# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

DIRECTOR

COORDINADOR

Leingabe Prof. Ambas

#### **EDITORIAL**

Un reclamo de colaboración armónica J. Guillermo Escobar Mejía.

#### DERECHO PENAL

La prevención especial en la teoría de la pena Hernando Londoño Jiménez.

La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales

Fernando Velásquez V.



#### CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Delincuencia empresarial y reacción social: el caso argentino

Luis Marcó del Pont-Juan Pegoraro T.

La ciudad y su revés

Massimo Pavarini.

Primer Informe de la Comisión Asesora para la Reforma Integral de la Justicia Penal (Parte primera).

#### **JURISPRUDENCIA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inculpabilidad por error de interpretación vencible.

Alfonso Reyes Echandía.

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA. Autonomía del jurado de conciencia para reconocer la existencia de un error vencible sobre la concurrencia de una causal de justificación. Reynaldo Polanía Polanía.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Denegación de recursos interpuestos por la parte civil cuanto esta no tiene interés jurídico en recurrir. Dídimo Páez V.

CO/XIV F/Z 2345

1984

ABRIL MAYO JUNIO

#### **Director** NODIÉR AGUDELO BETANCUR

**Coordinador** FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Consejo Consultivo

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
JUAN GUILLERMO SEPULVEDA A.

Auxiliares

LINA ADARPE CALLE
JUAN ROBERTO SOTOMAYOR A.

AÑO VI • Abril • Mayo • Junio • 1984 N° 24

Licencia en trámite

# **NUEVO FORO PENAL**

**REVISTA TRIMESTRAL** 



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.

© 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**

Un reclamo de colaboración armónica. Guillermo Escobar Mejía	143
DERECHO PENAL	
La prevención en la teoría de la pena. Hernando Londoño Jiménez	151
La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales. Fernando Velásquez V	187
CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMIN	AL
Delincuencia empresarial y reacción social: el caso argentino. Luis Marcó del Pont y Juan Pegoraro T	211
La ciudad y su revés. Massimo Pavarini	225
Primer informe de la Comisión Asesora para la Reforma Integral de la Justicia Penal. (Parte primera)	249
JURISPRUDENCIA	
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inculpabilidad por por error de interpretación vencible. Ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía	259
vencible sobre la concurrencia de una causal de justifi- cación Ponente: doctor Reynaldo Polanía Polanía TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Denegación de recursos interpuestos por la parte civil cuando esta no tiene interés jurídico en recurrir. Ponente: doctor Dídimo	285
Páez V	269
BIBLIOGRAFÍA	
MASSIMO PAVARINI: Control y dominación (teorías criminológicas burguesas proyecto hegemónico). Juan Guillermo Sepúlveda.	275
TRIBUNAL PENAL, N° 2. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia. Fernando Velásquez V.	280

# **EDITORIAL**

in the transfer of the first of the section of the

The Control of the Co

and the state of the work according to the property of the section of the section

2 N. F. Penal, Nº 24

# UN RECLAMO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA\*

"En ciertas ciudades de Holanda viven en oscuras tenduchas los talladores de piedras preciosas, los cuales pasan todo el día trabajando en pesar, sobre ciertas balanzas de precisión, piedras tan raras, que bastaría una sola para sacarlos para siempre de su miseria. Y después, cada noche, una vez que las han entregado, fúlgidas a fuerza de trabajo, a quien ansiosamente las espera, serenos preparan sobre la misma mesa en que han pesado los tesoros ajenos, su cena frugal, y parten sin envidia, con aquellas manos que han trabajado los diamantes de los ricos, el pan de su honrada pobreza. También el juez vive así" (PIERO CALAMANDREI).

Señor Presidente de la República; Señor Ministro de Justicia; señores Parlamentarios: Dejad que vivamos así. Nada más os pide la Rama Jurisdiccional. No deseamos "ni el oro ni el armiño". La vida modesta es una vida moral. Es suficiente dignidad ser talladores de Justicia sobre el yunque del bien común cuyos destellos son: la fraternidad, la equidad; en términos de Virgilio: "...enseñar los caminos de la Paz, perdonar a los humildes y abatir a los soberbios" (La Eneida).

Pero ello no es posible, si empece a la tenebrosa realidad, permanecéis indiferentes, ajenos a nuestra angustia. Lo institucional exige un alma armónica que, amorosamente (si se nos permite el término), actúe cautelarmente, con esa bella espontaneidad que es esencial del auténtico cumplimiento del Deber. Vosotros tenéis la iniciativa legislativa y por tanto estáis obligados al análisis, a la claridad y a las respuestas certeras y oportunas de las cuestiones que comprometen el bien general. Siendo una de ellas, tal vez prioritaria, la incolumidad moral del Poder Judicial; el fortalecer su resistencia ante la seducción y el miedo.

A nadie escapa que enemigos poderosos nos atacan: que poseen organización, perversidad, incontables bienes materiales, podridos intereses; y, en las manos: el hierro.

Se cuenta que Filipo de Macedonia, ambicioso como era, carecía de escrúpulos. Su estrategia escalonaba la astucia y la crueldad. Suyo fue el método que, ahora, "Filipos" históricamente enanos, pero gigantescos en protervia e impiedad, nos

Este Editorial fue escrito y entregado antes del asesinato del Ministro de Justicia. De ahí que su autor, telefónicamente, se permita adicionarlo con esta brevísima glosa: "El Ministro de la referencia era el Dr. Lara Bonilla. Ahora, el Editorial quedó anegado con su sangre. De ahí que si alguien ve borrosas algunas de sus líneas, no debe sorprenderse. Además, debe recordar: por un fenómeno óptico, la abundancia de luz y su golpe repentino sobre los ojos, siempre encandila. En veces obnubila el pensamiento".

hacen conocer: "Si he de tomar la ciudad y hollar su dignidad, enviaré primero, contra ella, unos cuantos asnos cargados de oro, los estrictamente suficientes para su corrupción; si resiste, entonces, entraré con el hierro de la espada. Será la degollina". Así lo anunciaba Demóstenes en discursos inmortales.

Un juez, el Dr. Marín —narran los íntimos—, recibió primero una llamada telefónica oferente de un vehículo de último modelo, que "será digno de su investidura y calificación social; lo encontrará, con matrícula a su nombre, a la vuelta de su casa. Basta que en un solo negocio sofrene su celo de Justicia". La respuesta fue altiva. Al día siguiente la misma voz daba excusas y ofrecía: "\$ 3.000.000.00, sobre el puesto delantero. Si no acepta: será la muerte". Su respuesta fue heroica.

Se cumplió el ultimátum y en el levantamiento de su cadáver el funcionario de instrucción encontró, como vehemente indicio de pobreza y honestidad, que tan solo poseía, en uno de sus bolsillos, "un billete de cinco pesos". La viuda tuvo que emplearse. Los niños quedaron, así, doblemente huérfanos: ausencia de padre, por definitiva residencia bajo la tierra; y, en relación con la madre, han tenido que sufrir el traumático aprendizaje de la soledad infantil que es el corolario tácito y consustancial en los contratos laborales que firman las madres.

Cuando mataron al Dr. MARÍN, también asesinaron su jubilación: llevaba 18 años de servicio honesto; quedaron, por simbiosis de muerte, reducidos a cero. Su única representación: una ironía amarga y dolorosa. Pero la befa viene ya, no del delincuente, sino de la avara e insensible legislación prestacional del Estado, que parece enriquecerse con la muerte de sus viejos servidores, así sean estos sacrificados en aras del servicio, del carácter y de la honradez.

Igual aconteció con el Dr. CUELLO PERTUZ: mueren con él más de 15 años de servicio. Esa acumulación, paulatina y abnegada, que se les arrebata a los hijos y a la esposa.

La responsabilidad homicida pertenece a los intelectuales y a los autores materiales, ordinariamente sicarios. Ya son, todos lo sabemos, una legión. La vida está en menosprecio. Pero nadie puede lavarse las manos o hipócritamente desgarrarse las vestiduras, si en sordo servicio cohonesta, con infame corazón de habilidoso recaudador fiscal, el ilegítimo enriquecimiento que proviene de un hurto contra las viudas y los huérfanos, que no parece tal porque se ha puesto como guante, que aterciopeladamente encubre la tipicidad, la actual legislación laboral que es mezquina e inhonesta. No se suprime la enorme amoralidad con argumentos económicos. Además de ser, en sí, parcos y excepcionales los egresos que advendrían, las tales razones resultan impropias de la rectitud del Estado.

La equidad y sanos motivos de política criminal, si queréis jueces incorruptibles, imponen una revisión sobre la materia: es una sentida necesidad, que tiene expectativa colectiva, una ley que diga al funcionario judicial, inclusive, claro está —y aún con mayor razón, que nace de su pobreza—, a sus abnegados auxiliares y subalternos, que fenecer, por lealtad a la verdad, por causa o efecto de su sacerdocio social, no significa, sea cual fuere el tiempo de servicio, la carencia inmediata del pan para sus seres queridos.

Solo así se acoraza invulnerablemente a la Justicia. Esta ya ha demostrado con sangre que apelmaza su autenticidad y sus valores, todo el estoicismo que posee. Empero no se puede jugar retóricamente al concepto, señero y romántico, pensando en el ejemplo de sus mártires. Se ha ido tornando tan agresiva y hostil nuestra sociedad que enantes los puestos a prueba, los jueces en ordalía, eran pocos; ahora, en cada repartimiento, las estadísticas aumentan y son tántos los procesos que poseen ínsitos gérmenes de horror, que pudiera decirse que cada quien va a tener que aprender a manejar su propio miedo. Y no se diga que aquel que tenga trepidante corazón, debe renunciar. La reflexión sería torpe, porque quien lo remplace también es humano. Además, ninguna política criminal puede ser fecunda si no se nutre de realidades, de pragmatismo. Y por tanto, es sabio y prudente despejar el cielo de la Justicia, quitarle la medrosía afectiva que nutre la siniestra hipótesis del espectro del hambre sobre los seres bienamados. Basta con esa Ley, de la cual, finalmente, nadie querrá ser beneficiario.

Sea lo que fuere, la sociedad necesita que sus jueces sean talladores de diamantes éticos.

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA Fiscal del Tribunal de Medellín

# SECCIÓN DE DERECHO PENAL

#### LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA TEORÍA DE LA PENA

Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ\*

El Derecho Penal, la Criminología, la Política Criminal y la Filosofía del Derecho han estudiado el fundamento, la naturaleza y los fines de la pena, desde posiciones unas veces coincidentes y otras discrepantes, según su afiliación a las respectivas escuelas que han profundizado en esta consecuencia del delito¹. Por ello, hay quienes definen la pena con una señalada inclinación hacia el concepto de retribución, haciéndola destacar como el mal que se inflige a quien se ha declarado judicialmente culpable de la comisión de un hecho punible; otros dicen que se trata, mejor, de la privación de un bien impuesta a quien en virtud de un proceso ha sido legalmente declarado responsable de la violación de la ley penal; otra corriente le asigna a la pena el sentido de una reacción de la sociedad contra el delincuente, la cual, por medio de la pena, expresa su desaprobación en la conducta punible.

Otra vertiente filosófica y jurídica le asigna a la pena características de prevención general y prevención especial, quitándole así todo matiz retributivo y expiatorio: la escuela positiva, que le niega a la pena todo carácter de castigo, cualquier fin retributivo, considerándola más bien como un medio de defensa social. La misma escuela afirma como fin principal de la pena la prevención del delito y la prevención especial, mediante la readaptación social del delincuente, si es readaptable, o la segregación o eliminación si fuere incorregible.

De todas maneras, cualquiera que sea la posición filosófica y jurídica que se asuma en relación con la pena, no se puede negar que esta constituye una privación o restricción de bienes jurídicos, previamente determinados en la ley, impuestos por el órgano jurisdiccional competente y en contra de quien ha sido declarado culpable mediante una sentencia.

En este orden de ideas, las teorías que a través de los siglos se han expuesto para fundamentar el *jus puniendi*, se han dividido en varios grupos: las absolutas,

<sup>\*</sup> El autor es Director de la Revista Tribuna Penal, órgano del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, entidad de la cual es Presidente Honorario. El trabajo que tiene delante de sí el lector, es una contribución que aparecerá en el Libro-Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez.

¹ "Muchos penalistas reconocen ya que la pena es la categoría más específica y definitoria del ramo y que sería alrededor de ella y no de una teoría del delito que debería estructurarse todo el derecho penal. Hasta existen algunos que prefieren hoy iniciar la enseñanza del derecho penal por la pena, su teoría, su concepto, sus fines y sus formas, para luego continuar con las demás materias". (EDUARDO NOVOA MONREAL, La evolución del derecho penal, en el presente siglo, Caracas, Edit. Juridica Venezolana, 1977, pág. 49).

que solamente consideran el delito cometido (punitur quia peccatum est), y las relativas, que tienden a prevenir delitos futuros (punitur ne peccetur).

#### I. TEORÍAS ABSOLUTAS SOBRE LA PENA

La esencia de las teorías absolutas es la pena como retribución. No busca determinados fines en la pena, sino que propende al castigo del delincuente, únicamente porque ha trasgredido la norma penal. Con un sentido expiatorio busca restablecer el orden quebrantado, borrar con la sanción el delito cometido. A esta teoría no le interesan ni los fines de la prevención general, ni de la especial, no estando por lo tanto en sus propósitos la corrección y enmienda del culpable. La sustentaron KANT y HEGEL, el primero de los cuales llegó a sostener que, como consecuencia jurídica necesaria del delito, en el supuesto de una disolución de la sociedad, antes debe ejecutarse al último asesino que se encuentre en las cárceles, a fin de que su conducta delictuosa sea debidamente retribuída con la pena. Con lo cual se evidencia el principio de que el delito es el único presupuesto de la pena, lo mismo que su fundamento, y que la pena es un fin en sí misma, y no medio para otro fin.

Es evidente que dentro de estos parámetros no se encasilla en el mundo jurídico y filosófico de hoy, al fundamento y la justificación de la pena. Con una teoría tan radical los fines del derecho penal disminuirían en su carácter ético y espiritualista, ya que en su función primordial sería la de tratar de compensar el mal del delito con el mal infligido al delincuente, despreocupándose de los beneficios que este pudiera recibir en la ejecución misma de la pena, como el de la resocialización.

Siendo esto así, es evidente que el nuevo Código Penal colombiano ha rechazado esta concepción absolutista de la pena, ya que, como se habrá de puntualizar, entre los fines de la misma se halla el de su función preventiva, sin descartar el de retribución, pero este con alcances y significados muy diferentes de los de la teoría absoluta sobre la pena.

#### II. TEORÍAS RELATIVAS SOBRE LA PENA

A diferencia de las teorías absolutas, tenemos las relativas, llamadas también teleológicas o finalistas, que buscan fundamentalmente fines de prevención general y especial. La retribución en sí misma no es cometido de sus postulados, sino que mira en el fin de la pena, en la amenaza punitiva, un freno, un control, una motivación para que los ciudadanos en general se abstengan de delinquir, o para que el delincuente, a través de la pena, encuentre estímulos que le permitan corregirse, enmendarse, educarse, y, en casos extremos, intimidarse por el peligro de la reincidencia, intimidación que también se propone en relación con el conglomerado social. De donde resulta que la pena mira más hacia el futuro que hacia el pasado, que no le interesa específicamente castigar al delincuente, hacerle sufrir una pena, compensar el mal del delito con el mal de la pena, sino, por sobre todo, que en términos

generales la pena sirva como medida de prevención de nuevos delitos; que no sea tanto una reacción contra el delito cometido, sino una protección contra nuevos ataques delictivos.

No faltan, desde luego, dentro de las teorías teleológicas, algunas completamente inadmisibles, como la del contrato social, que afirma que la pena tiene como finalidad mantener el pacto social; o la del utilitarismo, que justifica la pena solo si sus consecuencias pueden ser útiles a la sociedad, utilidad que encuentra en su eficacia para combatir la criminalidad. Y la doctrina de la defensa social, que concibe como fundamento del derecho de penar, la defensa de la sociedad ante el delito. Es la conocida escuela positivista, que introdujo la responsabilidad legal dentro de su sistema.

#### III. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO Y LAS FUNCIONES DE LA PENA

Cabe entonces preguntarnos si la tendencia del nuevo Código Penal sería mejor la de una retribución por el delito cometido o una prevención del mismo. Ni lo uno, ni lo otro. En dicho aspecto, nuestro estatuto punitivo se adscribe a las teorías conciliadoras, acatando así la concepción predominante de los tiempos modernos. Las teorías absolutas, con algunas restricciones, y las relativas, pueden perfectamente armonizarse, aunque aparezcan como irreconciliables, no solo para que la pena surja dentro de un marco de justicia, como límite legal a la arbitrariedad v al abuso judicial, sino también para que a través de su amenaza en abstracto y su ejecución en concreto, en la persona del delincuente, se obtengan resultados benéficos para la sociedad y para el hombre que delinque. Por ello estas teorías también han sido denominadas "teorías margen", porque al basar o fundamentar la pena dentro del marco jurídico de la culpabilidad por el hecho, deja la posibilidad, "el margen", para que la pena pueda cumplir igualmente los fines educativos, resocializadores, intimidativos, etc., es decir, la prevención general y la prevención especial. Esta última posición es, a nuestro juicio, la que permite una más adecuada aplicación de la pena, mirando sus diferentes connotaciones, pero en todo caso, quitándole al criterio retributivo la odiosa concepción de que se trata de la causación deliberada de un mal a la persona que ha violado la ley penal y por ello declarada culpable.

Conviene ahora que miremos en la doctrina de ayer y de hoy los diferentes aspectos en que se ha considerado la prevención, tanto la general como la especial. Por esta limitación a dicho tema específico solo tangencialmente haremos referencias a la retribución de la pena en lo que sea necesario.

MARC ANGEL ha irrumpido en esta segunda mitad del siglo con su escuela de la Nueva Defensa Social, cuyos principios y tesis han sido muy confrontados en las últimas décadas, bien para disentir de ellos o prohijarlos. Pero indudablemente su escuela ha marcado una impronta al colocar dentro de la prevalencia de los fines de la pena, el de la prevención especial. Por ello sintetiza su idea de protección al delincuente diciendo que "una política activa de prevención que entiende proteger

a la sociedad protegiendo al delincuente y que mira a asegurarle en las condiciones y por vías legales de tratamiento apropiado a su caso individual"<sup>2</sup>.

#### IV. LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA DOCTRINA

CLAUS ROXIN por su parte hace una parcial censura a la teoría de la prevención especial, con la consideración de que esta "no quiere retribuír el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor". Aun así, y no obstante las objeciones que le merece dicha teoría, sostiene que la pena sirve exclusivamente a fines racionales y que solo puede estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la comunidad. Para él solamente está indicada una ejecución resocializadora. Sus ideas a este respecto influyeron considerablemente en la redacción del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, del cual fue coautor y en el que se caracterizó a la prevención general y a la especial como los dos únicos fines de la pena estatal. Y de las dos, al darle preferencia a la prevención especial, se consagraron mecanismos sustitutivos de la pena, como los de la suspensión condicional de la misma, la libertad condicional, la sustitución de la pena privativa de la libertad por la pena pecuniaria, la admisión del trabajo de utilidad pública, la amonestación con reserva de pena, etc.

En otro ángulo, retribucionistas integrales como MAURACH y BETTIOL, se desentienden casi en absoluto de los fines utilitarios de la pena, para darle en cambio a esta un nítido sentido retribucionista. El primero de ellos escribió al respecto: "Precisamente la cualidad principal de la pena retributiva estriba en su carácter

<sup>2</sup> Citado por Ignacio Muñagorri Laguía, Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1977, pág. 104. Y explica Muñagorri que las ideas de protección y prevención se relacionan íntimamente: eficacia preventiva, como manera de tutela o protección de los bienes jurídicos y tutela o protección del individuo delincuente o posiblemente delincuente (ob. cit., pág. 104). Esta posición de la nueva defensa social es cuestionada por BETTIOL, en los siguientes términos: "Si abrimos las obras de los escritores que siguen la dirección romántica de la nueva defensa social, comprobamos cómo admiten todo: de la prevención a la represión, de la culpabilidad a la peligrosidad, de las medidas ante delictum (tan caras a ellos) a las post delictum. Aceptan la resocialización, la reeducación, la enmienda, como si fuesen nociones de contenido idéntico, sin advertir, en cambio, la diferencia profunda que media entre ellas" (Giuseppe BETTIOL, "¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?", en Doctrina Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, pág. 7). En contraposición, Novoa Monreal (ob. cit., pág. 65): "La escuela de la defensa social se presenta hoy como un rebrote de muchas ideas críticas acerca de la lucha social contra el delito y marca una posibilidad de estructuración doctrinaria de tesis más adecuadas a las condiciones científicas y culturales del mundo moderno".

<sup>3</sup> CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, S.A., 1976, pág. 15. Sin embargo el mismo ROXIN explica que "Ciertamente no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquella intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de este al menos durante el cumplimiento de la pena..."

absoluto desligado de todo fin, tal como se expresa en la exigencia de KANT, de que se imponga al último asesino su pena aun cuando perezca con él la sociedad entera". Estas posiciones, desde luego, resultan insulares en el derecho penal de hoy, por lo menos en la doctrina, ya que en la praxis es muy intenso el criterio retribucionista, tanto en la determinación judicial de la pena como en su ejecución. Lo primero, por el sentimiento endurecido con que los jueces muy frecuentemente dirigen esa misión trascendental dentro del proceso penal; y lo segundo, por la deshumanización de las prisiones, por la insensibilidad de sus directores, por la negligencia en la tarea resocializadora que les incumbe. En síntesis, por la indiferencia del Estado.

De otro lado han soplado vientos muy refrescantes para la ciencia del derecho penal en esta materia, como los que nos vienen de la tesis de Von Liszt, fundamentalmente de su "*Programa de Marburgo*", en el que abogó preferentemente por la prevención especial mediante la intimidación, la corrección y la inocuización, según que el delincuente sea de ocasión, corregible o incorregible.

La anterior dirección la sigue Santiago Mir Puig cuando propone, "de lege ferenda, una mayor esfera de aplicación de la prevención especial en el momento de determinación de la pena", no obstante reconocer que a ello podría oponerse el principio de proporcionalidad entre el delito (como hecho) y la pena, sin embargo de lo cual dicho principio debería operar solo como límite máximo, puesto que cumple una función de garantía del ciudadano que no se vulnera por el hecho de que la pena se disminuya por debajo de la proporcionalidad<sup>8</sup>. Esto nos lleva a precisar dos exigencias para poderle abrir camino a la prevención especial: ningún límite al mínimo de la pena, y sí al máximo de la misma, fórmula esta que permitiría adecuadamente el funcionamiento de los sustitutivos penales, por motivos de prevención especial, a los fines de resocialización del delincuente<sup>9</sup>.

Esta resocialización, al decir de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "no puede hacer del delincuente una especie de 'conejillo de Indias', aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo, los trabajos forzados o el tratamiento esterilizador, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como la libertad condicional, con criterios muy especiales..." Es decir que, aun por meros miramientos de prevención general,

<sup>4</sup> Ib., pág. 17.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> lb., pág. 31.

<sup>6</sup> Ib., pág. 37: "Sobre la tendencia de conjunto del Proyecto Alternativo, y, con él, del nuevo movimiento de reforma, se puede decir que se caracteriza por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general...".

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> REINHART MAURACH, Tratado de derecho penal, t. II, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Edit. Bosch, 1962, pág. 79. Y GIUSEPPE BETTIOL, en Instituciones de derecho penal y procesal (Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 153): "Con una concepción política de libertad, en una «ciudad abierta», el derecho penal no tiene más remedio que ser retributivo porque este es el solo criterio que garantiza al máximo la libertad del hombre. Y es a la luz de tal criterio retributivo como son valoradas y examinadas las diversas penas que nuestro sistema prevé".

SANTIAGO MIR PUIG, Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, pág. 104. Y agrega en la nota 199 de la misma página: "La adecuación de la pena al autor, con vistas a la prevención especial, constituye un postulado generalmente admitido, incluso por los partidarios de un Derecho Penal de la culpabilidad...".

<sup>9</sup> JÜRGEN BAUMANN, Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema (Buenos Aires, Edic. Depalma, 1973, pág. 35): "La expiación de la culpabilidad por el hecho (y no simplemente retribución) es necesaria pero no excluye, de ninguna manera, que por razones de prevención especial se reduzca la pena adecuada a la culpabilidad. Se trata siempre de equilibrar prevención general y prevención especial...".

<sup>10</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Introducción al derecho penal, Barcelona, Edit. Bosch, 1975, pág. 38.

jamás se podría pretender una prevención especial, con procedimientos eficaces para la misma, si con ello se atenta contra la libertad del hombre, contra su plena autonomía para admitir o rechazar un tratamiento, ya que ese es un derecho inconculcable que no se pierde por su situación de condenado. Por la misma razón, HEINZ ZIPF, al establecer una desmembración de esa prevención especial, según la necesidad de la misma y la accesibilidad a ella por parte del delincuente, al hablar de intimidación, reinserción social y aseguramiento, dice que aquella solo puede conseguirse eficazmente si se le hace perceptible al autor su responsabilidad en la convivencia social<sup>11</sup>. Punto fundamental este en la etapa de ejecución de la pena, ya que si al reo no se le suministra el ambiente adecuado para prepararse al momento de su libertad, para su reinserción en la sociedad sin mayores choques con ella, sin traumatismos emocionales, se le estarían cercenando preciosos derechos que tienen que ver con su vida en el futuro, como el de posibilitarse para no reincidir<sup>12</sup>.

En otra oportunidad el mismo HEINZ ZIPF, comentando la legislación alemana y después de analizar con respecto a ella las teorías del margen de culpabilidad, la prohibición de sobrepasar la culpabilidad y la de la pena exacta o puntual, consideró que la segunda de las mencionadas le ofrece un amplio margen de acción políticocriminal al juez al momento de determinar la pena, porque "no impone ningún limite por abajo que restrinja el marco típico. De ahí que esta teoría permita al juez, en el caso concreto, imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuente y no considera, por ello, necesario ejercer sobre él la prevención especial. En la práctica ello se plantea en los casos en que el juez quiere evitar que el condenado resulte desocializado por la ejecución de una pena privativa de la libertad''<sup>13</sup>. Desde luego que las tres teorías a que se hizo referencia se sustentan todas en el

criterio de que la culpabilidad ha de ser la base en la determinación de la pena<sup>14</sup>. Es decir, que la retribución no es en manera alguna incompatible con la prevención especial, como también lo sostiene MARINO BARBERO SANTOS al decir: "La satisfacción de la exigencia ético-colectiva a la retribución o intimidación, en particular respecto a delitos atroces, no es incompatible en el caso concreto con el cumplimiento de fines de prevención especial. Incluso un derecho penal basado en la culpabilidad y un derecho de medidas de carácter preventivo deben tender a una aplicación flexible en la ejecución de ambas sanciones" <sup>15</sup>. Este punto de vista tiene una importancia trascendental desde el ámbito de la política criminal, ya que precisamente en los delitos atroces, en donde se ha producido un mayor grado de culpabilidad, cuando el condenado es un imputable se hace más necesaria para este, en la ejecución de la pena, el empleo de medidas especiales para ir preparando su retorno a la libertad y el ingreso resocializador a su nueva vida.

Desde luego que todavía estamos muy lejos del ideal de ROXIN, según el cual solo se deberán imponer penas por razones preventivas, lo que se justificó en el Proyecto Alternativo de Código Penal para Alemania (1966), diciendo que "imponer una pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres". Esa exclusividad en los fines de la pena podría conducir a situaciones realmente preocupantes, como sería el caso planteado por el mismo ROXIN, de no aplicar la pena, por no ser necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, cuando el delincuente ha llegado a la consumación del hecho punible en una situación de conflicto interno que probablemente no se volvería a repetir nunca. En esta situación podrían estar todos los homicidas ocasionales, quienes indudablemente no repetirían el delito, por absoluta imposibilidad, unas veces, o lo improbable en otras, de que en el futuro se volvieran a presentar las mismas circunstancias desencadenantes del delito.

La anterior no fue la posición de CARRARA. Para él la pena no fue retribución, ni prevención general, ni especial, sino que su fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. "El fin de la pena no es que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni resarcirle del daño sufrido, ni aterrorizar a los ciudadanos, ni que el delincuente expíe su crimen, ni obtener su enmienda" 18. Esta posición tan radical del maestro de Pisa fue objeto de dura crítica por parte

HEINZ ZIPF, Introducción a la política criminal, trad. de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Edit. Edersa, 1979, pág. 143. Y agrega: "Actualmente se empieza a comprenderla nuevamente desde el principio de responsabilidad como un capacitar para la participación en la vida social con conciencia de la responsabilidad...".

<sup>12</sup> En el proyecto de ley general penitenciaria español, se dijo en su exposición de motivos: "El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta, y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa, así como para la defensa de aquellos derechos que nacen específicamente de la condición de interno" (Cuadernos de Política Criminal, Nº 7, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1977, pág. 128). HELENO CLAUDIO FRAGOSO, sobre el tema ha dicho: "Es antigua la idea de que los presos no tienen ningún derecho. El condenado es maldito y al sufrir la pena es objeto de la máxima reprobación de la ciudad que lo despoja de toda protección emergente del ordenamiento jurídico que osó violar. El criminal es execrable e infame, siervo de la pena, pierde la paz y está fuera del derecho... Las reglas mínimas son importantes, a pesar de sus notorias insuficiencias y limitaciones, porque mediante ellas se procura preservar la dignidad del preso, protegiéndose a nivel universal sus derechos humanos, impidiendo que sea sometido a tratamiento degradante y que le sean impuestas restricciones y sufrimientos que no sean inherentes a la pérdida de la libertad... De modo general, esto significa que los presos deben mantener todos sus derechos, excepto el de la libertad ambulatoria..." ("El derecho de los presos", en Doctrina Penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, págs. 227, 239 y 242). Véase también a Marino Barbero Santos, Marginación social y derecho represivo, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 124; y a Alfonso Serrano Gómez, Prevención del delito y tratamiento del delincuente, Madrid, Artes Gráficas C.I.M., 1976, pág. 79.

<sup>13</sup> HEINZ ZIPF, "Principios fundamentales de la determinación de la pena", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 16, Madrid, Edit. Edersa, 1982, pág. 193.

<sup>&</sup>quot;...A partir de ella —de la pena— se pueden cumplir también las funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente.

En la media que sean compatibles con las exigencias preventivas generales, estas necesidades preventivas especiales pueden hacer rebajar la pena hasta limites realmente muy atenuados, suspender la ejecución de la misma, sustituir un tipo de pena por otro...". (Francisco Muñoz Conde, "Culpabilidad y prevención en derecho penal", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 12, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, pág. 55).

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> MARINO BARBERO SANTOS, Marginación social y derecho represivo, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 162.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> CLAUS ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981, pág. 148.

<sup>17</sup> Ibídem, pág. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, Parte general, vol. II, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1957, pág. 68, § 614.

de FILIPPO GRAMATICA, quien le increpó haber confundido el fin de la pena con el concepto puramente objetivo del restablecimiento del orden externo, es decir, con el concepto objetivo de la tutela jurídica<sup>19</sup>.

No obstante la tesis carrariana, HILDE KAUFMANN ha dicho que la pena es infligida desde hace largo tiempo en correspondencia con la teoría científica que pretende alcanzar el fin de que el autor no se convierta en reincidente. Este antiguo propósito penal es el objetivo que luego se identifica con la finalidad del tratamiento, tal como poco más o menos es descrito en el párrafo segundo del proyecto de una ley de ejecución para la República Federal Alemana, en que se afirma que el condenado mediante la ejecución debe "llegar a ser apto en el futuro para conducir una vida con responsabilidad social sin realizar hechos punibles"20. Dicho tratamiento no puede ser impuesto, así se tuviera la plena seguridad de que al ejecutarlo se obtendrá la plena rehabilitación del delincuente. A tales fines, precisa respetar su libertad, su autonomía, su dignidad personal. Todo esto hace parte de los derechos humanos, los cuales no pueden perder su vigencia ni siquiera dentro de las prisiones. Tal vez es allí donde se necesita que se respeten y se pongan en práctica, por las limitaciones y dificultades que los mismos reclusos tienen para hacerlos valer. Además, si, como lo dice HILDE KAUFMANN, el condenado debe llegar a ser apto para en el futuro poderse conducir en sociedad sin cometer nuevos delitos, debemos precisar que esa "aptitud" tendrá que completarla la misma sociedad, haciéndose receptiva al reingreso en ella del condenado, quitándole el estigma de tal, sin rechazarlo de su seno sino ayudarlo, proporcionarle trabajo digno con salario justo. De no ocurrir esto quedaría el grave peligro de la reincidencia, resultando así más culpable de ella la sociedad que el mismo hombre que delinque.

Pero retomando la tesis de CARRARA, sobre que la pena no busca obtener la enmienda del culpable, ni otros fines ya señalados, sino que su fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pensamos que habría sido mejor un planteamiento diferente, no solo porque ya desde más de veinte siglos atrás se había defendido la prevención especial como preferente en los fines de la pena<sup>21</sup>, sino porque a través de la protección del orden externo de la sociedad también se pueden cumplir fines de prevención especial. Ello equivale a la protección de bienes jurídicos que en concepto de algunos tratadistas modernos es la finalidad

<sup>19</sup> FILIPPO GRAMATICA, Principios de derecho penal sustantivo, trad. de Juan del Rosal y Víctor Conde, Madrid, Edit. Reus, 1941, págs. 187 y 189.

última que se debe buscar<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTE MAR-TÍNEZ solo admite que la pena sirva exclusivamente a fines racionales, por lo cual no la justifica sino cuando persigue la reeducación y reincorporación del delincuente a la comunidad, pero haciendo coincidir los derechos y deberes de la colectividad y los del condenado, correspondiendo a la primera un interés en recuperar al delincuente tras de cumplir la pena, y al segundo, la idea de desarrollo de su personalidad<sup>23</sup>. No descarta el autor la compatibilidad de la esencia retributiva de la pena con los efectos de prevención especial ni tampoco descarta, como en la tesis carrariana, que la pena "sea hábil para satisfacer, tan integralmente como se pueda, finalidades de protección social"<sup>24</sup>.

