurto simple* como delito que solo admite la libertad provisional en los casos previstos en los numerales 1 a 5... y, además, cuando se den las circunstancias del art. 374 del Código Penal.

³⁵ BERNARDO GAITÁN MAHECHA (en Exposición de Motivos), “Anales del Congreso”, núm. 22 cit., pág. 382.

Es evidente la impropiedad y poca técnica legislativa utilizada por el legislador al regular la excarcelación de los presuntos responsables de un delito, cuando para ellos ni siquiera existe orden de captura para efectos de indagatoria.

Creemos que la referencia del *parágrafo al hurto simple*, ha de tenerse como inexistente jurídicamente. Al no aparecer citado este en el inciso primero como delito no excarcelable, es claro que no existía motivo para regular su excarcelación.

Consideramos también impropia la conjunción copulativa "Y", que se emplea en el *parágrafo*, porque esta denota *unión*; pareciera que el legislador hubiera querido agregar a los delitos allí señalados, *además* de las causales de excarcelación 1 a 5, las circunstancias del 374 del Código Penal, como obligatorias para obtener el beneficio. Situación que en ningún momento puede presumirse.

Ha debido emplearse la conjunción disyuntiva "O", que expresa *separación, diferencia o alternativa*. O se da alguna de las causales previstas en los num. 1 a 5, o las circunstancias del art. 374, es decir, cuando el responsable "restituyere el objeto materia del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado".

De tal manera que en los delitos de *estafa, abuso de confianza, fraude mediante cheque y daño* cuya cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00) podrá obtenerse la excarcelación por alguno de los casos previstos en los num. 1 a 5, o cuando se restituya el objeto y se indemnicen los perjuicios. Lo cual indica que a los sindicados de alguno de estos delitos se les debió privar de la libertad previamente, mediante orden escrita de captura expedida por la respectiva autoridad policiva.

Pero resulta que este tratamiento cambia cuando la competencia recae en otra autoridad, más exactamente en las judiciales. Veamos:

Según el inc. 2º del art. 38 de la ley, que modificó el 426 del C. de P. P., a los sindicados de *hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza*, no se les libra orden de captura forzosa para efectos de indagatoria, a no ser que "*concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal*", es decir, cuando el objeto del ilícito "*fuere superior a cien mil (100.000.00) pesos, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica*" o recaiga "sobre bienes del Estado".

En otros términos: En los delitos de *hurto simple, fraude mediante cheque, abuso de confianza y daño*, cuando la cuantía esté entre uno y treinta mil pesos, *deberá* el funcionario librar orden escrita de captura contra el presunto sindicado, el cual tendrá derecho a la excarcelación o libertad provisional si restituye el objeto del delito o su valor e indemniza al perjudicado.

Si la cuantía está entre treinta mil y cien mil pesos, al sindicado le bastará que se le *cite* a indagatoria, después de la cual será puesto en libertad, sin que hubiere tenido que indemnizar o restituir el objeto del delito.

Si la cuantía excede los cien mil pesos, "el instructor deberá librar orden escrita de captura contra el presunto sindicado, para efectos de indagatoria", excepto para el delito de *daño*, el que, fuera de la competencia de las autoridades de policía, no exige captura forzosa, sea cual fuere la cuantía del ilícito.

PROCEDIMIENTO PARA LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE SECUESTRO EXTORSIVO, EXTORSIÓN Y TERRORISMO (ESPECIAL REFERENCIA AL AUTO DE CITACIÓN A AUDIENCIA)

16. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

"El aumento de la delincuencia se ha concretado en algunos comportamientos que generan mayor alarma social... se requiere entonces crear los cargos que sean necesarios, desempeñados por funcionarios especializados cuya competencia se circunscriba a determinados delitos, concentrándose en ellos las funciones investigativas y de juzgamiento, para evitar dilación en la instrucción ante la imposibilidad de utilizar las fórmulas de comisiones permanentes en el perfeccionamiento de la investigación... para algunos pedimentos tales como cesación de procedimiento y nulidad, se señalan momentos procesales dentro de los cuales únicamente se pueden formular, porque el permitirlo en el transcurso de la investigación conllevaría las dilaciones que se pretenden evitar³⁶... la naturaleza de las infracciones a que se refiere la presente ley. Así como su incremento en los últimos tiempos, hacen necesario establecer estímulos para que los particulares colaboren con la justicia denunciándolos o, al menos dando noticia sobre sus autores y partícipes, consistentes en recompensas en dinero y en la supresión de la diligencia de careo que en la mayoría de los casos es utilizada como medio de intimidación³⁷.

Del mismo modo, y por haberse convertido esta clase de delitos en un negocio, situación que permite afirmar la profesionalidad de los delincuentes, *se elimina cualquier clase de beneficio procesal para sus autores o partícipes, tales como libertad provisional, subrogados penales y rebaja de pena por trabajo o estudio*³⁸... al analizar la restricción de beneficios en favor del procesado y sentenciado no puede dejarse de lado que el país esté enfrentado a una delincuencia organizada y que las varias prerrogativas que se vienen concediendo para quienes cometen delitos como los aquí mencionados, ha dado lugar al incremento de los índices delincuenciales". (Sub. nuestro).

Textos tomados de la Exposición de Motivos, hecha por el dr. Gaitán Mahecha al proyecto de ley núm. 3 de 1983³⁹.

³⁶ Art. 19.—"En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento, las peticiones de cesación de procedimiento solo podrán presentarse dentro del término para alegar, antes de la sentencia de primera instancia y se resolverán en ella".

Art. 26.—"En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo, solo podrán alegarse nulidades una vez dictada sentencia de primera instancia y ante el respectivo tribunal".

³⁷ Art. 33, inciso 2º.—"Se ordenará cesación de procedimiento en cualquier estado del proceso, para el partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización del comportamiento ilícito".

³⁸ Art. 16.—"En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento, no habrá lugar a excarcelación cualquiera que sea el delito, cuando la sentencia de primera instancia fuere absolutoria, los detenidos quedarán en libertad bajo fianza mientras el Tribunal no haya confirmado la sentencia".

Art. 33.—"Las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas establecidas en este capítulo y por los delitos en él señalados o los conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, ni a la libertad condicional, ni a las rebajas de penas".

³⁹ "Anales del Congreso", núm. 22 cit., pág. 382.

En buena hora algunos de estos descarnados preceptos fueron rechazados por la Comisión Primera del Senado en defensa de las instituciones jurídicas, que han sido fruto de un largo y difícil proceso de logro y afianzamiento en el mundo civilizado.

Son sabias las palabras pronunciadas por el dr. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO en la Comisión Primera del Senado, al rechazar la propuesta de creación de cargos para jueces especializados:

“...yo creo que los delitos de peculado, los delitos contra el patrimonio económico, esta desvergüenza de ciertos gerentes que presiden los grupos financieros en Colombia, merecerían una jurisdicción especial, especialísima, porque vuelvo a calificar como el delito más atroz del país el que cometen estos grupos cuando concentran el capital y cuando estafan a los pequeños ahorradores.

”Eso no le preocupa a nadie. Les preocupa que estos mismos vagabundos sean los sujetos del secuestro. *Entonces necesitamos una jurisdicción especialísima clasista para defender estos delitos...* estoy aterrado de que en mi país se necesite una jurisdicción especial para defender no a los secuestradores sino a los secuestrables... yo me pregunto: ¿Dónde está la jurisdicción especial para defender a los miserables de este país, que somos el 70% de los colombianos?⁴⁰. (Subrayado nuestro).

17. AUTO DE CITACIÓN A AUDIENCIA

El art. 14 de la ley dispone que la instrucción de los procesos a que alude el capítulo II deberá realizarse en el término máximo de 30 días, vencido el cual, o antes si se hubiere perfeccionado el mismo, el juez ordenará cerrar la investigación mediante auto contra el cual solo procede el recurso de reposición.

En esta misma providencia se dispondrá que el proceso permanezca en la secretaría por cinco días, para que las partes presenten sus alegatos.

“Durante los cinco días siguientes contados a partir del vencimiento del traslado a las partes, *el juez calificará el mérito del sumario mediante auto de citación a audiencia o de sobreseimiento definitivo*”.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento penal ordinario, en el cual concluida la etapa investigativa, “*el juez calificará el mérito del sumario por medio de auto de proceder o de sobreseimiento*” (definitivo o temporal), previa declaración de cierre de la investigación.

Seguidamente expondremos, en forma sucinta, las repercusiones jurídicas que se derivan del cambio de denominación: *auto de citación a audiencia*, por *auto de proceder*. Para ello no perderemos de vista el desarrollo que el Código de Procedimiento Penal, otorga a este.

17.1. *Denominación.*—Se denomina *auto de citación a audiencia*, al acto en que se imputa formalmente al procesado la comisión de un hecho delictuoso y se le cita para que, mediante los trámites del juicio, formule sus descargos.

17.2. *Presupuestos o requisitos.*—Señala el art. 18 de la ley, que “*en todo lo referente al auto de citación para audiencia, se dará aplicación a los artículos 76 y 79 del decreto 522 de 1971, en cuanto a los requisitos sustanciales y formales de dicha providencia...*” (inciso primero).

⁴⁰ “Anales del Congreso”, núm. 51 cit., pág. 805.

17.2.1. *Requisitos sustanciales.*—Dispone el art. 76 del decreto 522 de 1971: “*El funcionario citará (a audiencia), si encuentra plenamente demostrado el hecho que constituye la infracción y existe por lo menos una declaración de testigo que merezca credibilidad o indicio grave (singular) que permitan hacer la acriminación...*”.

Tres presupuestos sustanciales requiérense para proferir *auto de citación a audiencia*:

1) *Que se encuentre plenamente demostrado el hecho que constituye la infracción.*

¿Podrá esta exigencia ser equiparable a la que trae el art. 481 del C. de P. P., que regula los requisitos sustanciales del auto de proceder, al exigir la plena prueba del delito? *Creemos que sí.*

Demostrar el hecho que constituye la infracción, es tanto como demostrar las condiciones que tipifican un delito, vale decir, comprobar plenamente las condiciones específicas que configuran el cuerpo del delito de esa infracción penal⁴¹.

ANTONIO VICENTE ARENAS anota que “cuando la ley exige para determinados efectos que el cuerpo del delito esté demostrado plenamente, se refiere a la materialidad del delito solamente” (no a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad)⁴².

En la ponencia para primer debate, el dr. PAREJO GONZÁLEZ propuso, en el art. 53 del Pliego de Modificaciones, los requisitos sustanciales que habrían de reunirse para proferir *auto de citación a audiencia*: “El juez dictará *auto de citación a audiencia*, cuando en el sumario esté demostrado el delito y resultare por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o *indicios graves* de que el procesado es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga”⁴³.

Desgraciadamente este artículo desapareció del proyecto que fue aprobado por la Comisión Primera del Senado. No se conocen los motivos que tuvo la misma para sustentar tal supresión.

En la ponencia para segundo debate el dr. PAREJO GONZÁLEZ, en forma por demás superficial, pretende explicar dicha supresión, anotando que el art. 18 “no incluido en el proyecto original, tiene por objeto hacer aplicables al auto de citación a audiencia las disposiciones pertinentes del decreto 522 de 1971”⁴⁴.

Por ello creemos equivocada la conclusión a que llegan algunos al considerar que el auto de citación a audiencia es equiparable, en cuanto a los requisitos sustanciales, al auto de detención.

De tal manera que el fin del gestor del proyecto fue el de equiparar, en lo relacionado con los requisitos sustanciales, el auto de citación a audiencia al auto de proceder; y en este sentido debe interpretarse la proposición: “*esté plenamente demostrado el hecho que constituye la infracción penal*”.

2 y 3) *Que exista por lo menos una declaración de testigo que merezca credibilidad o indicio grave que permitan hacer la acriminación.*

⁴¹ Véase casación del 9 de noviembre de 1962, “G. J.”, t. c, pág. 429.

⁴² *Procedimiento penal*, Bogotá, Ed. ABC, 1974, pág. 97.

⁴³ “Anales del Congreso”, núm. 33 cit., pág. 599.

⁴⁴ *Ibidem*, núm. 45 cit., pág. 751.

Estas exigencias son semejantes a las que trae el art. 481 del C. de P. P., pero aludiendo a la gravedad de los indicios en forma plural (graves indicios).

A nuestro juicio, es a este último sentido al que debe acudirse cuando haya necesidad de apelar a los indicios.

En el proyecto original del dr. Gaitán Mahecha, y en el Pliego de Modificaciones (arts. 52 y 53, respectivamente) del dr. PAREJO GONZÁLEZ, se aludía expresamente a la pluralidad de indicios graves: "...y resultare por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de que el procesado es responsable penalmente"⁴⁵.

17.2.2. *Requisitos formales.*—Sobre estos requisitos, preceptúa el art. 79 del decreto 522 de 1971: "El auto de citación a audiencia será motivado. Se hará en él una relación sucinta de los hechos y de las pruebas allegadas. Al final se concretará el cargo y se citarán las disposiciones contravenidas".

Equiparando estos requisitos con los exigidos para el auto de proceder, tenemos:

1.a) "Relación sucinta de los hechos" (ley).

1.b) "Una narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, indicando los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos" (C. de P. P., art. 483).