Por el contrario, la incompatibilidad en la determinación de la pena, teniendo en cuenta tanto la culpabilidad del autor como los fines de prevención especial, ha sido planteada por los partidarios de la teoría del valor de empleo<sup>25</sup>, para lo cual alegan, según cita de ROXIN, que el juez "no está en situación de hacer al mismo tiempo música represiva y preventiva". Pero si esto tuviera que ser así en la praxis judicial, se correrían muchos riesgos de injusticias en la determinación de la pena, sobre la base exclusiva de la culpabilidad, ya que una exacta proporcionalidad entre la una y la otra es humanamente imposible de establecer. Por ello el mismo ROXIN replicó: "Aunque se admitieran las premisas de las que parten los partidarios de la teoría del valor de empleo (la hipostasiada imposibilidad de conocimiento de lo que es correcto desde el punto de vista preventivo), su objeción se vuelve contra ellos mismos. Pues la consecuencia que ellos extraen de este dato: hacer determinar la magnitud exacta de la pena exclusivamente por la culpabilidad,

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> HILDE KAUFMANN, Principios para la reforma de la ejecución penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, pág. 13. CLAUS ROXIN, explica a este respecto las bases del Proyecto Alternativo del Código Penal alemán ("El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo", en Doctrina Penal, Nº 7, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979, págs. 507 y ss.).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ya Protágoras había dicho: "Quien se propone sensatamente castigar a una persona, no castiga por la injusticia que ha cometido —porque no puede deshacer lo hecho—, sino con miras al futuro; su propósito es que esta persona no vuelva a cometer la misma injusticia (prevención especial) y que no la cometa otra que se haya enterado de la sanción impuesta (prevención general)..." (citado en Jürgen Baumann). Y Séneca, en igual sentido: "No castigaremos al hombre porque pecó, sino porque no peque, y la pena nunca se referirá a lo pasado sino a lo por venir. El castigo no obedece a la ira: Atiende a la previsión" (Cit. por José María Stampa Braun, Las ideas penales y criminológicas de L. A. Séneca, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1950, pág. 60).

<sup>22 &</sup>quot;Desde un punto de vista político criminal, la prevención especial se justifica porque en la consecución de dicho fin (evitar que el sujeto vuelva a delinquir) también es un medio de protección de bienes jurídicos que es la finalidad última que hace necesario el recurso al derecho penal...". DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en Doctrina Penal, Nº 7, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1979, pág. 614.

<sup>23</sup> JOSÉ ENRIQUE SOBREMONTE MARTÍNEZ, "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 12, Madrid, cit., ant., págs. 97 y 98; y agrega en pág. 118: "...no cabe duda que es imprescindible que exista una interrelación entre sociedad, criminalidad y represión, ello unido a la construcción de una sociedad más justa; pues bien, esta impone una exigencia, el castigo del que delinquió y, a su vez, el castigo exige a la sociedad que le sanciona, los cauces adecuados para reincorporarse en el seno de la misma. Sociedad a la que hay que concienciar (sic) de que una gran parte de los problemas que soporta y que no es, ni más ni menos que la suma acumulada de la de todos y cada uno de los condenados, no tendrá solución si no es con la colaboración de ella misma, la que debe abordar con prontitud y eficacia, la imprescindible creación de un sistema penológico que respete las convicciones democráticas del hombre de hoy...".

<sup>24</sup> Ibídem, pág, 97.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> ROXIN, refiriéndose a la legislación alemana, explica que la importancia de la teoría del valor de empleo reside, sobre todo, en que cuando se trata de determinar la pena en sentido amplio, no pueden desempeñar ningún papel los puntos de vista de retribución de la culpabilidad, sino que deciden exclusivamente necesidades preventivas, y en que busca excluír del ámbito de la determinación de la pena las consideraciones de la prevención general independientes de la culpabilidad, cuando estas consideraciones conduzcan a una agravación de la pena. (Claus Roxin, "Prevención y determinación de la pena", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 9, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1979, pág. 62).

<sup>26</sup> Ibídem, pág. 62.

es irrealizable ante la inexistencia de una correspondencia exacta entre pena y culpabilidad. La teoría del margen de libertad que decide dentro del marco de la culpabilidad la magnitud de la pena conforme a necesidades preventivas, suministra también bajo este presupuesto un claro resultado: la fijación de la pena en el grado mínimo de culpabilidad"27. Si no pudiera ser así, el derecho penal se habría convertido en un odioso instrumento de exclusiva represión, adherido a las teorías absolutas de la pena, sin importarle humanizar sus fines, ni reconducir al hombre que delinque a una vida ordenada en la sociedad. Con dicha tesis, los sustitutivos penales no tendrían ninguna función en el campo penológico y de la política criminal, de acuerdo con lo cual puede resultar aconsejable, a pesar de la culpabilidad, que no sea necesaria la imposición de una pena, o que la misma pueda estar por debajo del grado de culpabilidad que corresponda, o bien, que a pesar de ser fijada en la sentencia, esta se suspenda con fines de prevención especial, con el criterio de que su ejecución podría traer mayores perjuicios al condenado, al someterlo al ambiente dañino y corruptor de las costumbres, como son las prisiones de todo el mundo<sup>28</sup>.

Sin embargo de lo anterior, retribucionistas como GIUSEPPE BETTIOL, la emprenden contra la prevención especial, al negarle toda eficacia en sus antecedentes históricos, lo mismo que su relevancia hacia el futuro: "No a la prevención especial, que no obstante todas las reformas in melius de los sistemas carcelarios, ha terminado en un naufragio total. Es justamente el tiempo para un réquiem por la prevención especial, que parecía la panacea para eliminar de la faz de la tierra el delito y sus consecuencias perniciosas. Diré que ha sido precisamente esta idea o convicción de poder eliminar el delito un estado optimista de conciencia que ha producido el abismo hacia el cual hoy nos estamos precipitando, casi resignados a lo peor, por carencia de una visión más realista del ser humano"29. La posición de BET-TIOL, como se advierte, es de un crudo terrorismo penológico, porque sugiere que los males de la sociedad contemporánea están enraizados en una visión optimista de las condiciones humanas de quien viola la ley penal. Para dicha concepción, el hombre que ha delinquido debe sufrir el mal de la pena, ajustar esta a la medida de su culpabilidad, pero haciendo abstracción en la misma, tanto en la determinación como en la ejecución, de todo criterio sobre prevención especial, con lo cual las tendencias del civilizado derecho penal de hoy, al igual que las funciones que cumplen tanto la criminología como la política criminal, no tendrían razón de ser<sup>30</sup>.

Razón tuvo entonces LARDIZÁBAL, cuando en su famoso e histórico Discurso sobre las penas... defendió y fundamentó una auténtica teoría de la unificación de los fines de la pena, entre los cuales ubica el mejoramiento del delincuente. en caso que ello sea posible, y la prevención de nuevos daños sociales, así como en la creación de un ejemplo que mantenga a otros que todavía no han violado la lev, ya que, según él, aplicar un mal sin ninguna finalidad como contenido de la pena, no sería otra cosa que "tortura y tiranía"31. Esta posición de equilibrio contrasta, como resulta apenas obvio, con la filosofía social del krausismo, el cual. lo mismo que el positivismo, excluye la culpabilidad en la fundamentación del derecho penal. El krausismo considera que "la dignidad humana resulta incompatible con la causación de un mal carente de finalidad", lo que lleva a ENRIQUE BACIGA-LUPO a considerar que, con base en dicho principio, la pena no puede entenderse sino como un bien, y que el delincuente tiene un verdadero derecho a la pena. es decir, al tratamiento que a él le corresponde en su situación<sup>32</sup>. Desde luego que todavía estamos muy leios de poder concebir la pena sin que esté fundamentada en el principio de culpabilidad, no obstante el cuestionamiento que a dicho principio se hace por connotados tratadistas33.

Pero lo que sí no se puede soportar es que, por razones de prevención especial. la pena pueda sobrepasarse en virtud del principio de culpabilidad, conclusión a la que han llegado algunos autores con referencia a la legislación penal alemana vigente, cuando ordena al iuez tener en cuenta, al determinar la pena, los efectos que es de esperar se deriven de ella para la vida futura del autor en la sociedad. según reza el § 46 I. 2. de aquel estatuto. Si así ocurriera, sería fácil advertir la violación del principio de que "la pena no debe superar la medida de la culpabili-

- 31 Cita de BACIGALUPO en la obra de G. STRATENWERTH, El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad. Madrid. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 24.
- 32 ENRIQUE BACIGALUPO, ob. cit., pág. 33. Sobre el tratamiento penitenciario HILDE KAUFMANN ha dicho: "El tratamiento no puede ser apreciado como la única solución del problema carcelario, La avuda para la modificación del comportamiento del penado no es más que una parte del problema. La trasformación de las relaciones fuera de la prisión, aquellas que se dan en el mundo social del penado, la actitud de la sociedad, de los empleadores y de las demás personas, es la otra cara del problema. Ambos aspectos deben ir de la mano. El tratamiento, por tanto, no puede ser considerado como único medio para la inserción social del penado..." (ob. cit., págs. 64 y 65).
- 33 ALFONSO DE CASTRO, ha conceptuado sobre el particular: "La pena, tal como los juristas la vemos, no es necesariamente dependiente de la culpabilidad" (citado por Enrique BACIGALUPO en estudio preliminar a la obra de Stratenwerth, cit., pág. 15); Gonzalo Quintero Olivares, con referencia al derecho penal español, afirma: "Hemos visto que el derecho positivo vigente no permite afirmar que la reacción punitiva se funde siempre y únicamente en la culpabilidad, y no solo por la subsistencia de la responsabilidad por el resultado, sino incluso porque ni siguiera en aquellas instituciones supuestamente inspiradas en el principio de culpabilidad es posible afirmarlo..." (Represión penal y Estado de derecho. Barcelona, Edit. Dirosa, 1976, pág. 128); Enrique Gimbernat Ordeig, se ha preguntado sobre el principio de culpabilidad: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? No lo tiene si se argumenta así: La dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe..." (Estudios de derecho penal, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1976, pág. 78); Francisco Muñoz Conde, cuestiona así el mismo principio: "El concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible, porque se basa fundamentalmente en un argumento que es racionalmente indemostrable: La capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo" ("El principio de culpabilidad", en III Jornadas de profesores de Derecho Penal, Universidad Santiago de Compostela, 1975, pag. 223).

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Ib., págs. 62 y 63.

<sup>28</sup> El tema es tratado ampliamente y con profundidad por Elías Neuman, en Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes penitenciarios, Buenos Aires, Edic. Pannedille, 1971; del mismo autor, La sociedad carcelaria, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> GIUSEPPE BETTIOL, "¿Hacia un nuevo romanticismo jurídico?", en Doctrina Penal, cit., pág. 3.

<sup>30 &</sup>quot;La prevención especial o individual, que pretende en líneas generales impedir que el reo pueda dañar más en el futuro, y, según la impronta dada a esta función por la civilización moderna, lograrlo no ya mediante la eliminación o segregación permanente, sino mediante la resocialización o reeducación, sigue siendo no solo una de las funciones inalienables de la pena sino también uno de los objetivos de la política criminal...". (GIULIANO VASSALLI, "Política criminal y derecho penal", en Revue Internationale de Droit Pénal, Plasencia, Edit. Artes Gráficas La Victoria, 1978, pág. 385).

dad", como resulta de la concepción dominante, pudiendo ser posible una disminución del límite inferior de la pena adecuada a la culpabilidad por razones especiales preventivas, tal como lo anotó GALLAS y como efectivamente se presenta en los eventos de la suspensión condicional de la pena<sup>34</sup>. Resalta por lo demás lo peligroso que resultaría para las libertades individuales, dejar al arbitrio del juez la facultad de imponer una pena por sobre la medida de la culpabilidad, posición cuyo significado resultaría difícil de comprender, según STRATENWERTH, cuando critica a DRE-HER y a JESCHECK por admitir la posibilidad de una agravación de la pena, adecuada a la culpabilidad por motivos de prevención especial o general, en la medida en que se permanezca dentro del contexto interno de la pena adecuada a la culpabilidad, con respecto a la legislación penal vigente en Alemania35. Con la tesis extrema de dichos tratadistas se podría tener en muchos casos la incertidumbre sobre el límite máximo de la pena, lo que constituiría un verdadero atentado contra la seguridad jurídica a la cual debe propender un derecho penal liberal, al estilo del defendido por FRANZ VON LISZT, como la infranqueable barrera de la política criminal. De no ser así, las condenas podrían resultar por tiempo indeterminado, o aun por el resto de la vida del delincuente, cuando fuera evidente su carencia de receptividad a la resocialización. HANS-HEINRICH JESCHECK, ya no interpretando, como lo hizo antes, la legislación de su país en el sentido de que la pena podía superar la medida de la culpabilidad por motivos de prevención especial —lo que a nuestro juicio es un alcance que no tiene la ley penal- sino de lege ferenda, defiende inclusive la tesis de que el fundamento de la política criminal debe seguir siendo un compromiso activo en favor del delincuente, a pesar de que, como ocurre en Estados Unidos, se esté recomendando, por desasosiego y decepción, un retorno a la teoría penal absoluta<sup>36</sup>. Apreciación esta que resulta difícil de aceptar, si se tienen en cuenta los principios liberales que ostentan su constitución y sus leyes. De todas maneras no podemos creer que el derecho penal del futuro vaya a iniciar un regreso a las tesis absolutas de KANT y de HEGEL, porque ello significaría ya la definitiva crisis del derecho penal, la falencia de la criminología y el ostracismo de la política criminal en la concepción de la pena y el tratamiento del culpable. Desde luego que hay en dicho país defensores de unas tesis inspiradas en un neokantismo penal, como las de JOHN RAWULS, quien concibe la pena no solo como medio para alcanzar otro fin, ya para el infractor mismo o para la sociedad civil, sino que con ella el infractor no sería tratado simplemente para realizar los fines del prójimo y ser confundido con los objetos del derecho real37.

Parodiando un poco a KANT, podríamos decir que si un solo delincuente fuera anenas susceptible a los fines de la prevención especial, bien valdría la pena salvarlo de seguir una vida oscura, una existencia sembrada de crímenes, un futuro lleno de dolores y amarguras por la reincidencia en el delito. Por ello acierta FRANCISCO MUÑOZ CONDE cuando afirma que desde una pena adecuada a la culpabilidad se nueden cumplir también funciones preventivas especiales de aseguramiento, de resocialización, de ayuda o, en todo caso, de no desocialización del delincuente<sup>38</sup>. Entre cuyas medidas puede estar perfectamente la ninguna aplicación de pena, a nesar de la culpabilidad, ya que esta no siempre exige necesariamente una sanción nenal. Pero la tesis que no podemos respaldar es la de DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, compartida por SANTIAGO MIR PUIG<sup>39</sup>, en el sentido de que en caso de incompatibilidad, las exigencias mínimas de prevención general deberán prevalecer sobre la prevención especial en la fase de imposición y determinación de la pena. No lo creemos así, ni siguiera en el caso aceptado por ROXIN de que "solo en los delitos capitales... prevalecen, de modo cuidadosamente delimitado, las necesidades de prevención general..."40. Y no lo podemos pensar así, como regla para esos casos especiales, porque en la práctica bien puede ocurrir que no obstante tratarse de un delito extremadamente grave, se deba imponer una pena proporcionada a la culpabilidad, para motivar de esa manera la inhibición de los demás, sin embargo de lo cual, ese delincuente, al menos en la ejecución de la pena, precisamente por el *quantum* de la misma, debería tener un tratamiento preventivo especial de mayor consideración. No obstante todas las objeciones que en la doctrina ha

<sup>34</sup> Cita de Stratenwerth, ob. cit., pág. 51.

<sup>35</sup> G. STRATENWERTH, ob. cit., pág. 55.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, "La crisis de la política criminal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 155. Y GIACOMO DELITALA, sostiene que la pena no puede tener un significado distinto del simplemente retributivo, y que la finalidad primaria, antes bien, única de la pena, es la tutela del derecho negado por el delito y restablecido por la sanción (según cita de Jesús Bernal Pinzón, "Prevención y represión del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 10, ed. cit., pág. 173).

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Cita de Pierrette Poncela, "Por la pena, disuadir o retribuir", en *Nuevo Foro Penal*, Nº 10, ed. cit., pág. 173). 16, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 910; Alfonso Serrano Gomez, conceptúa: "Los resultados en la prevención especial, en cuanto se encaminan a la recuperación social del delincuente, son poco alentadores.

Las directrices marcadas por la criminología encuentran muchos obstáculos políticos y sociales para poder ser llevados a la práctica por la ciencia penitenciaria ("La función preventiva del derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 4, Madrid, Gráficas Pérez Galdós, 1978, pág. 83).

<sup>38</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano", en Derecho Penal y Criminología, Nº 19, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1983, pág. 25; ENRIQUE BACIGALUPO, al respecto dice: "La paulatina racionalización a que tiende el derecho penal ha limitado sensiblemente, pero no excluído, la relación entre pena y culpabilidad. En principio toda pena presupone culpabilidad, pero —por el contrario— no toda culpabilidad requiere pena: De ello se deduce que no solo es posible no aplicar una pena a un culpable (p. ej. condena condicional), sino que tampoco es necesario agotar en la medida de la pena la medida de la culpabilidad cuando ello no resulte necesario por motivos preventivos... Por derecho penal de culpabilidad se entiende aquí, en definitiva, un derecho penal que fundamenta la pena en la culpabilidad, pero que admite razones de prevención especial y general para no agotar la retribución que implica todavía la pena..." ("Problemas del sistema de la teoría del delito", en Nuevo Pensamiento Penal. Año 3 [1974], pág. 9).

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Antinomias penales y medición de la pena", en *Doctrina Penal*, Nº 7, cit., pág. 624; por su parte Santiago Mir Puig, sostiene: "Cabe decir que el derecho penal español sirve a la función de prevención de delitos por razón de su gravedad y peligrosidad, frente a la sociedad en general (prevención general) en los tres momentos de comminación típica, determinación de la pena y ejecución de la condena, y frente al delincuente (prevención especial) tal vez en el momento de determinación judicial de la pena y sin duda en la ejecución de la pena, sea como consecuencia implícita a la concreta intimidación que supone, sea buscada en forma especial, a través de un tratamiento resocializador, en las penas privativas de libertad" (*Introducción a las bases del derecho penal*, ed. cit., pág. 104).

<sup>40</sup> Cita de DIEGO MANUEL LUZÓN PENA, "Antinomias penales y medición de la pena", cit., pág. 623.

recibido la teoría de la prevención general<sup>41</sup>, la mayoría de los tratadistas la consideran imprescindible, a la par de la especial, en los fines de la pena, debiendo esta última tener una prioridad absoluta, según el mismo ROXIN, en la esfera de la criminalidad mediana y pequeña, en cuanto en dichas eventualidades se exluye la ejecución de una pena privativa de la libertad<sup>42</sup>. Esto que anota el jurista alemán es aconsejable desde el punto de vista de una sana y acertada política criminal, ya que por lo que se refiere al menos a las penas de corta duración, se va imponiendo la tesis de que no se debe exigir su cumplimiento, no solo porque en el poco tiempo de duración se hace casi imposible un tratamiento adecuado a la personalidad del delincuente, sino porque muchas veces esas penas cortas resultan más perjudiciales para el reo, con lo cual se afectarían innecesariamente muchas situaciones de orden personal y familiar del condenado<sup>43</sup>.

En otra oportunidad el mismo ROXIN, en defensa de sus invariables puntos de vista sobre la preferencia que debe tener la prevención especial en los fines de la pena, expresó que la teoría de la retribución es además dañosa desde el punto de vista de la política criminal, llegando a la conclusión de que "La ejecución de la pena solo puede ser exitosa en cuanto procure corregir las actitudes sociales deficientes que han llevado al condenado al delito; o sea, cuando esté estructurada como una ejecución resocializadora preventiva especial"<sup>44</sup>. Nadie podría negar entonces que el mejor terreno abonado para la proliferación de la delincuencia es el de una sociedad deshumanizada e indiferente ante los problemas que la afectan en todos sus campos. Cuando sus estructuras sociales, económicas, políticas, culturales, etc., periclitan, sus consecuencias repercuten en el hombre y lo precipitan al abismo de la delincuencia. De allí la tremenda y preocupante paradoja de que

el delincuente sancionado por una sociedad determinada, sea el delincuente engendrado y producido por ella misma. Por lo que le asistió plena razón a la "Nueva Defensa Social", cuando en su VIII Congreso Internacional (París, 1971), llamó la atención sobre la problemática legitimidad de tratar de adaptar a un hombre a la sociedad, cuando se trata de una sociedad deshumanizada, represiva y en perpetuo cambio, como lo es la actual. Mejor que adaptar el hombre a la sociedad, sería adaptar la sociedad al hombre<sup>45</sup>. En lo cual está de acuerdo FRANCISCO MUÑOZ CONDE al puntualizar: "...Hablar, por tanto, de resocialización del delincuente, sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido" 46.

Pero todo esto no preocupó a BETTIOL. Para él todas estas consideraciones sobre prevención especial no pasan de ser un reblandecimiento del derecho penal y de la ejecución de la pena, que no es menos grave que el terrorismo. Si algún tratadista se ha identificado plenamente con la filosofía kantiana en esta materia, ha sido él. Solo que por dorar un poco sus tesis, que están en minoría en la doctrina penal contemporánea, acepta, pero de hecho y no por razón del instituto de la pena, que esta pueda alcanzar determinadas finalidades de prevención especial. Pero su apasionado retribucionismo no deja lugar a dudas: "Entre la llamada teoría absoluta que encuentra el fundamento de la pena en una exigencia de justicia (punitur qui peccatum) y las teorías relativas que ponen la justificación de la pena en una particular finalidad que mediante aquella debe ser alcanzada (punitur ne peccetur), la elección no presenta dificultad. Se castiga porque ello es querido por una exigencia de justicia... KANT tiene razón cuando dice que incluso si un solo ser viviente quedase en el mundo debería, si está en la cárcel, continuar expiando su pena porque esta no está subordinada a necesidades sociales y responde solo a un impera-

<sup>41 &</sup>quot;Si como afirma Kant, y con él gran parte de la doctrina hoy dominante, no se puede admitir bajo ningún pretexto —por ser contrario a la dignidad humana— que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general, no está nada clara su justificación. Quizás se trate en realidad solamente del poder del más fuerte...".

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, cit., pág. 42. Por su parte Gonzalo Quintero Olivares, expresa: "...La idea imperante —y la opuesta a la concepción tradicional— es que la privación de la libertad solo puede ser empleada por el Estado con carácter subsidiario, no debiendo por consiguiente recurrir a ella más que cuando otras reacciones jurídicas penales hayan de ser insuficientes por razones de prevención general y especial..." (*Represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, Edit. Dirosa, 1976, pág. 149).

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> "La prevención evita la lesión de bienes jurídicos, la trayectoria de marginación de algunos sujetos, la reincidencia, así como los problemas de la prisión cerrada y otros estigmas posteriores. Todo esto sin contar con los problemas secundarios, como pueden ser: Separar de la sociedad un sujeto que cumple una función, crisis familiares —económicas, morales y sociales—, con repercusiones imprevisibles, etc.". (Alfonso Serrano Gómez, "La función preventiva del Derecho Penal," en Cuadernos de Política Criminal, N° 4, Madrid, 1978, pág. 71).

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> CLAUS ROXIN, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", en Revista de Ciencias Penales del Instituto de Ciencias Penales de Chile, 1973, pág. 18. Y el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, puntualizó: "Resulta una cuestión prioritaria y de singular importancia que los programas de prevención del delito y tratamiento del delincuente se encuentren basados en las circunstancias sociales, culturales, económicas y políticas de cada país y elaborados en un clima de libertad y respeto por los derechos humanos y que las naciones miembros desarrollen una efectiva tarea en la formulación y planeamiento de la política criminal, que las políticas de la prevención del delito se encuentren coordinadas con estrategias para el desarrollo social, económico, político y cultural", en Doctrina Penal, Nos. 13 a 16, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981, pág. 186.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Cita de Francisco Bueno Arus, "Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española", en Cuadernos de Política Criminal, Nº 7, 1979, pág. 25.

<sup>46</sup> Francisco Muñoz Conde, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en Cuadernos..., Nº 7, cit., pág. 94. Sobre la sociedad culpable, cfr. Francisco Bueno Arus, "Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española", cit., pág. 25; FRANCISCO MUNOZ CONDE. "La resocialización...", cit., págs. 94 y 95; Jesús Bernal Pinzón, "Prevención y represión del delito", en Nuevo Foro Penal, Nº 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 178; H. H. JESCHECK, "La crisis de la política criminal", cit., pág. 153; Alessandro Baratta, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en Nuevo Foro Penal, Nº 15, Bogotá. Edit. Temis. 1982, pág. 746; PIERRETE PONCELA, "Por la pena disuadir o retribuír", cit., págs. 912 y 913; CARLOS A. ELBERT, "Historia y crisis de la pena de prisión", en Nuevo Foro Penal, Nº 18. Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 180; IGNACIO MUNAGORRI LAGUÍA, Sanción penal y política criminal.... cit., pág. 73; Franco Basaglia, "Violencia en la marginalidad: El hombre en la picota", en Derecho Penal y Criminología, vol. III, Nº 11, Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1980, pág. 60; HERNANDO BAQUERO BORDA, "La condena de ejecución condicional", en Derecho Penal y Criminología, vol. vi. Nº 19. Bogotá. Edic. Librería del Profesional, 1983, pág. 47; MARINO BARBERO SANTOS, Marginación social..., cit., págs. 134, 182 y 190; CLAUS ROXIN, Problemas básicos..., cit., págs. 33, 45 y 67; ANTONIO BERISTAIN, "La carcel como factor de configuración social", en Doctrina Penal, Nº 2, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pág. 276; G. STRATENWERTH, El futuro..., cit., pág. 34; HILDE KAUFMANN, Principios..., cit., pág. 55; Heinz Zipf, Introducción..., cit., pág. 74; J. M. Stampa Braunn, Ideas.... cit., pág. 79; E. GIMBERNAT ORDEIG, Estudios..., cit., pág. 68.

tivo categórico"47. Indudablemente que se trata del sentido expiatorio de la pena, dentro del cual el culpable debe sufrirla, sin que importe mucho en su ejecución la defensa de la misma sociedad hacia el futuro en la prevención de nuevos delitos, defendiendo al mismo delincuente de todas las causas que podrían conducirlo nuevamente a la violación de la ley, una vez conseguida su libertad. Es decir, que en la determinación y ejecución de la pena, no se puede mirar hacia el futuro, sino hacia el pasado, lo que equivale a que en dichas funciones al reo solo interesa tenerlo en cuenta por lo que ha sido en contra de unos valores preestablecidos, y no por lo que pueda ser en respeto y acatamiento de esos mismos valores, lo que sí se encuentra dentro de los parámetros de la prevención especial. Con esta, tendríamos un derecho penal más humano, más razonable, más justiciero, metas que jamás se deberían olvidar en esa amarga función estatal como es la de privar de la libertad al hombre, ya que como lo observara GONZALO QUINTERO OLIVARES, "la nueva política criminal ha de asumir la idea de que el mejor sistema penal no es el más duro, sino el más humano. La tarea es ingente, pero es deber de los penalistas afrontarla como aportación al proceso democratizador de la vida y la sociedad"48. Esta mira no la puede jamás perder el derecho penal, el cual debe proponder a que las penas, siendo justas, adecuadas a la naturaleza y gravedad del delito, sin superar jamás la medida de la culpabilidad, puedan ser soportadas con la menor carga de aflicción y de sufrimiento. Hacerlo de otra manera sería tal vez abonar en la personalidad del delincuente el terreno moral para la acumulación de rencores, de resentimientos y venganzas contra la administración de justicia y contra la sociedad, lo que más tarde podría abrir nuevos caminos a la consumación de otros delitos.

La posición retribucionista de BETTIOL no se puede entonces compartir, porque de su clarísimo enunciado sí aparece la retribución como hija o pariente de la venganza estatal, conclusión que negara el mismo tratadista, quien, a renglón seguido, tampoco pone en duda que "la pena sea un sufrimiento en sí y que tenga que ser sentido como tal por el condenado. Pero es un sufrimiento proporcionado.

Esta es una exigencia suprema de la pena retributiva"49. Concepto este que resulta difícil de aceptar, ya que no se ve cómo una medida de sufrimiento moral pudiera resultar en compensación del daño que representa la objetividad del delito o por la culpabilidad del mismo. No negamos, desde luego, que se pueda prescindir del carácter aflictivo que tiene la pena. Diríamos que ello está insito en ella, que es de su esencia, de su naturaleza, pero no de sus fines. Si el término se utiliza en derecho penal, si dicha expresión es un complemento de la descripción típica, si el diccionario de la Real Academia la define como un castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta, necesariamente tendríamos que concluír que la pena es una aflicción, sufrimiento, un mal que se irroga a quien ha violado la ley. Si muchas veces sirve de enmienda, si trae el arrepentimiento, si produce la corrección del culpable, si es como la "medicina del alma", según lo dijera PLATÓN, no por ello deja de significar una inmensa carga de dolor, de padecimiento. Pero estos no pueden ser los propósitos del magisterio punitivo, porque sería la entronización de la venganza estatal. Ya BECCARIA, dos siglos atrás, siguiendo las directrices de los filósofos antiguos Protágoras, Platón, Séneca y otros. dijo, refiriéndose a la pena, que "el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los cuidadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"50. Con lo cual planteó desde ese entonces la teoría unificadora de la pena, el sistema conciliador de las tesis mixtas de la retribución, prevención especial y prevención general, que son las que se abren paso en el derecho penal contemporáneo<sup>51</sup>, inscritas en el nuevo Código Penal colombiano, el cual ni siquiera habla de "fines" de la pena, sino de "función", dejando, eso sí, a las medidas de seguridad los "fines de curación, tutela y rehabilitación" (art. 12).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> GIUSEPPE BETTIOL, Instituciones de derecho penal y procesal, cit., pág. 148. En contra: CLAUDIO HELENO FRAGOSO y CARLOS KÜNSEMÜLLER, Revista de Ciencias penales del Instituto de Ciencias Penales de Chile, cit., págs. 203 y 259, respectivamente.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> GONZALO QUINTERO OLIVARES, "Determinación de la pena y política criminal", en Cuadernos de Política Criminal, cit., pág. 70; La nueva defensa social ha propugnado la protección social, a través de la protección al delincuente, considerando que "La seguridad de la sociedad reside más en un hombre socialmente adaptado que en los altos muros de la prisión" (IGNACIO MUNAGORRI LAGUÍA, ob. cit., pág. 103); Antonio Beristain, sobre el tema dice: "El tercer principio básico del derecho criminal moderno es el humanitarismo. Todas las sanciones han de respetar la dignidad de la persona, han de ser humanas (nulla poena sine humanitate)" (Medidas penales en derecho contemporáneo, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1974, pág. 88); HILDE KAUFMANN, en el mismo sentido: "La ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario, mientras la ejecución penal humanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal... La seguridad pública crece mediante la humanización de la ejecución penal porque esta humanización ayuda a eliminar una parte de la tensión social, lo cual, hoy en día constituye la misión central de todos los esfuerzos en favor de la seguridad pública..." (Principios para la reforma de la ejecución penal, cit., págs. 18-29).

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones...*, cit., pág. 150. CESARE BECCARIA, al hablar sobre la "dulzura de las penas", dijo: "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave..." (*Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Edit. Atalaya, 1945, pág. 103).

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> CESARE BACCARIA, ob. cit., pág. 66. PLATÓN ya había dicho: "No castigamos porque alguien haya delinquido, sino para que los demás no delincan", y SANTO TOMÁS DE AQUINO: "En esta vida no se castiga por castigar. El valor de los castigos impuestos al hombre es un valor medicinal y tiende a lograr la seguridad pública y la curación del delincuente" (citas de Luis Rodríguez Manzanera, "Ejecución penal y adaptación social en los países en desarrollo", en La reforma penal en los países en desarrollo, México, Edit. Melo, S. A., 1978, pág. 288).

<sup>51</sup> Sobre la teoría unificadora de la pena, cfr. Heinz Zipf, "Principios fundamentales...", cit., págs. 189 y ss.; Claus Roxin Problemas básicos..., cit., págs. 19, 33 y 34; S. Mir Puig, Introducción a las bases..., cit., págs. 81-91; Francisco Muñoz Conde, Introducción al derecho penal, cit., pág. 35; G. Quintero Olivares, Represión penal..., cit., pág. 139; Giuliano Vasalli, "Funciones e insuficiencias de la pena", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, págs. 350 y 375; Hans Heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal, Parte general, vol. 1, Barcelona, Edit. Bosch, S. A., trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1981, pág. 103; Hernando Londono Berrío, El error en la moderna teoría del delito, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 146, 151 y 152.

#### V. TEORÍA UNIFICADORA DE LA PENA. CONFRONTACIÓN DOCTRINARIA

El punitur non quia peccatum est, sed ne peccetur, tiene entonces un arraigo de siglos, está enclavado en la filosofía espiritualista más antigua de la humanidad. Y si bien es cierto que el derecho penal se ha olvidado de muchas de esas enseñanzas. por preferir mejor la represión a toda costa, el terrorismo punitivo, la deshumanización de las penas, el trato cruel y degradante hacia los condenados, desde hace algún tiempo han vuelto a surgir las inquietudes sobre el criterio de prevención especial que se debe tener en cuenta no solo en la determinación de la pena sino primordialmente en la ejecución de la misma. Por ello ha dicho con énfasis EDUARDO NOVOA MONREAL: "No puede ponerse en duda que a lo largo del presente siglo las teorías relativas sobre la pena, conforme a las cuales esta se justifica por su utilidad para impedir la comisión de nuevos delitos (ne peccetur), han ido adquiriendo cada vez mayor número de adhesiones, y que la corriente a su favor ha sido tan vigorosa que ha llegado hasta abrir paso a un repudio de la pena como tal y a propugnar su sustitución por francos tratamientos de resocialización..."52.

Hoy se hace especial hincapié sobre este aspecto, en consideración a que en las cárceles y prisiones, sin un régimen interno adecuado a los fines positivos de la pena, la mera privación de la libertad en dichas condiciones estimula la criminalidad<sup>53</sup>. Lo cual hace pensar que, siendo la cárcel criminógena, el hombre que delinque resulta ser muchas veces, por una doble vía, víctima de una doble injusticia; la primera, cuando la sociedad, amurallada dentro de sus injustas estructuras, crea un impulso hacia la delincuencia; la segunda, cuando ya cometido el delito, el Estado favorece la reincidencia, con sus políticas equivocadas en el trato al delincuente, cuando lo olvida en las prisiones y solo se preocupa por asegurar la privación de su libertad<sup>54</sup>. Es decir, cuando la ejecución de la pena parte exclusivamente de presupuestos retributivos, de un obcecado criterio de pura represión.

A esto se acercan algunas tesis que enfocan el problema "del derecho penal al derecho premial", para concluír, como lo hace BETTIOL, enfilando sus baterías contra la resocialización, la que critica por ser un "costoso procedimiento educativo", y porque no se comprende cómo los delincuentes puedan recibir un beneficio de esa naturaleza, cuando no todos los hombres honestos tienen la posibilidad y los medios de ser convenientemente instruídos, educados, profesionalmente preparados<sup>55</sup>. Se duele por ello BETTIOL de que se presente esa sustancial discrimi-

nación entre el delincuente y el hombre honesto, por lo cual realmente para el primero la pena se convertiría en un premio, lo que le permite sostener que "la tan mentada exigencia de una reeducación es especulativamente insostenible, políticamente absurda, prácticamente orientada hacia una radical transformación de las estructuras y las finalidades del derecho penal"56.