2.a) Relación sucinta de las "pruebas allegadas". (Ley).

2.b) "El análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de los en que se funde la imputación al procesado". (Ibidem).

3.a) Se "concretará el cargo". (Ley).

3.b) "La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

4.a) Se "citarán las disposiciones contravenidas". (Ley).

4.b) Se llamará a "juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

Nótese cómo mientras que en el *auto de citación a audiencia* basta con solo *concretar el cargo*, en el de proceder hay que calificar genéricamente el hecho (como homicidio, lesiones personales, hurto, estafa, etc.), con indicación de las "circunstancias conocidas que lo especifiquen", como la alevosía, la sevicia, la provocación injusta y, en general, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo agraven o atenúen.

En el *auto de citación a audiencia*, se citarán las disposiciones contravenidas, se dirá tanto como "se violaron tales artículos del Código Penal", no más. Mientras que en el auto de proceder hay que determinar el delito con la denominación que le dé estatuto penal, señalando el capítulo o título, sin determinar la especie a que pertenezca, "ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

⁴⁵ Ibidem, núm. 33 cit., pág. 599.

Son de vital importancia las diferencias y las consecuencias jurídicas a que lo anterior conduce.

El texto sometido a consideración de la Comisión Primera del Senado por el ponente dr. PAREJO GONZÁLEZ, estaba redactado en los siguientes términos:

"El auto de citación a audiencia debe contener:

"1. Narración sucinta de los hechos investigados con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

"2. Indicación y evaluación sucinta de las pruebas allegadas a la investigación acerca de los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 53 de esta ley.

"3. Determinación del objeto u objetos jurídicos vulnerados o puestos en peligro con los hechos.

"4. Determinación del procesado o procesados, a quienes identificará por sus nombres, apellidos y sobrenombres, si tuvieren estos, o con cualquier otro dato que permita su identificación..."⁴⁶.

17.2.3. *Fin propuesto con la modificación de los requisitos formales del auto de proceder, en los procesos especiales.*—¿Qué se pretendió con la modificación de los presupuestos o requisitos de índole formal que consagra el art. 483 del C. de P. P. para el auto de proceder, propuesta por el gestor del proyecto, dr. Gaitán Mahecha, la que se logró, no con la aprobación del artículo proyectado, sino por la remisión que el art. 18 de la ley, hace a los arts. 76 y 79 del decreto 522 de 1971?

Lo explica el mismo dr. Gaitán Mahecha, en la exposición de motivos:

"Los requisitos formales y sustanciales que establece el Código para esta decisión son de tal naturaleza, que en no pocas ocasiones se ha afirmado, que el auto de proceder constituye sentencia anticipada. Así mismo, la exigencia expresa en cuanto debe existir congruencia entre el auto de proceder y sentencia, ha constituido causa de múltiples nulidades al no poderse variar la denominación jurídica genérica dada en el auto de proceder... estas fórmulas permiten una mayor amplitud en el debate probatorio del juicio y evitaría como ocurre en la actualidad que si la persona fue llamada a juicio por hurto y se demuestra posteriormente que las pruebas permiten la estructuración del abuso de confianza, tenga que decretarse la nulidad por error en la denominación jurídica y por la posible falta de congruencia entre auto de proceder y sentencia..."⁴⁷.

17.2.4. *Implicaciones jurídicas de tal mutación.*—En los procesos que los jueces especializados tramiten por delitos de su competencia (investigación y juzgamiento), no podrá alegarse:

1) La causal de nulidad prevista en el num. 5° del art. 210 del C. de P. P., que reza: "Son causales de nulidad en los procesos penales:

"..."

"5°. Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o de la época o lugar en que se cometió, o el nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido".

Es un hecho indudable que con la sustitución, en los procesos especiales, del auto de proceder por el de citación a audiencia, se rompe bruscamente toda una

⁴⁶ Ibidem, núm. 33 cit., pág. 600.

⁴⁷ Ibidem, núm. 22 cit., pág. 385.

concepción doctrinaria y jurisprudencial, en la que se ha pregonado que aquel “no es un proveído de composición libre, abierta o caprichosa, sino *rigurosamente* normado, con exigencia perentoria de acatamiento, so pena de generar *nulidad* si se desatienden sus características esenciales”⁴⁸.

La simple exigencia formal implícita en la redacción del auto de citación a audiencia, nos permite fundamentar este primer aserto.

¿Qué hacer, entonces, cuando en el auto de citación a audiencia se pretermiten los presupuestos formales exigidos para esta resolución, por el art. 79 del decreto 522 de 1971? Habrá que recurrir a los mecanismos constitucionales, en aras de la protección de los derechos propios y exclusivos del procesado, siempre y cuando la falta alcance a conculcar alguno de estos derechos, y que la Corte ha delimitado en lo que ha dado en llamarse *el debido proceso* y que contiene estas cuatro hipótesis: a) preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) *observancia plena de las formas del juicio*, y d) aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

2) Tampoco podrá invocarse la causal de casación señalada en el num. 2º, del art. 580 del estatuto procedimental, que preceptúa: “En materia penal el recurso de casación procede en los siguientes casos:

”...

”2º. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder...”.

Se nos ocurre un interrogante: ¿Hasta qué punto es válido jurídicamente interpretar las normas procedimentales que aluden expresamente al auto de proceder, haciéndolas extensivas al de citación de audiencia? Creemos que en algunos supuestos la jurisprudencia habrá de aceptar tal remisión, como en el caso objeto de estudio. Sería una forma de permitir el recurso de casación en los eventos en que la sentencia no esté en consonancia con el “cargo” formulado en el auto de citación a audiencia. Lo mismo acontecería con los arts. 182 (notificación del auto de proceder), 196 (apelación de los autos interlocutorios), 210, num. 3º (nulidad por falta de notificación del auto de proceder), etc.

17.3. *Notificación del auto de citación a audiencia.*—A diferencia de lo que sucede con el auto de proceder, no existe disposición que exija la notificación *personal* del auto de citación a audiencia, tanto al procesado como a su defensor.

17.3.1. *Notificación al procesado ausente.*—En el procedimiento ordinario, si no fuere posible encontrar al procesado para hacerle la notificación personal, “se le emplazará por edicto que permanecerá fijado por diez (10) días en la secretaría del juzgado; si transcurrido el plazo no compareciere, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con el cual se seguirá el juicio hasta su terminación”. (C. de P. P., arts. 182, 484). Es esto lo que se conoce con el nombre de *juicio en contumacia*.

⁴⁸ Véase casación del 9 de septiembre de 1976, ponencia del dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en “Extractos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, Bogotá, 1977, pág. 11.

En el procedimiento ordinario existen dos emplazamientos, con la consecuente declaratoria de reo ausente; el primero, para sustituir la diligencia de indagatoria, y el segundo, para la notificación del auto de proceder. Con el auto de citación a audiencia no sucede tal cosa. Solamente existe un emplazamiento “cuando por cualquier motivo se establezca que la persona no ha sido hallada para rendir diligencia de indagatoria...” (art. 20, parágrafo).

Si proferido auto de citación a audiencia, el procesado no se hallare privado de la libertad, se hará notificación del mismo, si fuere posible, al apoderado que haya designado el procesado, o *al* que se le haya escogido por el despacho.

El dr. MANUEL FRANCISCO BECERRA, ponente en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, explicaba:

“Constituye aspecto novedoso, al suprimir el auto de proceder, se elimina necesariamente el segundo emplazamiento y declaratoria de reo ausente, fórmula establecida en el Código vigente, para notificar el vocatorio a juicio... parece innecesario el segundo emplazamiento, porque ya la persona está vinculada y necesariamente tiene abogado que lo representa. Resulta más técnico entonces, que a ese profesional en derecho se le notifique el auto de citación a audiencia, porque de esta manera se logra una defensa integral de que sea el mismo abogado quien actúa en el sumario y en el juicio, y se evita la división de la defensa, que se presenta en la actualidad, cuando ordinariamente se sustituye el abogado de juicio que viene actuando en el sumario, sin ninguna razón que justifique ese procedimiento. Lo mismo ocurre cuando la persona ha rendido indagatoria y no se le ha privado de libertad, y ha designado el respectivo abogado, caso en el cual, si el sindicado no vuelve a comparecer al despacho judicial, se continuará la tramitación del proceso con el abogado que designó...”⁴⁹.

El dr. GAITÁN MAHECHA, afirmaba al respecto:

“Se suprime el emplazamiento exigido por el actual Código para notificar el auto de proceder, sin que ello conlleve menoscabo al derecho de defensa porque tal como quedaron estructurados los esquemas procesales, el procesado siempre estará asistido por un apoderado al cual se le notificará la citación o convocatoria a audiencia”⁵⁰.

17.3.2. *Implicaciones jurídicas.*—En el procedimiento especial, que se creó para la investigación y juzgamiento de los delitos a que alude el capítulo II de la ley, no existirán en momento alguno motivos que den lugar a la invocación de la causal de nulidad prevista en el num. 3º del art. 210 del C. de P. P., que dispone: “Son causales de nulidad en los procesos penales:

”...

”3º. No haberse notificado el auto de proceder en debida forma al procesado y a su defensor, o a este en el caso del artículo 484 de este Código...”.

17.4. *Impugnación del auto de citación a audiencia.*—Contra el auto de proceder pueden interponerse los recursos de reposición y apelación (C. de P. P., art. 193). El de apelación debe concederse en el efecto suspensivo (*ibídem*, 196), pero la apelación “no impedirá la ejecución de la detención del procesado ni de las medidas preventivas sobre sus bienes si hubieren sido ordenadas en dicha providencia” (*ibídem*, 486).

⁴⁹ “Anales del Congreso”, núm. 95, septiembre 16 de 1983, pág. 1394.

⁵⁰ *Ibidem*, núm. 22 cit., pág. 385.

¿Sucederá lo mismo con el auto de citación a audiencia?

A pesar de que el texto de la ley no estableció norma destinada a consagrar la impugnación del auto de citación a audiencia, habremos de guiarnos por las de carácter general; y es así como el art. 196 del C. de P. P. estatuye que “los autos interlocutorios dentro del sumario son apelables en el efecto devolutivo, salvo el auto del artículo 163, el sobreseimiento definitivo y el auto de proceder, que lo serán en el efecto suspensivo...”.

El auto “que califica el mérito del sumario”, es interlocutorio, según la clasificación del art. 169 del C. de P. P.

Como es lógico, también admite el auto de citación a audiencia el recurso de apelación, que es procedente contra los autos interlocutorios (ibídem art. 179).

Por no estar exceptuado el auto de citación a audiencia por el art. 196, habrá de entenderse que este deberá ser concedido en el efecto devolutivo, por lo que “no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso del proceso” (C. de P. P., art. 354).

El art. 16 de la ley, confirma el carácter impugnabile del auto de citación a audiencia, al disponer la apertura del “juicio a prueba”, una vez *ejecutoriado el auto de citación a audiencia*.

La lectura atenta del art. 17 de la ley, pudiera hacer creer que el auto de citación a audiencia no es apelable. Se habla expresamente de la apelación de “la providencia mediante la cual se haya sobreseído definitivamente al procesado”, caso en el cual el juez, si “considerare que existe prueba para citar a audiencia, revocará la decisión y ordenará que el proceso vuelva al juzgado de primera instancia para que profiera la respectiva citación a audiencia”. Agrega que “en el caso de que el juez de segunda instancia considerare que no existe prueba para citar a audiencia o para sobreseer definitivamente ordenará que se reabra la investigación...”.

¿Significa este artículo que no es apelable el auto de citación a audiencia? Creemos que no, por los motivos expuestos anteriormente. La norma peca por la impropiedad técnica como está redactada. La misma ha debido quedar en estos términos:

“Si el juez de segunda instancia al conocer por vía de apelación la providencia mediante la cual se haya *calificado el mérito del sumario*, considerare que no existe prueba para ello, revocará la decisión impugnada y ordenará que el proceso vuelva al juzgado de primera instancia para que se profiera la resolución que corresponda, o para que se reabra la investigación, previa puntualización de las pruebas que haya de practicarse”.

Censuramos la forma intencionada —creemos nosotros— como el dr. PAREJO GONZÁLEZ explicaba la razón de ser del art. 17, en la plenaria del Senado:

“Prevé la posibilidad de que el juez de segunda instancia revoque el auto de sobreseimiento definitivo, caso en el cual devolverá el proceso al inferior para que cite a audiencia, o si considera que no hay mérito para esta providencia, debe entonces ordenar la reapertura de la investigación, con indicación de las pruebas que deben practicarse...”⁵¹.

⁵¹ Ibídem, núm. 45 cit., págs. 750 y 751.

Esta indecisión mostrada por el ponente tiene su razón de ser en los antecedentes que acompañaron el trámite del proyecto de ley en la Comisión Primera del Senado, donde sufrió cambios sustanciales que alimentaron la perplejidad del distinguido ponente. Volcando el interés hacia los antecedentes de la ley, lograremos un poco de claridad al respecto.