En lo que no se puede coincidir, por elementales razones de justicia, de humanidad, de política criminal, y aun del derecho positivo, el cual no puede perder de vista al hombre, aun dentro de las rejas de una cárcel y los altos muros de las prisiones, para propender hacia su resocialización, bien proporcionándole facilidades para el trabajo que no pudo conseguir en libertad y por cuya causa tal vez delinquió, o dándole la oportunidad de tener acceso al estudio, a las fuentes de la cultura, cuyos ingredientes espirituales e intelectuales podrían constituír en el futuro factores de inhibición hacia conductas antisociales. Por ello son de alabar legislaciones que, como la colombiana, han consagrado la redención de las penas por el trabajo y el estudio, fuera de haber introducido en el estatuto procesal penal una institución tan benéfica como la de la detención parcial en el propio lugar de trabajo. con plena libertad física cuando se trate de determinada categoría de infracciones v de reclusos, que permitan presumir que no se darán a la fuga, por no ser muy grave la amenaza punitiva contra ellos. Dentro de dicho esquema procesal, al reo se le permite mantener su vinculación al trabajo, con lo cual se evita su desocialización, ya que podrá seguir velando por sus obligaciones y necesidades. Contribuye también ello a mantener la cohesión familiar y a crear un incentivo para el buen comportamiento del sindicado, dentro y fuera de la prisión<sup>57</sup>.

Después de leer a BETTIOL<sup>58</sup>, quien siempre deja el sabor amargo del retribucionista absoluto, llega VASALLI para decirnos que la prevención especial, al igual que la retribución y la prevención general, son "funciones fundamentales de la

<sup>52</sup> EDUARDO NOVOA MONREAL, ob. cit., pág. 50.

<sup>53</sup> GONZALO QUINTERO OLIVARES. Represión penal y Estado de derecho, cit., pág. 152.

<sup>54 &</sup>quot;El funcionario de instituciones penitenciarias, hombre necesariamente dotado de gran cabeza y gran corazón, no debe reducirse a conocer y cumplir las ciencias jurídicas, como algunos han hecho hasta ahora, sino que debe estudiar también las ciencias sociológicas, históricas, políticas y económicas. Del conflicto dramático entre ambas perspectivas nacerá su nueva forma de pensar, sentir y actuar. Buscará siempre la liberación continua del hombre y la mejora de sus estructuras". (ANTONIO BERISTAIN, "La cárcel como factor de configuración social", en Doctrina Penal, N° 2, 1978, pág. 287).

<sup>55 &</sup>quot;Del derecho penal al derecho premial", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, pág. 288.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Ibídem, págs. 287 y 288.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Art. 43 de la ley 2ª de 1984, que modificó el art. 451 del C. de P. P., sobre detención parcial en el propio lugar de trabajo: "El sindicado podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo siempre que reúna las siguientes condiciones:

<sup>&</sup>quot;1. Que se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de 5 años.

<sup>&</sup>quot;2. Que no haya eludido su comparecencia al proceso.

<sup>&</sup>quot;3. Que no haya sido condenado o no registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales de la misma naturaleza durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud de este beneficio.

<sup>&</sup>quot;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..."

<sup>58</sup> GIUSEPPE BETTIOL (Derecho penal. Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1965, Instituciones..., cit.) afirma: "...Y aun nosotros, retribucionistas declarados, exigimos una ejecución humana e instruída porque en el delincuente que expía debe ser visto, siempre, el hombre dotado de responsabilidad moral; pero no podemos admitir, en ningún caso, que en la ejecución de la pena se quiebre la proporcionalidad que debe existir entre las condiciones de la vida interna de la cárcel y el nivel de vida del hombre medio, que viva honestamente. Si a través de un malentendido proceso de humanización de la ejecución penal las condiciones de vida del preso dentro de la cárcel debiesen, aunque más no sea igualar las que tenía fuera de ella, sufriría la pena misma en su naturaleza retributiva y aflictiva y, por lo tanto, en su esencia moral... ("Del derecho penal al derecho premial", cit., págs. 291 y 292).

pena". Al referirse a la primera anota que negar dicha función, "o pretender dejarla relegada como función secundaria, accesoria o de efecto colateral a la pena, equivaldría a negar no solo el irresistible desarrollo de todo el derecho penal sino a desconocer una realidad que estuvo presente entre los filósofos, los juristas y los legisladores, de toda época y país" 59.

Consecuente con estas ideas, el mismo VASALLI enuncia la tesis bien sugestiva de que la retribución no deba ser un fin en sí misma, sino un medio que consienta la realización de los fines de prevención especial<sup>60</sup>, con lo cual la función retributiva de la pena alcanza una dimensión más humana y más razonable. La alcanza, porque de no proponerse esos fines rehabilitadores, reeducativos, resocializadores, la pena no llegaría a desbordar el significado de ser una real venganza del Estado, un instrumento al servicio exclusivo de la represión, un castigo sin piedad contra quien cedió a la tentación del delito por falta de control de sus frenos inhibitorios. Si se les abandonara, si no se les "premiara", según la crítica de BETTIOL, con tratamientos encaminados a la reinserción en la comunidad, la convivencia social se resentiría más todos los días por dichas causas.

El hombre sigue siendo arcilla moldeable, depósito de ingredientes morales y espirituales que tal vez no hayan aflorado en su personalidad, pero que están allí listos para emerger cuando tengan una buena motivación. Y esta motivación tienen que darla el Estado y los administradores de justicia, el primero al conformar la ley y los segundos al aplicarla con sentimiento vivo de humanidad. Una pena injusta, una pena arbitraria, bien por razones de Estado, por prevaricato del juez, por error judicial, además de la inseguridad jurídica que produce en la sociedad, puede ella misma ser factor criminógeno con respecto a quien la sufre. Su rebelión contra ella, después de haber agotado todos los recursos legales para impugnarla, estaría justificada. Pero el hombre que advierte que en la determinación y ejecución de la pena en su contra se le ha tratado con justicia, con profundo respeto a su dignidad humana, que, a excepción de la pérdida de los derechos inherentes a la condena misma, no se le han negado los esenciales a la persona, estará más preparado para un reingreso pacífico a la sociedad que aquel a quien se ha tratado de una manera diferente. Pero como esto es la excepción en el mundo carcelario y penitenciario de hoy, HANS-HEINRICH JESCHECK, ha tenido que decir que "en todo el mundo se advierte un escepticismo creciente frente al valor pedagógico de la pena privativa de libertad y, por ello, se tiende a su sustitución por otras penas o por un tratamiento en libertad... En esta línea, se intenta adaptar la sanción a la personalidad del condenado, propulsar el tratamiento en libertad, acompañar la pena de medidas asistenciales de tutela social, encaminar la ejecución de la pena a la resocialización del condenado, facilitar a los excarcelados el regreso a la sociedad y recordar a esta su parte de responsabilidad para con el delincuente''61. Pero esta sociedad, como es bien sabido, no ha querido admitir la trágica verdad de que por las injustas estructuras que protege, ella misma frecuentemente ha cultivado los gérmenes de la criminalidad. Allí ha tenido por lo tanto la criminología un dramático escenario para estudiar las causas de la delincuencia<sup>62</sup>.

La iusticia de la pena no puede ser entonces a la manera kantiana, o como lo pretende BETTIOL, libre de toda consideración finalista, agotada en su sola aplicación retribucionista, sino que tiene que ofrecer otras perspectivas, no a la satisfacción de los intereses jurídicos violados, no a la compensación del daño causado a la sociedad con el delito, sino al favorecimiento de la personalidad del reo, no solo para procurar que su condena le cause el menor sufrimiento moral y físico posible, sino para reavivar en él sentimientos positivos hacia la convivencia social. Por ello JESCHECK considera que retribución y prevención no son polos irreconciliables y opuestos, ya que por la primera se debe conminar y aplicar para compensar la culpabilidad por el delito cometido, y por la segunda, buscar el resultado preventivo de una forma justa<sup>63</sup>. Pero un verdadero sentido humanista de la prevención especial lo encontramos en el pensamiento formidable de JUAN BUSTOS RAMÍREZ: "La importancia de la prevención especial es haber puesto su acento sobre el individuo considerado como tal en sus particularidades y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible como en el caso de la teoría retributiva y de prevención general. En ese sentido esta dirección tiene un carácter humanista, pues pretende un encuentro con el hombre real. Por otra parte con ello despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, ya que de lo que se trata es simplemente de adecuar la pena a esas particularidades del sujeto para volverlo nuevamente útil a la sociedad o por lo menos para que no la perjudique..."64.

Conviene entonces pensar en lo que ya de por sí representa el proceso penal apenas con una detención preventiva, para que así lleguemos a las nefastas consecuencias de la condena y la mejor manera de encararlas. Aun antes de la condena definitiva, el proceso mismo ya significa para el reo un duro quebranto, un fuerte traumatismo moral en su vida y en la de su familia. La simple captura espectacular, una indagatoria conocida por la opinión pública o unos pocos días de privación de la libertad, ya han podido dejar un estigma, un baldón, un antecedente de ignominia. Entonces ese estigma sería naturalmente mayor con la condena65, por lo cual

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencia de la pena", en Estudios jurídicos en homenaje al prof. Luis Jiménez de Asúa, cit., págs. 367 y 368.

<sup>60</sup> Ibidem, pág. 388.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. ι, Barcelona, Edit. Bosch, S. A., trad. de Mir Puig y F. Muñoz Conde, 1981, pág. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, sobre el tema de la sociedad culpable en la producción de la delincuencia, expone: "No nos sentimos 'superiores' porque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto hemos sido nosotros mismos, la sociedad, los que hemos condicionado un delito del que aparentemente solo uno es responsable..." (Estudios de derecho penal, cit., pág. 68):

<sup>63</sup> H. H. JESCHECK, Tratado de derecho penal, Parte general, vol. 1, cit., pág. 95.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Bases críticas de un nuevo derecho penal, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 169 y 170.

<sup>65</sup> Sobre el estigma del condenado ha dicho Antonio Beristain: "Cualquiera que sea la voluntad de los jueces, las penas que imponen dan lugar a una estigmatización social de las personas que son objeto — y a veces nada más que eso, 'objeto'— de ellas. Esta desvalorización de los delincuentes condenados es una causa de repudiación de las obligaciones sociales y, por tanto, de reincidencia' (Crisis del derecho represivo, Madrid, Edit. Cuadernos para el diálogo, S. A., 1977, pág. 63). En el mismo sentido Carlos A. Elbert, "Historia y crisis de la pena de prisión", en Nuevo Foro Penal, N° 18, Bogotá, Edit. Temis, pág. 180.

un sentimiento humanitario no más que fuera, debería permitir que el carácter retributivo de la pena, el que ya por su esencia y naturaleza representa un mal, un castigo, no se considere como un fin en sí mismo, sino como un medio en la prevención de nuevos delitos. O dicho de otra manera: que el carácter retributivo de la pena termine en el momento en que empieza su ejecución, a partir de lo cual, bien el juez en las legislaciones en donde tiene facultades de vigilar la ejecución de la pena y tomar medidas al respecto, o las autoridades penitenciarias, solo deberían tener por misión la recuperación del delincuente para la sociedad<sup>66</sup>. Por ello, a nuestro juicio con entera razón, FAUSTO COSTA ha podido decir que "no parece que pueda hoy ponerse en duda que la pena, considerada en su fin, sea sobre todo prevención... Resumiendo, la pena es represión en cuanto a su naturaleza objetiva, sufrimiento en cuanto a su naturaleza subjetiva, prevención en cuanto a su fin principal. La modalidad, los caracteres y los fines secundarios —retribución, expiación, intimidación, enmienda— pueden deducirse fácilmente de la naturaleza y del fin principal" of 1.

Desde luego que a todo lo largo de la historia de la pena, la teoría de la prevención especial ha recibido sus objeciones. La más acentuada crítica proviene de KANT, cuando dice que "el castigo nunca debe ser administrado simplemente como un medio para promover otro bien, ya sea con respecto al criminal mismo, ya sea con respecto a la Sociedad Civil, sino que en la mayoría de los casos debe ser impuesto solo porque el sujeto sobre el que recae ha cometido un crimen... Primeramente debe ser encontrado culpable y castigable, antes de que pueda existir algún pensamiento de sacar de su castigo un beneficio para él mismo o para los demás ciudadanos" siendo esta la concepción retributiva absoluta de la pena (quia peccatum est).

La filosofía y el derecho penal han interpretado de diversa manera el postulado kantiano, unos desde el punto de vista de su defensa, y otros, de su repudio. De todas maneras aparece claro en su pensamiento que la retribución no debe servir como medio para la prevención especial ni general. Se excluye, por así decirlo, la intimidación como fin, tanto para quien ha violado la ley y sufre los rigores de la pena, como para quienes a través de la misma condena puedan ser motivados para no caer en el delito. Por otra parte, con dicha teoría, aplicada al derecho penal moderno, no habría posibilidades al momento de la determinación de la pena, o mejor, de la declaratoria judicial de culpabilidad, de conceder subrogados penales, como los del perdón judicial o suspensión condicional de la pena, ni, en una etapa

más avanzada, la libertad condicional, sustitutivos penales que están arraigados en la conciencia jurídica de hoy, y, por lo tanto, en las legislaciones penales. Tampoco podrían intervenir muchas otras medidas alternativas de la pena que no podemos explicar ahora, como la "diversión" en los Estados Unidos; la "community service", en Inglaterra; la advertencia con reserva de pena, después de probada la culpabilidad, lo que fue propuesta del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán; sustitución de penas privativas de libertad por penas pecuniarias; prestación de trabajo en obras públicas; la "probation", forma de condena condicional en EE. UU. e Inglaterra; la "parole", equivalente a nuestra libertad condicional, después de haber cumplido parte de la pena; el "sursis", sistema franco-belga, el cual permite el pronunciamiento y determinación de la sanción, pero aplazándose la ejecución de la misma; las "medidas de control social o comunitario", propias de las legislaciones socialistas; la "suspensión provisional de la formulación de la acusación", por parte del Ministerio Fiscal, como en Bélgica, evento en el cual ni siquiera se llega al reproche de culpabilidad, etc.69.

En el derecho penal contemporáneo se han hecho sentir igualmente las objeciones a la teoría de la prevención especial, cuyo análisis tampoco podemos hacer ahora, por lo cual haremos la enunciación de las más importantes: deja al particular a merced ilimitadamente de la intervención estatal; aun en los delitos más graves, no tendría que imponerse la pena si no existe peligro de repetición; el fin de una adaptación social forzosa mediante una pena, no contiene en sí misma una legitimación<sup>70</sup>; se quiebra la proporcionalidad que debe existir entre las condiciones de vida interna de la cárcel v el nivel de vida del hombre medio, que vive honestamente; la pena sufriría en su naturaleza retributiva y aflictiva y, por lo tanto, en su esencia moral, si las condiciones humanitarias del preso dentro de la cárcel, fueran siquiera iguales a las que tenía fuera de ella<sup>71</sup>; debería deiarse totalmente sin castigar al delincuente ocasional; habría que imponer al delincuente que hubiere cometido un delito de poca gravedad, pero que denotare una especial peligrosidad y tendencias criminales, importantes medidas de seguridad o terapéuticas que no estarían en relación con la importancia del hecho cometido<sup>72</sup>; parte de la base o consideración del delincuente como un ser peligroso socialmente; en su base hay una falta de ética social fundamental en cuanto se instrumentaliza al hombre para los fines del Estado, con lo cual se le cosifica y se pierde el respeto por su dignidad, que es uno de los pilares del Estado de derecho; si bien es humanista, en cuanto se dirige al hombre real, no lo es necesariamente en cuanto lo respete en su dignidad, pues justamente puede significar la mayor violación posible a su personalidad, en cuanto a trasformarle su mismidad, su consciencia; puede representar el máximo de deshumanización y absolutismo arbitrario, al querer imponer solo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia73.

<sup>66</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, al impugnar la función retributiva de la pena, ha dicho: "Por eso la opinión de que la pena infligida a los hombres tenga función retributiva es, más que grotesca, impía. Sorprende, por desgracia, que más de un serio estudioso no advierta, ante todo, cuán ridículo sea definir como retribución lo que a un homicidio o a un latrocinio hace corresponder un determinado número de años, de meses, de días de reclusión" (Cuestiones sobre el proceso penal, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, pág. 100).

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> FAUSTO COSTA, El delito y la pena en la historia de la filosofía, México, Edit. Hispanoamericana, 1953, pág. 284.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Cita de Nigel Walter, "La eficacia y justificación moral de la prevención", en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 11, pág. 141.

 $<sup>^{69}</sup>$  Cfr. H. H. Jescheck, "El marco internacional de la reforma penal", en *Doctrina Penal*, N° 7, cit., págs. 471 a 474.

<sup>70</sup> CLAUS ROXIN, Problemas básicos..., cit., págs. 16 y 17.

<sup>71</sup> G. BETTIOL, "Del derecho penal al derecho premial", cit., págs. 291 y 292.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> H. H. JESCHECK, Tratado..., vol. 1, cit., pág. 103.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Bases críticas de un nuevo derecho penal, cit., págs. 168-170.

Tanta controversia como la que ha suscitado el estudio filosófico y jurídico de la pena, para desentrañar su esencia, su naturaleza, sus funciones, sus fines, ha conducido casi a un consenso en una teoría unificadora, que sin olvidar el criterio retributivo, se trace fines de prevención, tanto general como especial, en la búsqueda de una mejor justicia penal, así algunos consideren la antinomia, la incompatibilidad entre retribución y prevención. De todas maneras, la pena limitada en su gravedad por la culpabilidad (retribución), el fin de la misma en la resocialización del delincuente (prevención especial), e intimidación a los componentes del grupo social, como una fuerza de disuasión de la conducta delictuosa (prevención general), constituye en conjunto una teoría sincrética de la pena, una concepción pluridimensional de la misma, que a nuestro juicio permite la aplicación de ella en una forma más justa y razonable<sup>74</sup>. Por ello consideramos un acierto el hecho de que se hubiera acogido en el nuevo Código Penal colombiano, a pesar de las críticas de HERNAN-DO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, cuando dice: "El artículo 12 del nuevo Código Penal, que prescribe como funciones de la pena la retribución, la prevención, la protección y la resocialización, acoge con ello una teoría unificadora por adicción de la pena, plurifinalistica, que tiene el inconveniente de no decir claramente en qué situaciones, a pesar de la culpabilidad, el legislador está dispuesto a renunciar a la pena, por no ser necesarias la resocialización o la prevención. La creación de una teoría unificadora dialéctica, que resuelva coherente y eficazmente la relación de estos diferentes fines de la pena, es un trabajo que demanda apremiantemente nuestra práctica iudicial"75.

#### VI. CULPABILIDAD Y PENA

No obstante el cuestionamiento que de vez en cuando se hace al principio de culpabilidad, seguimos creyendo que todavía el derecho penal habrá de demorarse para sustituírlo. Entonces, si la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena, tesis pacífica en la doctrina, ello significa en el fondo y en la práctica, una extraordinaria garantía para el delincuente, ya que para invertir el principio, la pena no puede sobrepasar los límites de la culpabilidad, porque si así pudiera ocurrir, constituiría un acto arbitrario, de la más repudiable injusticia. Es así un principio protector de los intereses jurídicos del reo; es la seguridad jurídica de que el Estado no puede extralimitarse en su contra al determinar la pena, la que en su calidad y duración no puede exceder las previsiones legales. Es una garantía

del Estado de derecho, a la cual no se puede renunciar sin caer en el despotismo, en el más odioso terrorismo penológico. Sin dicho principio de culpabilidad en el ordenamiento jurídico de un país, la libertad individual estaría permanentemente amenazada, y las penas solo obedecerían a las cambiantes circunstancias sociales y políticas del momento, cuando no al capricho de quienes las impusieron. Violaría el principio de legalidad: nullum crimen nulla poena sine lege. Sin ese límite se podría llegar a los más grandes absurdos, contrasentidos e injusticias; como sería, por ejemplo, si en virtud de la prevención general resultare aconsejable sancionar con elevadas penas delitos de poca gravedad, en virtud de su frecuencia en el medio social; o si con el criterio de la prevención especial, pudiera aparecer conveniente la imposición de penas muy altas para quienes cometan delitos de poca entidad lesionadora de los derechos e intereses jurídicos tutelados por la norma penal, solo porque el delincuente ha sido un reincidente, un profesional de la delincuencia y que por sus condenas anteriores no hubiere dado demostraciones evidentes de su resocialización y enmienda.

Pero si como no puede prescindirse de la importante garantía de que la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad, surge la controversia sobre si puede quedar por debajo de la misma. Para unos, como ROXIN<sup>76</sup>, la pena puede quedar por debajo de la culpabilidad, como en el caso del delincuente primario y cuando la condena se haya impuesto por un delito de poca gravedad; otros, como MAURACH<sup>77</sup>, sostienen que si la medida de la pena pudiera ser inferior a la culpabilidad, se volverían ilusorios los fines de la prevención general y la enmienda del reo. Posición esta que no nos parece acertada, porque si la misma ley, en casos especiales, considera que hay circunstancias en que la pena deba estar por debajo de la culpabilidad, es porque el legislador subjetivamente apreció que con ello no se afectaría ninguna de las dos prevenciones.

Precisamente algunos subrogados penales tienen un claro y específico carácter de prevención especial, como cuando la poca gravedad del hecho punible, la reducida amenaza punitiva que contiene, la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho imputado, permiten al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, como en la condena de ejecución condicional según la legislación colombiana. En cuyo caso conviene más a su personalidad que la pena impuesta no tenga que ser cumplida, que se le perdone mediante ciertas condiciones cuando ya se esté en el régimen de libertad. De donde resulta que el condenado así favorecido por la ley resultaría, muy por el contrario, perjudicado con el cumplimiento de la pena, ya que esta no tendría respecto a él ningún fin de prevención especial, por tratarse de una persona que seguramente no volvería a delinquir, ya que su delito fue ocasional, consecuencia de las apremiantes circunstancias en que se vio; o porque el motivo que tuvo para delinquir solo era uno

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> A favor: S. Mir Puig, Introducción..., cit., pág. 81; H. H. Jescheck, Tratado..., cit., pág. 103; con crítica, pero aceptándola como dominante: F. Muñoz Conde, Introducción..., cit., pág. 35; G. Quintero Olivares, Represión penal..., cit., pág. 139; Giuliano Vasalli, "Funciones e insuficiencias de la pena", cit., pág. 350. En contra: E. Bacigalupo, citado por D. M. Luzón Peña, "Antinomias penales...", cit., pág. 589; C. Roxin, Problemas básicos..., cit., pág. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> HERNANDO LÉON LONDOÑO BERRÍO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 151 y 152.

<sup>76</sup> C. ROXIN, Problemas básicos..., cit. págs. 27-30; el mismo, Iniciación al derecho penal, cit., págs. 49, 68 y 146; y en "Prevención y determinación de la pena", cit., págs. 56 y 68.

<sup>77</sup> REINHART MAURACH, Tratado de derecho penal, edic. cit., págs. 636 y ss.

muy especial y ya ha desaparecido con el hecho cumplido. En estos casos, buscar en la pena una prevención especial sería tal vez contraproducente, error de política criminal. Así se podría llegar a extremos perniciosos para la personalidad misma del delincuente, como serían los de que al no necesitar de una resocialización, por obligársele a pagar una pena corta e innecesaria, podría salir de la prisión con tendencia a seguir en el delito, por la nociva influencia del centro de reclusión. Se contaminaría quizás de inclinaciones criminales que antes no tenía; sus frenos inhibitorios podrían debilitarse en el contacto con peligrosos y habituales antisociales; el mismo caldeado y agresivo ambiente de la prisión podría allí mismo hacerle caer en una nueva modalidad delictiva o reincidir en la misma.

De lo anterior se puede perfectamente concluír que si la pena muy frecuentemente podría quedar por debajo de la culpabilidad, ello, en lugar de ir contra consideraciones de prevención especial y general, como lo pensara MAURACH, resultaría en provecho de esa misma prevención, principalmente de la especial. Esta se favorecería precisamente con la no imposición de una pena, con la no ejecución de la misma, con su rebaja o su sustitución, según sean las previsiones legales. Tal vez la prevención general pudiera resultar afectada un poco, pero no sería justo ni humano que en perjuicio del propio reo se sacrificara el sano espíritu de la prevención especial en su favor, para que la general se abriera camino con la imposición severa e intransigente de la pena. Es el obligado riesgo que debe correr y el precio que debe pagar la sociedad, cuando ante la ninguna necesidad de que el reo sufra una privación de su libertad, se prefiera la elección de una medida que preserve la personalidad del reo<sup>78</sup>, a los fines de evitar su desocialización.

Como lo ha dicho ROXIN, es "criminológicamente deseable y jurídicamente admisible imponer una pena orientada hacia la prevención especial, inferior a la que correspondería por la culpabilidad"<sup>79</sup>, pensamiento que ya había sido compartido por BAUMANN<sup>80</sup> y que JESCHECK lo plantea así: "Mientras que la función fundamentadora y limitadora de la pena por el principio de culpabilidad no se halla fuera de toda duda, la cuestión de hasta qué punto la pena pueda atenuarse por debajo de la medida de la culpabilidad por razones de prevención especial, se encuentra entre los problemas más discutidos de la actual Ciencia del Derecho Penal" 81.

Así fuera cierta la afirmación anterior, nosotros creemos que el criterio de la prevención especial en el tratamiento de la pena se ha abierto ya un amplio

camino en la legislación universal. Pero vamos a concretarnos a Colombia. Veremos entonces cómo el carácter retributivo de la pena se atempera considerablemente en nuestra legislación penal, con miras principalmente a la prevención especial.

# VII. LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL COLOMBIANA

- 1. El principio rector del art. 12 del C. P.—En primer lugar, tenemos el principio rector del Código, en cuyo art. 12 se determina que "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora", postulado insoslayable de la nueva legislación penal y que tiene su cabal desarrollo en el art. 61 del mismo estatuto, cuando señala que los criterios que debe tener el juez para aplicar la pena, son los de la "gravedad y modalidades del hecho punible, grado de culpabilidad. las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente". Es decir, que se sanciona según el mayor o menor contenido del injusto, la mayor o menor culpabilidad en el hecho punible (dolo, culpa o preterintención), todo esto sin desconocer, a los fines de la prevención especial, la personalidad del reo, sobre quien debe proyectarse una política resocializadora, si fuere necesario, respetando siempre los fueros de su conciencia y dignidad humana. Esto excluye naturalmente el que de una manera exclusiva la medida de la pena tenga como límite la medida de la culpabilidad, lo que significaría un retribucionismo absoluto, que no lo tuvo tampoco el Código Penal del año treinta y seis. Por ello, con toda razón ha dicho Eugenio Raúl Zaffaroni, refiriéndose a nuestra legislación penal vigente. "Una prueba dogmática de que en el Código Penal no funciona la culpabilidad como culpabilidad de autor ni en el delito ni en la cuantificación de la pena. es que el artículo 61 menciona la 'personalidad del agente' en forma independiente de la culpabilidad, es decir, las consideraciones de prevención especial son, en la ley penal colombiana, ajenas a la culpabilidad del agente"82.
- 2. Las instituciones procesales y la prevención especial. Pero si lo anterior fuera poco para enfatizar en la posición "preventivista" de nuestro estatuto punitivo, un más concreto desarrollo de los principios anteriores se puede apreciar en algunas instituciones penales. Precisamente cuando la resocialización, por las circunstancias especiales de la personalidad del delincuente, no se hace necesaria, o porque dichas condiciones presumiblemente se adquieran durante el cumplimiento parcial de la pena, vienen a funcionar en su favor los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia condenatoria o de la libertad condicional. Por esto procede repetir que si la medida de la pena tiene como marco el grado de culpabilidad, en el caso de los subrogados citados, no se hace necesario agotar

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> HEINZ ZIPF, afirma: "Mientras que la teoría de la pena exacta resulta insuficiente desde el prisma político-criminal, por el contrario, la prohibición de sobrepasar la culpabilidad abre un enorme margen de acción político-criminal al juez a la hora de determinar la pena. Según esta otra concepción, la valoración de la culpabilidad solo fija un límite máximo dentro del marco penal tipico. De allí que esta teoría permita al juez, en el caso concreto, imponer una pena muy inferior a la que exigiría la culpabilidad, si estima como especialmente favorable la prognosis social del delincuent y no considera, por ello, necesario ejercer sobre él la prevención especial..." (Principios fundamentales de la determinación de la pena, cit., pág. 193).

<sup>79</sup> C. ROXIN, Prevención y determinación de la pena, cit., pág. 255.

<sup>80</sup> JÜRGEN BAUMANN, ob. cit., pág. 35.

<sup>81</sup> H. H. JESCHECK, *Tratado...*, vol. 1, cit., págs. 31 y 32.

<sup>82</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Nº 8, Cali, 1983, pág. 51.

retributivamente el límite máximo de la pena, pudiéndose en el primer caso suspender su ejecución y en el segundo atemperarla con su disminución. Y por lo que se refiere concretamente a la condena de ejecución condicional<sup>83</sup>, que de por sí tiene una connotación de prevención especial, a la pretensión de atribuírle cualquier acento retribucionista, se podría contestar, con algunos, que desde el momento en que se dicta la sentencia, esta ya deja de tener carácter retributivo, o que el mismo proceso penal adelantado y la misma condena, aun sin ejecutarse, ya constituyen una suficiente retribución en los delitos de poca gravedad<sup>84</sup>.

En defensa de estos mismos subrogados de la legislación colombiana, el jurista español JUAN CÓRDOBA RODA ha conceptuado, de lege ferenda: "...uno de los postulados a los que la evolución de la doctrina penal ha conducido, es el de la procedencia de renunciar a la pena resultante de la estimación de un delito como acción típica, antijurídica y culpable, en todos aquellos casos en que dicha sanción deja de ser necesaria. En términos generales, una tal renuncia puede manifestarse, o en la inejecución total de la pena, o en una disminución de esta por debajo del marco fijado por el principio de adecuación entre el desvalor del acto y la gravedad de la sanción"85. Este es el criterio que inspira al nuevo Código Penal colombiano, porque, además de otros requisitos, para que sea viable judicialmente la condena de ejecución condicional se requiere que "el condenado no requiera de tratamiento penitenciario". Y por cuanto se refiere a la libertad condicional<sup>86</sup>, además de las otras exigencias que trae la ley, se requiere que la personalidad del reo, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social. Es decir, cuando se considere que el reo ya tiene la aptitud suficiente para hacer su reingreso a la comunidad social y convivir armónicamente con ella.

83 Art. 68 del C. P.: "En la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia, el juez podrá de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos a cinco años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

"1. Que la impuesta sea de arresto o no exceda de tres 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".

84 Por lo cual ha dicho Francesco Carnellutti: "El juicio penal es pena, porque la pena es dolor. El concepto de pena, síntesis de sus tres momentos (etiológico, ontológico y teleológico), en fin de cuentas se concentra en el misterio del dolor como tránsito del mal al bien: per crucem ad lucem. Todo dolor, probablemente, tiene esta función; pero solo en ciertos casos los hombres lo advierten; la pena, acaso, es aquel dolor cuyo carácter teleológico les es patente. Dolor infligido para redimir al delincuente o para reprimir el delito es la misma cosa..." (ob. cit., pág. 396).

85 JUAN CÓRDOBA RODA, Culpabilidad y pena, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 55; y agrega en página 54: "...El pretender que las penas privativas de libertad sean cumplidas en todos los casos en los que se estime cometido un delito, sin admitir la posibilidad de que se prescinda de la imposición de ellas o se rebaje la duración en atención a su ineficacia cuando no a sus nefastos efectos, conlleva el intolerable perjuicio de la imposición de un castigo, o inútil, o causante, incluso, de irreparables males".

86 Art. 72 del C. P., sobre libertad condicional: "El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la 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, permitan suponer fundadamente su readaptación social".

# A. Suspensión condicional de la ejecución de la sentencia (C. P., art. 68)

La suspensión condicional de la pena ha servido primordialmente para resolver problemas de política criminal, como los de la inconveniencia resultante de la ejecución de penas cortas, de la cual podría derivarse un perjuicio inútil para el condenado, innecesario para la sociedad, ya que, en primer lugar, o no necesitaría de la intimidación, ni, por lo tanto, de la resocialización, o, aun pudiendo necesitarla, sería insuficiente para ello el corto período de la pena impuesta; y en segundo lugar, porque el reo de buenas costumbres, de sólidos principios morales, el delincuente ocasional, la persona que probablemente no volvería a encontrarse con los mismos motivos que lo indujeron a delinquir, estaría expuesto, con el cumplimiento de la pena, a salir de prisión con sus frenos inhibitorios debilitados, que podrían colocarlo en peligro de reincidir. Por este aspecto, la ley penal colombiana se ha colocado en una posición de avanzada, pues permite la concesión del subrogado para las penas de arresto hasta cinco años, que es el límite máximo que permite dicha sanción, y las de prisión que no excedan de tres años.

Sin embargo, el otorgamiento de dicho subrogado podría resultar a la postre nugatorio según el momento procesal en que fuera concedido, como sería aquel en que el reo tuviera que esperar, privado de su libertad, hasta el momento del pronunciamiento de la respectiva sentencia condenatoria, con el fin de suspender su ejecución. Para obviar esto, nuestra legislación procesal penal vigente hasta el diecisiete de enero del año en curso quiso anticipar la viabilidad del subrogado al momento de la calificación del mérito del sumario, cuando en esta oportunidad surgiere la hipótesis de que en el evento de una condena, el procesado tendría derecho a la suspensión condicional de la misma. Pero aun así, al llegar el momento de la calificación del sumario con auto de enjuiciamiento, el sindicado podía haber pagado va el total de la pena o buena parte de ella, por lo cual el beneficio resultaba completamente ineficaz o parcial. Consciente el legislador de esta situación, y siempre con miras a la prevención especial, en la reciente ley 2ª de 1984, sobre reformas al Código de Procedimiento Penal, consagró como causal de excarcelación, "cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia". Con esto se viene a significar, después de armonizar dicha norma con otras del mismo estatuto procesal, que nuestra legislación permite ya que se pueda adelantar una causa penal hasta su terminación con sentencia condenatoria, sin que el acusado tenga que estar ni un solo día en la cárcel.

Esta situación tan favorable al reo se presentará en todos los casos en que esté prohibida su captura, así como su detención después de haber rendido indagatoria; y tendrá derecho a seguir disfrutando de su libertad, a pesar de que en su contra se dicte auto de detención preventiva para mantenerlo vinculado al proceso. Pero sería una "detención" en abstracto, no física, sino jurídica, que no podrá variar en la etapa subsiguiente del auto de enjuiciamiento, en la cual se debe ratificar esa libertad, si se mantienen los requisitos para la eventual concesión del subrogado penal, cuando posteriormente se dicte la sentencia.

# B. La redención de la pena (ley 32 de 1971). La detención parcial en el propio lugar de trabajo (C. de P. P., art. 451).

Pero la política criminal de nuestro legislador, con fines de prevención especial. de resocialización, ha colocado otros hitos importantes que solo enunciamos. El primero de ellos es el de la redención de las penas, la cual permite abonar un día de pena por cada tres de trabajo o estudio (lev 32 de 1971), para lo cual, lo mismo que en la suspensión condicional de la sentencia, no siempre tendrá que esperar a la condena para beneficiarse de ese derecho, sino que también puede disfrutarlo en un anticipo procesal de la libertad condicional, abonándole dicho tiempo para la excarcelación, "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" (C. de P. P., art. 453, num. 4°). En segundo lugar, la institución de la detención parcial en el lugar de trabajo, cuando se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco años (C. de P. P., art. 451), con la obligación para el sindicado de regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas, es una medida que durante su vigencia ha logrado efectos muy benéficos. De una parte, ha servido para que el procesado sienta cierta coacción sicológica para observar buena conducta, dentro y fuera de la cárcel, para no perder los beneficios de la ley; y de la otra, ha constituído un factor extraordinario de influencia para que el reo pueda continuar en sus labores habituales, para no perder el empleo que tenía al momento de la comisión del hecho punible y para que la estabilidad familiar no sufra mengua por su compromiso penal. En la práctica judicial, quienes reciben este beneficio, generalmente son amparados posteriormente, en caso de condena, con la suspensión condicional de la misma.

#### C. Crítica de la prevención especial en estos casos

Desde luego que todas estas instituciones no son muy del agrado de los retribucionistas, quienes en su mayoría no consienten que el límite de la pena fijada dentro del marco de la culpabilidad, pueda reducirse a las condiciones que se dejan descritas. Por ejemplo, con referencia a la condena de ejecución condicional, se la ha llegado a calificar como especie de jubileo criminal, como un ius primae crimine (derecho a cometer el primer crimen), una especie de indulto o perdón predeterminado. En cambio, el jurista José María Rodríguez Devesa, después de recordar que las penas cortas ni mejoran ni intimidan, porque una estancia breve en la prisión hace perder el temor a la pena y el contacto con otros reclusos constituye un contagio síquico que produce la corrupción del penado, agrega su opinión de que debe intentarse reducir el número de penas cortas acudiendo a sustitutivos penales que permitan lograr los fines preventivos generales y especiales inherentes a la pena sin aquellos nocivos efectos<sup>87</sup>. Por su parte, desde el año de 1889, la Unión Internacional de Derecho Penal en el Congreso de Bruselas, votó por aclamación su adopción.

En esta suspensión condicional de la ejecución de la pena, basada en el principio de que no es necesario agotar en la medida de esta la medida de la culpabilidad, así se minen los efectos retributivos y de prevención general de la sanción suspendida, la doctrina que la ha defendido la justifica de diversa manera: debe ser aplicada a todos aquellos que no necesitan tratamiento penitenciario, aunque sean reincidentes, e incluso para penas superiores a seis años<sup>88</sup>; es la mejor manera de racionalizar la pena privativa de la libertad y considerar dicho instituto a fines preventivos especiales<sup>89</sup>; el peligro de la contaminación de los delincuentes primarios al contacto con los criminales endurecidos, y la desintegración social de personas fácilmente recuperables, debería constituír razón imperativa del juez para concederla<sup>90</sup>. Y así se podría continuar en un extenso recorrido por toda la doctrina contemporánea, para encontrar que es casi unánime su aceptación, tanto en este subrogado como en el de la libertad condicional<sup>91</sup>. También el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, reunido en Caracas en el año 1981, entre otras recomendaciones a los Estados miembros, hizo las siguientes:

"a) Examinen sus legislaciones con miras a hacer desaparecer los obstáculos legales que se opongan a la utilización de los medios alternativos del encarcelamiento en los casos pertinentes, en los países donde existen tales obstáculos:

"b) Evalúen procedimientos jurídicos y administrativos cuya finalidad sea reducir en la medida de lo posible la detención de las personas que se encuentren en espera de un juicio o de sentencia;

"c) Desplieguen esfuerzos para informar al público de las ventajas de los medios alternativos del encarcelamiento, con objeto de fomentar la aceptación de estas medidas por parte del público, etc.".

#### D. La libertad condicional (C. de P. P., art. 696).

Pero así como el criterio de la prevención especial se ha hecho funcionar legislativamente respecto a las penas de corta duración, con el subrogado analizado, para

En contra: G. BETTIOL, "Del derecho penal al derecho premial", cit., pág. 289; HANS WELZEL, cit. por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de derecho penal, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 524.

<sup>87</sup> JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte general, Madrid, Edit. Artes Gráficas Carasa, 1981, pág. 853.

<sup>88</sup> ALFONSO SERRANO GÓMEZ, "La función preventiva del derecho penal", cit., pág. 74.

<sup>89</sup> ENRIQUE BACIGALUPO, "Los principios de política criminal de las recientes reformas y proyectos de reforma en América Latina", en La reforma penal en los países en desarrollo, cit., pág. 37.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> H. H. JESCHECK, "La crisis de la política criminal", en Nuevo Foro Penal, Nº 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 160.

<sup>91</sup> A favor: Francisco Muñoz Conde, La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, cit., pág. 106; Alessandro Baratta, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad", en Nuevo Foro Penal, N° 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 747; Hernando Baquero Borda, "La condena de ejecución condicional y la libertad condicional", en Derecho Penal y Criminología, N° 19, Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1983, págs. 34 a 55; Alfonso Reyes Echandía, "La punibilidad en la dogmática penal y en la política criminal", en Derecho Penal y Criminología, N° 19, cit., pág. 94; Proyecto alternativo del Código Penal alemán (1966); Günter Stratenwerth, "Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal a propósito del ejemplo de la reforma alemana del derecho penal", en Doctrina Penal, N° 7, cit., pág. 500; GIULIANO VASALLI, "Funciones e insuficiencias de la pena", cit., pág. 377.

las penas de larga duración, como las de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, también se ha institucionalizado la libertad condicional, cuando el reo haya cumplido las dos terceras partes de la condena. Se concede cuando la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social. Diríamos que se trata de las personas sobre quienes más debe despertarse la preocupación del legislador, con miras a permitirles la reducción de sus penas, ya que cuando estas son de larga duración, superiores a diez o quince años, producen en la personalidad del reo traumatismos de diversa índole que pueden llegar a ser irreparables. La sola pena moral por la pérdida del bien supremo de la libertad individual y por el abandono obligado de su familia, la alimentación siempre deficiente, las enfermedades sin oportuna y adecuada atención, van dejando indudablemente en el organismo y en la sique del recluso fermentos muy nocivos que alimentan día a día el desequilibrio de su existencia. Está bien entonces que para ellos exista la esperanza de que pueda llegar el momento en que la pena pierda todo su acento retributivo, permitiéndoles su reinserción en la comunidad social sin tener que agotar el límite máximo de la punición. No debe perderse de vista para ellos el fenómeno de la prisionización, cuyos efectos, al decir de HILDE KAUFMANN, pueden consistir en "pérdida de actividad, fuerza de decisión, capacidad de sobreponerse, optimismo, capacidad de apego, capacidad de contacto, pero también puede consistir en una posición de amargura agresiva, que ha retenido y aprendido a tener mucho odio y rabia para perpetrar delitos «correctamente»"92.

Por lo que se refiere a dicho subrogado de la libertad condicional, la doctrina también es casi unánime<sup>93</sup>. Nuestro legislador, en lugar de restringirla, la ha ampliado considerablemente, acortando el tiempo en que procede su reconocimiento, cuando se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena, cuando en el Código derogado se requerían las tres cuartas partes, o las cuatro quintas, según que el condenado fuera o no reincidente, distinción que no se hace en la ley vigente. Todo lo cual nos está evidenciando, sin mencionar siquiera otras instituciones de la ley sustancial, estructuradas a los fines de la prevención especial, que tanto aquella ley como la de procedimiento penal y el Código carcelario y penitenciario, buscan atemperar de una manera esencial y fundamental, el carácter inicial y retributivo de la pena.

#### E. Otros casos de prevención especial en el Código Penal colombiano

Todo este cuestionamiento sobre las funciones de la pena, ofrece por su misma lógica el interrogante sobre si en los casos en que no sea total o parcialmente necesaria, deba prescindirse de su aplicación o rebajarse, como ocurre en la mayoría de las legislaciones; o como en otras, en las que no obstante el reconocimiento de la culpabilidad, la jurisdicción se abstiene de pronunciar sentencia condenatoria. Estas tres hipótesis admiten su perfecta viabilidad sobre la tesis más pacífica de que la punibilidad no es elemento integral del delito, sino su consecuencia, por lo cual, sin que se contraríe la teoría del mismo, el hecho punible puede quedar impune. Es decir, que, aunque no puede existir pena sin culpabilidad, sí es factible la inversa: culpabilidad sin pena.

Se trataría de los casos en que no obstante una acción típica, antijurídica y culpable, por razones de política criminal, la ley, en determinadas situaciones, exime de pena o extingue el ejercicio de la acción penal. Como en las previsiones de nuestra ley penal tipificadoras de los delitos políticos de rebelión y sedición, en que no habría lugar a imposición de pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo. Aquí se habla de "hechos punibles", es decir, en que el autor de los mismos ha recorrido todo el iter del delito, desde el acto típico hasta la culpabilidad. Lo mismo acontece cuando exime de pena al responsable de injuria y de calumnia, si probare la veracidad de sus afirmaciones, lo que apenas mencionamos a título de ejemplo. Y para no citar sino un caso en que ni siquiera para el inimputable sería necesaria una medida de seguridad, no obstante su conducta típica y antijurídica, está el caso en que si la inimputabilidad proviniere exclusivamente de trastorno mental transitorio, no habrá lugar a la imposición de medida de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales. O el otro caso del indígena inimputable, para quien la medida consistirá únicamente en la reintegración a su medio ambiente natural. Es decir, ni penas ni medidas de seguridad, por no ser ninguna de ellas aconsejable desde el punto de vista de la prevención especial, ni necesaria por prevención general.

#### F. La doctrina extranjera

Los tratadistas han abordado el tema de diversa manera. Por ejemplo, ENRI-QUE GIMBERNAT ORDEIG ha dicho que "precisamente el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea —en absoluto o en su rigor—innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible; pues puedo aceptar y conformarme con que se me prive de la libertad, aunque sea para mí muy doloroso, si con ello presto un servicio a la comunidad, pero se abusa de mí si se me impone un padecimiento inútil que no sirve al fin de la convivencia social bien porque el comportamiento ejecutado no necesita ser reprimido por tanta severidad" 4. El mismo autor, en el caso concreto del error

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> HILDE KAUFMANN, Criminología. Ejecución penal y terapia social, trad. de Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1979, pág. 129.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> A favor: Claus Roxin ("Prevención y determinación de la pena", cit., pág. 65): "...no resulta tampoco factible dejar que la culpabilidad actúe arbitrariamente, impidiendo la libertad condicional, independiente de la pena correspondiente a ella"; Gonzalo Quintero Olivares (Represión penal y Estado de derecho, cit., pág. 147): "Por otra parte, la libertad condicional que evita el cumplimiento de la totalidad de la pena privativa de libertad, debe ser complementada con una intensiva preparación de la libertad (asistencia social, puesto de trabajo, vivienda, contactos sociales, etc.) como medio de resocialización".

En contra: H. H. JESCHECK ("La crisis de la política criminal", cit., pág. 49): "La liberación condicional debe ser derogada porque conduce a la desigualdad".

<sup>94</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, Estudios de derecho penal, cit., pág. 72.

invencible de prohibición, rechaza la tesis que propugnaría la imposición, no obstante, de una pena para evitar que se relaje —no frente al autor concreto, sino frente a la comunidad— la eficacia que emana de las tipificaciones penales<sup>95</sup>. Para dicha situación, nuestra ley positiva tiene prevista una causal de inculpabilidad. Aunque para ROXIN la razón para excluír de pena en la legislación alemana a dicho error de prohibición, al igual que el estado de necesidad disculpante, el exceso en la legítima defensa y la incapacidad de culpabilidad, es la falta de necesidad preventiva y no la presunta falta de capacidad para actuar de un modo distinto<sup>96</sup>.

Para ROXIN, la sola culpabilidad no justifica la pena, por lo cual si esta no es necesaria desde el punto de la prevención general y especial, no debe imponerse. Fueron las ideas que se reflejaron en el Proyecto Alternativo del Código Penal alemán, en donde se dijo precisamente que "las penas y medidas sirven para la protección de bienes jurídicos y la reinserción social del delincuente", con lo cual se descartó el aspecto retributivo con base en la culpabilidad. Aquella posición de ROXIN no ha sido compartida en la doctrina, entre otros, por CÓRDOBA RODA y MARINO BARBERO SANTOS, quienes la enfrentan desde diversos puntos de vista<sup>97</sup>. En cambio, la posición de MICHEL FOUCAULT es todavía más liberal, ya que propugna la interrupción de la pena, cuando no sea necesaria a los fines de prevención especial. Llegado dicho momento, debe desaparecer el carácter retributivo de la misma: "así como el médico prudente interrumpe su medicación o la continúa según que el enfermo haya o no llegado a una perfecta curación, así también, en la primera de estas dos hipótesis, la expiación debería cesar en presencia de la enmienda completa del condenado, ya que en este caso toda detención se ha vuelto inútil, y por consiguiente tan inhumana para con el condenado como vanamente onerosa para el Estado"98.

#### VIII. RESOCIALIZACIÓN, TRATAMIENTO Y DERECHOS DE LOS RECLUSOS

No podríamos hacer ahora un exhaustivo estudio sobre infinidad de temas que están estrechamente conectados con la función de la prevención especial

de la pena, como el de la resocialización del condenado, cuyo panorama llena ciertamente de mucho pesimismo, si se tiene en cuenta la indiferencia estatal y la insensibilidad de la sociedad por la suerte de quienes permanecen en prisión o cuando salen de ella<sup>99</sup>. En torno a dicha perspectiva habría que enfrentar el serio problema del tratamiento, tanto para los imputables como para los inimputahles, para ver hasta dónde las técnicas y los procedimientos empleados han sido los más adecuados, los más respetuosos de la autonomía personal, de los fueros inviolables de la conciencia, en síntesis, de la dignidad humana, lo que ha hecho decir a FOUCAULT que los presos son la parte más desdichada y más oprimida de la humanidad<sup>100</sup>. En dicho enfoque, no podría faltar el análisis sobre los derechos de los reclusos, constantemente violados en las prisiones, lo que ha engendrado muv frecuentemente situaciones de empeoramiento de la vida en prisión, creando con ello agudos obstáculos a la resocialización, por lo cual no ha faltado razón para afirmar que las prisiones son "un cuartel estricto, una escuela sin indulgencia. un taller sombrío: pero en el límite, nada de cualitativamente distinto" 101, Por lo mismo, habría que entrar a fondo en las instituciones encargadas de la ejecución de la pena, para encontrarnos con el espectáculo deprimente que anotara FRANCO BASAGLIA, cuando dice que "quien atraviesa la puerta de la cárcel, de la penitenciaría o del manicomio criminal, entra en un mundo donde todo actúa prácticamente para destruírlo (al sometido a pena o medida de seguridad) aun cuando esté formalmente proyectado para salvarlo"102. En fin, tendríamos que hacer una taladrante y dolorosa disección de nuestra sociedad, desde el punto de vista moral, económico, cultural y político, para concluír en la infamante realidad de que ella ha engendrado por su culpa, dadas las deficientes estructuras de su organización, la criminalidad que hoy y siempre padece y ha padecido la humanidad<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> Ibídem, pág. 102.

<sup>\*\*</sup> Análisis crítico de Francisco Muñoz Conde, "Culpabilidad y prevención en derecho penal", cit., pág. 46. CLAUS ROXIN, sobre el tema ha dicho: "Se puede decir respecto al problema de la necesidad de pena lo siguiente: La imposición de una pena solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirla otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales" (Iniciación al derecho penal de hoy, cit., pág. 32).

<sup>97</sup> Cfr. Marino Barrero Santos, "La reforma penal española en la transición a la democracia", en Revista Internacional de Derecho Penal, cit., pág. 60; Juan Córdoba Roda ("Evolución política y derecho penal en España", en Revista Internacional..., cit. ant., pág. 142). Sostiene la tesis de que "La pena deje de ser impuesta en todos aquellos casos en que resulte innecesaria; esto es, la introducción de la necesidad de la pena como una exigencia adicional al a concurrencia de los elementos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, integrantes de la noción de delito".

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> MICHEL FOUCAULT, Vigilar y castigar, 2ª ed., México, Edit. Siglo XXI, 1978, págs. 247 y 248. Por su parte, la Asamblea plenaria del Congreso Internacional sobre la reforma penal en los países en desarrollo, aprobó entre sus recomendaciones las siguientes: "...3. La ejecución penal debe seguir el principio de necesidad... 8. La ejecución penal debe abandonar los criterios retributivos para optar por los de prevención" (La reforma penal en los países en desarrollo, cit., pág. 311).

<sup>99</sup> Sobre el tema, cfr. Alfonso Serrano Gómez, "La función preventiva...", cit., pág. 83; Fran-CISCO MUNOZ CONDE, "La resocialización...", cit., págs. 25, 93 y 94; José Enrique Sobremonte Martí-NEZ. "La constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", cit., págs. 110, 118 y 119; JESÚS BERNAL PINZÓN, "Prevención y represión del delito", cit., pág. 178; H. H. JESCHECK, "La crisis de la política criminal", cit., pág. 153; ALESSANDRO BARATTA, "Observaciones sobre las funciones de la cárcel...", cit., pág. 746; Pierrete Poncela, "Por la pena, disuadir o retribuír", cit., págs. 912 y 913; CARLOS A. ELBERT, "Historia y crisis de la pena de prisión", cit., pág. 180; FRANCO BASAGLIA, violencia en la marginalidad: "El hombre en la picota", Derecho Penal y Criminología, vol. III. Nº 11, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1980, pág. 60; HERNANDO BAQUERO BORDA, "La condena de ejecución condicional y la libertad condicional", cit., pág. 47; IGNACIO MUNAGORRI LAGUÍA, ob. cit., pág. 73; Marino Barbero Santos, Marginación social..., cit., págs. 134, 182 y 190; C. Roxin. Problemas básicos..., págs. 33, 45 y 67; Antonio Beristain, "La cárcel...", cit., págs. 276, 287 y 290; GUNTER STRATENWERTH, El futuro,..., cit., págs. 34 y 120; HILDE KAUFMANN, Principios..., cit., pág. 55; HEINZ ZIPF, Introducción..., cit., pág. 74; STAMPA BRAUN, Las ideas penales.... cit., pág. 69; JAIME CUEVAS SOSA e IRMA GARCÍA DE CUEVAS, Derecho penitenciario, México, Edit. Jus, 1977, págs. 161 y ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, Estudios..., cit., pág. 68.

<sup>100</sup> M. FOUCAULT, ob. cit., pág. 296.

<sup>101</sup> Ibídem, pág. 235.

<sup>102</sup> F. BASAGLIA, Los crímenes de la paz, México, Edit. Siglo XXI, 1977, pág. 85.

<sup>103</sup> Cfr. JEAN PINATEL, La sociedad criminógena, trad. de Luis Rodríguez Ramos, Barcelona, Edit. Aguilar, 1979.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que ante la inmensa crisis por la que hoy atraviesa el derecho penal represivo, la administración de justicia tiene que volver caras al hombre que delinque, mantenerlo siempre elevado a su dignidad de persona, para que cuando sea necesario hacerlo pasible de una pena, esta le sea aplicada pero con vivo sentimiento de humanidad<sup>104</sup>. Y como lo aconsejara ANTONIO BERISTAIN, no olvidar que "un sistema judicial y penitenciario y policial apoyado en los derechos humanos de hoy-mañana, defiende a la persona y a la sociedad mejor que muchos bunker" 105.

### LA PROBLEMÁTICA DEL ERROR EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ACTUALES

(A propósito de una providencia de la Corte)\*

Dr. FERNANDO VELÁSOUEZ V.\*\*

"...ya los jueces penales se sentirán exonerados de saber los rudimentos de su ciencia y los civiles la propia, y así hasta el infinito...".

Aunque no compartimos el enfoque dogmático que el salvamento de voto del magistrado GÓMEZ VELÁSQUEZ plantea, sí nos identificamos ampliamente con los cuestionamientos político-criminales que ha formulado; por ello hemos escogido como epígrafe de este trabajo un aparte de su escrito, que, en nuestro sentir, refleja de manera cabal la problemática que ha venido suscitando —y que seguramente habrá de suscitar— la decisión de la Corte en la jurisprudencia que aparece en la sección correspondiente de esta edición, la cual ha contado con la ponencia del magistrado REYES ECHANDÍA, al mismo tiempo una de las cabezas más visibles de la doctrina colombiana.

#### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La decisión de la alta corporación, así como el salvamento de voto, nos sitúan ante la problemática del error en general, y del error de prohibición directo en su modalidad de error de interpretación en particular. La teoría del error es tal vez el más intrincado problema de la parte general del derecho penal, y el que mayores dificultades teórico-prácticas plantea.

Antes de formular las observaciones que nos ha deparado la lectura de la providencia y de su salvamento, haremos en primera instancia una ubicación histórica de la decisión, para lo cual acudiremos a las doctrinas alemana y colombiana, así como a la jurisprudencia; este recorrido nos llevará desde la tradicional clasificación romana, ya superada, de error de hecho-derecho, hasta la moderna división de error de tipo-prohibición. Más adelante, en el acápite tercero, expondremos las orientaciones de la actual doctrina colombiana, para entrar luego, por separado,

<sup>&</sup>quot;Así, el principio de humanidad se ha convertido, sobre todo en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad"; Giuliano Vasalli, "Funciones...", cit., pág. 384; G. Quintero Olivares (Represión penal..., cit., pág. 140): "La potestad punitiva debe ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o benevolencia, sino como manifestación de respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda otra consideración cientifico-teórica"; Hilde Kaufmann, Principios..., cit., págs. 18, 23 y 29; Heinz Zipf, Introducción..., cit., págs. 41 y 42; Enrique Cury, Revista de Ciencias Penales de Instituto de Ciencias Penales de Chile, cit., págs. 257 y 258.

<sup>105</sup> Antonio Beristain, Crisis del derecho represivo, cit., pág. 252.

<sup>\*</sup> Este trabajo tiene como finalidad desarrollar las inquietudes surgidas no solo con motivo de la decisión de la Corte, sino del salvamento de voto, de fecha mayo 24 de 1983, y que el lector podrá consultar en nuestra sección de jurisprudencia.

<sup>\*\*</sup> El autor es profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín.

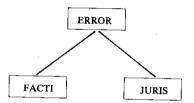
al desglose de los trabajos aludidos, oportunidad en la cual pondremos de manifiesto cómo la providencia se afilia a la llamada teoría del dolo, sostenida por la mayor parte de la doctrina y que ofrece serios reparos político-criminales, y termina concluyendo que el error de interpretación invocado no existió, tal como lo plantea el magistrado disidente. Finalmente, luego de un breve balance, expondremos las perspectivas futuras que se abren a la doctrina y a la jurisprudencia, sobre los tópicos aquí involucrados y cuya discusión apenas comienza.

#### II. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DEL ERROR

Punto de partida de la actual sistemática del error, es la distinción error de tipoprohibición, implementada por la doctrina alemana y acogida por la jurisprudencia de aquel país desde 1952<sup>1</sup>, así como por la legislación penal<sup>2</sup>. Pero llegar a esta clasificación ha supuesto todo un proceso evolutivo, que es bueno reseñar, así sea someramente.

#### A. Teoría originaria

Desde la época romana se habla de error facti (error de hecho) y error juris (error de derecho): el primero eximía de responsabilidad como norma general; el segundo solo excepcionalmente, pues regía en toda su integridad el principio de que a nadie le está permitido ignorar las leyes (nemine licet ignorare jus), y en consecuencia se presume que todo el mundo las conoce, de donde resulta que aunque uno las ignore, le obligan lo mismo que si las hubiera conocido (nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat<sup>3</sup>. La estructura siguiente nos explica esta distinción<sup>4</sup>.



Ej.: Un hombre es tomado por un espantapájaros.

Ej.: Una persona sustrae del comercio un producto considerado "oficialmente" como de primera necesidad, sin conocer la prohibición (C. P., art. 229).

El error es relevante.

El error es irrelevante.

<sup>1</sup> Esta sentencia, según palabras de Jescheck, "constituye un hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del derecho penal". Cfr. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal, trad. de Muñoz Conde y Mir Puig, Barcelona, Ed. Ariel, 1981, pág. 622.

<sup>2</sup> Véase el Strafgesetzbuch (Código Penal) editado por la C. H. Beck'sche Verlag, edición de 1981,

<sup>3</sup> Las excepciones a la inexcusabilidad del error juris, han sido magnificamente tratadas por Constante Amor y Neveiro en el apéndice a la obra de Isaac Rovira Carrero, Derecho penal, t. ii, Madrid, Edit. Reus, 1916, págs. III y ss. Sobre la evolución histórica cfr. Scipione Piacenza, Errore ed ignoranza di diritto in materia penale, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1960, págs. 61 y ss.

<sup>4</sup> Para la estructuración seguimos a Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, Verlag C.H. Beck, 1980, págs. 198 y ss.

Esta fue la distinción que imperó entre nosotros durante muchos años; en efecto, las codificaciones anteriores a la de 1936 no hacían diferenciación alguna y se contentaban con consagrar la presunción de que "la ignorancia de la ley no excusa"; pese a esto, nuestro primer tratadista de derecho penal, CONCHA, quien comentó el estatuto del año 1890 en sucesivas ediciones de su *Tratado*, distinguió el error de hecho del de derecho, e identificaba para efectos jurídicopenales el error y la ignorancia. Según este autor, el agente incurre en error de hecho, cuando "le falta la noción exacta de una cosa" o presenta una "apreciación inexacta de ella", evento en el cual no hay lugar a "culpabilidad", como en el caso de quien contrae matrimonio con una mujer casada creyéndola viuda.

Esta última especie de error es inculpable cuando "el mal causado constituye un accidente; si cualquier hombre pudo, en iguales condiciones, encontrarse en las mismas circunstancias e incurrir en el mismo error"; ahora bien, si el error es imputable a culpa del autor del hecho y se trata de una falta no intencional, "hay que averiguar si la ley castiga o no en el delito una culpa de esa naturaleza".

Distinta es la situación en el error de derecho: cuando el agente trate de establecer su buena fe demostrando que por ignorancia de la ley o por interpretación falsa de ella, no conoció el carácter ilícito del acto que se le imputa, habrá culpabilidad y por ende responsabilidad, pues rige ampliamente el aforismo nemo jus ignorare censetur; este error solo podría excepcionarse cuando el autor "pruebe que le ha sido absolutamente imposible conocer la ley y que no hubo culpa suya al violarla. Pero estas circunstancias son tan raras, que es difícil suponerlas".

En Alemania el Tribunal Supremo Imperial (Reichsgericht), partiendo del § 59 del C. P. de 1871, sostuvo la misma concepción del error, que también imperó entre nosotros como se desprende del texto del art. 23, ords. 2 y 3 del anterior estatuto penal, que consagra la ignorancia y el error de hecho y de derecho como "causales de exención de la responsabilidad criminal". La interpretación del texto legal no fue, sin embargo, pacífica en la doctrina: una corriente¹o sostuvo que

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> En efecto, el Código de 1837 así lo estipulaba en su art. 93: "serán castigados conforme a este código, sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se prescribe...". Idéntica consagración en codificaciones posteriores, como el Código del Estado de Antioquia de 1868, art. 117; el de 1873, art. 77; y la ley 19 de 1890, art. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> José Vicente Concha, *Tratado de derecho penal*, 7<sup>a</sup> ed., Bogotá, Librería Americana, 1929, pág. 81. La 1<sup>a</sup> edición data de 1896.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ob. cit., pág. 82.

<sup>8</sup> Ob. cit., pág. 82.

<sup>9</sup> Ob. cit., pág. 83.

<sup>10</sup> Como voceros de esta corriente, podemos señalar los siguientes: ANGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, Tratado de derecho penal, t. 1, Parte general, Medellín, Ediciones de la Univ. Pontificia Bolivariana, 1948, págs. 111 y ss.; SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, Elementos de derecho penal, 3ª ed., Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1977, págs. 361 y ss. La primera edición data de 1952 y la hizo la U. Pontificia Bolivariana; AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, Derecho penal colombiano, Parte general, Bucaramanga, Imprenta Departamental, 1952, págs. 228 y ss.; Bernardo Gaitán Mahecha, Curso de derecho penal colombiano, Bogotá, Ediciones Lerner, 1963, pág. 192; De la misma opinión Reyes Echandía, quien sostuvo que por "expreso mandato del legislador (el num. 3º del art. 23) solo excusa cuando sea determinado por la fuerza mayor y se refiera a norma contravencional". Cfr. Alfonso Reyes Echandía, Derecho penal colombiano, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1964, págs. 243 y 244; BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, Curso de derecho penal general colombiano, Popayán, Publicaciones de la Universidad del Cauca, 1968, págs. 140 y ss.

el Código no les daba importancia al error ni a la ignorancia de derecho sino tratándose de contravenciones, con lo cual se interpretaba de manera exegética el ordinal 3° del art. 23, y se entendía dicho ordinal como una excepción a lo preceptuado en el 2°; otro sector, en cambio, era de la opinión que también el error y la ignorancia de derecho podían alegarse en materia de delitos; para algunos solo en caso de delitos políticos, para otros solo para los llamados "delitos artificiales", o bien para todo tipo de delitos en general<sup>10 bis</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, hablaba siempre de error de hecho-derecho, dándole trascendencia solo al primero<sup>11</sup>.

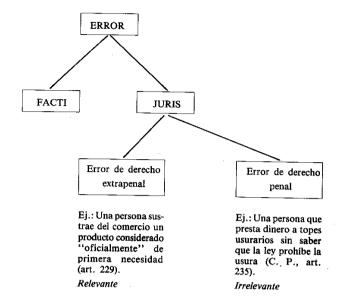
#### B. Teoría modificada

Como la división tradicional implicaba la exigencia de un conocimiento completo de los preceptos y prohibiciones jurídicas, lo que era poco equitativo, se implementó la distinción del error de derecho en penal y extrapenal. En estas condiciones, el error de derecho extrapenal sí excusaba, no así el penal; claro está, que a esta nueva diferenciación se le objetó, que de un lado no era posible realizar una distinción precisa entre lo que había de entenderse por una u otra forma de error, y que del otro, en el ámbito del derecho penal se presentarían sectores desconocidos, cuyo conocimiento sencillamente no sería exigible. La estructura siguiente, nos explica esta modificación.

10 bis En cambio le reconocen eficacia excluyente al error y/o a la ignorancia de derecho (algunos los distinguen, otros los identifican para efectos jurídico-penales), bien de manera amplia, bien de manera restringida, los siguientes autores: CARLOS LOZANO Y LOZANO, Elementos de derecho penal, Bogotá, Edit. Temis, 1979. En su pág. 236 dice: "nuestro Código admite como eximente el error esencial de hecho o de derecho, sin discriminación, es decir, ya sea que se refiera a la ley civil, comercial, administrativa o penal". La 1ª edición data de 1950 y la imprimió la Universidad Nacional; Luis CARLOS PÉREZ, Tratado de derecho penal, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 118; SERVIO TULIO RUIZ, La estructura del delito en el derecho penal colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 170; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, Manual de derecho penal, Medellín, Ed. Salesiana, 1972, pág. 244.

Por su parte, Arenas afirmaba que la ignorancia o el error de derecho puede alegarse tanto en las contravenciones como en los delitos de "creación legal", por oposición a los "naturales" en los cuales no podía invocarse. Cfr. Antonio Vicente Arenas, Comentarios al Código Penal, 2ª ed., Bogotá, Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, 1968 (la 1ª de 1964), pág. 252; Romero Soto, a su vez, preconizaba la exención en casos de "ceguera jurídica", pues tal situación "...hace que el error de derecho no pueda ponerse a cargo de tales personas, ya que ellas son incapaces de comprender la norma y de sentir su imperio. Lo mismo puede decirse de la ignorancia de la ley". Cfr. Luis Enrique Romero Soto, Derecho penal, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 244. Como algo novedoso, encontramos que este autor llega a pronunciarse por la atenuante en los casos de vencibilidad del error; Mesa Velasquez en de opinión que la ignorancia invencible solo excusaba si se trataba de la ley extrapenal o de delitos políticos, y obviamente, de contravenciones. Cfr. Luis Eduardo Mesa Velasquez, Lecciones de derecho penal, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1974, págs. 242 y ss. La 1ª edición data de 1962 y la imprimió la Univ. de Antioquia.

<sup>11</sup> Entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que hacen la distinción, se podrían citar las siguientes: octubre 23 de 1947, "G. J.", t. LXIII (2057-8); julio 8 de 1960, "G. J.", t. XCIII (2228-9); 15 de diciembre de 1959, "G. J.", t. XCI (2217-19).



Esta distinción tuvo eco entre nosotros, tal y como se comprueba en el estudio de la doctrina y la jurisprudencia<sup>12</sup>, hasta que entró en vigencia el C. P. de 1980, aunque ya la doctrina se empezaba a hacer eco de la clasificación error de tipoprohibición, siguiendo los dictados de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. En este país, como es sabido, ya en 1908 Von HIPPEL planteaba la distinción entre error sobre la realización del hecho y error sobre la antijuridicidad, que se vería reafirmada hacia 1925 con los planteamientos de GRAF ZU DOHNA, y que serviría luego para afianzar la sistemática preconizada por el finalismo, para terminar con la acogida que le tributó la jurisprudencia mediante decisión de marzo 18 de 1952, por obra del *Tribunal Supremo Federal* (Bundesgerichtshof)<sup>13</sup>.

#### C. La moderna división

Una vez que la jurisprudencia se sumó a la doctrina alemana, se generalizó la nueva clasificación, y la división tradicional quedó definitivamente superada.

12 Efectivamente, autores como Lozano y Lozano (ob. cit., pág. 236) dieron relevancia al error de derecho extrapenal. Lo mismo puede decirse de Barrientos Restrepo, ob. cit., pág. 363; Estrada Vélez, ob. cit., pág. 242; Reyes Echandía, ob. cit., ed. cit., pág. 234. Esto acarreaba, las más de las veces, la asimilación del error de derecho extrapenal al error de hecho. En la jurisprudencia debe destacarse la decisión de diciembre 15 de 1959, con ponencia de Luis Eduardo Mejía Jiménez, que reconoce implicitamente la relevancia del error de derecho extrapenal, pero lo rechazó en el caso en que se invocaba; Cfr. "G. J.", t. xci (2217-19), págs. 967 y ss.