17.4.1. *Proyecto de ley núm. 3 de 1983, presentado por el dr. Bernardo Gaitán Mahecha. Auto de proceder. Auto de cierre y convocatoria a audiencia (auto de sustanciación no recurrible).*—En el proyecto de ley núm. 3 de 1983, el dr. GAITÁN MAHECHA regulaba el procedimiento especial, estipulando que una vez vencido el término de instrucción, “el juez ordenará, mediante *auto de sustanciación, el cierre de investigación y convocará a audiencia pública...*” (art. 13).

Más adelante, en el art. 63, se establecía el procedimiento para los juicios en que no “interviene el jurado de conciencia: vencido el término de instrucción establecido en el Código de Procedimiento Penal, *el juez, mediante auto de sustanciación que debe notificarse y contra el cual no procede ningún recurso*, cerrará la investigación y convocará a audiencia pública a las personas que se encuentren legalmente vinculadas”.

Mediante un simple auto de sustanciación, contra el cual no procedía ningún recurso, se pretendió reemplazar el auto de proceder. Es decir, no existía calificación del mérito del sumario⁵².

17.4.2. *Pliego de modificaciones al proyecto de ley núm. 3 de 1983, presentado por el ponente. Auto de proceder. Auto de citación a audiencia (auto interlocutorio no apelable).*—Desaparece el auto de sustanciación de que hablaba el dr. GAITÁN MAHECHA. Con las reformas introducidas por el ponente, se ordena la calificación del mérito del sumario *mediante auto de citación a audiencia o de sobreseimiento definitivo* (art. 13). Pero en el inc. 2º del num. 4º, del art. 55, se establecía: “El auto concluirá con la citación a audiencia. Contra esta providencia solo procede el recurso de *reposición...*”.

Este procedimiento fue el que destinó el dr. GAITÁN MAHECHA para los procesos en los cuales habría de intervenir el jurado de conciencia (arts. 51 a 62 del proyecto)⁵³.

Al eliminar el recurso de *apelación* contra el auto de citación a audiencia, se pretendió evitar que el funcionario de segunda instancia emitiera conceptos de fondo, que pudieran restarle independencia en el momento de revisar la sentencia definitiva. Con ello se evitaría que el auto de proceder se constituyera en sentencia anticipada.

El dr. PAREJO GONZÁLEZ, expuso en la Comisión Primera del Senado:

⁵² Este procedimiento fue severamente criticado por el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, en los siguientes términos: “El artículo 13 del proyecto es de una gravedad escalofriante. Dispone que el juez mediante auto de sustanciación, ordenará el cierre de la investigación y convocará a audiencia ... esto es un atentado contra el derecho de defensa, y, por lo tanto, del debido proceso, con lo cual se viola el artículo 26 de la Carta...”. “Anales del Congreso”, núm. 37 cit., pág. 645.

⁵³ “Anales del Congreso”, núm. 22 cit., págs. 379 y 380.

“...con respecto a la sustitución del auto de proceder por un auto de citación a audiencia, hemos aceptado las razones expuestas por el gobierno acerca de la conveniencia de aceptar este nuevo sistema. El auto de proceder es hoy en día una sentencia anticipada y, en los casos en que es apelado y confirmado, compromete así mismo el juicio del superior, quien al momento de revisar la sentencia se ciñe generalmente al criterio que expuso en la providencia calificatoria. La providencia del superior se puede convertir, por esta razón, también en una sentencia anticipada de segunda instancia.

“El auto de citación a audiencia no será apelable y ello constituye una excepción a la conducta que hemos seguido respecto de la necesidad de mantener los recursos...”⁵⁴.

17.4.3. Finalmente la ley 2ª de 1984. Auto de proceder. Auto de citación a audiencia (auto interlocutorio apelable).—Los arts. 53 y 55, propuestos en el pliego de modificaciones como reguladores de los requisitos sustanciales y formales del auto de citación a audiencia, no fueron aprobados durante el trámite que sufrió el proyecto de ley núm. 3 de 1983 en el Congreso de la República. Se aprobó, en cambio, el tantas veces citado art. 18, que remite a los arts. 76 y 79 del decreto 522 de 1971 para efectos de los requisitos sustanciales y formales, tal como lo hemos explicado más arriba.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que el auto de citación a audiencia es hoy un auto interlocutorio, que admite los recursos ordinarios de reposición y apelación.

Por lo mismo, objetamos la inseguridad con que el dr. MANUEL FRANCISCO BECERRA explicaba este procedimiento en la Cámara de Representantes, en su condición de ponente, cuando ya el proyecto había sido aprobado en los dos primeros debates, cuya redacción definitiva no sufrió modificaciones posteriormente en los debates suscitados en dicha corporación. No se justifica, desde ningún punto de vista, que continuara sosteniendo los planteamientos esgrimidos por el dr. PAREJO GONZÁLEZ, cuyo proyecto aún consideraba viable solo el recurso de reposición, tal como lo había propuesto en su pliego de modificaciones.

Así se expresaba el dr. BECERRA:

“...esta decisión (auto de proceder) se sustituye por lo que el proyecto denomina auto de citación para audiencia, para el cual se exigen requisitos sustanciales y formales mediante la remisión que se hace al decreto 522 de 1971. Este auto de citación a audiencia, contiene como requisito fundamental el que se determine la norma que se considere violada, para que la persona pueda ejercitar el derecho de defensa; pero para evitar que el juez de la segunda instancia comprometa su criterio jurídico, que va a proyectarse en la sentencia, muy seguramente, se elimina el recurso de apelación para esta providencia...”⁵⁵.

18. AUTO QUE ORDENA AMPLIAR LA INVESTIGACIÓN

El art. 14 de la ley anota que, de no darse los presupuestos procesales para citar a audiencia o para sobreseer definitivamente, “El juez dictará auto de

⁵⁴ *Ibidem*, núm. 33 cit., pág. 595.

⁵⁵ Ponencia para primer debate al proyecto de ley núm. 3 de 1983 (cámara 7). “Anales del Congreso”, núm. 95 cit., pág. 1394.

sustanciación⁵⁶ mediante el cual ordenará ampliar la investigación y para ello fijará un término no mayor de treinta (30) días...”.

¿Tiene alguna incidencia jurídica el que este auto que ordena ampliar la investigación sea de sustanciación? Evidentemente: se le están negando los recursos de reposición y apelación.

En Mesa Redonda auspiciada y coordinada por el Comité de Redacción de la Revista *Tribuna Penal*, en la cual tuvimos la oportunidad de participar, se sostuvo por algunos de los asistentes que el legislador, mediante la ley 2ª había sustituido deliberadamente el *sobreseimiento temporal* por el auto que ordena ampliar la investigación, con lo cual se aminoraba el derecho de defensa del procesado. Sostenían, además, que el juez *podría*, llegado el caso, darle a esta resolución el tratamiento de un auto interlocutorio, es decir, motivarlo, notificarlo y conceder los recursos pertinentes. No estamos de acuerdo con este tipo de interpretaciones. El texto de la ley es muy claro: se trata de un auto de sustanciación, contra el cual no procede recurso alguno^{56 bis}.

El dr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA considera que es preferible eliminar del ordenamiento jurídico el sobreseimiento temporal, “porque existe el derecho del procesado a que si en el proceso no se le prueba su responsabilidad sea absuelto simple y totalmente. Es mejor prorrogar a 60 días el término para perfeccionar la investigación”⁵⁷.

Lo criticable no es la eliminación del sobreseimiento temporal; lo reprehensible es que se obligue al juez, sin limitación temporal, a continuar con la investigación, manteniendo en entredicho la situación jurídica del procesado.

El juez ha de continuar “desarrollando actividad jurisdiccional en el sentido de cerrar la investigación periódicamente, reconsiderar las pruebas aportadas y citar para audiencia o sobreseer definitivamente, o por el contrario, continuar investigando”⁵⁸.

En el proyecto original del dr. GAITÁN MAHECHA, se disponía en el art. 17 que “en el caso de no darse los presupuestos procesales para absolver o condenar, se proferirá sobreseimiento temporal y se ordenará reabrir la investigación hasta por un término máximo de treinta (30) días”⁵⁹. Posición que hallamos más consecuente que la aprobada posteriormente en la Comisión Primera del Senado.

Interpretando en parte el pensamiento del dr. GAITÁN MAHECHA, creemos que lo lógico hubiera sido que cerrada la investigación se ordenara un estudio exhaustivo del caudal probatorio, que, atendiendo al mérito del mismo, condujera a la

⁵⁶ Se llaman de sustanciación los autos que “se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación” (C. de P. P., art. 169, ord. 3ª), o como dice la jurisprudencia, “son órdenes dirigidas al desarrollo progresivo, coordinado e ininterrumpido del proceso”.

^{56 bis} Cfr. *Tribunal Penal, Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia*, núm. 2, Medellín, Edit. Lealón, 1984, págs. 151 y ss.

⁵⁷ “Anales del Congreso”, núm. 37 cit., pág. 646. También *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, Bogotá, Ed. A B C, 1981.

⁵⁸ “Anales del Congreso”, núm. 95 cit., pág. 1394.

⁵⁹ *Ibidem*, núm. 22, cit., pág. 375.

citación a audiencia o al sobreseimiento definitivo; y, en caso de no darse los presupuestos procesales para el pronunciamiento de una de estas decisiones, *en el mismo auto*, ordenar la ampliación de la investigación, por un término que no excediera de 60 días. Vencido este, el juez proferiría sentencia definitiva.

Lo anterior fundamentado en que, atendiendo a la experiencia judicial, son infimos los casos en que una investigación haya prosperado después de un sobreseimiento temporal. Motivo más que poderoso para no defender la institución del sobreseimiento temporal.

19. APELACIÓN Y CONSULTA DE LA SENTENCIA

El art. 19 estipula: "La sentencia es apelable en el efecto suspensivo, *pero en todo caso* deberá consultarse".

La redacción de esta norma sugiere la idea de que la sentencia, siendo ("pero en todo caso") apelada, hubiera de ser, necesariamente, consultada.

La redacción correcta de esta disposición hubiera podido ser: "La sentencia es apelable en el efecto suspensivo. Será consultable, cuando contra ella no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, dentro del término legal".

20. BENEFICIO DE EXCARCELACIÓN

Los casos de libertad provisional, en el proceso especial que estudiamos, están regulados por el art. 21 de la ley.

Las causales 1ª y 2ª corresponden a las 4ª y 5ª del art. 44, que las consagra en el procedimiento ordinario. La causal 3ª reza: "Cuando vencido el término de 90 días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere proferido *auto de citación a audiencia pública...*".

Ha debido utilizarse, en vez de la proposición *auto de citación a audiencia pública*, la de *no se hubiere calificado el mérito del sumario*. Aunque conduce a los mismos efectos jurídicos, se guardaría uniformidad con lo que ha sido tradicionalmente esta causal de excarcelación.

La causal 4ª está redactada en términos similares a la 8ª del art. 44 de la ley, agregándole: "*siempre que no haya sido procesado antes por uno de los delitos de que trata este capítulo*", en lo que concierne al sindicado "mayor de 16 y menor de 18 años", o cuando este hubiere cumplido "70 años de edad".

Se excluye de este beneficio, al menor de 18 años que hubiere sido *procesado* por uno de los delitos de que trata el capítulo II (secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo).

Procesado es sinónimo de *sindicado*, mas no de *condenado*. De ahí que sea absurdo que a un menor se le prive del derecho a la libertad provisional por el solo hecho de que con anterioridad hubiere sido sindicado de la comisión de uno de estos ilícitos, máxime cuando en nuestro medio cunden por doquier las denuncias temerarias y los funcionarios que sin ningún escrúpulo se divierten dictando autos de detención.

En la parte final del num. 4º se hace alusión a los *motivos determinantes del delito*, y no a la *modalidad del hecho punible*, como lo hacen los ords. 8º del art. 44 (procedimiento ordinario) y 4º del art. 8º (procedimiento policivo), en concordancia con el art. 61 del Código Penal, que al consagrar los "criterios para fijar la pena", menciona la última proposición.

Sobre este aspecto, recordemos que el dr. ESTRADA VÉLEZ propuso la sustitución de "motivos determinantes" por "grado de culpabilidad", ya que los primeros "son de inspiración clarísimamente ferriana, mientras el 'grado de culpabilidad' tiene una orientación filosófica eminentemente culpabilista, y por ser culpabilista (es) totalmente opuesta al sistema positivista"⁶⁰.

No deja de ser preocupante el hecho de que, mientras a los sindicatos de *estafa* (C. P., art. 356, prisión de 1 a 10 años) y otros delitos contra el patrimonio económico se les permite la libertad provisional cuando restituyen e indemnizan al perjudicado u ofendido, no se les dé el mismo tratamiento a los sindicatos de *extorsión* (C. P., art. 355, prisión de 2 a 10 años) cuando restituyan el objeto del ilícito e indemnicen.

El art. 44, num. 9º de la ley, consagra el beneficio de excarcelación cuando la infracción se haya realizado excediendo los límites propios de cualquiera de las causas de justificación (*verbi gratia*, el estado de necesidad). ¿No sería posible otorgar el mismo trato a los sindicatos de *extorsión* cuando hubiesen actuado en idénticas condiciones? (art. 30 del C. P.).

El art. 33 de la ley, preceptúa: "Las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas establecidas en este capítulo y por los delitos en él señalados o conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional".

Algunos han puesto el grito en el cielo por haberseles negado a los sindicatos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, el derecho a la condena de ejecución condicional. Olvidan que uno de los requisitos de este subrogado es el de que la pena impuesta "no exceda de tres (3) años de prisión"; y que el único delito cuya pena mínima es inferior a tres años, es el de extorsión, en su tipo básico. Lo que está indicando que los sindicatos, o, mejor, condenados por *secuestro extorsivo* (prisión de 6 a 15 años), *terrorismo* (prisión de 10 a 20 años) y *extorsión* (cuando el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común), no tendrían, de por sí, derecho al subrogado que comentamos, aunque tal situación se hubiese consagrado como causal de excarcelación.

Tan clara es la situación, que ni siquiera los condenados por tales delitos en su modalidad de tentativa tendrían derecho al subrogado, excepto para los de *extorsión*. Para estos últimos planteamos una solución: el art. 33 de la ley alude expresamente a las personas que sean *condenadas*, mas no a las *sindicadas*. ¿No sería posible, entonces, dar aplicación al num. 3º del art. 453 (44 de la ley) ("cuando en *cualquier estado del proceso*, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia"), máxime cuando el art.

⁶⁰ *Ibidem*, núm. 84, agosto 31 de 1983, pág. 1251.

35 dispone que "en lo que no se oponga a este procedimiento, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal"? *Creemos que sí.*

Tal como dejamos planteada la inquietud, no puede hablarse de *oposición* entre las normas del C. de P. P. y las consagradorias del procedimiento especial.

21. NULIDADES. MOMENTO PROCESAL PARA PROPONERLAS

Ordena el art. 35 de la ley: "En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo, solo podrán alegarse nulidades durante la audiencia pública y se resolverán en la sentencia de primera instancia. La causal de nulidad por incompetencia del juez podrá alegarse en cualquier estado del proceso. El auto que niegue la nulidad por incompetencia del juez es apelable en el efecto devolutivo".

¿Estará esta disposición atentado contra el debido proceso, consagrado por el art. 26 de la Carta Política? *Creemos que no.*

¿Cuáles son las nulidades de tipo legal que consagra nuestro estatuto procedimental, y en qué momento se podrían alegar las mismas en el procedimiento especial que estudiamos?

- 1) La incompetencia del juez. Se puede alegar en cualquier estado del proceso.
- 2) La falta de querrela. No se da esta causal, por cuanto los delitos que hayan de investigarse y fallarse por el procedimiento especial, no admiten querrela de parte.
- 3) No haberse notificado el auto de proceder en debida forma. Tampoco se da, por motivos que en otro acápite expusimos.
- 4) No celebrarse la audiencia pública, o no celebrarse en el día y la hora señalados. Podrá alegarse durante la audiencia pública.
- 5) Haberse incurrido en error en el auto de proceder, en cuanto a la denominación jurídica de la infracción. La misma explicación dada al numeral 3.

Tratándose de nulidades sustanciales, llamadas también constitucionales o supralegales, que encuentran su raíz en las ordenaciones del art. 26 de la Constitución Nacional, en el que se consagra un complejo de garantías individuales y sociales que ningún funcionario puede desconocer, es evidente que pueden ser alegadas en cualquier estado del proceso, por la naturaleza supralegal de las mismas y porque, de vieja data, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"...en tratándose de nulidades esenciales o sustanciales, *es natural que puedan alegarse en cualquier tiempo...*"⁶¹.

⁶¹ Véase sentencias 11 febrero de 1948, "G. J.", t. LXIII, pág. 877 y 4 de octubre de 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 678.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia

LA FALSEDAD EN PARTIDAS ECLESIASTICAS

La Corte dirime colisión negativa de competencias entre los jueces séptimo superior de Bogotá y quince superior de Medellín, y sostiene que las partidas eclesiásticas son documentos privados, pues resulta claro que los eclesiásticos cualquiera sea su rango, no tienen dicha calidad, ni la han tenido; de este modo, se sostiene el criterio sentado ya en diciembre 15 de 1974. Esta tesis choca con los dictados de algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, de conformidad con las cuales con anterioridad al 15 de junio de 1938, tales documentos tenían el carácter de públicos ya que los eclesiásticos eran funcionarios públicos*.

Magistrado ponente: dr. PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA

Aprobado: Acta núm. 101 de 1° diciembre/83

Bogotá, 1° de diciembre de mil novecientos ochenta y tres

VISTOS:

Entre los jueces séptimo superior de Bogotá y quince superior de Medellín se ha trabado colisión negativa de competencias alrededor del presente proceso seguido a C. C. de G. por posibles delitos de falsedad, fraude procesal y estafa.

El proceso se inició en Bogotá a raíz de la denuncia formulada por el señor E. E. M. N., quien relata una serie de hechos que, en su sentir, pueden constituir los delitos nombrados y que se han presentado en el proceso de sucesión de V. G. C. que cursa en el juzgado octavo civil del circuito de Bogotá.

El juez séptimo superior de Bogotá, a solicitud del apoderado de la sindicada, provoca la colisión que ahora dirime la sala. Empieza por hacer un recuento de las pruebas que se han recaudado hasta el momento y afirma que si de ellas se desprende que se trata de falsedades en documentos públicos la competencia para conocer del proceso corresponde a los jueces superiores de Medellín, pues de allí surgieron las partidas eclesiásticas que se reputan falsas; pero si se trata de falsedades en documentos privados bajo la nueva legislación (C. P. de 1980), solo el uso de los mismos perfecciona tales infracciones y resultaría claro entonces que la competencia radica en el despacho a su

* Insertamos aquí no solo la providencia de la H. Corte sino la del señor juez quince superior de Medellín, quien propuso la colisión negativa de competencias con los argumentos que prohibió nuestro más alto tribunal de justicia.

cargo. Se inclina por considerar que se trata de documentos públicos, pues están expedidas dichas partidas por eclesiásticos y estos, antes de la vigencia de la ley 92 de 1938, se consideraban funcionarios públicos. De donde concluye que la partida de nacimiento de 1914 y la de matrimonio de 1936, dubitadas en el proceso indicado al principio, son documentos públicos y, por tanto, corresponde a los jueces superiores de Medellín el conocimiento del proceso dada la instantaneidad de dichas infracciones.

El representante de la parte civil se dirigió al juez quince superior de Medellín, a quien correspondió por repartimiento el asunto, y le pidió rechazar la colisión propuesta. El juez la rechazó porque, según argumenta, los eclesiásticos nunca han tenido el carácter de funcionarios públicos aunque antes de la vigencia de la ley 92 de 1938 los documentos expedidos por ellos, partidas de bautismo, matrimonio y muerte, tuvieron el mismo valor que la ley otorga a los documentos públicos. Recuerda que la ley citada quitó a dichas partidas el carácter de pruebas principales y solo les dejó valor supletorio y que, finalmente, el decreto 1260 de 1970 las despojó del valor que les había quedado. En consecuencia, las certificaciones que expidan los eclesiásticos sobre nacimientos, matrimonios y defunciones son documentos privados "y como entonces esos documentos fueron usados en la ciudad de Bogotá, fue allí donde se realizó obviamente la segunda fracción del tipo de conducta que modela el art. 221 del actual Código Penal".

El problema lo resume con exactitud el juez séptimo superior de Bogotá, cuando dice que de las pruebas recaudadas en el proceso se desprende que:

"a) En la iglesia parroquial de San Antonio de Padua de la ciudad de Barbosa (Antioquia), fue bautizada, el día once de octubre de mil novecientos catorce (1914), una persona nacida el cinco de los mismos mes y año, con el nombre de M. C. C., hija

de A. C. y padre desconocido, hecho sobre el cual se sentó partida bajo el núm. 72 del libro 25 de 1914 de dicha parroquia.

"b) El Tribunal Eclesiástico Regional de la Arquidiócesis de Medellín, a solicitud de C. C. de G., profirió con fecha 23 de noviembre de 1982 un decreto mediante el cual, «el suscrito delegado arzobispal, estudiada la documentación que ha presentado para la modificación de la partida de bautismo de M. C. C. encontrándola conforme a derecho y previo el concepto favorable del señor Promotor de Justicia», ordenó inscribir de nuevo la anterior partida de bautismo, con las siguientes especificaciones:

"«2. Al margen de la antigua partida L. 25, f. 10, núm. 72 anótese: 'Anulada por decreto del delegado arzobispal del 23 de noviembre de 1982 y no se expida copia de ella sin autorización del Tribunal. La verdadera partida se encuentra en L. 60 f. 576 núm. 1.680. Doy fe, N N párroco' (actual). Táchese la partida con dos líneas en forma de X.

"»3. En la margen de la nueva partida anótese 'Casó en la parroquia de Nuestra Señora de La Candelaria de Medellín, octubre 17 de 1936, con V. G.'».

"c) En el libro 37 del despacho parroquial de la Basílica de Nuestra Señora de La Candelaria de la ciudad de Medellín, fue inscrita bajo el núm. 92, la partida de matrimonio de V. C. con C. H., celebrado el 17 de octubre de 1936.

"d) Por decreto igualmente emanado del Tribunal Eclesiástico Regional de la Arquidiócesis de Medellín, y de la misma fecha 23 de noviembre de 1982, atendiendo también la solicitud de C. C. de G., se dijo:

"«El suscrito delegado arzobispal, estudiada la documentación que se ha presentado para la modificación de la partida de matrimonio de V. G. y C.; encontrándola conforme a derecho y previo el concepto favorable del señor Promotor de Justicia», y ordenó inscribir nueva partida de matrimonio de V. G. con M. C. C., y agregó:

"«2. Al margen de la antigua partida L. 37, f. 47, núm. 92 anótese: 'Anulada por decreto del delegado arzobispal del 23 de noviembre de 1982. La verdadera partida se encuentra en el L. ... f. ... núm. ... Doy fe, N N párroco' (actual). Táchese la partida con dos líneas en forma de X y no se expida copia de ella sin autorización del Tribunal.

"»3. En el índice del L. 37 bajo la letra G. escríbanse estos nombres: G. V. con C. M. C. indicando libro y folio donde quedó inscrita la nueva partida».

"De las inspecciones judiciales practicadas por el señor juez 90 de Instrucción Criminal (ambulante), de esta ciudad, a los archivos del despacho parroquial de San Antonio de Padua de la ciudad de Barbosa (Antioquia), al despacho parroquial de la Basílica de Nuestra Señora de La Candelaria de la ciudad de Medellín y al despacho del delegado arzobispal del Tribunal Eclesiástico de la misma ciudad de Medellín, se colige con claridad meridiana que la señora C. C. de G., asesorada por el doctor J. E. J. C., solicitó ante el Tribunal Eclesiástico Regional de la Arquidiócesis de la ciudad de Medellín, se adicionara su partida de bautismo original a efectos de que se anotara en ella su matrimonio con el señor V. G. C., petición que fue resuelta favorablemente cuando dicha autoridad eclesial dispuso, mediante decreto, inscribir de nuevo la correspondiente partida, previo el lleno del requisito solicitado.

"Igual circunstancia se dio respecto de la partida de matrimonio de la misma peticionaria con el señor V. G.

"Es evidente que hay plena identidad entre los originales que tuvo a la vista el instructor y las copias expedidas con destino al sucesorio de V. G. C.; no se ha detectado la más mínima alteración del contenido de estas en relación con sus originales, los que a su vez fueron sentados en virtud de disposiciones oficiales de las autoridades competentes para ello".

Los documentos así obtenidos en Medellín vinieron a Bogotá al juicio de sucesión de V. G. C., ciudadano español que murió el 11 de septiembre de 1982, juicio que se radicó en el juzgado octavo civil del circuito, como ya se dijo.

De todo lo anteriormente dicho se desprende que si son falsas las nuevas partidas, tanto de nacimiento de M. C. C., como de su matrimonio con V. G. C., una y otra surgieron de Medellín y se obtuvieron el 23 de noviembre de 1982, fecha del decreto del delegado arzobispal que anuló las que anteriormente existían y ordenó sus cambios. Si en ello existe conducta reprochable resulta claro que cae bajo las previsiones del Código Penal de 1980, en vigencia desde el 29 de enero de 1981.

En consecuencia, no vienen al caso las argumentaciones del juez séptimo superior de Bogotá en relación con la partida de bautismo de M. C. C., que tiene fecha del 11 de octubre de 1914, ni con la partida de matrimonio de V. G. con C. H. que tiene fecha del 17 de octubre de 1936, pues dichos documentos, anulados ya, no han sido dubitados aquí. La enmienda de uno y otro documentos, se repite, se logró el 23 de noviembre de 1982 y se trata de establecer si dichas enmiendas son fraudulentas o si, como lo dice el juez séptimo superior de Bogotá, C. H. y M. C. C. son una misma persona; punto este que discute la parte civil constituida en el proceso adelantado en la capital. A C. C. de G., o M. C. C., se le imputa el tratar de hacerse pasar como heredera universal de V. G. C. con detrimento de los intereses de las sobrinas legítimas de este que son, según la denuncia, I. C. G. de R. y M. G. G. Y se le atribuye el haber obtenido, mediante asesoría del abogado J. E. J. C., la enmienda de las partidas iniciales para figurar en su propia partida de bautismo como casada con V. G. y en la de matrimonio de este como su esposa para desplazar así a C. H.