<sup>13</sup> Sobre esto véase a RICHARD BUSCH, "Über die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum", en Festschrift für Edmund Mezger. München-Berlin, C. H. Bech'sche, Verlag, 1954, págs. 165 y ss., y a LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, t. v1, 2° ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1975, págs. 328 y ss. La decisión del Tribunal Supremo Federal, se puede consultar en Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen N° 2, marzo 18 de 1952, págs. 194 y ss.

Por ello, es explicable que el Proyecto Oficial de 1962 (§§ 18 y 19) y el Proyecto Alternativo de 1966 (§§ 20 y 21) la tuvieran en cuenta, consagrándola de manera expresa; lo mismo ha sucedido con la nueva Parte General vigente desde 1975. Con ello, ha encontrado la normativa del error una regulación diferente, en el centro de la cual están los preceptos del § 16 relativo al error sobre las circunstancias de hecho (error de tipo), y el § 17 (error de prohibición).

Sobre la nueva regulación ha dicho Krümpelmann: "Según el § 16, que se limita a apoyarse en el texto y en el contenido del § 59 del antiguo Código Penal, no hay dolo por desconocimiento de «las circunstancias que pertenecen al tipo legal»; si el error estriba en imprudencia (culpa), y existe el correspondiente tipo culposo, el autor será penado a título de culpa (§ 16, inc. 1°, parte 2ª). El error de prohibición no tiene antecedentes en el anterior Código Penal, y ha sido descrito como «la falta de comprensión del injusto del hecho»; el error de prohibición no descarta el dolo; si es invencible, el autor obra sin culpabilidad, si es vencible la pena puede disminuírse (§ 17, parte 2ª)" 14.

La siguiente estructura nos explica lo anteriormente expuesto:



Punto de partida no son los hechos sino los elementos del tipo.

Con ello es posible la inclusión de los elementos normativos del tipo.

Consecuencia: se excluye el tipo, el dolo como elemento típico desaparece<sup>15</sup>.

Si el error es vencible, se reprocha a título de culpa si existe tipo culposo.

Punto de partida no son las normas sino el injusto material del hecho.

Con ello es posible considerar la conciencia del injusto.

Consecuencia: la culpabilidad se excluye, desaparece su núcleo central.

Si el error es vencible, la pena puede atenuarse.

La moderna distinción ha sido lentamente introducida por nuestra doctrina, aún bajo la vigencia del derogado Código Penal<sup>16</sup>. A continuación nos ocuparemos de las diversas alternativas que plantea la actual doctrina colombiana.

#### D. La teoría del error en el Código de 1980

Si reparamos en el texto legal (art. 40, ords. 3 y 4), nos damos cuenta que no se ha consagrado, por lo menos operacionalmente, la distinción error de tipo-prohibición; quienes han implementado la nomenclatura han sido los doctrinantes colombianos. El actual art. 40 es básicamente el mismo art. 44 del Anteproyecto de 1974, reproducido luego por el Proyecto de 1978 (art. 44) y por el Proyecto definitivo (art. 42)<sup>17</sup>.

El estatuto consagra la "convicción errada e invencible" como causal de inculpabilidad, cuando el sujeto cree estar "amparado por una causal de justificación" (art. 40-3), o cuando tal fenómeno se debe a que "no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal" (art. 40-4, inc. 1°); ahora bien, "si el error proviene de culpa, será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo" (art. 40-4, inc. 2°). Semejante regulación ha despertado ya vivas polémicas, pese a la corta vigencia del Código; las teorías que se defienden fluctúan entre la llamada teoría estricta del dolo y la teoría de la culpabilidad.

Algunos autores piensan que el ord. 4º consagra el error de tipo tanto vencible como invencible, lo que parece evidente; sin embargo, ante la ausencia de la regulación del error de prohibición directo deciden incluírlo, como error de tipo, dejando el error indirecto de prohibición en el ord. 3º. Si el error de prohibición indirecto es vencible, tendrá el mismo tratamiento del error de tipo.

Otros ubican directamente el error de prohibición en todas sus formas en el ord. 3°, o bien reducen toda forma de error al de tipo. La otra alternativa es la que hemos propuesto recientemente a la luz de la teoría de la culpabilidad y partiendo de una sistemática del delito diferente. Estas posiciones podrían sintetizarse como sigue.

La primera de ellas, es la que hemos denominado Teoría exegética, la cual, pese a distinguir el error de tipo del de prohibición, sostiene que el Código solo ha tenido en cuenta el error de prohibición indirecto, al lado del error de tipo; sustentan esta afirmación en el contenido de la norma rectora vertida en el art. 10, de conformidad con la cual "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones legales". Ahora bien, para superar los problemas derivados de la falta de regulación expresa del error indirecto vencible, hacen extensible a él el inc. 2° del ord. 4°.

La estructura que presentamos a continuación, explica claramente esta primera alternativa<sup>18</sup>.

JUSTUS KRÜMPELMANN, "Die Strafrechtliche Behandlung des Irrtums", en Deutsche Strafrechtliche Landsreferate zum X Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Budapest, Berlin-New York, 1978, påg. 6.

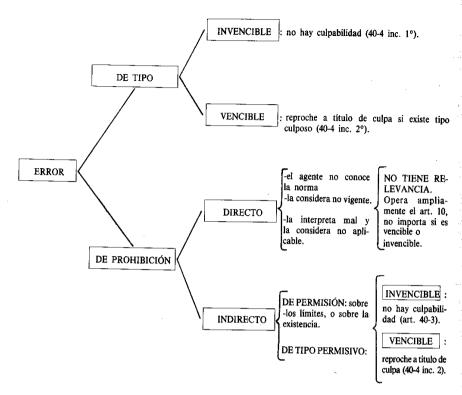
<sup>15</sup> HAFT, ob. cit., pág. 200.

<sup>16</sup> La distinción la introdujo entre nosotros REYES ECHANDÍA, cfr. ob. cit., edic. cit., pág. 237. Fue sostenida por ESTRADA, quien calificándola de muy técnica, clamaba por su introducción, pues "ofrece grandes posibilidades en cuanto simplifica extraordinariamente la problemática del error, y

elimina una discriminación que carece de fundamento" (ob. cit., pág. 241). Claramente la ha formulado NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, Nº 1, Medellín, Acosta, 1978; págs. 21 y ss. Cfr. así mismo ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 220. También PÉREZ la ha sostenido, véase *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> FERNADO VELÁSQUEZ, "¿El inciso final del artículo 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición", en *Nuevo Foro Penal*, Nº 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 295 y ss. Aquí seguimos básicamente los lineamientos de este trabajo.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> El esquema que formulamos sigue en gran medida la concepción de JESCHECK (ob. cit., págs. 411 y 626 y ss.), y al adoptarlo tratamos de explicar con él las diversas posiciones de la doctrina colombiana actual.

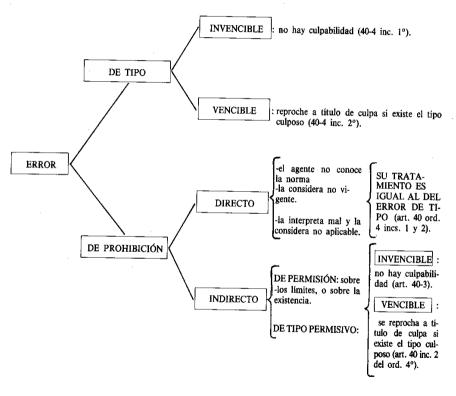


Nota. Dentro del error de tipo no incluyen el error sobre atenuantes y agravantes, el cual no parecen tener en cuenta.

Esta tesis supone una violación absoluta del principio de culpabilidad (C. P., arts. 5 y 61), pues no le da importancia a la conciencia de la antijuridicidad, que es núcleo de la culpabilidad y que es descartada por el error de prohibición. Condenar a una persona que ha obrado en circunstancias de error de prohibición invencible es, ni más ni menos, patrocinar una forma de responsabilidad objetiva, que la misma ley ha "proscrito". Defiende esta tesis ESTRADA y lo secundan otros autores<sup>19</sup>.

La segunda tesis, es la que confunde el error de prohibición directo con el error de tipo; la sostiene REYES y con él otros autores. Al igual que la anterior, supone la asunción de la teoría del dolo y por ende un esquema del delito cerradamente causalista; sin embargo, la distancia de la teoría exegética, el amplio cuestionamiento que

hace de la presunción del conocimiento de la ley vertida en el art. 10 del C. P. y que considera violatoria del principio de culpabilidad, motivo por el cual entiende que esta norma es una mera declaración formal sin trascendencia alguna. Por ello, entonces, ante la ausencia de regulación expresa del error de prohibición directo, entiende que el error que recae sobre la existencia del tipo incriminador es un error de tipo; en estas condiciones se unifica el tratamiento del error: si es de tipo (bien sea que recaiga sobre alguno de sus elementos, o sobre el tipo incriminador) se ubica en el ord. 4°, sea vencible o invencible; si el error es sobre las causales de justificación en el ord. 3°, salvo que sea vencible, evento en el cual se hace extensivo el inc. 2° del ord. 4° para reprocharle al sujeto el comportamiento a título de culpa si existe tipo culposo<sup>20</sup>. La estructura siguiente nos explica lo anterior.



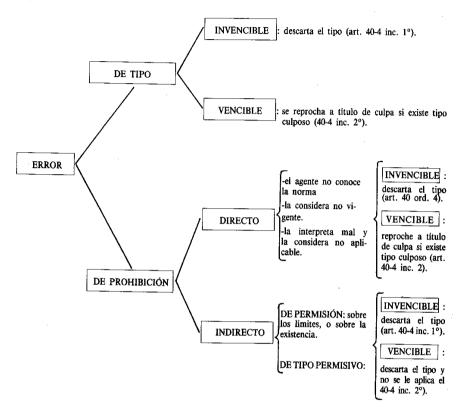
Nota. No parece tener en cuenta el error sobre circunstancias atenuantes y agravantes, dándole cabida en cambio al error sobre la inculpabilidad. Sin embargo un autor (LONDONOBERRÍO) da relevancia al primer error.

La tercera tesis es en cierta medida una variante de la anterior, aunque partiendo de un esquema del delito muy distinto, en el cual la culpabilidad es el aspecto subje-

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, Derecho penal general, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 351 y ss. En el mismo sentido SERVIO TULIO RUIZ, Teoría del hecho punible, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1980, pág. 39; ANTONIO VICENTE ARENAS, Comentarios al Código Penal, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 437 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Alfonso Reyes Echandía, La culpabilidad, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1982, págs. 220 y ss. En el mismo sentido Derecho penal, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 296 y ss. Hernando Londoño Berrio, El error en la moderna teoria del delito, Bogotá, Edit.

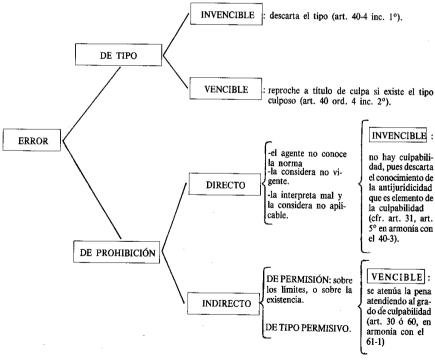
tivo del tipo a la luz de la concepción del delito-tipo, secundado por la teoría de los elementos negativos del tipo, y que en última instancia reduce todas las formas de error al error de tipo. La estructura siguiente nos muestra cómo se procede; es la Teoría de Fernández<sup>21</sup>.



Nota. A diferencia de las dos anteriores, entiende que el inciso 2º del ord. 4º se refiere solo al error de tipo. Sugiere ubicar el error de prohibición directo en el 40-3 al estilo de Londono Berrio.

Esta tesis, al igual que la de REYES, termina desdibujando la distinción error de tipo-prohibición, de la cual paradójicamente parte; al tiempo que introduce la impunidad en materia de error de prohibición indirecto vencible, pues plantea que como la ley no lo ha consagrado, sancionarlo sería violar el principio de legalidad.

Finalmente. la cuarta tesis es la que hemos venido sosteniendo a la luz de los postulados de la teoría de la culpabilidad, de conformidad con la cual se deben asumir hasta sus últimas consecuencias los dictados de la moderna división, respetando los presupuestos de los que se parte. Hemos sostenido que no se puede extender. baio ninguna circunstancia, el inciso 2º del ordinal 4º al error de prohibición indirecto. va que en ningún momento los comisionados que redactaron los diversos anteprovectos hicieron tal extensión; además, el texto de la lev es sumamente claro al referirse solo al error de tipo, pues en el supuesto de que hubiera querido hacer la referencia pretendida, lo habría hecho expresamente. Inclusive, si leemos el texto de la providencia de la que nos ocupamos, encontramos cómo la Corte habla del "inciso final del numeral 4º del artículo 40", y no del inciso del art. 40, que es algo completamente distinto. Pensamos, así mismo, que en los casos de error de prohibición (directo e indirecto) procede la atenuante en los eventos de vencibilidad. que podría ser cualquiera de las atenuantes de la parte general que se imponen atendiendo al grado de culpabilidad (art. 61-1 en armonía con el art. 5°), destacándose la del art. 30 por entrañar una mayor diminuente, aun por encima de la del art. 60 que hemos propuesto anteriormente; ahora bien, si el error de prohibición es invencible, aunque la ley no lo ha previsto de manera expresa, debe reconocerse la causal de inculpabilidad interpretando sistemáticamente el Código, como lo hemos sugerido en otra oportunidad<sup>22</sup>. Lo expuesto podría esquematizarse así:



Nota. El error sobre atenuantes y agravantes se trata como error de tipo.

Temis, 1982, págs. 103 y ss. Este autor introduce una variante muy interesante, pues ubica el error directo al lado del indirecto en el art. 40-3, extendiendo al error de prohibición el ord. 4º inc. 2º cuando es vencible. Sobre la posición de Reyes, ha dicho Estrada que el error de prohibición directo "no puede ser jamás error de tipo" (ob. cit., nota 19, pág. 358).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 300, 332, 362 y 462.

Esta tesis es la que consideramos más correcta, pues nos evita caer en una férrea teoría del dolo que deja innumerables vacíos de punibilidad, ya que nuestro ordenamiento, a diferencia de otros, solo consagra el reproche a título de culpa de manera excepcional. Una teoría del dolo, consecuente, podría sostenerse siempre y cuando se consagrara una culpa de derecho en la Parte General, extensible a todos los casos que la admitan; evidentemente, ello no se ha hecho entre nosotros<sup>23</sup>.

## III. LA DECISIÓN DE LA CORTE Y EL SALVAMENTO DE VOTO

Luego de haber ubicado históricamente la decisión, es hora de ocuparnos de las tesis involucradas en la misma y en el salvamento de voto.

#### A. La tesis de la Corte

A continuación comentaremos los puntos más sobresalientes de la providencia y que merecen un examen detallado.

1) Se afirma que la procesada incurrió en un error de interpretación. Por error de interpretación entiende WESSELS el que se presenta "cuando el autor, a causa de su interpretación equivocada, llega a representaciones falsas acerca de su ámbito de validez, y por esta razón estima que su conducta es jurídicamente admisible"; es un típico caso de error de prohibición<sup>24</sup>. En estos casos el autor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto del error de interpretación<sup>25</sup>.

No cabe duda que el error de interpretación es un error de prohibición; ello es de importancia, pues la providencia ha decidido ubicarlo como error de tipo, siguiendo lo que el ponente ha venido sosteniendo como doctrinante26, esto es, que se trata de un error sobre la interpretación de los elementos estructurales del tipo penal, ya que "el agente actúa con la convicción de que su conducta no se adecua a la norma incriminadora, convicción que se deriva de una equivocada interpretación de sus elementos estructurales"27.

Ahora bien, si el error de que hablamos se caracteriza como lo hemos hecho. cabe preguntarnos si en el caso en estudio existió o no el error invocado. En sentido negativo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Medellín, lo mismo que el Procurador Segundo Delegado y el salvamento de voto; al respecto, sostiene el a quo glosado por la Corte, que la funcionaria incurrió en un delito de detención arbitraria<sup>28</sup> (privación ilegal de libertad), pues "lo hizo dolosamente ya que no es dable en su caso suponer ignorancia o alegar oscuridad en el texto de aquella disposición, ya que la claridad y elementalidad de su contenido no se presta a equívocos". El texto a que se refiere la transcripción es el art. 440 del Código de Procedimiento Penal<sup>29</sup>.

La alta corporación, sin embargo, considera que existió error de interpretación, pues la funcionaria entendió "...que la captura y consiguiente privación de libertad que dispuso... no eran abusivas sino legítimas, sobre dos supuestos, a saber: que estando acusada de delito de injuria sancionable con pena de prisión, eran aplicables los arts. 426 y 437 del C. P. P., y que el art. 440 de la misma codificación solamente prohíbe dictar auto de detención a esta clase de sindicados, pero no impide su aprehensión previa"; sin embargo, de manera contradictoria, es la misma procesada citada por la Corte quien en su indagatoria admite que el art. 440 "...también se hubiera podido tener en cuenta para dejar en libertad a la señora L...".

Pues bien, ciertamente el art. 426 sostiene que cuando el delito esté sancionado con pena de prisión, el funcionario podrá librar orden de captura<sup>30</sup>; pero lo que sí es totalmente inadmisible es el segundo argumento, que o bien denota un alto grado de candidez o una ignorancia crasa: ¿cómo así que en los delitos de calumnia e injuria está prohibido dictar auto de detención? Que afirmación semejante la formule un lego en cuestiones jurídicas, es algo creíble y explicable; pero que sea justamente un funcionario con varios años de judicatura, con la experiencia suficiente, no puede generar más que el desconcierto. Indudablemente, la sindicada lo que pretendía era encubrir su arbitrario e injusto proceder, acudiendo a afirmaciones inverosímiles; hecho todavía más diciente, si se piensa que conociendo el texto del art. 440 no lo aplicó.

Entonces, si conocía el texto legal y sabía que podía aplicarlo, ¿cómo se quiere inventar un "error de interpretación" acudiendo a argumento tan baladí, que haría sonrojar a un estudiante de primer año de derecho? Bien vale la pena reparar en lo que el magistrado ponente ha venido sosteniendo en sus obras, entre ellas la más reciente de todas, donde afirma:

"no es suficiente alegar un error para lograr su reconocimiento judicial; necesario es que emerja del proceso la comprobación de su existencia"31.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Cfr. nuestro trabajo "El inciso final...", ob. cit., págs. 303 y ss. La teoría de la culpabilidad, la introdujo AGUDELO cuando se discutían los proyectos de Código Penal, en su trabajo sobre "Diversos contenidos...", ob. cit., págs. 13 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Los casos de culpa en nuestro ordenamiento jurídicopenal, son básicamente los siguientes: arts. 137, 180, 199, 329, 340 Código Penal; 2000 Código de Comercio; 44 del decr. 1188/74; arts. 253, 187, 200, 273, 210, 234, 292, 294, 253 de la ley 141/61 o Código de Justicia Penal Militar; es bueno anotar que este estatuto sigue hablando de "ignorancia invencible" y de "error esencial de hecho y de derecho" (art. 22, ords. 2 y 3), siguiendo al art. 23, ords. 2 y 3 del C. P. de 1936. En los decretos 955/70 y 520/71, o Código Penal Aduanero, encontramos las siguientes hipótesis de culpa: arts. 15 y 21.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> JOHANNES WESSELS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller, Juristicher Verlag, 11ª ed., 1981, pág. 105.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Tratado de derecho penal, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, pág. 190.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Así lo sostuvo durante las discusiones del Anteproyecto de C. P. de 1974. Cfr. Luis Carlos GIRALDO MARÍN, Actas del nuevo Código Penal, Parte general, vol. 1, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro,

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Cfr. Alfonso Reyes Echandía, *La culpabilidad*, cit., págs. 203 y 221.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> El art. 272 es del siguiente tenor: "Privación ilegal de libertad. El empleado oficial que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco años (5) y pérdida del empleo".

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Dice el art. 440 del C. de P. P.: "No podrá decretarse la detención preventiva por los delitos de calumnia e iniuria". Esta disposición ha sido interpretada en diversas oportunidades por la jurisprudencia, en el sentido de que no se puede librar orden de captura contra persona sindicada por tales hechos punibles.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Por lo menos así sucedía hasta hace poco, cuando se expidió la anacrónica y contradictoria ley 2ª de 1984, que modificó radicalmente en su art. 38 esta materia.

<sup>31</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, Derecho penal, 9ª ed., cit., nota 20, pág. 297.

Si algo se desprende del caso que se estudia es la inexistencia del error alegado, pese a lo cual fue invocado por la defensa, lo cual obviamente no significaba que se encontrase probado. Decisiones como esta, sin lugar a dudas, van a permitir que todo el mundo invoque este tipo de errores: desde los funcionarios que administran justicia cuando quieran cobijar los excesos y las arbitrariedades en que incurran, pasando por los que cumplen funciones de policía judicial y los cuerpos armados, hasta llegar a los abogados en ejercicio; pero no solo ellos, también quienes escudan sus actividades tras de organismos paramilitares que han sembrado la violencia en campos y ciudades, o los prepotentes funcionarios públicos que faltando a sus deberes se han adueñado del peculio público, y así mismo las delincuencias de cuello blanco tan en boga, etc. Todo porque en adelante se podrá alegar el desconocimiento de los más elementales conocimientos jurídicos y así hasta el más absoluto caos.

Esta decisión de nuestro más alto tribunal de justicia, riñe con previsiones jurisprudenciales anteriores, como pasamos a verlo seguidamente. En efecto, el 23 de octubre de 1974, había dicho la misma corporación:

"Las simples irregularidades de procedimiento provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran delito, y es natural que el juez en la aplicación e interpretación de las leyes tenga amplias facultades, pero la facultad de interpretar la ley no concede al juez el derecho para desconocerla o aplicarla en sentido contrario a lo que ella establece... Si un funcionario público emite una providencia abiertamente contraria al texto claro de la ley, ejecuta con ello un acto antijurídico y no puede presumirse que lo haya hecho sin tener conciencia de ello, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa (art. 9° del Código Civil)"32.

#### Y el 2 de noviembre de 1951 sostuvo:

"Como lo ha dicho la Corte, el funcionario debe conocer la ley; el olvido de esta se presume doloso, no importa que aquel no sea, por sus antecedentes, idóneo para el desempeño expedito del cargo. Desde el momento en que acepta libremente recoger de sus manos la potestad soberana de la República de ejercer rectamente sus funciones y, por tanto, jura cumplir su deber, e igualmente el Estado atiende a su obligación de pagar sus servicios, el funcionario no tiene disculpa alguna para alegar olvido o impericia en el manejo y aplicación de la ley"33.

#### En decisión de octubre 16 de 1970, dijo:

"Si es humano errar, forzoso es admitir que los funcionarios públicos, al interpretar los preceptos legales, pueden incurrir en equivocaciones, en que debe presumirse su buena fe, a menos de prueba en contrario.

"Mas, como lo ha dicho la Corte, esa presunción no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, pero no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles, para no violar derechos ajenos al aplicarlas" 34.

Indudablemente. la primera de estas decisiones reivindica abiertamente el princinio de que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", tesis que era explicable bajo la vigencia del anterior Código Penal, aunque discutida a veces por la doctrina, pero que dado el rigor con que se expone plantea la imposibilidad de reconocer posibles errores de prohibición que se presenten. Hoy, cuando nuestro Código Penal ha consagrado excepciones a este principio y ha proclamado en toda su extensión el principio de culpabilidad (arts. 5 y 61), es indudable que tan radical tesis no puede ya ser sostenida, so pena de caer en odiosas formas de responsabilidad objetiva; sin embargo, pese a que esta decisión tan extrema de la Corte puede hoy ser ampliamente cuestionada, ello no significa que podamos caer en el polo opuesto al que hemos caído con la decisión del año 83, de conformidad con la cual basta con alegar el error de interpretación, para que sea reconocido; las sabias palabras de entonces siguen teniendo actualidad en cuanto a que si el funcionario tiene el derecho a interpretar la ley, ello no puede llevarlo a aplicarla en sentido contrario. Lo mismo podríamos decir de la segunda decisión, mucho más radical que la anterior, como que llega a presumir doloso el comportamiento del funcionario que incurre en una presunta detención arbitraria, sin dar pie para que se alegue siguiera el olvido o la impericia, lo cual nos parece grave, pues comporta ni más ni menos que predicar absurdas formas de responsabilidad objetiva.

Más ponderada en esta materia es la tercera decisión, que muy bien hubiera podido servir de modelo para el caso concreto, pues distingue a la hora de presumir la buena fe de los funcionarios en la interpretación y aplicación de la ley, si se está en presencia de disposiciones contradictorias que fomenten el equívoco, caso en el cual se presume la buena fe, o se trata de normas claras, expresas y terminantes, caso en el cual se debe exigir el cuidado y la diligencia debidos.

2) Considera la Corte que tal error es un error de tipo, pues este también comprende los eventos en que el error recae sobre la existencia misma del tipo incriminador. No entendemos por qué se ubica como error de tipo una forma de error de prohibición. Esa asimilación no tiene ningún fundamento lógico ni filosófico; desconoce la moderna división error de tipo-prohibición y termina confundiéndolos en una amalgama dudosa<sup>35</sup>. Se asume así, en materia de la teroría del error,

<sup>35</sup> Bien vale la pena citar lo que dijo el *Bundesgerichtshof*, en su trascendental fallo de marzo 18 de 1952, para explicar la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición, lo cual permite concluír que la asimilación propuesta es totalmente insostenible.

"Conciencia de la antijuridicidad significa: el autor sabe que lo que hace no está permitido, sino prohibido por la ley. Por ende, tal conciencia no se refiere a las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal, ni siquiera cuando estas consistan en relaciones o situaciones jurídicas, como acontece en el hurto con respecto a la condición de ajena de la cosa, o el secuestro en el quebrantamiento de secuestro. La creencia errónea de que falta una de estas circunstancias, origina un error de tipo, regulado en el § 59 del C. P. También aquí el autor toma por lícita su acción, pero por no saber lo que hace, su voluntad no va dirigida a la realización del tipo legal, y como falta el dolo respecto al hecho, no puede ser penado por comisión dolosa. Si el error es provocado por culpa, puede ser penado cuando existe el correspondiente tipo culposo. De otro lado, encontramos el error sobre la antijuridicidad, que se refiere a la acción prohibida por el tipo legal; el autor sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito" (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, cit., nota 13, págs. 196-7).

Queda entonces claro que si la conciencia de la antijuridicidad no se refiere a las circunstancias de hecho que petenecen al tipo legal, esto es, a los elementos del tipo, no se puede bajo ninguna circunstancia asimilar el error de prohibición al error de tipo, como lo hace REYES, pues ello supondria afirmar que la falta de la conciencia de la antijuridicidad descartaría la tipicidad; además, en el error de prohibición, el autor "sabe lo que hace, pero erróneamente cree que es lícito" como dice la decisión del tribunal alemán.

<sup>32 &</sup>quot;G. J.", t. LXIII (2057-8), pág. 823.

<sup>33 &</sup>quot;G. J.", t. LXX (2107-8), pág. 879.

<sup>34 &</sup>quot;G. J.", t. CXXXVI (2334-6), pág. 238.

una teoría del dolo que supone un esquema causalista del delito y por ende la asunción de los postulados filosóficos que lo inspiran; esta teoría ha sido hoy casi totalmente recogida de la doctrina alemana, aunque está en boga en España, cuya codificación daba pie para la formulación de una culpa de derecho, hasta la reforma de 1983.

Como sostiene WESSELS, esta teoría "vio en el 'dolo' una característica de la culpabilidad que, al lado del conocimiento y de la voluntad de realizar el tipo (dolo de tipo), también abarca la conciencia del injusto"36; se trata de un dolus malus, y como toda forma de error descarta el dolo, no habrá culpabilidad cuando el error es invencible, si es vencible se reprocha a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo. "Es superflua aquí cualquier distinción entre error de hecho y error de derecho o entre error de tipo y error de prohibición"37, solo existe, entonces, un error relevante; esta es la versión estricta.

De otro lado, está la versión limitada, según la cual solo hay dolo cuando al autor, por "ceguera jurídica" u "hostilidad al derecho", le ha faltado la conciencia del injusto.

La doctrina, y con ella la Corte, se ha acogido a la versión estricta, con los peligros políticocriminales que ello supone, pues no solo se favorece una posición del destinatario jurídicamente indiferente, pues se excluye el dolo aun en presencia de errores de valoración muy graves, sino que donde faltan tipos culposos se favorece el surgimiento de innumerables vacíos de punibilidad, tal como ocurre en Colombia en virtud del sistema que en materia de regulación de la culpa se ha acogido<sup>38</sup>.

Como nuestra Corte se ha pronunciado decididamente por la teoría del dolo, ha olvidado la teoría de la culpabilidad, que, precisamente, explica adecuadamente la distinción error de tipo-prohibición y evita los vacíos cuestionados; esta teoría, dice JESCHECK, "contempla la conciencia de la antijuridicidad como elemento autónomo de la culpabilidad, con la consecuencia de que aun faltando el conocimiento de lo injusto, puede hallarse justificada la pena por dolo si el error de prohibición era evitable". El error de prohibición invencible hace la conducta inculpable, no así en los casos de vencibilidad, que como acabamos de decir, llevan a la atenuante; en cuanto al error de tipo invencible, procede la causal de atipicidad; en cambio si es vencible se reprocha a título de culpa cuando exista el correspondiente tipo culposo.

La teoría hasta aquí expuesta es la estricta; al lado de ella aparece la versión limitada, que da al error que recae sobre la existencia de las causales de justificación el tratamiento propio del error de tipo, pero solo en cuanto a sus efectos<sup>40</sup>.

Ahora bien, si los sostenedores de la teoría del dolo y con ellos la Corte, quieren ser coherentes con tal posición, deberían proceder, sin hacer distinciones de ninguna índole, a hablar sencillamente del error como causal de inculpabilidad, o bien de la "convicción errada e invencible", como lo denomina nuestro estatuto punitivo; a pesar de ello, si se quiere sostener la distinción error de tipo-prohibición, se debe ser consecuente con tal sistemática, y aceptar por ende que el error de tipo recae sobre la tipicidad, al paso que el error de prohibición lo hace sobre la culpabilidad, y más concretamente sobre el conocimiento de la antijuridicidad que es su núcleo central. De lo contrario se cae en flagrantes vicios metódicos, que llevan a confundir una y otra concepción del error, y que como en la decisión de la Corte, nos apartan de una sistemática coherente.

- 3) Como corolario de lo anterior, ubica el error directo de prohibición, no regulado expresamente, en el art. 40-4. Evidentemente, el hecho de que el art. 10 presuma el conocimiento de la ley penal, explica por qué no se reguló el error de prohibición directo; sin embargo, ante esta situación no podemos forzar la naturaleza de las cosas para poner al legislador a decir lo que no dijo, ubicando como error de tipo lo que no es error de tipo. Procede, ciertamente, en aras del principio de culpabilidad, el reconocimiento de los eventos de error de prohibición directo, acudiendo a la interpretación teleológica y a su elemento sistemático, afirmando la primacía del art. 5 del C. P. sobre cualquiera otra norma rectora y dando cabida al conocimiento de la antijuridicidad como núcleo de la culpabilidad, no echando de menos el hecho de que se puede desprender del mismo art. 31. En los casos de vencibilidad, se atenúa el reproche, pues el grado de culpabilidad es menor (art. 61-1).
- 4) Sostiene la Corte que el discutido inciso del ord. 4° del art. 40, es el "inciso final del numeral 4° del artículo 40 del Código Penal vigente". Esto es de trascendencia, ya que con tal afirmación se rechaza lo que parte de la doctrina ha venido sosteniendo, entre la cual se encuentra el ponente, en el sentido de que el mencionado inciso es el final del art. 40 y no del ord. 4°, motivo por el cual se extiende también al error de prohibición indirecto del 40-3. En estas condiciones, la Corte deja sin solucionar el problema de la vencibilidad en este último caso de error.
- 5) Se sobresee definitivamente a la procesada, pues el error en que incurrió presuntamente, es un error vencible. Esto en virtud de que el art. 272 solo admite la figura dolosa. Esta decisión no es más que una consecuencia de la asunción de una férrea teoría del dolo, con los problemas políticocriminales que ello comporta: favorecer una posición jurídica del destinatario de la norma penal indiferente, introducir innumerables vacíos de punibilidad por ausencia de tipos culposos. Ojalá y la judicatura medite muy bien en este tipo de decisiones, sobre todo cuando el procesado sea un hombre del pueblo, que muchas veces por crasa ignorancia de las disposiciones penales, por evidentes errores de interpretación, etc., se ve sometido al drama del proceso penal. Habrá que medir con mucha prudencia los eventos de error que se invoquen, teniendo en cuenta las condiciones familiares, sociales, personales, etc., del infractor; con razón ha dicho la Corte en decisión de agosto 13 de 1980, aún no publicada, que "no puede exigírsele idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que a un profe-

<sup>36</sup> Wessels, ob. cit., pág. 102.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> WESSELS, ob. cit., pág. 102. Al respecto dice BUSCH: "Los adversarios de la teoría de la culpabilidad quisieran solo adherirse a la teoría del error del R.G., o darle la preferencia a la teoría del dolo, pues consideran que la diferenciación entre error de tipo-prohibición sería tan poco conducente como la diferenciación del R.G. entre error de hecho-derecho y entre error de derecho penal y extrapenal" (Cfr. "Über die Abgrenzung... cit., pág. 166).

<sup>38</sup> Sobre las críticas, cfr. Wessels, ob. cit., pág. 102; también la decisión del Tribunal Supremo Federal citada, págs. 205 y ss.

<sup>39</sup> JESCHECK, ob. cit., pág. 623.

<sup>40</sup> Sobre ello, cfr. Jescheck, ob. cit., págs. 623 y ss.; Zaffaroni, ob. cit., págs. 84 y ss.

sional, a un particular que a un juez de la República; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más dificil desentrañar su verdadero significado, a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión''41.

6) Pese a que el error de tipo, como la expresión lo indica, descarta el tipo y es causal de atipicidad cuando es invencible, dentro de la sistemática sugerida por la Corte la conducta es típica, antijurídica e inculpable. Esta interpretación es consecuencia de un análisis meramente exegético del art. 40 del Código que ubica como causal de inculpabilidad el error de tipo, lo que constituye a no dudarlo un vicio metódico; pero la doctrina y con ella la jurisprudencia, no puede plegarse al texto frío de la ley. Nada se opone a que se interprete el error de tipo del art. 40 como causal de atipicidad en casos de invencibilidad; claro que esto se logra siendo consecuentes con la clasificación moderna, no incluyendo, de otro lado, errores de prohibición como errores de tipo.