Es indudable que los documentos obtenidos mediante las enmiendas decretadas por

el delegado arzobispal de la Arquidiócesis de Medellín ante cuyo Tribunal se tramitaron y decidieron las solicitudes de C. C. de G., son documentos privados tal como lo sostiene el juez quince superior de Medellín y como posiblemente lo reconocería el juez séptimo superior de Bogotá de no haber mediado el error cronológico en que incurrió al referirse a documentos provenientes de 1914 y 1936, cuando en verdad, y queda demostrado, nacieron en 1982.

Las alusiones y comentarios del juez quince superior de Medellín a la ley 92 de 1938 y al decreto 1260 de 1970 sobre las partidas eclesiásticas y su valor legal, son de recibo. Igualmente las conclusiones que de allí saca para demostrar que se trata de documentos privados antes y después del primero de los dos estatutos citados. Y el punto se refuerza aún más si se tiene en cuenta que el art. 251 del C. de P. C., que data de 1970, distingue entre documentos públicos y privados y dice que "documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención", al paso que "documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público". El primero de los requisitos del documento público es, por consecuencia, el que hace relación a la persona que lo expide, es decir, al "funcionario público" y resulta claro que los eclesiásticos, cualquiera que sea su rango, no tienen dicha calidad, ni la han tenido.

Se trata de posibles falsedades en documento privado y, en consecuencia, la disposición aplicable por la época de sucesión de los hechos aquí investigados, sería la del art.

221 del Código Penal de 1980, que dice: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años". En el caso de autos si son falsas las partidas logradas en Medellín mediante enmienda decretada por las autoridades eclesiásticas resulta evidente que fueron usadas en un juicio de sucesión que se sigue en Bogotá. En consecuencia, el conocimiento del presente proceso corresponde al juzgado séptimo superior de Bogotá.

Por lo dicho, la *Corte Suprema de Justicia*, en Sala Penal,

RESUELVE:

Dirimir la presente colisión negativa de competencias en el sentido de afirmar que radica en el Juzgado Séptimo Superior de Bogotá el conocimiento del presente proceso. A este funcionario debe remitirse el expediente.

Comuníquese al juez quince superior de Medellín lo aquí resuelto.

Notifíquese y cúmplase.

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

El auto anterior no fue suscrito por el magistrado Álvaro Luna Gómez por hallarse hospitalizado.

Lucas Quevedo Díaz, secretario de la Sala.

Juzgado Quince Superior de Medellín

Dr. MARIO SALAZAR MARÍN

Medellín, noviembre cuatro de mil novecientos ochenta y tres

VISTOS:

Se va a pronunciar el despacho sobre el incidente de colisión negativa de competencias que en autos le propone el señor juez 7º superior de Bogotá.

El juzgado no está de acuerdo con el pensamiento según el cual los documentos eclesiásticos sobre el estado civil, creados durante la vigencia de la ley 87 de 1887, tenían y conservan aún el carácter de documentos públicos.

Los ministros de la religión católica, que antes tenían la facultad de certificar sobre el estado civil de las personas, jamás tuvieron la calidad de funcionarios públicos, ni la pueden tener ahora. Luego nunca ellos despacharon documentos de carácter público, así antes de la vigencia de la ley 92 de 1938 hubiesen podido crear pruebas principales en materia de nacimientos, matrimonios y defunciones.

La asimilación de las actas eclesiásticas a las de carácter civil, en esa época, solo se produjo en cuanto a su valor probatorio, pero no en cuanto al carácter de documentos públicos que siempre han tenido estas últimas, pues debe quedar muy claro que la ameritada asimilación no podía llegar hasta la equiparación. Como que la naturaleza del documento público exige que sea emitido por un *funcionario público* en ejercicio de sus funciones, o con su intervención, como lo dice hoy el art. 251 del Código Procesal Civil.

El argumento conforme al cual los eclesiásticos tenían entonces la calidad de funcionarios públicos para esos efectos, es lo más deleznable que uno se pueda imaginar. Si la referencia que hacía el ordenamiento jurídico colombiano a la legislación canónica era *formal* y no *material* o *recepticia*, ¿cómo puede ser acertado que los hechos o actos registrados entonces por los eclesiásticos (nacimientos, matrimonios y defunciones) tenga que aceptarlos la ley civil junto con la calidad de funcionarios públicos que la ley canónica les ha otorgado a esos últimos? ¿Acaso no era y es suficiente que el Estado admita ese acto o hecho solamente como prueba de su realización?

Si la legislación nacional defería en sentido formal a algunas normas del derecho canónico, en esta materia, en vigencia de la ley 87 de 1887, no era válido que esas normas las acogiera en su contexto con *todas* sus "características intrínsecas", incluyendo ahí la incorporación de una calidad de funcionario público, porque entonces la referencia dejaba de ser formal para convertirse en sustancial. (Sent. Corte Suprema, mayo 15-54).

Jamás el Estado colombiano, en ejercicio omnimodo de su soberanía, le ha concedido la calidad de funcionario público a los sacerdotes, así les haya otorgado validez a algunos actos cumplidos por ellos por virtud de acuerdos concordatarios.

No en vano dijo la honorable Corte Suprema en providencia del 15 de diciembre

de 1974: "...los funcionarios públicos son los creados por la ley, aquellos a que se refiere el Código Político y Municipal principalmente, y desde luego que si en el art. 17 de la ley 35 de 1888 —aprobatoria del Concordato de 1887, clarifica el despacho— se pactó que el acto de la celebración del matrimonio será presenciado por el funcionario que la ley determine, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, fue porque claramente se comprendió que los curas párrocos no eran funcionarios públicos, pues si así fuera, habría una redundancia inexplicable al establecer que dos funcionarios públicos presenciaran o autorizaran el mismo acto". (Véase también "G. J.", núm. 2062, pág. 418; t. I, núm 2916, subrayamos).

Ahora bien. Si después la ley 92 de 1938 le quitó el carácter de *pruebas principales* a esas partidas eclesiásticas y luego el decreto 1260 de 1970 las despojó del carácter de *pruebas supletorias* que le había dejado la ley 92, cabe afirmar que hoy esos registros eclesiásticos son meros documentos privados, según consenso actual.

Pero para ir hasta lo más lejos, cabría incluso admitir en hipótesis y en gracia de discusión, que las actas de origen eclesiástico eran documentos públicos antes de la vigencia de la ley 92 de 1938. Con todo, esa suposición no tendría hoy ninguna validez ni relevancia alguna, puesto que actualmente tienen su real y única dimensión de documentos privados.

Si en ese entonces una acta de esas fuera susceptible de falsedad en documentos públicos, ¿se podría en este momento —cabe preguntar— formular acusación en contra de la sindicada C. C. de G. porque en 1982 supuestamente falsificó una partida eclesiástica de nacimiento de 1914 y una partida matrimonial de 1936?

La respuesta debe ser negativa, puesto que de lo contrario la justicia penal se llevaría de calle el principio irreductible de la legalidad de los delitos (*Nullum crimen sine lege*),

que exige en forma inmovible que el hecho tiene que estar previamente descrito en el momento de su realización.

En la remota hipótesis de que esos documentos hubiesen sido públicos en 1914 y 1936, ya hoy no lo son porque el legislador habría acabado con esa asimilación, pues fuere de aceptación en la lejanía esa opinión, procedería entonces hacer el símil con los cheques, que la ley asimilaba a públicos en vigencia del art. 233 del Código Penal de 1936, en caso de que se dijere que eso era lo que hacía también el art. 232 del mismo estatuto.

Cuando el Código Penal de 1980 puso término a esa asimilación en cuanto a la pena, hubo acuerdo indudable de que los "instrumentos negociables" falsificados bajo la vigencia de la ley anterior y aún pendientes de juzgamiento, debían ser juzgados por la ley de 1980, que venía a ser legislación más favorable, en clarísima aplicación del principio cardinal de la retroactividad de la ley más benigna al procesado, a términos del art. 26 de la Const. Nal.

A nadie se le ocurriría decir, pues, que alguien que haya falsificado un cheque después de la vigencia del Código de 1980 deba responder de "falsedad en documento público", con el paralogismo de que antes ese documento estaba asimilado a público.

No puede ser posible entonces que la señora C. responda de falsedad en documento público, por una conducta suya ejecutada en noviembre de 1982 sobre actas que en este momento tienen el carácter de documento privado frente a la ley del Estado y específicamente ante la ley penal. Los tránsitos legislativos en este campo no pueden desdenarse, ya que ello daría pie a desconocer los efectos del ámbito temporal de la ley.

Sería tanto como decir que lo que era documento público por asimilación en el Código Penal de 1936, en homenaje a la discusión, valga insistir, seguiría siéndolo en vigencia del Código Penal de 1980, violando así flagrantemente el principio de garantía

que inspira la necesaria y previa tipicidad de los hechos punibles y quebrantando de este modo la espina dorsal del derecho penal demoliberal que nos gobierna.

Luego la conclusión de ser documentos privados procede por una o por otra vía y con arreglo a ello lógicamente adquiere claridad el problema de quien debe ser el funcionario de la competencia. Y como entonces esos documentos fueron usados en la ciudad de Bogotá, fue allí donde se realizó obviamente la segunda fracción del tipo de conducta que modela el art. 221 del actual Código Penal.

De ahí se sigue, según nuestra opinión, que debe ser el señor juez séptimo superior de Bogotá quien conozca de este proceso por los factores objetivo y territorial de la competencia.

En consecuencia, el juzgado quince superior de Medellín, *se declara también incompetente para conocer de este proceso*. Y ordena, por eso, remitir esta actuación a la honorable Corte Suprema de Justicia para que dirima la controversia.

Cópiese y notifíquese.

Mario Salazar Marín, juez; Ramón A. Cifuentes B., secretario.

Tribunal Superior de Medellín

DOSIS DE APROVISIONAMIENTO EN EL CONSUMO DE BAZUCA

La corporación declara la nulidad de lo actuado a partir del auto de clausura de la investigación, en un proceso tramitada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro por violación del decreto 1188 de 1974, por considerar que la competencia radicaba en el juez penal municipal de dicha localidad, ya que debe entenderse por dosis personal el consumo fraccionado de la droga, siempre y cuando no exceda de un volumen propio de esta noción así concebida. En consecuencia, la dosis de aprovisionamiento debe entenderse en adelante como dosis personal.

Dr. EDILBERTO SOLÍS E.

Medellín, julio diez y ocho de mil novecientos ochenta y tres
Acta núm. 054

VISTOS:

De marzo veintitrés (23) del año en curso, es el interlocutorio emanado del Juzgado 1° Penal del Circuito de Rionegro, por medio del cual llama a responder en juicio criminal, tramitación ordinaria, a J. G. I. R. "por el delito innominado que define y sanciona el decreto 1188 de 1974" y concedió el beneficio de la libertad inherente a la posibilidad de aplicación del sustituto que disciplina el art. 68 del Código Penal y de acuerdo al num. 5° del art. 453 del C. de P. P. (fls. 61-68).

El defensor apeló oportunamente de la decisión (fls. 71) y sustenta el recurso evidenciando una inconformidad con la equiparación del juzgado al calificar la conducta de su defendido como violatoria del inciso 1° del art. 38 del Estatuto Nacional de Estupeficientes, "cuando debió llamársele por la contemplada en el inciso 2°", ante la realidad de drogadicto del procesado, sustentada no solo por el dictamen médico-legal sino en testimonios que echó de menos, para en-

trarse de preferencia a presunciones y especulaciones y en especial, a la prueba que se desprende en contrario de la versión de la madre y de la amante de I. R. que desconocen las aficiones de este a los alucinógenos y al protuberante aspecto de que siendo un hombre descolocado, pueda gastar considerable suma de dinero en adquisición de la bazuca que se le decomisó.

Agrega el apelante que a este respecto obró la juez con generosos cálculos sin una reflexión más seria en la afirmación del drogadicto, atinente a que lo que conservaba de más de la dosis personal obedecía a que se retiraba al municipio de Remedios y se aprovisionó para el consumo, toda vez que no pensaba volver y se demoraría bastante tiempo. "Es la misma lógica del bebedor empedernido de aguardiente o de cerveza, que en un solo día se gastan el salario del mes o de la quincena y «se aparecen a la casa con el costal vacío». Sin embargo, para esos tales no hay sanción tan severa" (fls. 75). Considera, de consiguiente, que el auto de proceder debe ser modificado con un cargo

* Como tal actuó el dr. Efraim Hincapié.

verdaderamente existente y que daría competencia al juzgado penal municipal de Rionegro (fls. 76).

De la misma opinión es el señor fiscal 8° de la corporación en su precedente concepto, pues estima que los hechos son claros y no permiten ninguna discusión (fls. 77) y muy razonadas y enteramente lógicas las explicaciones de I. R. sobre su adicción y "de ahí, entonces, que dada la prueba aportada, es de rigor aceptar tanto la adicción a la droga, como la cantidad como dosis personal —podría ser en este caso lo que algunos llaman dosis de aprovisionamiento— y de ahí que, como atinadamente lo expone el señor defensor del procesado, la competencia para el juzgamiento, recae en el juzgado penal municipal de Rionegro. Pero como el Tribunal en este caso el Tribunal (sic) no puede modificar el cargo, tal como lo sugiere aquel letrado —esto es no es de su competencia— lo prudente y procedente es anular este proceso desde el auto de cierre de la investigación y ordenar que las diligencias pasen al juez penal municipal aquel. Esto es lo que en estos instantes pide la fiscalía" (fls. 79).

LOS HECHOS:

El dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), a eso de las diez y media de la mañana, agentes de servicio en el municipio de Rionegro, observaron a un sujeto que salía de la casa de un individuo apodado "el Águila", por la carrera 52 con calle 48 esquina, con una caja, y resolvieron interceptarlo y llevarlo al cuartel, en donde lo requisaron y le hallaron tres cajas de fósforos con un contenido de 164 papeletas de bazuca, las que, según el aprehendido, llevaba para el municipio de Remedios, hallándose además la suma de cuatro mil pesos en efectivo (fls. 1, 2 y vto. 16-17).

Esto es lo que informan y ratifican bajo juramento los gendarmes H. H. L. (fls. 2 y 16) y el comandante del distrito J. M.

C. A. (fls. 1), con la aclaración por H. que es el primer procedimiento contra tal individuo que efectuaba en compañía del agente L. y precisamente salía de la casa de "el Águila", contra quien ha tenido varias intervenciones porque "a él se le ha encontrado bazuca o marihuana" (fls. 16 vto.), cuando han efectuado allanamientos a su residencia, "le hemos encontrado residuos de bazuca, lo mismo que donde la empaca y marihuana también le hemos encontrado" (fls. 17).

S. O. R. (a. El Águila) nada dice de las anotadas circunstancias por el agente H. y niega incluso que ese día hubiere salido de su residencia J. G. de quien sí conoce "que hace unos pocos años le cogieron una mata en el solar de la cantina o de la casa (de marihuana)", pero no sabe si la fuma. Trabajaba en una fábrica y últimamente lo veía "para arriba y para abajo con la mujer" (fls. 15).

Quien lo conoce como gran dirigente sindical, habla del procesado además, que tuvo conocimiento por referencias de gustarle fumar marihuana "aunque en mi presencia nunca lo he visto", pero varios trabajadores de la empresa así se lo han comunicado (fls. 40). Igual afirmación hace G. de J. S. Z., no obstante que no le consta personalmente la entrega a ese vicio por parte de G. (fls. 41). Al contrario, F. R., madre del procesado, ignora esa adicción de su hijo a droga que produzca dependencia física (fls. 13). Ese día sacó la ropa de la casa y le dijo que se iba del todo para Remedios, porque estaba muy aburrido allí y no había podido conseguir trabajo. Estuvo dos meses en el seguro social operado del hígado, "al punto de la muerte" (fls. 12 vto.).

El agente J. de J. L. complementa a su compañero de procedimiento y categóricamente asevera que vio personalmente cuando el imputado salía de la residencia del "Águila", lo que observó a una distancia de quince metros. Advierte que el capturado les comentó que se iba para Remedios y que

“la mencionada bazuca la había comprado para el consumo de él, no es más” (fls. 18).

El examen del laboratorio encontró las 164 porciones de polvo color crema con un peso neto de 7,315 gramos y una concentración o pureza del 65% positivo para cocaína base (fls. 29 y 31).

En su versión indagatoria, G. expresa que ese jueves del procedimiento traía unas cositas para trasladarse a Remedios y fue interceptado por los agentes, los que al requisarlo le hallaron “163 bazucos y cuatro mil pesos” (fls. 6 vto.), de lo cual no ha sido nunca vendedor y la portaba por la sencilla razón de que después de su enfermedad, que lo tuvo al borde de la muerte, quedó sufriendo grandes dolores debido al frío, que solo se le calmaban con la bazuca, sin que nadie se la hubiera recetado para ese efecto, “sino que como adicto que soy yo me daba cuenta de que con eso se me calmaban los dolores” (fls. 7). Agrega que le costó once mil pesos (\$ 11.000.00) y se la compró a un tipo que estaba parado en la esquina y que conoce como expendedor. Estaba en papeletas porque así la venden y como es tan cara hasta esa suma llegó la inversión. Al “Águila” lo conoce porque es el sintoma de una ahijada suya y se llama S. O. R. (fls. 7 vto.).

Confirma la drogadicción del procesado no solo las declaraciones que atrás se mencionaron, así fuere de mera referencia y la explicación que de primera mano le escucharon los agentes al aprehendido, sino también la certificación del médico legista del hospital regional San Juan de Dios de Rio-negro, que muestra a un paciente ansioso, orientado, “sin signos ni síntomas de abstinencia a las drogas que dice consumir”, pues comunicó ser consumidor de marihuana desde hace veintitrés años y de cocaína desde nueve meses. Así conceptúa la médica “que se trata de un paciente con historia de consumo de marihuana y de cocaína base. Que teniendo en cuenta su patología hepática previa y el grado de adicción podría ser moderado para calmar su sintomatología por la

patología orgánica, en cuanto a la dosis personal se podría conceptuar: marihuana hasta cinco gramos al día, y cocaína base hasta un gramo día pero dependiendo si es del ciento por ciento de pureza” (fls. 39).

Se le hace muy curioso a la juez que personas como la señora madre y la amante del sindicado (fls. 13 y 45 vto. a 46), desconozcan en forma absoluta el consumo de estupefacientes que pregona J. G., siendo personas tan allegadas al mismo, olvidando que la misma progenitora expresa que prácticamente no vive con él y que la última vez que lo vio fue en diciembre dos (2), cuando llegó a anunciarle que se iba definitivamente para Remedios y que pensaba vender algunos de sus enseres, ya empeñados, para el recurso monetario del viaje. Dice F. R. que resolvió negociar con su hijo esos objetos por la suma de quince mil pesos, los que consiguió con el señor de la funeraria que se llama A. N. (fls. 4 vto.), y efectivamente así lo corrobora este, enseñando el recibo correspondiente de la suma entregada, con fecha diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y dos (1982) —fls. 27 vto.—.

Sobre la precedente circunstancia del dinero invertido en la adquisición de la droga, la *iudex a quo* reclama la lógica que no ve en individuo que con más de un año sin trabajar realice sus haberes domésticos e invierta las tres cuartas partes “de ese realizo en comprar un estupefaciente que no le es indispensable (imprescindible) ni su abstinencia le afecta como bien lo puntualiza el experto médico, porque I. R., de acuerdo a ese concepto y a la evidencia recogida, puede ser un consumidor de farmacodependientes, pero no es el drogadicto altamente compulsivo, esto es, de la naturaleza y alcances en que se le quiere hacer aparecer” (fls. 66).

Cabe anotar, de un lado, que si desempleado el procesado por más de un año obtuvo la suma de quince mil pesos con la venta de sus enseres a su progenitora ese mismo día del procedimiento, de los cuales

invirtió once mil pesos (\$ 11.000.00) en el fármaco y cuatro mil pesos que le decomisaron, para unas cuentas exactas de la suma total; de otro lado, el procesado acepta ser adicto a la marihuana desde hace veintitrés años y apenas nueve meses antes a la bazuca, enseñando así el conocido ciclo de los adictos a esta última droga, que empiezan generalmente con otras sustancias, como la marihuana y terminan mezclándola con pasta de coca o con esta última solamente, consiguiendo pasar del cuadro de la dependencia meramente física de la *cannabis sativa* al de una severa dependencia síquica de la cocaína. Son diferentes los efectos de fumar pasta de coca solamente o mezclada con tabaco o con marihuana. Todo depende del grado de pureza y de la preparación. Ya detecta el dictamen de la experta esa dependencia síquica al hablar de paciente ansioso (fls. 39).

Resta entonces por dilucidar, como lo pretende el defensor recurrente y el fiscal colaborador de la Sala, si el hecho punible puede ubicarse o no en el inc. 2° del art. 38 del decreto 1188 de 1974 y “no en la modalidad de llevar consigo” con un propósito definido, que para la juez “no podía ser distinto a la de traficar con ella” (fls. 67).

Ese pronóstico es la natural deducción que de entrada puede hacerse, mas resulta una conjetura cuando en ninguna parte del haz probatorio se afirma que el inculcado expenda la sustancia y si no hay nada que lo contradiga en su aseveración de que la consiguió para su consumo personal y en una porción de aprovisionamiento especial porque se ausentaría para el municipio de Remedios, en donde pensó no la conseguiría tan fácilmente, no hay manera de rechazarla.

Que esa dosis personal, que en la cantidad incautada “necesitaría por día un promedio, tentativo, de 20 papeletas de las decomisadas” e implicaría una actividad de consumo constante y una cuantiosa erogación, con la significación de verse obligado a disponer “de dos mil pesos diarios, como mini-

mo y calculando el precio más bajo para la adquisición del estupefaciente” (fls. 66), es faceta que demanda precisión porque las aparentemente lógicas apreciaciones de la juez son un simple problema del drogadicto que como conjeturas no deben funcionar en su contra, y así igualmente el que invierta buena parte del valor de sus enseres en provisión de sustancia a la que está adicto y le produce dependencia síquica. La realidad del drogadicto muestra que estos individuos llegan hasta tal punto en su vicio, que pueden aventurar no solo el importante factor de la salud sino sus propios bienes y el propio interés por la existencia, como que lo único que les importa es la droga.

Síndrome de abstinencia no avizoró la experta médica porque esta sustancia no lo ocasiona, ya que solo aparece en las que producen dependencia física, como la marihuana, la cual G. consume desde hace 23 años y parece haber dejado en el ciclo evolutivo de su adicción.

La noción de dosis personal, que en el dictamen se fija en cinco gramos al día para la marihuana y un gramo-día para cocaína base, de un ciento por ciento de pureza, depende de la forma de ingestión, como que la máxima cantidad tolerada por vía parental es de 0.3 gramos y 2.5 gramos por vía oral. Esta noción va entrañablemente unida a la de aprovisionamiento, pues se ha revaluado la que la rutina médico-legal había señalado en interpretación del art. 6° del Estatuto Nacional de Estupefacientes y que se pretende corregir en el proyecto de reforma con la concepción de dosis de aprovisionamiento para uso personal, con determinación normativa de esta para la marihuana (que no exceda de 10 gramos y las hachis que no exceda de 5 gramos) y para la cocaína (no mayor de un [1] gramo y cuya concentración no exceda del 10% —art. 1° del proyecto núm. 13 de 1978—). Advierte este texto que en ningún caso se considera dosis de aprovisionamiento para uso personal la pasta o base de coca.

Empece a esta última prescripción no vigente, la sala observa que se está ante una realidad de que el procesado es más bien víctima del comercio de la droga y no un traficante o, al menos, la prueba no indica que lo sea y sí es pródiga en señalar que la usa para su consumo personal. La exclusión que hace el proyecto de la pasta o base de cosa para dosis de aprovisionamiento, no tiene una clara justificación, y bien se ve, ante el auge de la bazuca, que el consumidor se aprovisiona de ella en porciones mínimas, destinadas a su uso propio y en razón, para el caso de G. que se retiraba hacia el municipio de Remedios por bastante tiempo. Pensar que lo animaba la intención de suministro a terceros es una consideración sin respaldo probatorio alguno, como ya se dijo. Esas porciones mínimas, para consumo individualizado, se compaginan con la frase del art. 6° de ingerir o injerir "de una sola vez", pues la noción de dosis personal, al decir de la Corte Suprema de Justicia en providencia de mayo 6 de 1980, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, no equivale a que se reduzca la cantidad destinada a ese uso, y se aplique unitariamente, de modo integrado o total. Por tanto, debe entenderse por dosis personal el consumo fraccionado de la misma como el consumo total, cuando no excede de un volumen que es propio de esta noción así concebida. El proyecto unifica la dosis de aprovisionamiento y la personal porque ambas suscitan idéntico tratamiento y son prácticamente inseparables, en corrección de las posibles injusticias por interpretaciones demasiado restrictivas, que llevan a sacar al adicto de la norma benigna a la severa del traficante, por estimar que está por fuera

de esas dosis de aprovisionamiento para uso personal, las pequeñas porciones que son utilizadas en parte y en parte se reservan para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso. En definitiva ambas expresiones se refieren a una parte destinada al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad. (Jurisprudencia citada).

Las precedentes consideraciones y la prueba misma, autorizan en justicia ubicar el hecho punible en el inc. 2° del art. 38 del decreto 1188 de 1974 y por consiguiente habrá de anularse la actuación a partir del auto de cierre de la investigación, para que el juez competente, que lo es el penal municipal de Rionegro, asuma el conocimiento del sumario y se le dé la adecuada calificación al hecho investigado.

Por lo considerado, acorde con el parecer fiscal, *el Tribunal Superior de Medellín*, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara la nulidad* de lo actuado en este asunto (auto de fecha, naturaleza y procedencia indicadas) a partir del auto de clausura de la investigación inclusive, y ordena que por el juzgado de instancia se remita el expediente al señor juez penal municipal de Rionegro, quien es el competente para conocer del mismo, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados: Edilberto Solís Escobar, Edgar Escobar López, Jaime Taborda Peñañez, Alberto García Quintero, secretario.