#### B. El salvamento de voto

De las apreciaciones consignadas en el cuerpo del mismo, podemos entresacar las siguientes:

- 1) En el caso concreto no existió el error de interpretación invocado. Es evidente que nos identificamos con este planteamiento: el error invocado no existió; la funcionaria debió ser residenciada en juicio como lo había hecho el a quo. Esto no significa que cuando se pruebe efectivamente este tipo de errores no deban reconocerse, pues la vigencia del principio de culpabilidad así lo impone.
- 2) Como son tan pocos los tipos culposos que ha consagrado nuestro Código Penal, la tesis de la mayoría supone que en casos de vencibilidad del error no se le pueda deducir responsabilidad a nadie. Que la decisión abre las compuertas a la impunidad, es más que indudable; es justamente esa la crítica más fuerte que se ha dirigido contra la teoría del dolo; esta crítica tiene mayor trascendencia, si se piensa en la legislación penal positiva, la cual consagra efectivamente muy pocos casos de culpa.
- 3) Si tuviéramos una sistematización diferente de la culpa, evitaríamos absoluciones injustificadas y pondríamos la legislación a tono con la vida moderna, ya que tales comportamientos culposos han tomado un auge inusitado. Como ya lo hemos dicho, y en ello coincidimos con el salvamento, una reforma en este campo tal vez permitiría una teoría del dolo coherente y evitaríamos los peligros políticocriminales que hemos señalado.
- 4) Confunde las dos clasificaciones en materia de error. Asimilar el error de hecho al error de tipo y el error de derecho al de prohibición, es algo completamente errado y de ello da fe la doctrina universal, en virtud de que ambas clasificaciones

responden a presupuestos muy distintos y por ende a criterios clasificadores no asimilables; claro que algún autor colombiano afirma lo mismo<sup>42</sup> y <sup>43</sup>.

5) Parece distinguir para efectos jurídicopenales entre error e ignorancia. En el encabezamiento del numeral 4 de la pieza que se examina, encontramos la distinción anotada. Tal posición es poco sostenida por la doctrina universal; aunque indudablemente bajo la vigencia del Código anterior cabía hacerla y de hecho gran parte de la doctrina la hacía. Hoy, sin embargo, cuando impera la moderna clasificación, error e ignorancia para efectos jurídicopenales son lo mismo<sup>44</sup>.

Con HAFT podemos decir que error "significa una discordancia entre conciencia y realidad, con lo cual se dan dos posibilidades: que exista la conciencia y falte la realidad o al contrario" que que alli refundidos la ignorancia y el error. Sin embargo, esto no significa que para otros efectos no se puedan diferenciar, pues como lo precisa JIMÉNEZ DE ASÚA, "en el área psicológica hay una distinción fundamental entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón... pero esto que psicológicamente es de superlativa trascendencia, carece de interés en el derecho positivo y en la práctica judicial" 6. Por este motivo, no nos identificamos con el salvamento cuando sostiene que en el art. 40 no se tienen en cuenta los casos de ignorancia; pues tal hipótesis nos puede llevar a la tesis exegética de ESTRADA. La digresión que allí se hace, podría llevar a reivindicar el principio del conocimiento de la ley, que, como hemos dicho, "dada la formulación que viene proponiendo la doctrina y que debe prohijarse, en tanto no le otorga relevancia jurídico-penal alguna, debe irse descartando del catálogo de las 'normas rectoras', para dar cabida al principio de culpabilidad, sin cortapisas de ninguna índole" 47.

<sup>42</sup> Que se trata de dos clasificaciones distintas, nos lo confirma el mismo WELZEL: "error de hecho y de derecho, por una parte, y error de tipo y de prohibición, por otra, son, pues, conceptos totalmente diferentes. Hay errores de derecho que soa errores de tipo; por ejemplo, el error sobre las circunstancias normativas del tipo, como la ajeneidad de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición; el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación"; HANS WELZEL, Derecho penal alemán, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, págs. 233 y 234.

En el mismo sentido Zaffaroni, ob. cit., pág. 189. En Colombia, podemos citar a Nódier Agude-Lo Betancur, "Diversos contenidos...", op. cit., pág. 14, nota 43 y a Juan Fernández Carrasquilla, Derecho penal fundamental, ed. cit., pág. 461.

- 43 El autor colombiano que confunde ambas clasificaciones es PÉREZ, cit., en la nota 16.
- <sup>44</sup> La doctrina colombiana en torno a la distinción error-ignorancia, puede cfr. en las notas 10 y 10 bis.
  - 45 HAFT, Strafrecht, cit., pág. 196.

<sup>46</sup> LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* cit., págs. 313 y ss., con amplia sustentación en la doctrina y en la jurisprudencia comparada. Por su parte Constante Amor y Neveiro, op. cit., en la nota 3 dice: "en la práctica del orden jurídico y aun en la vida práctica en general, son cosas unidas como antecedente y consiguiente" (pág. III).

Por ello, consideramos totalmente equivocada la distinción que ha hecho la Corte entre error e ignorancia para efectos juridicopenales, en providencia de marzo 24 de 1983, con ponencia del magistra-do Luna Gómez, en un caso en el cual también se había planteado un error de interpretación por parte de un juez civil que, luego de haber cobrado honorarios por una gestión, dijo haber ignorado o interpretado mal la existencia de normas sobre emolumentos, que le prohibian recibir contraprestación alguna. Se alegaba la causal de inculpabilidad del ord. 4º del art. 40, cuando era evidente que no existía ni error sobre la existencia de la norma, ni mucho menos error sobre la interpretación, motivo por el cual la corporación no lo reconoció (Cfr. Jairo López Morales, *Jurisprudencia penal de la Corte 1983*, Bogotá, Ediciones Lex Ltda., 1983, págs. 51 y ss.).

<sup>47</sup> Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, Nº 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 632.

<sup>41</sup> Cita de REYES, en La culpabilidad, ed. cit., pág. 221.

6) Plantea otros importantes argumentos políticocriminales en contra de la decisión. Ciertamente, la decisión da pábulo para que los jueces, so pretexto de "errores de interpretación", descuiden totalmente el ejercicio de sus funciones. como que en adelante no tendrán necesidad de consultar los cuerpos de doctrina ni de jurisprudencia a la hora de tomar sus decisiones, pudiendo perfectamente sentirse "exonerados de conocer los rudimentos de su ciencia". Trae consigo el más absoluto descrédito, no de la teoría de la culpabilidad, como dice el magistrado disidente, sino del principio de culpabilidad, el cual hay que reivindicar combatiendo el tradicional aforismo nemine licet ignorare jus; pero esto no se logra reconociendo causales de inculpabilidad si ellas no existen, sino dando cabida a los eventos en los cuales se acrediten, no solo para los funcionarios sino para los hombres rasos. Es curioso que cuando se trata de procesar penalmente a nuestros campesinos, carentes de formación académica y sumidos en la más absoluta ignorancia, la judicatura no sea tan celosa en reconocerles la causal de inculpabilidad o el error vencible; en cambio, en tratándose de funcionarios, el celo es indudable. Esto nos hace recordar las palabras de COSTA:

"No obstante la generalidad del principio de que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento, se admite para los jueces y magistrados un género de ignorancia denominada excusable que los exime de responsabilidad por las sentencias o providencias injustas que hubiesen dictado... cuando lo lógico habría sido y sería conceptuar de inexcusable tal ignorancia y castigar el hecho perseguido, como se castigan otros de no mayor malicia en los particulares, no obstante concurrir en ellos las circunstancias de ser legos en derecho y aun no saber leer ni escribir (requisito que cuando menos se exige para el cargo de juez municipal), o, por el contrario, admitir también en los particulares como excusable y eximente de responsabilidad civil y a menudo criminal, la ignorancia nacida de la carrera profesional"48.

Así las cosas, interpretar indebidamente el principio de culpabilidad, no puede llevar sino a su descrédito, a que "sea menos que imposible deducirle responsabilidad a nadie"; esto no significa que "la actitud restrictiva en la fácil admisión de errores de tipo o de prohibición" de que habla el magistrado, nos lleve a preconizar la violación del principio de culpabilidad, conquista de nuestro derecho penal. Es y ha de ser tarea de la judicatura aplicar, por encima de cualquiera otra, la norma rectora del art. 5° en armonía con el art. 61-1 de la codificación.

#### IV. PERSPECTIVAS PARA LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Después de haber contemplado el panorama actual sobre la sistemática del error, tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia; luego de haber estudiado la más reciente decisión, nos resta hacer el balance y delinear el camino por recorrer.

Dada la actual normativa del error en el Código Penal, creemos que se abre paso la teoría de la culpabilidad, pues, como hemos dicho, la teoría del dolo no

<sup>48</sup> JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, págs. 30 y 31.

puede ser coherentemente sostenida mientras no medie una adaptación del texto legal, que la haga viable. Es de presumir que en el futuro la discusión seguirá girando en torno a ambas teorías, y que por ende serán dos los esquemas del delito que se sostendrán; ojalá y la apertura dogmática que representa el nuevo Código Penal, tal vez la más acertada dentro de las codificaciones latinoamericanas actuales, no nos suma en una polémica meramente sistemática que nos aparte de los planteamientos políticocriminales; es indudable, y ello no debe olvidarse, que dogmática penal y política criminal deben trabajar armónicamente, complementándose.

Justamente, esperamos que sean los cuestionamientos políticocriminales los que, en materia de la teoría del error, nos indiquen el rumbo más correcto para evitar el sacrificio de la justicia ante elaboraciones de lógica formal, alejadas muchas veces de la realidad que vivimos. La decisión de la Corte, y con ella el salvamento, reviste gran importancia en cuanto permite una apertura de la discusión desde diversos tópicos, ajena a los prejuicios personales y a las soluciones que por vía de autoridad se imponen a veces; una discusión que permita el avance efectivo de nuestro derecho penal.

La jurisprudencia colombiana ha entrado en una nueva era, que la ha de llevar, no solo en materia de error, a la elaboración dogmática de nuestro ordenamiento jurídicopenal, haciendo posible, como clama GIMBERNAT ORDEIG, "una aplicación segura y calculable del derecho penal", que al mismo tiempo permita "sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación"<sup>49</sup>; por ello, tiene que ir tomando conciencia de que la administración de justicia no puede estar librada al azar y que sus decisiones deben llevar seguridad al ciudadano, pues, hay que recalcarlo, no pueden ser "cuestión de lotería" o producto de teorías que quieren matricular el estatuto penal actualmente en vigencia.

Si en esta oportunidad nos hemos aventurado a tratar la problemática del error, como lo hemos hecho, lo hacemos movidos, por sobre cualquier otro motivo, por el valioso salvamento de voto que ha acompañado la decisión de nuestro más alto tribunal de justicia; un salvamento que busca "...expresar inquietudes y auspiciar en ocasión más propicia un replanteamiento de asunto tan importante...". Esperamos haber consagrado, aquí, con meridiana claridad, nuestras inquietudes sobre tan difícil materia, no acudiendo a criterios de verdad o de autoridad, sino esperanzados en una polémica más fructífera en un futuro.

#### ADDENDA

Cuando ya habíamos concluído nuestro trabajo, ha aparecido publicada una nueva decisión de la Corte, con ponencia del magistrado REYES, en la cual se niega la existencia de un *error de interpretación* en el caso de una juez que arbitrariamente detuvo a un maestro de escuela, sin mediar la suspensión del cargo, pues por un "simple descuido interpretativo", que según ella excluiría su proceder doloso, consideró que el procesado debía seguir encarcelado mientras se decidía si se le suspendía

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, Estudios de derecho penal, Madrid, Civitas, 1981, pág. 126.

o no. Como el caso guarda una similitud muy marcada con el que hemos estudiado, se hace necesario reparar en los argumentos esgrimidos para no reconocer la causal invocada, máxime que son diametralmente opuestos a los que con anterioridad se habían sostenido.

En la nueva decisión ha retornado la Corte a la tesis del año 70, de conformidad con la cual debe distinguirse, en tratándose de errores de jueces, si la norma puede o no dar lugar a interpretaciones equivocas, atendiendo a su complejidad; así se colige del párrafo que a continuación transcribimos:

"...en tratándose de supuestos o reales errores de interpretación de normas jurídicas por parte de jueces es necesario examinar si las disposiciones interpretadas mostraban un contexto complejo o simple, pues solo en los casos en que la oscuridad del texto o la complejidad del fenómeno en él encerrado permitan la posibilidad racional de interpretaciones variadas o equívocas, es posible aceptar la existencia de un error invencible; lo que significa, a contrario sensu, que frente a disposiciones legales de simple y clara redacción cuyo contenido es inequívoco para quien poseyendo conocimientos jurídicos normales está en condiciones de entenderlo y aplicarlo adecuadamente, no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad"50.

Como se puede observar, la Corte, con ponencia del mismo magistrado, ha variado sustancialmente su criterio anterior, lo cual no deja de ser saludable, pues permite reconducir la jurisprudencia por cauces más racionales; sin embargo, semejante hecho nos permite, una vez más, insistir en la manifiesta inseguridad jurídica que reporta una jurisprudencia librada al azar, que no atiende a claras directrices dogmáticas, y que hace de las decisiones judiciales "meras cuestiones de lotería".

# SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Cfr. Jurisprudencia y Doctrina, t. XIII, núm. 147, Bogotá, Ediciones Legis, marzo de 1984, pág. 185. La decisión es de enero 24 del año en curso.

# DELINCUENCIA EMPRESARIAL Y REACCIÓN SOCIAL: EL CASO ARGENTINO

-Proyecto de Investigación-

Doctores: Luis Marcó del Pont y Juan Pegoraro T.\*

# I. ANTECEDENTES

Este Proyecto de Investigación forma parte del "Proyecto Internacional de Delitos de Cuello Blanco en América Latina", cuyo objetivo principal es detectar este tipo de criminalidad y compararlo con la criminalidad convencional tanto con respecto a la percepción del público como de las reacciones sociales, institucionales o no, que esta forma delictual provoca.

Por iniciativa del Centro Internacional de Criminología Comparada de la Universidad de Montreal, Canadá, y del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, en Maracaibo, Venezuela, se inició en 1978 en Bogotá el desarrollo de diversas investigaciones sobre los delitos de cuello blanco, constituyéndose grupos de trabajo en México, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Venezuela y Brasil, cuyos primeros resultados se expresaron en el II Seminario del Proyecto Internacional del Delito de Cuello Blanco en América Latina, celebrado en 1979 en Río de Janeiro, Brasil.

En la reunión de Bogotá se acordó un conjunto de hipótesis para dar cierta homogeneidad a las diversas investigaciones que habían de realizarse, ante la heterogeneidad estructural de los países de América Latina, a saber:

- a) El poder económico y el poder político están estrechamente vinculados en los países de América Latina.
- b) Las representaciones que el público tiene sobre el delito de cuello blanco y el delito convencional son diferentes.
- c) Los medios de comunicación social escritos contribuyen al estereotipo del delincuente, dando un tratamiento diferencial a las noticias que se refieren a uno y otro tipo de delitos.

Los autores son, respectivamente, coordinador del área de Criminología y Docente investigador del Departamento de Sociología en la Universidad Autónoma de Azcapotszalco, México, D. F.

- d) Así como el estereotipo del delincuente convencional facilita la impunidad del delincuente de cuello blanco, hay también un falso delito de cuello blanco que es a veces sancionado y que tiene visibilidad en los medios de comunicación. El mismo es cometido por funcionarios profesionales o por empresarios de categoría intermedia o inferior, quienes son víctimas propiciatorias que representan la ilusión de que estos hechos pueden ser perseguidos y sancionados, permitiendo la impunidad del verdadero delincuente de cuello blanco.
- e) Los delitos de cuello blanco, en cuanto están previstos como ilícitos por la legislación, quedan generalmente impunes.

Uno de los resultados de la iniciativa propuesta fue la investigación sobre el tema realizada en México por L. MARCÓ DEL PONT y A. NADELSTICHER y publicada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales: *Delitos de cuello blanco y reacción social*, México, 1980.

El III Seminario celebrado en abril de 1980 en Valencia, Venezuela, fijó algunas bases para la prosecución de estos estudios, ya más especializados en cierto tipo de delitos referidos, por ej., a la seguridad industrial, el daño ecológico, la adulteración de alimentos y la venta de medicinas nocivas, como también los referidos a las actividades de las empresas transnacionales en América Latina.

En las posteriores reuniones sobre el tema se presentaron resultados o avances de investigaciones sobre casi todos los países involucrados en el Proyecto Internacional, poniendo de manifiesto que las hipótesis que guiaron tales investigaciones se comprobaron en gran medida.

Por lo tanto este proyecto viene a integrarse a los que ya se hallan en marcha y que son adelantados en diversos países de América Latina; en Argentina en los últimos años ha decaído la investigación criminológica, por lo menos en relación con su prolífera producción de otras épocas. El tema que abordaremos lo consideramos de importante actualidad no solo por cubrir un vacío en el panorama total que se propone el Proyecto Internacional, sino por las repercusiones que en los medios científicos de Argentina seguramente tendrá una investigación de esta índole, hasta ahora no realizada.

# II. OBJETIVOS

Objetivos generales

Como parte integrante del "Proyecto Internacional de Delito de Cuello Blanco en América Latina" nos proponemos detectar y analizar esas conductas criminales en Argentina, todavía no suficientemente estudiadas, y proponer medidas tendientes a combatirlas eficazmente. Estas conductas, por su magnitud, su capacidad distorsionadora de la solidaridad social y el daño cuantioso que infieren a la colectividad necesitan un tratamiento preciso y eficaz de los órganos de control institucional y por parte de la ciudadanía toda.

# Objetivos específicos

- a) Se pretende investigar y difundir un conocimiento sistemático, descriptivo y analítico de este tipo de delincuencia, centrándonos en los delitos contra la salud pública, la violación de la libre competencia, y la subversión económica;
- b) También estudiaremos la reacción social que produce este tipo de actividad delictual comparándola con la reacción social ante los delitos convencionales:
- c) Otro aspecto específico de esta investigación consistirá en determinados planteamientos teóricos y explicativos derivados de la investigación empírica, así como poner a prueba las hipótesis y el marco conceptual que guiará nuestro trabajo.

Nos proponemos de esta manera reivindicar un pensamiento criminológico más amplio y con esto desempeñar un rol necesario en la lucha contra la criminalidad organizada de los negocios.

# III. CONSIDERACIONES TEÓRICAS

En la década de los 60 un autor norteamericano se interrogaba sobre la veracidad del mito de la ola de crímenes que recorría los Estados Unidos de Norteamérica y recordaba la inscripción en un papiro egipcio de unos 4.000 años atrás: "la desvergüenza está a la orden del día... el país gira y gira como la rueda de un alfarero... las masas son como tímidos carneros sin pastos... quien hasta ayer era indigente ahora nada en la abundancia y el otrora rico le abruma con su adulación..."1.

Su reflexión soslayaba el pensamiento vulgar que se alarmaba ante unas ciertas estadísticas que describían la frecuencia de asesinatos en número de minutos o de segundos; así el fantasma de lo delictual, circunscrito a crímenes, robos a mano armada y violaciones servía de exorcismo para sustentar otras reflexiones sobre la sociedad moderna. Fue necesario para DANIEL BELL trascender esa percepción de la ola mítica de crímenes como un fenómeno exclusivamente moderno y preguntarse sobre la génesis de la sociedad norteamericana, como de otras sociedades modernas; la conquista del Oeste despojando de sus tierras a los nativos, el esclavismo sureño y el racismo difundido, la especulación bursátil de fines de siglo, las intervenciones militares, no podrían menos que (aunque referidos a otros tiempos) repercutir de alguna manera en la sociedad actual.

Por ello no resulta vano el hecho de recordar las palabras de Al Capone, cuando el final de su carrera dijo: "I am a spook, born of a million minds" (soy un fantasma forjado por millones de mentes)<sup>2</sup>.

Estas dos apreciaciones nos remiten de inmediato a contrastar el orden social imaginario con el orden social real, tanto en la historia como en la actualidad.

La idea de que el delito estaba asociado a un menguado desarrollo económico general de una sociedad dada y donde las pasiones irrefrenables y la pobreza material y moral eran las variables más persistentes, había llevado a la idea de que la barbarie

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Daniel Bell, El fin de las ideologías, Madrid, Ed. Tecnos, 1964.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> HANS M. ENZENSBERGER, Barcelona, Edit. Seix Barral, 1968.

y la civilización eran etapas polares en el desarrollo de la humanidad. Pero ya B. MALINOWSKY, al estudiar los nativos de las Islas Trobiand y su vida, nos decía a principios de siglo: "Un estudio más detallado de los llamados salvajes ha revelado que «los bestiales usos paganos» son más el producto de firmes leyes y estrictas tradiciones debidas a las necesidades biológicas, mentales y sociales de la naturaleza humana que el resultado de pasiones sin freno y de excesos desordenados".

Los delitos convencionales, o mejor, el enfoque sobre ellos, sufrió una radical modificación a partir del pensamiento positivista a mediados del siglo pasado; las teorías de Darwin así como las investigaciones anatomopatológicas de Lombroso, abrieron el camino para buscar una explicación más real a las conductas delictuales que las invocadas por la escuela clásica, que, con Carrara, definía el delito como la infracción a la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos resultante del acto del hombre, positivo o negativo y moralmente imputable.

Ya con la Revolución Francesa se habían fundado las esperanzas de constituír un orden social que, conforme a la naturaleza de las cosas, supere el orden desigual conformado en la estructura económico-política estamentaria del feudalismo. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Ley Chapellier se ofrecen como la concreción del pensamiento racionalista del siglo xvIII; pero tal declaración no resultó más que la consolidación de dos personificaciones sociales: el hombre y el ciudadano; este último como un ser abstracto, a-histórico, universal; el hombre como miembro de una clase y de una determinada formación social en un determinado tiempo y lugar.

El concepto de que los hombres son libres e iguales, guiados por la razón y por su libre voluntad fue dejando paso a las ideas fundadas en algunos condicionantes de la conducta de los hombres, condicionantes que por encima de su voluntad los llevaban a delinquir. Las limitaciones epistemológicas del positivismo sumadas a una metodología centrada en el análisis del delincuente más que de la ley penal, y por lo tanto referido a conductas desviadas, apartadas de la "normalidad", de un orden social que se buscaba preservar y desarrollar, tenían como fundamento implícito el entusiasmo de los intelectuales europeos de finales del siglo por la ampliación, sin límites, del horizonte del progreso tecnológico y la creación de bienes.

La sociedad compuesta o fundada por el esfuerzo de individuos, de ciertos individuos con características particulares como aquellos "residuos", "instintos" de los que hablaba PARETO, como la capacidad de pensar, la inventiva, la imaginación, el ingenio, la originalidad, se presentaron luego como los valores permanentes del progreso de la humanidad.

Pero como el mismo PARETO lo reconoce, toda sociedad humana incluye algunos elementos inadaptados a las condiciones de vida de esa sociedad particular y de no ser confinadas las acciones de esos elementos dentro de ciertos límites, se destruirá la sociedad.

Siempre se pensó que tales conductas "de inadaptados" sociales debían ser reprimidas porque su reiteración o difusión generalizada podría disolver el orden social, o sea la civilización, la cultura, los valores sagrados. Para ello, la tipificación sistemática de los delitos, las penas, la ejecución de ellas, la especialización de los jueces, el auxilio de las ciencias sociales, fueron teleologizados para perfeccionar el control social y estudiar las conductas delictivas o simplemente desviadas o anormales, en defensa de la sociedad agredida por tales conductas.

Con Durkheim se supera el positivismo individualista, propio de la sociología criminal de Enrico Ferri, quien consideraba al delito como un fenómeno natural determinado por factores anatómicos, antropológicos, telúricos, sociales, y como tal un síntoma de patología individual. Durkheim como sociólogo de las instituciones establece una relación necesaria entre delitos y sociedad, como también una relación necesaria entre la acción reguladora de la sociedad y el porcentaje social de los suicidios. Al catalogar los delitos como fenómenos sociales, rompe el estrecho marco del conocimiento basado en el sentido común y también se desliga explícitamente de los postulados antropocéntricos dominantes en las teorías sociales de la época.

El humanismo de las ciencias sociales parecía, con tal desarrollo de las fuerzas productivas, no tener más límites que el tiempo en descubrir y acompasar el progreso tecnológico con el progreso y el bienestar en términos sociales y políticos. La democracia, la igualdad política, la defensa de la libertad y la participación institucionalizada de las grandes mayorías, era una realidad que se estaba plasmando a los ojos de todos; la primera guerra mundial, con la exacerbación de los nacionalismos y sus coletazos veinte años después con el fascismo y el nazismo, pusieron sus límites a tal idea de progreso y con ello la desilución de muchos.

Todo esto fue permitiendo un cierto pensamiento crítico en el Occidente.

No obstante, la relación del individuo con la sociedad siguió encuadrándose entre lo normal y lo anormal. El orden social sigue siendo concebido como una realidad que el hombre ha construído con el esfuerzo que implica refrenar sus pasiones e instintos y por lo tanto en una tensión permanente, ya que su naturaleza humana sería más salvaje cuanto menor fuere el control social sobre los impulsos biológicos del hombre.

Podríamos señalar que el intento más sistemático en las ciencias sociales por ampliar el panorama de la criminología y llamar la atención sobre una criminalidad no tradicional, fue el realizado a parincipios de 1940 por Donald Sutherland, presidente de la Asociación de Sociólogos de USA. Un nuevo fenómeno, el de la criminalidad de personas respetables y de clase social elevada, en el ejercicio o en relación con sus actividades profesionales, adquirió el status de objeto de investigación y sus trabajos abrieron o iniciaron un nuevo camino exploratorio en la perspectiva criminológica. El tratamiento diferencial de la ley y de los organismos jurisdiccionales a las 70 mayores corporaciones de USA en cuanto a sus violaciones a la ley y la reincidencia de tales conductas ilegales, fue la fundamentación empírica de sus planteamientos.

El fenómeno criminal tradicional había sido acotado hasta ese momento como un producto de la inadaptación social de los individuos a una estructura social

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> B. Malinowsky, Crimen y costumbre en las sociedades salvajes, Barcelona, Edic. Ariel, 1967.

orgánica y armoniosa, o, en todo caso, perfectible en su funcionamiento. Como dice el mismo SUTHERLAND, "lo significativo del delito de cuello blanco es que no está asociado con la pobreza o con patologías sociales y personales que acompañan la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de cuello blanco son frecuentes, se considerará inválida una teoría general que muestra que el delito se debe a la pobreza y a sus patologías relacionadas. Es más, el delito de cuello blanco puede ayudar a localizar aquellos factores que, siendo comunes a los delitos de los ricos y de los pobres, son más significativos para una teoría general de una conducta delictiva"<sup>4</sup>.

De los aportes de SUTHERLAND sobre la criminalidad de cuello blanco podemos concluír que su objetivo principal fue cuestionar las teorías tanto sobre la conducta criminal como del propio concepto de criminalidad. Frente a la etiología criminal centrada en las clases inferiores opuso la teoría de la asociación diferencial para explicar el fenómeno criminal, afirmando que la conducta delictiva es aprendida en la interacción social cotidiana, que se establece entre los miembros de un grupo, sea este ocupacional o ecológico. Así se va consolidando una corriente criminológica que mantiene su atención centrada en la cara de la sociedad contrapuesta a la pobreza, a los individuos con deficiencias mentales, o poco instruídos; su foco de atención es la criminalidad ligada a los negocios, y por lo tanto a la organización del delito, o por lo menos a su planeación y ejecución en el filo de la legalidadilegalidad. La astucia, la inteligencia profesional que asesora para actuar en las lagunas de la ley, en definitiva, en esa frontera un tanto diluída que separa lo ilegal de lo criminal.

Abandonando los factores personales para explicar la criminalidad como la anormalidad biológica, la inferioridad intelectual, o la inestabilidad emocional, SUTTERLAND lanza la hipótesis de que las personas de la clase socioeconómica alta se conducen en gran medida delictivamente aunque esta conducta delictiva difiera de la practicada por las clases económicamente bajas; esta diferencia se reflejaría en los procedimientos más bien administrativos dentro de los cuales son juzgadas tales conductas.

Singularmente la visión de SUTHERLAND sobre la historia de las grandes fortunas y de los grandes hombres de USA se parece a la de MERTON en sus estudios sobre la estructura social y que pueden ejemplificarse emblemáticamente en una cita del primero refiriéndose al período 1905-1917, según fuentes de la época: "Diógenes hubiera tenido gran dificultad en encontrar un hombre honesto en Wall Street que yo conociese como apoderado de una compañía".

Y para llamar la atención sobre este novedoso objeto de estudio de la ciencia criminal dice: "Los delitos de cuello blanco violan la confianza y por lo tanto crean desconfianza; esto reduce la moral social y produce desorganización social. Muchos delitos de cuello blanco atacan los principios fundamentales de las institucio-

nes norteamericanas; los delitos comunes por otra parte, producen poco efecto en las instituciones sociales o en la desorganización social".

MERTON, en la misma época y creemos que con similares preocupaciones, se propone el análisis de las fuentes sociales y culturales de las conductas divergentes, desligándose así tanto de fundamentaciones biosicológicas al estilo de FERRI, como también de las ideas de un funcionamiento defectuoso de las estructuras sociales o de fallas del control social sobre los impulsos del hombre al estilo de DURKHEIM.

La hipótesis de MERTON es "que la conducta anómala puede considerarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a ella" y se propone "descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista".

Así, de una parte la tensión que encuentra MERTON entre los objetivos, propósitos e intereses culturalmente definidos y considerados legítimos por el grupo (que los considera como las cosas por las que vale la pena esforzarse), y por otro lado, los modos admisibles de alcanzar esos objetivos, o sea los medios instituídos para ello, producían la mayor parte de las conductas divergentes o anómalas.

La cultura americana, según MERTON, otorga una gran importancia a ciertos éxitos-metas, sin tener demasiado en cuenta los medios que se utilicen para lograrlos. Y señala que es el éxito económico, y por lo tanto la riqueza acumulada, el símbolo mayor de una elevada posición social. El Sueño Americano está ligado preferentemente al éxito económico, como lo prueban los abundantes datos que diferentes medios de comunicación exponen como los valores de la cultura social de la clase negociante. Ante esta estructura social compuesta de metas culturales y medios institucionalizados por alcanzarlas presenta una tipología de diferentes clases de adaptación individual, según acepten o no tanto las metas culturales como los medios institucionales para alcanzarlas; así, señala cinco modos de adaptación, a saber: conformidad, innovación, ritualismo, retraimiento y rebelión. Nos interesa detenernos en los dos primeros, porque están directamente relacionados con el tema de esta investigación. MERTON no vacila en afirmar que la "conformidad", en la medida en que una sociedad es estable, es la conducta más común y ampliamente difundida porque de lo contrario no podría conservarse la estabilidad y continuidad de la sociedad. Esta aceptación de las metas culturales y los medios institucionalizados para alcanzarlas sería la fundamentación de la subsistencia de la estructura social. Aun dejando de lado la historia de las fortunas en USA, sobre la cual MERTON se extiende largamente refiriéndose a "los magnates norteamericanos del robo", estos "conformistas" mertonianos se parecen más a los nietos del arquetipo espiritual del capitalista, como el protestante ascético de MAX WEBER, que a los Morgan, Du Pont, Hopkins, Adams, Perkins, etc., que nos muestra por ej. BALT-ZELL en su trabajo sobre las pautas de status en USA9.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> DONALD SUTHERLAND, El delito de cuello blanco, Universidad Central de Venezuela, pág. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ibídem, pág. 14.

<sup>6</sup> Ibídem, pág. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> ROBERT MERTON, Teoría y estructura sociales, FCE, pág. 212.

<sup>8</sup> Ibídem, pág. 212.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> E. DIGBY BALTZELL, "Pautas de status: quién es quién en América, y el Registro Social", en Clase, Status y Poder, compilación de Lipset y Bendix, t. 1, Madrid, Euroamérica, pág. 179.

Pero MERTON advierte que la "tensión" deviene por el hecho de que las metas en el capitalismo no son alcanzables por todos aunque se proponga que todos participen. Los que advierten que la carrera está arreglada y que siempre lo estuvo, utilizan la "razón" y logran las metas con los medios adecuados. Con esto podemos decir que en el modelo de MERTON va implícita la utilidad racionalista emparentada con WEBER y por lo tanto con una relación medios-fines, eficaz, técnica, o sea, ni mágica ni religiosa. Y aquí aparecen los "innovadores", como aquellos individuos que asimilaron "la importancia cultural de la meta sin interiorizar igualmente las normas institucionales que gobiernan los modos y medios para alcanzarla" 10.

Para ello, MERTON considera a la conducta socialmente divergente tan producto de la estructura social como la conducta conformista. Estos son los dos tipos de conducta a las que se adscriben los que quieren participar en la carrera. Los individuos que adoptan actitudes ritualistas o retraídas o rebeldes, solo interesan en el aspecto complementario a la que LAURIE TAYLOR se refiriera con el ejemplo de las máquinas tragamonedas: "los que pierden recurren entonces a usar monedas extranjeras o imanes para aumentar su posibilidad de ganar (innovación) o juegan irreflexivamente (ritualismo) o dejan de jugar (retraimiento) o proponen jugar algo totalmente distinto (rebelión)"11.

MERTON advierte que la difusión de una ideología meritocrática que parece ser la dominante en las sociedades capitalistas se enfrenta con ciertos obstáculos, como son la disponibilidad de medios institucionalizados, la presuntuosa ideología social del igualitarismo, el fetichismo del dinero y las exhortaciones permanentes y disociadoras dirigidas a los individuos. Estos obstáculos señalados por MERTON hace más de cuarenta años han sido recreados en estos momentos por la Comisión Trilateral en cuanto "La incorporación de elementos sustanciales de la población a las clases medidas ha aumentado sus expectativas y aspiraciones, causando por lo tanto, una reacción más intensa si estas en verdad no son satisfechas" 12.

MERTON señala que diversos problemas inciden en mantener la tensión entre metas y medios en la sociedad norteamericana, como el de la escasa disponibilidad de medios institucionalizados, motivado esto por la presuntuosa ideología del igualitarismo, así como el fetichismo del dinero que estaría potencialmente al alcance de todas las personas sin distinción de razas, credos o profesiones.

Si bien es SUTHERLAND el que académicamente logró llamar la atención sobre este tipo de criminalidad, ya existían previamente una extensa bibliografía y trabajos dedicados a este tema, muchos de ellos ya en el siglo pasado<sup>13</sup>. Además de las

citas de MERTON y BELL, recordamos a W. A. BONGER, quien relaciona la delincuencia de la burguesía con el modo de producción capitalista. Este autor ha sido rescatado del olvido, principalmente por la Escuela de la Criminología Crítica<sup>14</sup>.

Nosotros pensamos que ya es necesario sustituír la imagen de la delincuencia de cuello blanco como un acto individual y desviado para referirlo solo a las conductas de empresarios o empresas privadas, aunque tales conductas se realicen por algunos de sus funcionarios. Desconfiamos *a priori* de que las normas jurídicas referidas a este tipo de delincuencia expresen la dicotomía entre normalidad y desviación, precisamente basados en el análisis de la "tensión" que MERTON ofrece como variable explicativa a la conducta de los "innovadores".