Información criminológica

CURSO INTERNACIONAL DE JUSTICIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Documento 1. Prospecto preliminar

Curso Internacional de Justicia penal y Criminología Crítica. (Octubre 1984 - Septiembre 1986).

En las universidades de Boloña (Italia), Rotterdam (Holanda) y Saarbrücken (República Federal Alemana) se ofrecerá un programa común de estudio sobre justicia penal y criminología crítica, auspiciado por la Comisión de las Comunidades Europeas. El curso estará enmarcado dentro de las actividades de las cátedras de *Diritto Penitenziario* (Facultad de Derecho, Universidad de Boloña, prof. MASSIMO PAVARINI); *Strafrecht an Kriminologie* (Facultad de Derecho, Universidad Erasmus de Rotterdam, prof. LOUK HULSMAN); *Rechts-soziologie und Sozialphilosophie* (Facultad de Derecho Universidad de Saarland, Saarbrücken, prof. ALESSANDRO BARATTA).

El tema general del curso es el análisis de la justicia penal y de las políticas criminales en las sociedades altamente industrializadas, incluyendo el análisis comparativo de otros tipos de sociedades no europeas. También serán considerados las tendencias actuales y los modelos alternativos en el campo de la política criminal.

El carácter conjunto del curso está dado por las actividades docentes paralelas, que contarán con los mismos materiales didácticos en las tres universidades y por las sesiones de estudio en común.

El primer período del curso comenzará el 1° de octubre de 1984. Los subsiguientes períodos transcurrirán a lo largo de dos años.

Duración del curso: Dos años.

Comienzo: 1° de octubre de 1984.

Lugar del curso: Los períodos regulares se realizarán en cada una de las tres universidades, mientras que las sesiones de estudio en común —de dos o tres semanas de duración cada una— se realizarán en uno de los tres países previamente mencionados (probablemente en Roma).

Idiomas del curso: Para los períodos regulares, el idioma será el del país sede. Para las sesiones de estudio en común, el inglés. Se requerirá un conocimiento pasivo y activo del idioma del país y del inglés. En cada una de las universidades

se contará con facilidades para perfeccionar el conocimiento del idioma (ver pre-requisitos de admisión).

Materiales de enseñanza: Serán editados por cada universidad en el idioma del país y en inglés.

Pre-requisitos de admisión: El curso estará abierto a:

a) estudiantes graduados y no graduados de Derecho y Ciencias Sociales de los tres países anteriormente mencionados;

b) estudiantes huéspedes de países europeos y no europeos, becarios y aquellos que cubran sus propios gastos;

c) personas con experiencia profesional en justicia penal y en el campo de la asistencia social.

Los estudiantes no graduados de la categoría a) y todos los estudiantes de las categorías b) y c) serán admitidos previa recomendación de uno de los tres directores de estudio y de la evaluación de sus conocimientos y actividades precedentes, realizada por el Consejo de Directores. Los estudiantes graduados y aquellos que posean un posgrado serán admitidos sin evaluación.

Las personas que no deseen participar en la totalidad del programa, pueden requerir al Consejo de Directores su admisión parcial, en una de las partes de este.

Grados y certificados:* Las actividades del curso forman parte del programa de estudio conducente a la obtención de un grado en una de las tres universidades. Podrán optar a un certificado de asistencia con evaluación aquellos estudiantes que:

a) hayan participado satisfactoriamente en todo el programa, y

b) hayan presentado una exposición científica aceptada por el Consejo de Directores y haya sido defendida en público en una de las sesiones de estudio en conjunto.

La exposición científica será presentada en la respectiva universidad que le otorgue el grado.

Podrán optar a un certificado de asistencia sin evaluación aquellas personas que hayan participado satisfactoriamente en solo una de las partes del programa.

Costos: Los estudiantes regulares de los tres países estarán eximidos de todo pago. Para los otros estudiantes el costo será de 1.000 marcos alemanes o su equivalente, para el período de dos años. Los costos no incluyen materiales, transporte ni alojamiento en las sesiones de estudio en común.

Los gastos extras globales para las seis sesiones de estudio conjunto están estimados en, aproximadamente, 4.500 marcos alemanes.

Cada cátedra de las tres universidades podrá asistir a los estudiantes para obtener una ayuda financiera para las sesiones de estudio en común.

Contenido general del curso: Análisis de los sistemas de justicia penal en las sociedades altamente industrializadas y enfoque comparativo de otros tipos de sociedades. Los temas principales están organizados en seis unidades:

* Boloña: a) *Laurea*

b) *Dottorato di ricerca*

Rotterdam: a) Examen de doctorado, *Nederlands Recht or Vrige studierichting*

b) *Doctorsgraad*

Saarbrücken: a) *Magister*

b) *Diploma*

c) *Promoción*

1ª unidad. Situaciones conflictivas y problemas sociales: la construcción social de la realidad.

2ª unidad. La construcción de la criminalidad y de la reacción social.

3ª unidad. Prácticas selectivas de las agencias de justicia penal.

4ª unidad. Funciones manifiestas y latentes de la justicia penal.

5ª unidad. Políticas criminales alternativas y alternativas al sistema penal.

6ª unidad. Nuevas tendencias en política criminal.

Los resultados de las cinco primeras unidades serán analizados en profundidad haciendo especial referencia a cuatro tópicos específicos:

1. Drogas

2. Cárcel

3. Tránsito

4. Violencia

Objetivos generales del curso: a) Desarrollar una visión crítica de la construcción de la realidad, enmarcada en el análisis de los conflictos en la sociedad.

b) Ampliar el conocimiento histórico, sociológico y político de los sistemas de justicia penal y de las instituciones relacionadas con él.

c) Desarrollar la práctica y los conocimientos que permitan tratar los problemas sociales y las situaciones problemáticas, incluyendo las políticas criminales alternativas.

Estructura y tiempo de trabajo del curso: Cada unidad, relacionada con los cuatro tópicos, será estudiada en un período de tres meses.

Primer año

«Período 1. Unidad 1. Octubre 1984 - Febrero 1985 (La primera sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Período 2. Unidad 2. Febrero - Abril 1985 (La segunda sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Período 3. Unidad 3. Mayo - Julio 1985 (La tercera sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Segundo año

Período 4. Unidad 4. Octubre 1985 - Enero 1986 (La cuarta sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Período 5. Unidad 5. Febrero - Abril 1986 (La quinta sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Período 6. unidad 6. Mayo - Julio 1986 (La sexta sesión conjunta de estudio tendrá lugar al final de este período).

Aspectos metodológicos: Al analizar cada unidad el estudiante recibirá un "libro de trabajo" que incluirá bibliografía, textos fundamentales, ejercicios individuales para realizar en su casa, preguntas y explicaciones de los conceptos centrales. Durante el curso, el director de estudios, así como los asistentes de cada universidad, discutirán y seguirán el trabajo de los estudiantes —individual y grupalmente—, a través de seminarios y encuentros informales.

El curso también comprenderá un contacto directo con situaciones problemáticas, así como otras actividades extracurriculares que serán propuestas y discutidas en seminarios y encuentros.

Sesiones de estudio común: Al culminar cada período, los estudiantes de las tres universidades tendrán una sesión de estudio en conjunto obligatoria, en la cual se discutirán las experiencias individuales y se tendrán conferencias sobre puntos específicos.

Dirección académica: La dirección académica estará conformada por los directores de estudio y los profesores y/o asistentes científicos de cada universidad. Los miembros del Comité Científico de la revista *Dei delitti e delle pene* serán invitados a acercarse a la dirección académica, así como a participar en conferencias y seminarios sobre temas específicos referidos a las propuestas de este curso.

Información: Para mayor información dirigirse a:

Secretaría General del Curso Internacional de Justicia Penal y Criminología Crítica.

c/o EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Institut für Rechts-und Sozialphilosophie
Universität des Saarlandes
6600 Saarbrücken
Federal Republic of Germany

Prof. A. BARATTA
Institut für Rechts-und Sozialphilosophie
Universität des Saarlandes
6600 Saarbrücken
Federal Republic of Germany

Prof. LOUK HULSMAN
Department of Penal Law
Erasmus Universiteit
Post Bus 1738
3000 D.R. Rotterdam
Netherland.

Prof. MASSIMO PAVARINI
Istituto Giuridico Antonio Cicu
Facoltà di giurisprudenza
Università de Bologna
Via Zambori 27
40.100, Bologna.
Italy.

VII CONGRESO INTERNACIONAL DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO

Auspiciado por el Centro Internacional de Criminología Comparada Montreal (Canadá) Coordinado por el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia Maracaibo (Venezuela).

Tema de exposición:

"Corrupción administrativa"

Desde la óptica de la Delincuencia de Cuello Blanco.

Países participantes:

Canadá, Venezuela, Panamá, Argentina, México, Costa Rica, República Dominicana, Brasil, Colombia, etc.

Fechas:

Agosto 20 y 21 de 1984

* * *

II ENCUENTRO DEL GRUPO DE CRIMINOLOGÍA CRÍTICA EN AMÉRICA LATINA

Organizado por el "Grupo de Criminología Crítica Latinoamericano".

Tema de exposición:

"La Educación como Mecanismo de Control Social en América Latina".

Países participantes:

Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Cuba, etc.

Fechas:

Agosto 23 de 1984

Valor: \$ 6.000.00

Estudiantes	50 %	(\$ 3.000.00)
Jueces y Funcionarios de la Rama Judicial	80 %	(\$ 4.800.00)

* * *

I SEMINARIO DE CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Tema de exposición:

"Criminología crítica"

Origen, desarrollo y futuro de la Criminología Crítica y su relación con el Derecho Penal, en Europa, América Latina y Colombia.

Participantes por Europa:

ALESSANDRO BARATTA

Director-Institut für Rechts-und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes (República Federal de Alemania)

MASSIMO PAVARINI

Profesor-Università degli Studi. Bolonia (Italia)

Participantes por América Latina:

Argentina:

ROBERTO BERGALLI

Profesor-Universidad Central de Barcelona (España)

Venezuela:

LOLITA ANÍYAR DE CASTRO

Directora-Instituto de Criminología. Universidad del Zulia (Maracaibo)

Chile:

JUAN BUSTOS RAMÍREZ

Profesor-Universidad Central de Barcelona (España)

Colombia:

EMIRO SANDOVAL HUERTAS

Profesor-Universidad Externado de Colombia

Fechas:

Agosto 24 y 25 de 1984

Valor: \$ 7.000.00

Estudiantes	50 %	(\$ 3.500.00)
Jueces y Funcionarios de la Rama Judicial	80%	(\$ 5.600.00)

La Universidad de Medellín, otorgará certificado de asistencia a los participantes a dichos eventos.

DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO EN AMÉRICA LATINA

Auspiciados por el Centro Internacional de Criminología Comparada con sede en Montreal (Canadá) y coordinados por el Instituto de Criminología de la Universi-

dad del Zulia, Maracaibo (Venezuela), un grupo heterogéneo interesado en cuestiones criminológicas, ha venido trabajando desde 1976 en investigaciones como la violencia y la criminalidad de cuello blanco en América Latina. En la actualidad se investiga sobre la delincuencia de cuello blanco, delimitada al campo de la corrupción administrativa.

Para la culminación de la anterior investigación, se realizará en el mes de agosto de 1984 en la ciudad de Medellín, organizado por el Centro de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, el VII Congreso Internacional de Delincuencia de Cuello Blanco.

Es importante anotar que en este Congreso que tendrá efecto en Medellín el próximo mes de agosto, cumplirá dicho Grupo 10 años de labor efectiva, de donde se desprende una de las atracciones mayúsculas de dicho Congreso.

Anexamos el Proyecto sobre corrupción administrativa como delito de cuello blanco, elaborado en el VI Congreso sobre este tema, efectuado en el mes de junio de 1983 en San José (Costa Rica).

Es importante para nosotros contar con su efectiva colaboración, razón por la cual anexamos una inscripción, la que usted llenará si desea participar en esta investigación, y como es obvio, si está de acuerdo con el proyecto de investigación que le adjuntamos.

Cordial saludo,

JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA A.
Coordinador Congresos de Criminología

PROYECTO SOBRE CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA COMO DELITO DE CUELLO BLANCO

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

La Corrupción Administrativa como Delito de Cuello Blanco.

II. DEFINICIÓN OPERACIONAL

Conductas de corrupción administrativa son las realizadas por los funcionarios públicos de alto nivel en el ejercicio de sus cargos, que ocasionan daño o ponen en peligro el patrimonio, y los fines o el funcionamiento del Estado formalmente previstos, con independencia de las definiciones penales que existan.

A. *Se considerarán funcionarios públicos:*

Aquellas personas pertenecientes al aparato del Estado cuya acción está reglamentada por el orden legal constituido.

B. *Se considerará "funcionario público de alto nivel":*

El funcionario que pueda ponerse fuera del alcance de la ley por la concentración legal de poder que tenga y/o su ubicación real en la estructura del Estado.

C. Se sugieren como indicadores de "alto nivel":

1. Capacidad de decisión política
2. Capacidad de decisión administrativa discrecional.
3. Monto del costo social, moral, económico y/o político que pueda causar su acción.
4. Funcionarios beneficiados por fueros especiales o inmunidades jurisdiccionales.
5. Dificultad para ser incluido dentro del estereotipo del delincuente.
6. Dificultad para ser estigmatizado a pesar de una investigación, procesamiento o condena.