Si la anomia es producida o generada por la propia estructura social no se podría tipificar como desviadas o normales conductas de individuos o grupos o sectores sociales; aunque subsista la idea de una conciencia moral encarnada en los ciudadanos contrapuesta a la conciencia real de los hombres.

Sin embargo, las normas jurídicas no solo subsisten sino que son objeto de reformas, de ampliación, de exhortaciones, de aumento de la penalización, todo con el fin de combatir esas conductas, las que no solo mantienen sus niveles sino que, acorde con nuevas tecnologías, amplian la eficacia de sus actos delictivos.

Por ello no nos reduciremos al marco teórico de la "anomia", ya sea en términos de DURKEIM o de MERTON, para enfocar también ciertos aspectos del control social o bien la génesis y aplicación de las normas.

Las Naciones Unidas no han sido ajenas a este problema y, por ej., en el IV Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Kioto, Japón, en agosto de 1970, la Secretaría preparó un documento de trabajo dedicado específicamente a las "Políticas de defensa social en relación con la planificación del desarrollo"15.

"El papel insignificante que la asistencia técnica para prevención y represión del delito ha representado en la amplia gama de servicios técnicos proporcionados por organismos multilaterales y bilaterales a los países en desarrollo, es en parte reflejo de un método de planificación que no tiene en cuenta la prevención del delito; en parte, resultado de considerar la delincuencia en términos convencionales, sin tener presente su influencia sobre el desarrollo (a través de la corrupción, la delincuencia de cuello blanco, la deformación de la distribución, etc.) y, en parte, reflejo de la inexistencia de una necesidad sentida de planificación en este campo tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo''16.

En el mismo evento se informa que "El Congreso tomó nota de las observaciones del Secretario General Adjunto de Asuntos Económicos y Sociales, que en

<sup>10</sup> Robert Merton, ob. cit., pág. 220.

<sup>11</sup> LAURIE TAYLOR, Deviance and Society, Londres, citado por Ian Taylor, Walton y Young en La nueva criminología, Buenos Aires, Amorrortu, 1975, pág. 116.

<sup>12 &</sup>quot;Informe de la Comisión Trilateral", Huntington, Crozier y Watanki, cuadernos del CIDE, México, 1979, pág. 377, especialmente el parágrafo II "Consenso sin propósito. El surgimiento de la democracia anómica".

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Cfr. V. EVANS, Facts, failures and Frauds: Revelations, Financial Mercantia, Criminal, Londres, 1859. EDWIN HILL, Criminal Capitalist, London, 1872; GABRIEL TARDE, La criminalité professionelle, Archives d'Anthropologie Criminelle, France, 1896; EDWARD ROSS, The Criminaloia, The Atlantic Monthly, 1907; Albert Morris, Criminology, New York, Longmans-green, 1939. Citados K.A.J. Doorten, mimeo., Ilanud, 1981.

<sup>14</sup> Cfr. IAN TAYLOR, WALTON y YOUNG, ob. cit., en especial el cap. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Naciones Unidas, "Políticas de defensa social en relación con la planificación del desarrollo", documento de trabajo preparado por la Secretaría para el IV Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Kyoto, agosto, 1970. Citado por K.A.J. Doorten.
<sup>16</sup> Ob. cit.

la apertura del Congreso, había señalado el volumen del delito organizado y del delito de «cuello blanco» perpetrado por los residentes más pudientes y respetables de dichas ciudades"; y el informe continúa:

"En algunos países también se consideró que la existencia del soborno y la corrupción constituían una amenaza para el progreso" y "Gran parte del debate se centró en las nuevas formas del delito. El aumento de la llamada delincuencia de «cuello blanco», que asumía nuevas dimensiones a la sazón: abuso de estupefacientes, toxicomanía, delitos cometidos mediante tarjetas de crédito, la falsedad en los anuncios y en el contenido de los envases, y la especulación ilegítima con acciones, se citaron como ejemplos".

Con respecto al tema se menciona en la declaración del final del Congreso: "Observando, que el problema de la delincuencia tiene muchas ramificaciones, que van de delitos tradicionales hasta las formas más sutiles y complejas de delito y corrupción organizada, que entrañan la violencia de la protesta y el peligro de un escapismo creciente a través del consumo abusivo de drogas y estupefacientes, y que el crimen en todas sus formas mina las energías de una nación y sus esfuerzos por asegurar un medio más sano y una mejor vida para su pueblo".

En 1975 se lleva a cabo en Ginebra el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el que se presta especial atención a los cambios en formas y dimensiones de la delincuencia trasnacional y nacional, y específicamente a la delincuencia como negocio, o sea la delincuencia organizada, la delincuencia de cuello blanco y la corrupción. En la misma línea y con una atención cada vez más circunstanciada, cabe citar el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre el tema reunido en Caracas, Venezuela, en 1980, donde se enfatiza en un documento: "En un mundo de creciente internacionalización del trabajo, el comercio, el transporte y las comunicaciones, así como de una mayor interdependencia en todos los aspectos de la vida humana, todo indica que los abusos del poder económico y político pueden rebasar las fronteras nacionales y constituyen por ende una preocupación común" 18.

Así podemos señalar que también más allá del ámbito de la investigación privada, las Naciones Unidas, así como otros organismos internacionales y nacionales, han legitimado este objeto de estudio ante el aumento constante y novedoso de estas formas de delincuencia que afectan en una forma cada vez más alarmante la vida colectiva. El daño social no solo se extiende a todo el sistema económico (aunque así le permite reproducir relaciones sociales bajo otras formas, por ej. las corporaciones multinacionales), sino que afecta las formas democráticas de vida restringiendo las libertades de los hombres y de los ciudadanos.

# IV. METODOLOGÍA

A) Consideramos desde el inicio la necesidad de clasificar en 5 grandes rubros los delitos de cuello blanco para poder construír una tipología que se relacione con el sujeto, con el modus operandi, con los medios utilizados para delinquir, el daño social, la cifra negra y la impunidad de sus conductas.

Para la definición de tales delitos utilizaremos fundamentalmente la tipificación que de ellos hacen las normas jurídicas vigentes y en relación con las características de los delitos de cuello blanco.

Así entenderemos, a los fines de esta investigación, que los delitos contra la salud pública son las conductas cometidas por empresas que producen un daño efectivo y/o un peligro común y de carácter indeterminado en la salud de una comunidad humana. Entenderemos asimismo que la subversión económica consiste en la enajenación indebida, en la destrucción, en los daños, en la desaparición, la ocultación fraudulenta, la disminución del valor, de materias primas, productos, máquinas, equipos, de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinada a la explotación de servicios.

Esta definición ha sido formulada con base en la ley 20.840/74 con sus modificaciones complementarias; esta ley trata de los delitos de subversión político-ideológica, subversión laboral y subversión económica.

Entenderemos igualmente como delitos contra la libre competencia, los actos y conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia en la instancia de la producción e intercambio de bienes o servicios, o que constituyan un abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Esta definición ha sido formulada con base en la ley 20,262/80 que modifica las leyes 11,210/20 y 12,906.

Con respecto a la delincuencia de cuello blanco/delincuencia empresarial, utilizaremos tales conceptos en el sentido de aquella conducta ilícita o en todo caso ilegal, no convencional, cometida por medios no físicos, por personas de responsabilidad y alto status económico, o bien por funcionarios públicos que detentan el poder político en el ejercicio de sus funciones; esta conducta se caracteriza por la esencia socialmente dañina de la acción y por la utilización abusiva o desviada del poder político o económico.

Con respecto a la *delincuencia convencional*, la consideraremos como aquella conducta ilícita debidamente tipificada en el Código Penal o en leyes especiales y sancionada normalmente por los órganos correspondientes.

Las definiciones precedentes han sido tomadas de K. A. J. DOORTEN, en La delincuencia empresarial, nacional y transnacional y el sistema de justicia en Costa Rica (Naciones Unidas, mimeo., ILANUD, marzo de 1981).

B) Definidas de esta manera las conductas ilícitas que investigaremos, nos proponemos analizar la reacción social que tales delitos provocan en diferentes sectores de la comunidad.

Trataremos de distinguir la reacción social de opinión pública basándonos en la idea de que si bien la opinión pública estaría contenida en la reacción social, esta se expresaría en forma más orgánica e institucionalizada.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Naciones Unidas, Informe del IV Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Kyoto, 1970. Citado por K.A.J. Doorten.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Naciones Unidas, "Delito y abuso de poder; delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley", documentos de trabajo preparados por la Secretaría para el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Caracas, 1980. Citado por K.A.J. Doorten.

Aunque conocemos los esfuerzos que desde el racionalismo iluminista se han realizado para constituír a la opinión pública como fuerza gobernante por ser la expresión de la soberanía popular, tenemos demasiadas evidencias empíricas para mostrar que no se puede identificar de tal manera las manifestaciones del poder del Estado con la voluntad del pueblo. Pero tampoco podemos desconocer que la opinión pública tiene importancia para la conformación de la unidad estatal, en cuanto que sus expresiones de aprobación o desaprobación de ciertas conductas promueve reglas convencionales que actúan en el seno de la sociedad, cumpliendo una función de legitimación de la autoridad política y del orden por ello garantizado.

Pero su falta de organización, así como sus expresiones conformadas o encauzadas por grupos minoritarios detentadores o usufructuarios del poder, nos alerta sobre la real valoración de sus exteriorizaciones.

Por ello realizaremos el trabajo en tres niveles, tratando de cubrir lo que específicamente consideramos como Opinión Pública, por medio de encuestas y entrevistas a diferentes sectores sociales, a saber: funcionarios públicos, magistrados, abogados, estudiantes, empresarios, policías, trabajadores, personal de las FF.AA., religiosos, etc.

En un segundo plano trataremos de percibir la reacción social en grupos humanos organizados. Partiremos de la idea de que la reacción social, para materializarse más allá de una simple opinión, debe estar presente como un sentimiento común en grupos de personas que por sus características influyen o son parte del Estado; entendido en un sentido amplio, o sea instituciones públicas y privadas que coordinan la cooperación social dentro de ciertos límites geográficos promoviendo el consenso de todos los sectores sociales.

Con respecto a un tercer nivel, como sería la reacción social institucional, realizaremos una investigación que cubra las diferentes formas en que tales actividades delictuales son tratadas por los organismos jurisdiccionales, de prevención y de represión del Estado. Para ello tendremos en cuenta las denuncias incoadas, los procesos e investigaciones iniciados, ya sea en sede administrativa como penal, y las sentencias recaídas en tales procesos. Durante este trabajo construíremos una clasificación que nos permita ordenar este tipo de reacción social con ciertas otras variables, como ser naturaleza del sujeto (individual o colectivo), tipo de gobierno (militar o civil) y forma-Estado conforme a su institucionalización en Argentina; así distinguiremos el llamado Estado oligárquico, el Estado liberal, el Estado populista y el Estado burocrático-autoritario. Somos conscientes de que estas categorías y periodización son meramente descriptivas y que no cubren períodos específicos de la vida política institucional argentina, como el que va desde 1958 a 1976, o el de 1973-76, por ejemplo, y por lo tanto serán objeto de mayores precisiones, cumpliendo por ahora la función de un cierto marco referencial.

C) Conforme a lo expresado nos proponemos dividir el trabajo en tres etapas a saber:

Primera etapa: Se tratará de un enfoque descriptivo de los aspectos legales y de la legislación, tanto en el ámbito penal como administrativo, que nos permitirá

la construcción de una tipología de los delitos de cuello blanco en el marco de los tres órdenes conceptuales referidos, o sean la salud, la libre competencia y la subversión económica.

En esta misma etapa también señalaremos la evolución legislativa y jurisdiccional de los tres tipos de delitos de referencia, tomando como fuente principal los debates parlamentarios y las exposiciones de motivos de quien promueve las normas legales.

Complementando lo anterior pondremos especial énfasis en un inventario de las quiebras o convocatorias de acreedores que hubieran derivado en ilícitos penales, ya sea conforme a la ley sobre subversión económica o a las figuras jurídicas tipificadas en el Código Penal. Abarcaremos en esto desde 1930 hasta 1980.

Esta tarea nos demandará unos seis meses de trabajo y su resultado se expondrá en un informe como adelanto de la investigación.

Segunda etapa: Tratará de la elaboración y análisis de los indicadores cualitativos y cuantitativos sobre los delitos de cuello blanco conforme a los datos recolectados de los ámbitos jurisdiccionales, penales y administrativos.

Nuestra investigación estará enfocada a establecer ciertas relaciones necesarias con variables histórico-estructurales, como la forma-Estado a la que aludiéramos, las modificaciones ocurridas en la estructura ocupacional, detectables a través de los censos de población, industrial y agropecuaria, así como el aspecto económico en lo que se refiere al comercio exterior de Argentina, incluyendo aspectos de radicación de capitales extranjeros.

Creemos que nos ocupará seis meses realizar estos objetivos parciales de la investigación y que dará como fruto otro adelanto de investigación.

Tercera etapa: Tratará de un estudio sobre opinión pública y la reacción social que provocan los delitos de cuello blanco, en tres planos: victimológico, emocional e instrumental, comparativamente con los delitos convencionales, por medio de encuestas, entrevistas, mesas redondas, información periodística y de casos específicamente ejemplificativos.

Con respecto a la reacción social trabajaremos el aspecto paraestatal, como "institucional-legal". Al término de esta etapa prevista en seis meses, presentaremos el resultado de la investigación en forma de un volumen para su publicación.

Durante el transcurso de la investigación trabajaremos en ensayos parciales que reflejen los adelantos realizados.

Pensamos dar inicio a esta investigación en el mes de marzo de 1984.

- D) Conjunto de hipótesis que guiarán nuestra investigación:
- I. Con referencia al inventario de la legislación y las prácticas ilegales de las empresas:
- a) las diferentes leyes dictadas en sucesivas etapas históricas para tipificar la delincuencia empresarial han cumplido una función más simbólica que real;

- b) una gran parte de las empresas cometen actos considerados ilegales en forma más habitual que esporádica.
  - II. Con respecto a la unión pública y reacción social:
- a) las representaciones que el público tiene sobre el delito de cuello blanco y el delito convencional son diferentes;
- b) falta de estigmatización de los autores de DCB, a diferencia de los delitos convencionales;
- c) existencia de las figuras del chivo expiatorio por medio de sanciones a casos específicos que crean la falsa ilusión de que se castiga a todos;
- d) los medios de comunicación social contribuyen al estereotipo del delincuente, dando un tratamiento diferencial a las noticias que se refieren a uno y otro tipo del delito.

# LA CIUDAD Y SU REVÉS

(Breves notas referidas a cárceles y metrópoli)\*

POR

Dr. MASSIMO PAVARINI\*\*

(Universidad de Bolonia - Italia)

Traducción v notas del Dr. JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA ARROYAVE

"...De una parte a la otra la ciudad parece que continúa en perspectivas, multiplicando su repertorio de imágenes: en cambio no tiene espesor, consiste solo en un derecho y en un revés, como una hoja de papel, con una figura de aqui y otra de allá, que no pueden despegarse ni mirarse".

(1. CALVINO. Le città invisibili. Torino. 1982. p. III).

# 1. Premisa

El estado de profunda crisis en la propuesta arquitectónica de los nuevos espacios carcelarios<sup>1</sup> aparece, hoy, como uno de los ejemplos más dramáticos e inmediatos de la crisis general de la función de la pena en una sociedad culturalmente deshomogénea.

De hecho: si la historia de la construcción penitenciaria es, desde su origen, la historia de una paradoja —hacer cosas que deben servir a quien no las usa<sup>2</sup>,

\* Este artículo ha sido publicado en la serie "Quaderni di Fundazione Giovanni Michelucci" Nº 1, "La Nuova Città", Carcere e città, con el título "La città e il suo revescio" (note in tema di carcere e metropoli), págs. 12 a 30.

" Nació en 1949. Es docente de Derecho Penitenciario en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia. Miembro del comité científico de la Revista Dei delitti e delle pene y del European Group for the Study of Deviance and Social Control. Fue redactor jefe de la Revista La Questione Criminale.

Autor de los siguientes libros: La Criminologia, Firenze, Le Monnier, 1980, que ha sido traducida al español por Ignacio Muñagorri (siglo XXI) con el título de Control y dominación. En compañía de Dario Melossi, Carcere e fabbrica, alle origini del sistema penitenziario, Il Mulino, 1977, traducido al español por Xavier Massimi, con el título de Cárcel y fábrica. Los orlgenes del sistema penitenciario (siglos XVI - XIX), México, Siglo XXI, 1980.

Tradujo al italiano con Dario Melossi, la obra de G. Rüsche y O. Kirchheimer, Punishment and Social Structure (1939), Nueva York, 1968, bajo el titulo Pena e Struttura Sociale, Il Mulino, 1978, cuya traducción castellana, de Emilio García Méndez, ha sido publicada recientemente por Editorial Temis. En la actualidad termina una investigación sobre "Mass-Media" producto de la cual se publicará un libro bajo su dirección con el título de I segni di Caino (la rappresentazione della devianza nella comunicazione di massa).

- <sup>1</sup> Véase, por todos, las actas del Simposio realizado en la Universidad de Sussex en julio de 1977, sobre *Penal Policy and prison architecture* (a cargo de P. Dickens, S. Mc. Conville y L. Fairweather), London, 1978.
- <sup>2</sup> Así opina S. Lenci en Developments in penal architecture, in Penal Policy and prison architecture, cit., pág. 20.

digamos que hoy, en ausencia de un punto de vista general capaz de expresar inequívocamente los intereses de la mayoría de los "no utilizadores", los de aquellos que no deben vivir en ese espacio organizado que es la cárcel, se ha determinado la situación más radical de una ciencia y de una técnica sin sentido. La dependencia de cada proyecto carcelario respecto del contenido del mandato social es muy evidente: una autorización general para edificar sin especificar con qué fines, es una situación ni siquiera abstractamente hipotizable. La presencia de una pluralidad de fines algunas veces contrapuestos entre sí, es, al mismo tiempo, una situación históricamente determinable. Tal es la situación actual. En este caso parece asistirse a una conjura con respecto a los que asumen la tarea de edificar: hacer convivir en un único espacio finalidades teóricamente inconciliables.

Se plantea la cuadratura del círculo. La imposibilidad de la empresa exige buscar la solución, resolviendo la contradicción en la búsqueda de una jerarquía entre las diversas finalidades. Pero obrando así quizá es posible edificar una cárcel, aunque ciertamente no sirva para satisfacer a los ordenadores de la obra, que, como hemos visto, no alcanzan a expresar un punto de vista general. Cada proyecto carcelario no podrá más que crear insatisfacción.

De esta comprobación parte el presente ensayo. Es el intento, ciertamente todavía superficial, de reexaminar la cuestión de la arquitectura carcelaria desde la óptica de algunos modelos explicativos, madurados recientemente, dentro de un contexto histórico-teórico.

 UNA CONDUCTA CÍCLICA DE LARGO PERÍODO: DE LO SOCIAL A LA INSTITUCIÓN Y DE LA INSTITUCIÓN A LO SOCIAL. LA CENTRALIDAD DEL ESPACIO URBANO

La tesis central que se quiere desarrollar en esta ocasión, tiene como momento central la individualización de las relaciones entre espacio urbano e invención penitenciaria. Esta tesis puede sintetizarse así:

Si la nota característica de la política del control social en la formación del Estado moderno había sido la "institucionalización", en el Estado contemporáneo —en particular a comienzos de los años 60— aquella se caracteriza, en cambio, por un proceso más o menos acentuado de "desinstitucionalización". Si la forma paradigmática del control social en el Estado moderno se había concentrado en la práctica del internamiento —en la voluntad de aislar las contradicciones sociales—, hoy es posible asistir a un proceso un tanto inverso: la progresiva reducción de la población internada y la "expulsión" de la misma en lo social. Este proceso

encuentra después formas específicas y determinadas de actuación en las diversas realidades político-nacionales: desde fenómenos de despenalización de ciertas conductas desviadas y de su asunción bajo prácticas asistencial-sanitarias, hasta la individualización de medidas alternativas a la segregación, o la "privatización", etc.

No interesa por ahora ahondar en lo específico de estas prácticas "alternativas" al internamiento; solo se quiere dramatizar con el propósito de simplificar la exposición de esta inversión de tendencia: de una política que se había caracterizado—en los albores de la sociedad burguesa—, por haber universalizado la práctica segregativa como respuesta apropiada a determinados fenómenos de malestar social, a la actual que parece orientarse genéricamente hacia la reducción de la centralización del internamiento, para privilegiar ya sea a los diversos niveles en que se articulan lo social y lo privado, o bien a algunos aparatos burocrático-administrativos o de otro tipo, pero de cualquier modo siempre en el sentido de regresar o devolver a lo social aquello que originalmente había sido "secuestrado".

Sin desconocer la importancia de ciertos movimientos que por su capacidad para influír en la opinión pública y en las grandes organizaciones políticas de masas, han sido recibidos como movimientos progresistas<sup>4</sup>, a nosotros nos parece que lo obsoleto de la práctica de custodiar responde, en primer lugar, al cambio radical en las condiciones estructurales que presiden la misma política del control social. Es decir, cambiar ha sido la estrategia básica del control, y en este cambio el paradigma del período de la custodia ha perdido su carácter central, sin que por esto se pueda hablar de su abolición; es cierto que, en el momento principal y totalizante del control, la elección de custodiar se ha trasformado profundamente al interior de una estrategia de control social altamente diferenciada, que persigue por tanto finalidades originariamente extrañas a la política del internamiento.

Por lo tanto, podemos aceptar la hipótesis teórica que ve en las nuevas exigencias del Estado social las razones de una práctica de control que puede presentarse con las características de una "totalidad" (capaz de disciplinar cada efecto problemático de lo social), igual solo a su "indivisibilidad" por ofrecerse como "suave" socialmente y no advertible como "antagónica".

Y es solo en esta perspectiva que servicios como el médico-asistencial, se ofrecen como cualitativamente más funcionales a las nuevas exigencias de control de todo aquello que no puede obtenerse de una institución segregante, así sea profundamente reformada, precisamente por su ineludible naturaleza de control selectivo y por su ontológica violencia difícilmente ocultable y, por tanto, destinada a encontrar una resistencia difícilmente superable.

Que resulten, por tanto, favorecidas todas aquellas tendencias orientadas a la desarticulación del control en prácticas difusas y socialmente más aceptables, pensamos que es algo difícilmente cuestionable y que encuentra hoy un limite en

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> No obstante la diversidad a veces radical de sus posiciones, se interesan especialmente del proceso de "desinstitucionalización" (manicomios, cárceles, menores, etc.): A. SCULL, Decarceration, Community Treatment and the Deviant: A Radical View, New Jersey, 1977; R. MATTHEWS, "Decarceration and the fiscal crisis, en NDC/CSE (al cuidado de) Capitalism and the Rule of Law, London, 1979, págs. 100 y ss.; Y. BAKAL (a cargo de), Closing Correctional Institutions, Massachussetts, 1973; A. BLUMSTEIN, J. COHEN, A theory of the Stability of Punishment, en "The Journal of Criminal Law and Criminology", 1973, 64, págs. 2 y ss.; además, otros autores y obras citadas.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Para este fenómeno basta hacer referencia a la sola realidad italiana, y a las formas y modos que el movimiento antisiquiátrico o de siquiatría democrática han asumido, desde fines de los años sesenta, frente a la ley de reforma siquiátrica.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Sobre el punto véase además infra letra D) párrafo 3.

el dramatismo de la crisis económica con el consiguiente efecto de las drásticas reducciones en los gastos sociales llamados improductivos; con esto quiero decir que esta estrategia del control queda sometida, del mismo modo que las otras estrategias ligadas al nuevo Estado social, al principio contradictorio de no poderse ampliar, no en razón directa de las nuevas necesidades de control y disciplina (tendencialmente más amplias en tanto se agudiza la crisis económica), sino por las posibilidades fiscales del Estado (tendencialmente contradictorias en los momentos de crisis)<sup>6</sup>.

Estas tesis generales, referidas al ámbito más específico de la historia de la construcción penitenciaria, precisan de algunas aclaraciones esenciales:

- 1<sup>a</sup>) En una perspectiva dirigida a la individualización del surgimiento de las primeras formas de práctica institucional, es posible deducir una identificación —tanto temporal como funcional— entre los procesos de expropiación de amplias masas de campesinos, forzados así a engrosar las filas del futuro proletariado, y las estrategias de educación para la subordinación, mediante la segregación institucional.
- 2<sup>a</sup>) La amplia etapa del dominio absoluto de la práctica del internamiento institucional coincide —también temporal y funcionalmente— con el surgimiento y el desarrollo de la metrópoli obrera del ochocientos.
- 3ª) En la importancia económico-política de la nueva gran ciudad —desde la crisis del 29 hasta finales de los años 60— estriba el fundamento de una nueva estrategia del control que valoriza, cual eje de las nuevas exigencias de difusión del control, la ecología social misma de la metrópoli. En esta cambiante realidad, la elección institucional resurge, en términos residuales, del parangón de la nueva relación privilegiada entre metrópoli y control social "suave".
- 4ª) Los términos y formas en que se presenta la crisis de este último modelo de control (punto 3), hacen notoria una distinta utilización de los espacios urbanos en su interior; frente al proceso de liberaciones institucionales parece contraponerse la nueva funcionalidad de un nuevo espacio concentracional: el ghetto.

Estos diversos aspectos de la relación metrópoli-cárcel-control social, pueden ser más atentamente analizados si se evidencian las formas específicas en que se han presentado históricamente, en el espacio urbano, las necesidades disciplinarias.

# 3. LAS RAZONES DISCIPLINARIAS EN EL ESPACIO URBANO

A) Concentración de capitales y concentración urbana de hombres

La necesidad punitiva y disciplinaria en la sociedad preburguesa, cuando podía evitar la representación del poder por medio de la sugestión del gran suplicio<sup>7</sup>, recurría a los medios de su economía, con fines pedagógicos. En la baja Edad

Media se podía internar usque ad correctionem en monasterio<sup>8</sup>; en la América Colonial los pobres podían ser socorridos en una almshouse estructurada, también arquitectónicamente, sobre el modelo de la casa de labranza<sup>9</sup>.

De cualquier modo, no era la elección del internamiento la apropiada para mantener la práctica del control; hasta cuando —y estamos ya a fines del siglo XVI— la experiencia secular de la práctica segregativa del lazareto para los leprosos no fue "contaminada" por el nuevo sistema de disciplina administrativa de la ciudad apestada 10, la posibilidad de resolver los problemas de malestar social por una acción de separación-secuestro de aquellos, no era ni siquiera hipotetizable. Dicho período social —en las formas de aquella economía— debía estructurarse "naturalmente" como el lugar más apropiado de control y disciplina. Y esto hasta cuando aquel sistema socioeconómico pudo regir, es decir, hasta cuando pudo hacer frente, mediante un desarrolladísimo aparato caritativo-asistencial, a los procesos de marginalización y pauperización 11.

El quebrantamiento de aquel orden, y la crisis de la institución feudal del corvée\*, produjeron un excedente de población marginal, incontrolable e incontenible, por medio de aquel original sistema<sup>12</sup>.

Cuando el campo se despobló por causa de la recesión, un éxodo de dimensiones bíblicas "creó", en pocos decenios, las grandes concentraciones urbanas<sup>13</sup>; solo entonces se determinaron las nuevas condiciones políticas de control social, como política de control metropolitano. La elección de fondo, se sabe, fue de tipo segregativo; pero como esta fue la respuesta apropiada para garantizar el nuevo orden mercantilurbano, las organizaciones de la práctica institucional terminaron por estructurarse sobre aquel modelo disciplinario que habían determinado las condiciones mismas del proceso de inurbamento: la manufactura, la fábrica<sup>14</sup>. Si la casa de trabajo de

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Sobre el punto, en especial, véase entre otras, *infra* letra E) párrafo 3. Desde ya podemos remitir a la bibliografía esencial presentada en la nota 3.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Cfr. M. FOUCAULT, Sorvegliare e punire, Nascita della prigione, Torino, 1976, parte prima: Il supplizzio. "El suplicio", Madrid, 1981.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Cfr. Schiappoli, Diritto penale canonico, en "Enciclopedia del diritto penale", dirigida por E. Pessina, vol. 1, pág. 624 y bibliografia allí referida.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Cfr. por todos, D. J. ROTHMAN, The Discovery of the Asylum, Social Order and Disorder in the New Republic, Boston-Toronto, 1971, págs. 40 y ss. y bibliografía allí referida.

<sup>10</sup> Sobre el punto hace énfasis M. FOUCAULT, Sorvegliare e punire, cit., págs. 213 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Cfr. P. Geremek, Il pauperismo nell'età pre-industriale, sèc. XIV-XVIII, en "Storia d'Italia", Torino, 1973, vol. v, tomo I; F. F. PIVEN, P. A. CLOWARD, Regulating the Poor. The Functions of Public Welfare, cap. t, London, 1972.

<sup>\*</sup> Servicio colectivo exigido por el señor feudal. Consistía en jornadas de trabajo gratuito que el siervo y el campesino debían al señor feudal y que le permitían a este asegurar gratuitamente la explotación de sus bienes y dominios. [Nota del traductor].

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Sobre la declinación del feudalismo, la bibliografía puede ser limitada en esta sección a las interpretaciones "clásicas": K. MARX, Il capitale, libro 1, cap. XXIV, Roma, 1970; M. Dobb, Problemi di storia del capitalismo, Roma, 1958; M. POLANYI, La grande trasformazione, Torino, 1974; P. SWEEZY, La teoría dello sviluppo capitalistico, Torino, 1970.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Entre las obras indicadas en la dos notas anteriores sobre el tema específico de los vagabundos y de su represión en la época renacentista, en relación con los problemas de orden social determinados por la creación del "ejército industrial de reserva", véase a A. VEXLIARD, Introduction à la sociologie du vagabondage, Paris, 1956, y a C. PAULTRE, De la represione de la mendicité en France sous l'Ancien Régime, Paris, 1906.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Cfr. D. Melossi, M. Pavarini, Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario, Bologna, 1979.

Bridewell surge a mitad del siglo XVI en Londres<sup>15</sup> para difundirse después rápidamente sobre el territorio inglés; si la Rasphuis en la comercial Amsterdam<sup>16</sup> proyecta aquel modelo paradigmático sobre todas las *Workhouses* (casas de trabajo) de la Europa del Norte, estas instituciones se plasmarán, arquitectónicamente, sin alteración alguna, en el complejo urbano, al interior de la aislada ciudad mercantil: el patio es un lugar de trabajo, de carga y descarga, y en medio de las habitaciones se insertan los almacenes<sup>17</sup>.

Los "burdos comerciantes de Amsterdam", inconscientemente corrieron el riesgo de la utopía: educar aquel universo compuesto de excampesinos y artesanos sin trabajo —acostumbrados a vivir bajo el sol y el tiempo de las estaciones—para convertirlos así en clase obrera, para aceptar la lógica del trabajo asalariado, para reconocer en la disciplina de la fábrica la propia condición natural. Fue este el período del "gran internamiento", que acompañó, por lo menos durante dos siglos, el proceso de acumulación capitalista<sup>18</sup>. Y solo dos siglos después, sobre la base de aquella original experiencia, surge entre 1700 y 1800 la institución penitenciaria verdadera y propia<sup>19</sup>. Pero aquella ascendencia marcará indeleblemente toda la historia penitenciaria; y para lo que aquí nos interesa, el nexo estructural entre política institucional y organización urbana, no vendrá más truncado.

Dicha experiencia encontrará su más cumplida racionalidad "filosófica", paradójicamente, cuando las condiciones materiales que hacían imperiosa aquella elección habían sido definitivamente superadas. El utilitarista BENTHAM soñó el Panóptico<sup>20</sup> —sobre todo en su representación arquitectónica— como una cosa posible en el presente y para el futuro, sin percatarse que piadosamente estaba inventando algo que ya existía; confinaba al museo de la arqueología industrial la idea cumplida de una experiencia "vieja" de dos siglos<sup>21</sup>. Pero este juicio, que no tiene apelación, vale solo con respecto a su persistencia como irreal voluntad

de materializar aquella idea —simple como el descubrimiento del agua tibia— para disciplinar toda la sociedad; su locura fue creer posible y útil el dar cuerpo a aquel sueño disciplinario, como metáfora de aquel poder; por el contrario, como panoptismo<sup>22</sup> del poder burgués en la época clásica, el sueño de BENTHAM era correcto, soñaba "realísticamente". "El Panóptico, o la casa de inspección, contiene la idea de un nuevo principio de construcción aplicable a cada tipo de establecimiento en que personas de cualquier naturaleza deben ser tenidas bajo control; y en especial, en penitenciarías, prisiones, industrias, casas de pobres, casas de trabajo, manufacturas, manicomios, lazaretos, hospitales y escuelas... serán aplicables, sin excepción, en cualquier establecimiento en que se pretenda tener muchas personas bajo control. No importa cuan diferente, o cuan opuesto, sea el fin: punir a los incorregibles, vigilar a los locos, corregir a los viciosos, aislar a los sospechosos, hacer trabajar a los ociosos, socorrer a los que están sin ayuda, curar a los enfermos, instruír en cualquier ramo de actividad a los voluntarios, o, también, conducir a los jóvenes por los caminos de la educación"<sup>23</sup>.

BENTHAM luchó toda su vida, inútilmente, por ver edificado su panóptico: acarició la idea —verdad siempre confesada— de poder convertirse en el "gran guardián", convencido como estaba de obtener, de este modo, una utilidad "personal".

Y en esto sufrió amargas desilusiones. Si hubiera sobrevivido a los ensayos materialmente concretados y que de cualquier modo se inspiraron en su proyecto—de Pentonville<sup>24</sup> y Stateville<sup>25</sup>, quizás hubiera vuelto a creer en aquella idea pedagógica-filantrópica, que una vez realizada, no producía disciplina, hombres útiles y aprovechables... ¡solo locura, muertos y pérdidas! Pero aquella idea—absurda en su dimensión de proyecto arquitectónico— reflejaba metafóricamente aquello que era el proyecto político de la burguesía hegemónica de finales del siglo XVIII. El mismo BENTHAM lo ha confesado explícitamente.

"...y si el resultado de un diseño así minuciosamente elaborado (panóptico) ¿no podría ser algo así como producir un conjunto de máquinas bajo la apariencia de hombres?... ¿La felicidad sería aumentada o disminuída por esta disciplina? Llamadlos soldados, llamadlos máquinas: aun si estos fuesen felices, nada me importará"26.