III. MARCO TEÓRICO

Estará basado en el tratamiento teórico que se ha dado al delito de cuello blanco como inherente a la racionalidad del sistema capitalista y, por lo tanto, se ha considerado como habitual y estructural en la América Latina contemporánea.

Se hace referencia al proyecto original y al tratamiento que se le ha dado al delito de cuello blanco en la primera etapa de la investigación. Se prescinde, sin embargo, de la definición GÓMEZ-GARCÍA MÉNDEZ y se regresa a los criterios que delimitan el concepto en el proyecto original.

IV. OBJETO GENERAL

La identificación y explicación, bajo una visión totalizadora, de las conductas de corrupción administrativa, poniendo en evidencia los mecanismos utilizados en su realización, así como la normativa jurídica existente y la manera en que esta se aplica en la práctica de la Administración de Justicia.

V. HIPÓTESIS DE TRABAJO

(Importantes heurísticamente aun cuando no sean controlables).

- A. Históricamente existe una alta generalización de la corrupción administrativa.
- B. Los medios de control social formal ante la corrupción administrativa son deficientes, y los que existen resultan ineficaces.
- C. La corrupción administrativa contemporánea en América Latina, como delito de cuello blanco, tiene su origen en la estructura social capitalista dependiente.
- D. El daño social, económico, moral y político, ocasionado por los hechos de corrupción administrativa y/o el beneficio obtenido por sus autores, son considerables y no guardan relación proporcional con las sanciones establecidas para esos hechos.
- E. En algunos regímenes, hay para la colectividad una posibilidad de acceso al conocimiento de ciertos casos de corrupción administrativa, cuya denuncia sirve para garantizar la impunidad de los demás.
- F. La reacción social ante la corrupción administrativa es generalmente de tolerancia.

VI. MÉTODOS

(Líneas orientadoras de la investigación):

A. Averiguar los casos de corrupción administrativa que se han conocido, con miras a saber si se trata de un problema importante y constante a través de la historia de los países latinoamericanos. No limitarse a las definiciones de los códigos penales. Utilizar los parámetros de daño social, y otras características de los delitos de cuello blanco, para seleccionar los casos.

B. Relacionar la corrupción administrativa con momentos histórico-políticos definidos, con los diferentes modos de producción presentes en nuestra historia y, en particular, con regímenes políticos autoritarios o democráticos.

C. Describir los hechos conocidos (autores, impacto social, costo, etc.).

D. Estudiar el origen, la evolución y el significado de la legislación referente a la corrupción administrativa.

E. Analizar cómo y por qué este fenómeno se manifiesta como escándalo.

F. Determinar sus condiciones y consecuencias.

G. Descubrir la extensión y el significado de la utilización de los diferentes medios formales de control social (sistema administrativo, penal, etc.) en el tratamiento de este delito.

H. Evaluar las sanciones previstas y aplicadas (impunidad, lenidad, diferencia- lidad frente a las sanciones penales ordinarias).

I. Descubrir el sentido de los procedimientos especiales (ante juicios, prohibi- ciones de detención, inmunidades, etc.).

J. Medir la reacción de la comunidad.

Importante:

Cada país enviará a cada delegación, un ejemplar de los códigos y leyes especia- les vigentes que traten casos de corrupción administrativa, con la finalidad de hacer un estudio comparado desde el interior de cada sistema normativo.

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA LATINOAMERICANA

En 1981 se constituye en la Universidad Autónoma de Azcapotzalco (México, D. F.) el Grupo de Criminología Crítica Latinoamericana, dando origen al "Mani- fiesto Criminológico Latinoamericano", en el cual se plasman hipótesis referentes a nuestro carácter de países periféricos, las relaciones de poder en el campo interno que origina la anterior, el control social que de ella se deduce; concluyendo de lo anterior, su objetivo primordial: La constitución de una Teoría Crítica del Control Social en América Latina.

Con miras a la proyección de dicho Grupo se realizará en el mes de agosto de 1984 en la ciudad de Medellín, organizado por el Centro de Criminología de

la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, el II Encuentro del Grupo de Criminología Crítica Latinoamericana. Se ha elegido como tema de investigación dentro de este Encuentro, la *Educación como mecanismo de control social informal*, o de socialización primaria. Por ser tan amplio el tema, a criterio de cada uno se puede investigar acerca de: Legislación sobre educación, Análisis de ideología transmitida en la escuela, Juegos infantiles, Estereotipos en los maestros y Procesos de estigmatización, etc.

Adjunto el "Manifiesto Criminológico Latinoamericano" y la inscripción, la cual se debe llenar si esta dispuesto a trabajar en esta investigación, y, como es lógico, si se comparte el pensamiento de dicho manifiesto.

Cordial saludo,

JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA A.
Secretario Grupo de Criminología,
Crítica de América Latina

MANIFIESTO CRIMINOLÓGICO LATINOAMERICANO

1. Desde 1976, un grupo de interesados en cuestiones criminológicas ha trabajado en torno a la violencia y la criminalidad de cuello blanco en América Latina.

Dicho grupo, con la coordinación inmediata del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia y bajo los auspicios del Centro Internacional de Criminología Comparada, ha superado, felizmente, los estrechos marcos de la criminología tradicional, que impera oficialmente en este subcontinente, hasta llegar a preocuparse por los aspectos relativos al control social en general.

Algunos participantes de ese grupo han decidido la organización de un movimiento criminológico autónomo, de contenido crítico, con independencia de que se continúe separadamente la labor investigativa del Grupo Latinoamericano de Criminología Comparada.

El presente texto contiene un resumen de las inquietudes que han conducido a la constitución de este nuevo movimiento.

2. Las realidades sociales de América Latina, aunque diversas entre sí, responden a una lógica uniforme que ha sido dictada por la política que divide al mundo en países centrales y periféricos, tienen intrínsecamente no solo las posibilidades materiales sino también las capacidades individuales que les permitirían convertirse en una fuerza homogénea, a fin de hacer valer los intereses regionales.

A semejante lógica han respondido coherentemente las situaciones nacionales internas. En ellas han primado, en general, los privilegios de grupo en detrimento de las mayorías. Las distintas oligarquías han constituido siempre los puntos de

penetración del dominio de los países poderosos, y salvo pocas excepciones, no han tenido mayor obstáculo para imponer las políticas más apropiadas a sus propósitos de usufructo de las riquezas naturales y de explotación de los recursos humanos.

3. En el discurso de la centralidad y la periferia del poder, se inscribe la cuestión del control social como un tema prioritario. El tipo de disciplina necesaria para que las relaciones sociales en los países periféricos se mantengan dentro del marco previsto por las potencias imperiales, condiciona la suerte y la forma de los sistemas de control. Las relaciones de producción basadas en la explotación del hombre y generadoras de la desocupación, el analfabetismo, la mortalidad infantil, las grandes masas de marginados, etc., son, entre otros, los medios útiles con que se mantiene el sometimiento, se fortalece el poder de ciertas minorías y el capital transnacional obtiene cuantiosas ganancias.

Y tal como la actualidad lo demuestra, salvo en contados casos la violencia estatal y la represión han constituido las herramientas básicas de aquel control.

4. Todo lo manifestado, sin embargo, no significa que, aun en las situaciones más extremas, no se haga uso del aparato penal del Estado como un mecanismo de cobertura ideológica. El derecho penal ha servido de instrumento para profundizar las diferencias sociales y la ciencia jurídica penal ha justificado la intervención punitiva oficial en auxilio de privilegios minoritarios. Una clara demostración de ello lo constituye la protección que otorgan los códigos penales latinoamericanos a determinados intereses jurídicos particulares, mientras mantienen sin protección importantes necesidades colectivas; máxime que las descripciones legales omiten muchas de las conductas que vulneran bienes de carácter social. Sin embargo, es necesario reafirmar que las garantías que supone el derecho penal liberal deben ser defendidas de modo que puedan combatirse la opresión y el autoritarismo estatales.

5. La legitimación de un derecho penal desigual para América Latina, ha sido corroborada por el papel subalterno que ha desempeñado la criminología tradicional. La determinación de una criminalidad ahistórica fue formulada a partir de unos modelos y de una tipología construidos por el sistema penal —particularmente por la cárcel—, los cuales generalmente se aplican a quien en forma previa resultó marginado por el orden social constituido.

6. El movimiento que se inicia tendrá como objetivo la construcción de una Teoría Crítica del Control Social en América Latina.

Por lo tanto, entre otras cosas, tendrá como objeto el estudio y la denuncia de las situaciones referidas, el señalamiento de la tarea legitimadora cumplida por la criminología tradicional, y la elaboración de estrategias alternativas para el control social en América Latina; de este modo se procurará aunar valiosos esfuerzos individuales que distintos latinoamericanos están llevando adelante.

Las pautas básicas que han de orientar el trabajo conjunto, deben estar determinadas por la erradicación de las ideologías positivista o defensista que han determinado el tratamiento patológico de la criminalidad y la falsa concepción médica y resocializante de la ejecución penal; y, en definitiva, por la erradicación de toda ideología que tienda a convertir la cuestión criminal en un simple problema de orden público.

El movimiento deberá dirigir sus esfuerzos al examen de las realidades concretas de cada país. De él surgirán propuestas para el empleo del sistema penal, las cuales deberán tener en cuenta, fundamentalmente la protección de los derechos de los sectores sociales más numerosos y desprotegidos, que son los que están verdaderamente interesados en propuestas alternativas de política criminal, en la lucha radical contra la criminalidad, en la superación de los factores que la generan y, por fin, en una transformación profunda y democrática de los actuales mecanismos del control social del delito que, a la postre, son los que lo crean y multiplican.

A esos fines, se intentará la mayor difusión posible, tanto en las instancias científicas como en el ámbito popular, de los resultados de las investigaciones pertinentes, así como de los postulados que sustentan el movimiento.

7. Por último, se debe expresar que la proposición de medidas alternativas para el control social en América Latina no significa, de ninguna manera, renunciar a actitudes más radicales y a la convicción de la necesidad de cambios estructurales. Por el contrario, las primeras seguramente contribuirán a estos últimos.

VI ENCUENTRO NACIONAL DE PROFESORES DE CRIMINOLOGÍA, CARTAGENA, 1984.

Dr. JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA

Anualmente, durante los últimos seis años se han venido reuniendo los profesores de criminología en el orden nacional. Teniendo como norte entre otros el análisis objetivo de la experiencia docente para lograr unificar criterios en torno a la enseñanza de la criminología, el intercambio recíproco de bibliografía y documentación que haga más científica la enseñanza de esta ciencia, y la proyección de investigaciones que enriquezcan nuestras facultades de derecho, tan precarias en este aspecto.

El VI Encuentro Nacional de Profesores de Criminología, se realizó entre el 25 y el 28 del mes de enero y tuvo como sede la Universidad de Cartagena. A este asistieron delegados de la Universidad de San Buenaventura (Cali), Universidad Libre (Pereira), Universidad Nacional, Universidad Autónoma (Bogotá), Universidad Externado de Colombia (Bogotá), Universidad Santiago de Cali (Cali), Universidad Autónoma (Bucaramanga), Universidad de Medellín y la participación especial de la Universidad de los Andes, de Mérida, Venezuela.

A este encuentro se llevaron los resultados obtenidos en la investigación realizada a nivel nacional acerca de "La duración real del proceso penal militar"; dicho análisis se dará a conocer a la opinión pública en poco tiempo; igualmente, se acordó un programa mínimo para la enseñanza de la criminología en el país. Intervino el doctor LUIS GERARDO GABALDÓN (Universidad de los Andes), quien expuso "sobre sistema de justicia penal; funciones simbólicas e instrumentales y expectativa de la población"; la doctora YASMIRA GÓMEZ BUSTILLO (Universidad de Cartage-

na), disertó sobre "factores económicos e influencia en la criminalidad"; la última exposición estuvo a cargo del doctor ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, que habló "sobre las bases de la investigación". Finalmente, el doctor EDGAR SAAVEDRA, de la Universidad San Buenaventura de Cali, entregó el material bibliográfico recopilado en catorce diferentes bibliotecas distribuidas en el país, con un total de mil seiscientos treinta y tres (1.633) títulos. Material este que está a disposición de la actividad docente e investigativa que se desarrolla en el país.

Para el año en curso se tiene programado el I Seminario Nacional de Criminología, financiado por Editorial Temis, y organizado por la Universidad de Medellín. El tema será "Sistemas Penitenciarios" y se desarrollará en la última semana del mes de mayo.

Como trabajo de investigación, a petición de la Comisión Asesora para Reforma Integral de la Justicia Penal, se hará un estudio sobre la "Descriminalización en Colombia". Igualmente, se llevará al próximo encuentro un estudio sobre la Metodología de la Investigación.

Se hace un llamado a los profesores de criminología del país, a que participen en forma activa en los próximos encuentros. Los interesados favor comunicarse con el doctor GUILLERMO VILLA ALZATE o la doctora GLADYS ROJAS VILLAMIZAR en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que será la sede de la VII Reunión Nacional de Profesores de Criminología en el mes de enero de 1985.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis,
S. A., el día 26 de mayo de 1984.

LABORE ET CONSTANTIA