Ya Howard<sup>27</sup>, a finales del siglo XVIII, en su peregrinar por el archipiélago institucional europeo, con una pundonorosa cuanto fóbica precisión, relatará la crisis irreversible de aquella original experiencia que fue la casa de trabajo; lugar de concentración indiferenciada de cada forma y tipo de marginalidad social; cuer-

<sup>15</sup> Cfr. V. A. VAN DER SLICE, Elisabethar Houses of Correction, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", XXVII (1936-37), págs. 4 y ss.; A. J. COPELAND, Bridewell Royal Hospital, en "Past and Present", 1888; M. GRÜNHUT, Penal Reform, Oxford, 1948, págs. 15 y ss.; S. & B. Webb, English Prisons under Local Government, London, 1963, págs. 12 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. T. Sellin, Pioneering in Penology, Philadelphia, 1944, pág. 20; A. Hallema, In em om de Gevangenis, Van vroeger Dagen in Nederland, en Nederlandsch-Indie's, Gravenhage, 1936, págs. 174 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Cfr. N. JOHNSTON, The Human Cage: A brief History of Prison Architecture, New York, 1973, págs. 10 y ss.; L. STROOBANT, Le Rasphuys de Gand, en "Annales de la Société de Histoire et de Archeologie", 1952, págs. 190 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Cfr. notas 14, 15 y 16. Además, el clásico: G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1979.

<sup>19</sup> Cfr. una vez más MELOSSI, PAVARINI, Carcere e Fabbrica, cit., págs. 175 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> J. BENTHAM, *The Works of J. Bentham*, vol. IV, *Panopticon*, reeditado en 1962 en New York por J. Browing.

<sup>21</sup> Comparar, no obstante, sobre posiciones diversas, estas lecturas "críticas" de la invención benthamiana: R. EVANS, Panopticon, en "Controspazio", II, núm. 10, págs. 4 y ss. (1970); T. MARKUS, Pattern of Law, en "Architectural Review", núm. 116, págs. 694 y ss. (1954); A. HUXLEY, Prisons, Introducción a Carceri metafisiche de G. PIRANESI, 1949; D. MELOSSI, Oltre il "Panopticon". Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo sècolo, en "La Questione Criminale", 1980, núms. 2/3, págs. 282 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Cfr. M. FOUCAULT, Sorvegliare e punire, cit. págs. 213 y ss. Véase también, en términos más amplios: L'oeil de Pouvouir, entrevista de M. PERROT a M. FOUCAULT, y de M. PERROT, L'inspecteur Bentham, las dos publicadas en la edición francesa de Le Panoptique, de J. BENTHAM, París, 1977.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> J. Bentham, op. cit., pág. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Cfr. M. IGNATIEFF, A Just Measure of Pain: the Penitentiary in Industrial Revolution, 1750-1850, London, 1978.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Cfr. J. B. Jacobs, Stateville, The penitentiary in Mass Society, Chicago, 1977.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> BENTHAM, op. cit., pág. 64.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> J. Howard, Prisons and Lazarettos (1792), reimpresa en 1937 por Montclair, New Jersey, 1973.

pos sufridos dejados para podrirse, sujetos-objetos de violencia y enfermedad, se ofrecían como imagen espectacular y arrevesada de aquel orden, de aquella disciplina "soñada".

Con la fotografía nítida, pero despiadada, como emerge el negativo de su relato, HOWARD extiende la última y definitiva página de aquella narración abierta en la *Old Poor Law* (antigua ley de pobres)<sup>29</sup>, de isabelina memoria: la historia de una respuesta a los problemas de la marginalización social por medio de la disciplina en las reglas de la subordinación obrera.

Pocos años después de la muerte de HOWARD —mártir burgués, vencido por el tifo carcelario contraído en los lugares de su atento reconocimiento—, en plena revolución industrial, las tendencias liberales de tipo malthusiano proveerán para acelerar con la *New Poor Law*<sup>30</sup> cada traza de aquella original y ya decolorada utopía.

# B) Las investigaciones penitenciarias en el "Nuevo Mundo"

Es preciso abandonar la vieja Europa —afectada crónicamente por un exceso de fuerza de trabajo y por tanto "naturalmente" constreñida a favorecer las prácticas dirigidas a la destrucción de la población excedente<sup>31</sup>— y trasladarse al Nuevo Mundo de los primeros decenios del siglo XIX, para asistir a la continuación, con características de originalidad, de aquel proyecto pedagógico por medio del paradigma institucional. Y es significativo que este proyecto acompañe, también, en los Estados Unidos, la violenta y acelerada transformación de un gran y desconocido continente en el primer país industrializado del mundo.

Siguiendo a BEAUMONT y TOCQUEVILLE<sup>32</sup> —agudos observadores del sistema penitenciario americano por cuenta del gobierno francés— asistimos a la epifanía del moderno penitentiary system (sistema penitenciario), cual derivación directa —aun desde un punto de vista arquitectónico— de la workhouse (casa de trabajo) y del country jail (cárcel preventiva)<sup>33</sup>; una vez más se hace evidente el nexo estructural que liga la fase de expulsión campesina, la creación de un ejército industrializa-

do y la realidad institucional: la primera cárcel surge, en efecto, en 1790 al interior del viejo country jail de Walnut Street, ubicada en el centro de Filadelfia<sup>34</sup>.

En 1787 se fundó la "Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons" 35, asociación piadosa de quáqueros animados por impulsos filantrópicos, en nada diferentes de aquellos de su coetáneo y en parte cofrade HOWARD, con la sola objetiva y radical diferencia de que ellos actuaban en un país como los Estados Unidos y no en la vieja Inglaterra. Fue gracias a la labor de esta sociedad y a su inicisiva y constante apelación a la opinión pública, por lo que el legislador comenzó a moverse para realizar aquella institución en que "el aislamiento celular, los rezos y la total abstención de las bebidas alcohólicas deberían crear los medios para salvar tantas criaturas infelices" 36. Con esta intención se creó el modelo filadelfiano o el "solitary confinement" (confinamiento solitario), como hipótesis arquitectónica en el sentido preciso de una distribución de los espacios que se levantan con el inicio del proceso educativo.

La ciencia arquitectónica se transforma en ciencia social: "Hay principios arquitectónicos por medio de los cuales se observan relevantes cambios morales que pueden ser fácilmente producidos en la parte más corrupta de nuestra sociedad"<sup>37</sup>(...). a la búsqueda, por lo tanto, de "una forma de celda que esté en condiciones de transformar un corazón vicioso en uno virtuoso"<sup>38</sup>.

Es así como los muros de las celdas se convierten en instrumentos eficaces de punición: colocar, en efecto, al detenido frente a sí mismo lo obliga a entrar en su conciencia. La antigua hipótesis más exasperada, la nueva técnica carcelaria quáquera: "En esta celda cerrada, sepulcro provisional, los mitos de la resurrección, toman fácilmente cuerpo" Es el persistente sueño benthamiano que trata de materializarse... aun generando solo monstruosidades.

Es esta una nueva y ardiente derrota que la realidad inflige a aquel proyecto, "lleno de buenas intenciones", tendente a transformar un sujeto real (criminal) en un sujeto virtuoso (proletario). Poco importa si las cuentas no resultan ni siquiera en los registros de los entusiastas autores de aquella hipótesis de ejecución penal<sup>40</sup>. Toda la historia de la institución penitenciaria, desde sus orígenes hasta hoy, puede ser interpretada como la historia de un deseo insatisfecho, de una obsesión, y quizá, para mejor entender, solo puede ser interpretada así: aquel "modelo" carcelario, como aquellos que lo siguieron, no reeducó, no redujo la reincidencia, no fue jamás económicamente productivo. Generó (no en forma distinta de como ha ocurrido siempre) posteriores marginalidades y sufrimientos.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Sobre este aspecto insiste IGNATIEFF, A Just Measure of Pain, etc. cit., págs. 47 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Cfr. V. F. M. EDEN, *The State of the Poor*, London, 1929; véase también la obra citada en la nota 15.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Cfr. Piven y Cloward, op. cit., págs. 33 y ss.; Rusche y Kirchheimer, op, cit., págs. 94 y ss.; V. J. D. Marshalt, The Old Poor Law, London, 1968, págs. 17 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Se hace aquí referencia a la tesis de la ya mencionada cárcel malthusiana; según esta tesis el universo institucional vive del reflejo de las vicisitudes del mundo de la producción: los mecanismos internos, las prácticas penitenciarias resultan así suspendidas entre el prevalecer de instancias negativas (la cárcel "destructiva") y de instancias positivas (la cárcel productiva con finalidad esencialmente reeducativa); al respecto, desde un punto de vista teórico, véase a M. Pavarini, *In tema di economía politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico di produzione*, en "La Questione Criminale", 1976, núms. 2/3, págs. 263 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> G. De Beaumont y A. de Tocqueville, On the Penitentiary System in the United States and its Application in France, reimpreso en 1964, por Southern Illinois Univers. Press.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Cfr. H. E. Barnes, *The Evolution of Penology in Pennsylvania*, Indianapolis, 1927, págs. 63 y ss.; F. Lewis, *The Development of American Prisons and Prisons Costums*, 1776-1845, Albany, 1922, págs. 51 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Además de las obras de la nota precedente, véase en particular a B. McKelvey, American Prisons. A History of Good Intentions, Montclair, N. J., 1977; N. K. Teeters, The Cradel of the Penitentiary, Philadelphia, 1955.

<sup>35</sup> Reproducido de BARNES, op. cit., pág. 82.

<sup>36</sup> Ibídem, pág. 90.

<sup>37</sup> BPDS (Boston Prison Discipline Society), Fourth Annual Report, pág. 54.

<sup>38</sup> J. REYNOLDS, Recollections of Windsor Prison, Boston, 1934, pág. 209.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> M. FOUCAULT, op. cit., pág. 261.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Cfr. F. Gray, *Prison Discipline in America*, Boston, 1847, pág. 70; W. Cassidey, *On Prisons and Convicts*, Philadelphia, 1897, pág. 30.

Importa resaltar que, frente a determinadas constantes estructurales —aquellas generalmente individuales como dominantes y características del proceso de formación de la economía capitalista—, la respuesta a los fenómenos de la nueva marginalidad social fue, y no podía ser otra, de tipo segregativo. La fuerza de esta respuesta no está, por tanto, en sus resultados cuanto en su necesaria constancia, en ofrecerse históricamente como la única y posible vía practicable para enfrentar determinados problemas. Es, en efecto, el principio de autoridad que reina en el proceso productivo el que asume la apariencia de necesidad técnica; y es esta misma necesidad la que termina por presidir todas las otras organizaciones sociales<sup>41</sup>, inclusive el universo de la pena. Una autoridad invisible, que surge "automáticamente" del correcto funcionamiento de un organismo social autorregulante. He aquí el poder, he aquí la estrategia de aquel capitalismo<sup>42</sup>.

También lo "punitivo" —en su versión de "carcelario" — debe proyectarse hacia una hipótesis que esté en condiciones (así sea solo ideológicamente) de producir la nueva realidad del trabajo como mercancía, trabajo como fuerza-trabajo. Aun a costa de no alcanzarlo, justo porque no es posible de otra manera. La fuerza de este modelo punitivo, repito, está justamente y solo en su naturaleza como lugar privilegiado —en cuanto exageración— de esta producción de la etapa burguesa.

Similar juicio merece la otra variante clásica del penitentiary system (sistema penitenciario)<sup>43</sup>. A decir verdad, en ningún sentido radicalmente contrapuesta al solitary confinement (confinamiento solitario), como en su momento lo quisieron entender los reformistas de la época. Es el mismo idéntico principio frente a una situación de mercado de trabajo, en parte cambiada debido a la nueva "centralidad" a que dan origen las "máquinas que ahorran tiempo" 44. Su adecuación ideológica al trabajo subordinado todavía estaba por darse; esta podía imponerse solamente como "domesticamiento" a la nueva racionalidad de las máquinas. Es necesario entonces incrustar el cuerpo del detenido en el "interior" de aquella nueva realidad del "trabajo organizado". De aquí la elección del trabajo en común, durante el día, de la prisión-oficina, manteniendo el aislamiento celular para las horas de la noche<sup>45</sup>.

El penal debe reestructurarse arquitectónicamente en su cambiante relación con la ciudad obrera. Es el momento en que la cárcel se hace también visiblemente fábrica, o bien representación de la fábrica, en que solo puede diferenciarse del complejo urbano de la época, por el carácter deliberadamente acentuado de ser o aparentar ser aquello que se "quería" que fuera el lugar de extracción del plusva-

lor. La prisión viene entonces inserida en lotes urbanos determinantes en planos planimétricos a la manera de una U; tiene amplios corrales destinados a almacenes y laboratorios; para influír en la tipología de este proyecto carcelario es ya la tecnología evolutiva de la "ciudad del trabajo" 46. Pero, aún más: la verdad histórica de una realización arquitectónica se nos puede decir y enseñar solo en su dimensión metafórica. Por lo demás —si se quiere juzgar la efectividad de esta experiencia— debemos concluír en la derrota, en la inidoneidad del medio con respecto al fin: la institución fundada sobre el principio silent system no produce ni objetos ni hombres más útiles 47.

De estos dos modelos —ya superados en la segunda mitad del ochocientos respecto al éxito esperado para obrar efectivamente un "cambio antropológico"—se derivará, en las infinitas variaciones que ellas permiten a la fantasía penológica, toda la restante historia de la cárcel. Historia que parece estructurarse sobre el principio del descarte, de un atraso respecto de las nuevas exigencias de control urbano y la posibilidad objetiva de reforma carcelaria.

# C) El paradigma de vigilancia en la ciudad obrera de la Revolución Industrial

Reina en la metrópoli europea de la segunda mitad del siglo XIX, la multiplicidad de la tipología carcelaria<sup>48</sup>; colosales masas de estilos y de formas que reflejan, a través de este exasperado escepticismo, una situación paradójica: la conciencia de la inutilidad de la respuesta institucional en ausencia de una alternativa políticamente practicable en la misma. Que la cárcel ni reeduca, ni responde a las exigencias de defensa social, es ahora ya claro a los ojos desencantados del tiempo: los criminólogos positivistas no se equivocaron, es más, así lo reafirmaron<sup>49</sup>. Idéntica conciencia inquietaba a los siquiatras más capaces en cuanto a la internación en el manicomio<sup>50</sup>; instituciones ya denunciadas como productoras de enfermedades y no ciertamente de terapia.

Pero esta conciencia no podía más que traducirse en una conciencia viciosa frente a la imposibilidad objetiva de poder "hacer al menos" la institución.

En una situación de constante empobrecimiento de la clase subalterna, en una coyuntura en la cual las "riquezas de las naciones" hacían frente estructuralmente a un posterior empobrecimiento de la colectividad, la exigencia de dramatizar la diferencia de status entre fuerza-trabajo integrada y clases marginadas, podía ser satisfecha solo mediante una práctica de control social inspirada en las férreas leyes de less elegibility<sup>51</sup>, esto es, mediante una práctica que permitiera valorar cualquier

<sup>41</sup> Es la tesis de fondo de MELOSSI-PAVARINI, Carcere e fabbrica, op. cit.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Sobre este aspecto crítico, regresa Melossi, en "polémica" con la tesis foucaultiana: Oltre il "Panopticon", cit., págs. 288 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Nos referimos a la hipótesis carcelaria de Auburn, llamada también del "Silent System". Sobre el punto véase por ahora: Melossi-Pavarini, Carcere e fabbrica, cit., págs. 216 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Cfr. H. C. Mohler, *Convict Labor Policies*, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", 1924-25, vol. 15, págs. 530-597; H. T. Jackson, *Prison Labor*, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", 1927-28, vol. 15, págs. 218-268.

<sup>45</sup> Cfr. por todos: Rothman, The Discovery of Asylum, cit., págs. 106 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Cfr. J. Madge, *Prison design and penal reform*, en "International Review of Criminal Policy", 1961.

<sup>47</sup> Cfr. también Melossi-Pavarini, op. cit., págs. 222 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Cfr. G. Canella, *Il carcere e i compiti dell'architettura*, en "Rassegna di studi penitenziari", 1969, págs. 666 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Como resultado del brillante análisis histórico de T. PADOVANI, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, 1981, págs. 41 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Cfr. el estudio histórico de R. Castel, L'ordine psichiatrico. L'epoca d'oro dell'alienismo, Milano, 1980.

<sup>51</sup> Véase a MASSIMO PAVARINI, In tema di economia politica della pena, cit., págs. 274 y ss.

situación ocupacional en cuanto subalterna y explotada como "preferible", elegible a la situación del no-trabajo, de la marginalidad. Ahora, ya, aparte de toda utopía de "reintegración", la institución no podía hacer otra cosa que reafirmar su única función —también esta "ideal"— de destierro, de necesario límite entre el área de la subordinación y el área de la insubordinación.

Esta situación de *impasse* objetivo para un proyecto de "verdadera" reforma, se convierte en condición determinante y desencadenante de un proceso acelerado de "aparente" reforma carcelaria. La imposibilidad de "salir" del paradigma de vigilancia, condujo a dos éxitos obligados: reducción —en verdad, hipotéticamente, al menos por aquel tiempo— de la respuesta institucional frente a aquellos fenómenos de marginalidad que con diversos títulos no "preocupan" (es la etapa caracterizada por el debate sobre la inutilidad-peligrosidad de las penas de detención breve<sup>52</sup> y de la fe en la pena pecuniaria y en las medidas alternativas)<sup>53</sup>; y reafirmación de la necesaria función de prevención especial de la pena de detención en todos los otros casos. Este fenómeno se ve claramente en la solución arquitectónica de la cárcel de la segunda mitad del siglo XIX.

La cárcel tiende a evitar todo intento de integración hacia—con la ciudad obrera y, por consiguiente, a extremar la originaria forma panóptica, en sus nuevas realizaciones "de estrellas" y "de cruces", justo porque —en esta distinción— se reafirma también visiblemente la función (simbólica) de exclusión.

Al reinar en los espacios reducidos de esta arquitectura las máximas exigencias de seguridad y de aflictividad, se acentúan los criterios de separación y aislamiento; de nuevo se utilizan las ya olvidadas técnicas del trabajo carcelario con el único fin de aumentar la eficacia intimidativa de la pena. En Pentonville<sup>54</sup> se introducirá el "molino humano": rueda gigantesca movida por detenidos encadenados que suben con fatiga una escala móvil con el fin de moler... aire; o bien, aislados en su celda, los internos deberán cansarse con la "bomba" inflándola como mínimo mil veces al día si no quieren ser sometidos a sumergirse en agua helada.

Se determina, por tanto, en esta etapa en que la pena carcelaria se impone como sanción dominante, un redescubrimiento de "invenciones" históricamente anteriores, pero ahora ya depuradas de su intención pedagógica, para convertirlas en finalidad puramente aflictiva. La división tipológica, el aislamiento, el principio del silencio y de la inspección panóptica, el trabajo forzado, etc., terminan así por sufrir una tremenda desviación respecto a los fines para los que habían sido originalmente introducidos<sup>55</sup>.

El único fin hacia el cual se mueve la reforma penitenciaria es, ahora, mantener inalterado el nivel de necesaria diferente entre el "interno" y el "externo", cuando el "externo" tiende temerosamente a mermarse.

# D) Control metropolitano y difusión del "carcelario"

"Angustia, repugnancia y aspaviento suscita la multitud metropolitana a aquellos que por primera vez la miran a la cara... la disciplina solo la detiene la fatiga"56; así observaba BENJAMÍN, al descubrir en la multitud metropolitana la fuerza destructiva de la fe secular en una razón superior. Al entrar en crisis, con el advenimiento del siglo XX, la racionalidad precedía, en efecto, aquella estrategia de control social que se había realizado históricamente en la absolutización del principio "panópticocustodialístico". Aquella estrategia se fundaba, en efecto, sobre una concepción armónica y "naturalista" del mundo<sup>57</sup>.

La sociedad que se insinúa en el siglo XX, es bien diversa de aquella dibujada e "idealizada" por BENTHAM, el gran utilitarista. Al mostrarse definitivamente inconsistente es característica esta fe en la naturaleza de la economía y de sus leyes; es la percepción dramática de cómo lo político no puede ya darse como simple explicación de aquel orden económico; es la conciencia de cómo —más allá de aquellas razones inmanentes, definitivamente perdidas— existe solo el conflicto, vale decir, el dominio de lo político como sede de mediación de razones plurales y enclavadas, que no conducen a ninguna armonía preestablecida. La metrópoli moderna es al mismo tiempo causa-efecto y metáfora de esta "pérdida de sentido" 58; y es por esto por lo que podemos decir que la disciplina de la metrópoli se convierte a un mismo tiempo en la nueva estrategia y en el nuevo proyecto de control social.

La ciudad se transforma en escenario principal, en el que son representados, en términos dramáticos, los efectos sociales de aquella falta de sentido: ciudad caótica, llena de hombres distintos por costumbres, cultura, lengua, riqueza. Se piensa en la Detroit y en la Chicago de los años rugientes<sup>59</sup>. Son válidos todavía los análisis de DURHKEIM<sup>60</sup>: el paso de una sociedad fundada en torno a valores dominantes y en la que reina un tipo de solidaridad mecánica a una organización caracterizada por una elevada división social de trabajo; la disgregación de las pequeñas comunidades agrícolas de la gran provincia americana, los procesos de emigración interna, la afluencia de grandes masas de inmigrantes extranjeros que provienen de los países pobres de Europa, etc.<sup>61</sup>. Todos juntos, obligados a vivir en estos espacios urbanos altamente concentrados como lo son las metrópolis americanas. Reviven, amplificados, los viejos fantasmas salidos de la ruina de la feliz Europa: el individuo america-

<sup>52</sup> Cfr. PADOVANI, op. cit.

<sup>53</sup> Cfr. Rusche-Kirchheimer, op. cit., cap. x.

<sup>54</sup> Cfr. IGNATIEFF, op. cit., cap. 1.

<sup>55</sup> Cfr. G. CANELLA, op. cit., págs. 667 y ss.

<sup>56</sup> W. BENJAMÍN, Di alcuni motivi in Baudelaire, in "Angelus Novus", Torino, 1962, pág. 106.

<sup>57</sup> Cfr. Melossi, Oltre il "Panopticon", cit., págs. 295 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. M. CACCIARI, Metropolis, Roma, 1973.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Para un análisis crítico-histórico de la aproximación "ecológica" en sociología y criminología, véase por todos a: T. Morris, *The Criminal Area. A Study in Social Ecology*, London, 1971.

<sup>60</sup> Cfr. E. Durkheim, La divisione del lavoro sociale, Milano, 1962.

<sup>61</sup> Véase las obras "clásicas" de la escuela de Chicago: N. Andersen, The Hobo, Chicago, 1923; W. F. White, Little Italy, Bari, 1968; F. Thrasher, The gang, Chicago, 1927; E. Burgess y R. McKen-Zie, La città, Milano, 1967.

no de SIMMEL<sup>62</sup>, la angustia creada de las masas de que hablaba G. LE BON<sup>63</sup>; la agorafobia (miedo de las masas) ya analizada por FREUD<sup>64</sup>, etc.

Pero la gran ciudad se constituye en el centro del nuevo interés de las ciencias sociales y es cuando menos significativo que este "nuevo" objeto sea estudiado en los Estados de los años 20 y 30 desde una perspectiva ecológica65. Un estudio que pretende describir las áreas morales en que se estructura la metrópoli66. El lenguaje utilizado para poner orden en aquello que aparece absolutamente carente de él, surge directamente de los estudios de la vida de las plantas. La situación que vive la gran ciudad es, en efecto, la de una simbiosis, esto es, la vida en común de organismos de diversa especie dentro del mismo habitat. Por medio de este modelo interpretativo se trata de dar cuenta del modo como se estructuran los ghettos, comunidades altamente homogéneas desde el punto de vista cultural, que deben vivir en una relación simbiótica con otra comunidad. La tarea del "patólogo social" es entonces la de descubrir los mecanismos y procesos mediante los cuales puede ser alcanzado o mantenido un equilibrio biológico similar. Se debe, por tanto, tener en cuenta las relaciones de dominio entre la comunidad y las singulares áreas morales y las formas mediante las cuales este dominio sufre una sustitución por parte de otra comunidad; deben estudiarse atentamente los contagios inevitables entre un área y otra, y determinarse con precisión los efectos; particular atención ha de prestarse a los conflictos que señalan aun momentos de desorganización social e individual.

La metrópoli se convierte, por tanto, en objeto privilegiado de conocimiento y, al mismo tiempo, un punto principal de estrategias de control que aquel mismo conocimiento termina por sugerir. Se pierde, irremediablemente, la centralidad del carcelario —sea como objeto de control, o, en fin, como "representación" del orden impuesto— para hacer, en cambio, del control de la o sobre la metrópoli, la forma paradigmática de la política del control social toutcourt<sup>67</sup> [a todo nivel].

La relación existente entre concentración urbana obrera e institución carcelaria, tiende a disolverse porque ya el segundo término de la relación no puede "distinguirse" del primero. Ni siquiera "idealmente". En efecto: si los nuevos procesos de concentración capitalista determinan la superación del "viejo" capitalismo de ocurrencia, este mismo movimiento económico tiende cada vez más a reprimir las esferas de relaciones sociales, consideradas antes como relativamente extrañas a la necesidad disciplinaria propia de la producción.

Para usar la terminología marxista, digamos entonces que el momento de la circulación de la mercancía —vale decir, la sociedad civil— se vuelve más integrado y dependiente de las exigencias de la producción<sup>68</sup>: esto significa que aquella parte del proceso capitalista que en los albores de la sociedad burguesa fue tan importante, esto es, la fábrica, tiende a generalizarse. La fábrica —como lugar de producción y de extracción del plusvalor viene a invadir y a penetrar toda la sociedad civil, y en primer lugar las relaciones sociales urbanas<sup>69</sup>. En este grado de socialización capitalista, el capital, por conducto del Estado, extiende el propio ámbito de la fábrica a toda la sociedad. Si de este modo la sociedad metropolitana es convertida en fábrica, entonces —manteniendo la misma metáfora— podemos afirmar que, del mismo modo, toda la sociedad urbana llegará a convertirse en cárcel.

La separación inicial de la esfera de producción de la de circulación, esto es, de la sociedad civil, que caracterizó a la sociedad burguesa en su etapa primigenia, y que, por tanto, había permitido que a la necesidad disciplinaria del momento de la producción se opusieran los derechos individuales y las libertades burguesas que dominaban en las relaciones sociales y jurídicas fuera de la fábrica<sup>70</sup>, comienzan a ser infringidas de modo que la dominación y disciplina imperantes en la fábrica absorben el reino de la libertad y de la autonomía. Las relaciones sociales no pueden aparecer ya como independientes de la necesidad del nuevo proceso productivo: la fábrica debe disciplinar toda la sociedad. Por ello las nuevas necesidades de orden se cualifican en términos de capilaridad y de extensión. El control, entonces, solo puede ser difuso, tan difuso cuanto lo sea el conjunto de las relaciones sociales. Pero esta necesidad disciplinaria "difusa" choca contra la resistencia que le oponen las formas de "creación" de la realidad metropolitana, altamente refractaria a estructurarse "naturalmente" sobre un modelo disciplinario.

Si fuera de las rejas de la fábrica el obrero no puede ser dejado libre porque aquel "gorila" debe ser controlado allá donde vive, en la gran ciudad, la metrópoli—como punta emergente del iceberg social— se convierte en el objeto principal de la apuesta, en el lugar donde se juegan los procesos de una racionalización privada de toda racionalidad. Estamos bien lejos, como se puede entender, de la hipótesis de orden social capaz, idealmente, de representarse en los términos de un sistema autorregulador, como aquella "vieja" idea de la cárcel dejaba todavía entender. El nuevo concepto de orden no puede ser otro que el metropolitano,

<sup>62</sup> G. SIMMEL, Metropoli e personalità, en AA.VV., "Città ed analisi sociologica", Padova, 1968.

<sup>63</sup> G. LE BON, Psycologie des foules, Paris, 1921.

<sup>64</sup> S. Freud, Nuova serie delle lezioni introduttive alla psicoanalisi, págs. 365 y ss.

<sup>65</sup> Véase notas 59 y 61.

<sup>66</sup> Cfr. T. Morris, op. cit.

<sup>67</sup> Sobre el punto, en términos amplios y críticos, cfr. Melossi, Oltre il "Panopticon", cit., parte II: Il controllo sociale nella metropoli, págs. 293 y ss. y bibliografía allí referida.

<sup>68</sup> Para una crítica puntual de los pasajes marxistas en la Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico e nella Questione ebraica; véase, por último a: D. Melossi, Instituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca, en "La Questione Criminale", 1976, núms. 2/3, págs. 295 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. R. Panzieri, Lotte operaie nello sviluppo capitalistico en "Lotte operaie nello sviluppo capitalistico", Torino, 1976, págs. 40 y ss.

En lo concerniente a los aspectos más directamente relacionados con la "nueva" política del control metropolitano, véase a T. PITCH, *La devianza*, Firenze, 1975, págs. 36 y ss.; M. PAVARINI, *Introduzione a... la criminologia*, Firenze, 1980, págs. 46 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Cfr. Las conclusiones de Carcere e fabbrica, cit. En sentido contrario, cfr. J. Lea, Disciplina e sviluppo capitalista, en "La Questione Criminale", 1979, núm. 2, págs. 217 y ss.

<sup>71</sup> Sobre el punto, en términos más amplios, cfr. D. MELOSSI, Oltre il "Panopticon", cit., págs. 293 y ss.

donde lo que se quiere es el orden de la metrópoli, esto es, aquel que —en cuanto puede recoger en términos desencantados las razones estructurales de aquel desorden—está en capacidad de devolver al sistema su posibilidad de conservación, así sea precaria o provisoriamente.

Y entonces la cárcel —esta institución tan lejana y ausente, tan incapaz de encontrar una razón de sobrevivir al cambio, panorama de la nueva estrategia del control social metropolitano—, ¿cómo sobrevivirá, si es que sobrevive?

Su marginalidad se hace siempre más manifiesta y esto no tanto en los términos de obsolescencia cuantitativa (la población detenida, en general no tiende a disminuír en gran número)<sup>72</sup> como en la residualidad cualitativa en el enfrentamiento de la nueva práctica del control. Los sujetos reducidos en una institución segregante representan ahora una minoría si los comparamos con el número creciente de aquellos que de algún modo son controlados "fuera de los muros"<sup>73</sup>. La elección del control en o sobre la sociedad, por medio de los aparatos mismos del sistema asistencial, aparece entonces dominante en cuanto sea naturalmente apto para responder en los términos de una potencialidad de difusiones, parecido solo a su "invisibilidad" social (o "no problematicidad"). La cárcel, por lo tanto, puede sobrevivir solo y en cuanto esté en capacidad de ofrecerse como necesaria, así sea limitadamente, sobre cuya violencia necesariamente termina por fundarse todo el sistema de control social.

En efecto, si en el análisis de las formas de malestar social criminalizadas, la nueva política de control tiende a privilegiar las medidas alternativas a la pena<sup>74</sup>; si, por consiguiente, asistimos a una "fuga de la práctica de vigilar" hacia estrategias del control de libertad; si, en fin, frente a un universo de segregación que tiende a restringirse cada vez más es dado asistir a una utilización creciente de aquellos medios de control que operan en lo social; y bien, todo esto es efectivamente posible en cuanto siempre exista la amenaza —nada hipotética— de que a quien rechaza "la miel" no le debe faltar el "garrote". Es un complicado juego de "cajas chinas"<sup>75</sup>; ve lo necesario y esconde la esencia, la "cárcel dura", la cárcel puramente aflictiva, la cárcel que debe inspirar miedo. Para quien no puede ser tratado con "guante de terciopelo", debe estar bien claro que existe todavía (¡y sobre todo ahora!) el "puño de acero".

Y esta diversa utilización del espacio carcelario se manifiesta también en la "nueva" dimensión arquitectónica. Cortado definitivamente el cordón umbilical que hacía de "aquella" cárcel una representación metafórica de todo el universo disciplinario, la dimensión arquitectónica de la nueva cárcel termina por alejarse más —y también visiblemente— de toda analogía con la organización de los nuevos espacios urbanos: es siempre más "cuerpo extraño".

Esta situación es aun fundamento de aquella política de "diversificación de la tipología arquitectónica penitenciaria, ideológicamente justificada como correspondiente a la finalidad de resocialización del detenido<sup>76</sup>.

Si la cárcel termina por sufrir una doble y contrapuesta tensión —de un lado la progresiva disolución en la práctica del control "difuso"; de otro, la acentuación de su función meramente purificadora—, la misma representación arquitectónica carcelaria tiende a desplegarse entre un "mínimo" y un "máximo" de "extraneidad" del complejo social urbano: conoceremos modelos carcelarios de "mínima seguridad" que cada vez más se confundirán con el complejo urbano, y modelos de "máxima seguridad" que no podrán sino caracterizarse por su absoluta "extraneidad" del espacio circundante<sup>77</sup>. La cárcel pierde, definitivamente, su propia fisonomía para "segmentarse" en momentos de un *continuum* disciplinar altamente estructurado: una especie de cono al revés, cuya base coincide ahora definitivamente con el conjunto de las relaciones de control metropolitano, y cuyo vértice es representado por la institución "cerrada" y "total" por excelencia: la cárcel "que debe inspirar miedo".

# E) Ghettización metropolitana y concentración carcelaria

Y hoy, en esta fase surgida a finales de los años setenta, la crisis de aquel modelo de desarrollo del cual vimos con anterioridad sus efectos en la nueva estrategia del control "difuso", ¿qué determina de nuevo?

En la política de control social se asiste a una ulterior acentuación del proceso de desinstitucionalización. Es cierto que la práctica segregativa todavía responde a las mismas razones estructurales por las cuales la práctica de tipo institucional entró en crisis con la política asistencial en el estado de *Welfare* [bienestar]; pero no se puede negar que un factor importante en la obsolescencia de dicha práctica se manifiesta hoy en los mismos términos en que se plantea la crisis fiscal del Estado: el archipiélago institucional cuesta mucho, más bien demasiado<sup>78</sup>. Se asiste entonces a una tendencia inversa a la observada en la política del control social en la segunda mitad del siglo XIX: las contradicciones sociales monopolizadas entonces por las instituciones totales aparecen hoy reenlazadas a lo social, pero con esta particularidad respecto a lo que se podía esperar hasta hace solo pocos años: no son tantos los órganos de control público que desarrollan esta política, cuanto los de intervención privada, nuevamente revitalizada, para suplir las notorias defi-

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> En cuanto concierne a la realidad penitenciaria en USA, cfr.: A. BLUMSTAIN, J. COHEN, A Theory of the Stability of Punishment, en "Journal of Criminal Law and Criminology", 1973, núm. 64, págs. 64 y ss.; I. JANOVIC, Labor Marker and Imprisonment, en "Crime and Social Justice", 1977, núm. 8.

En cuanto concierne a la realidad italiana, cfr.: D. MELOSSI, Statistiche della "criminalità" e carcerarie in Italia, en "Inchiesta", 1976, págs. 21 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. obras citadas en la nota 3.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Para una definición crítica de "medidas alternativas" en la política penal y penitenciaria italiana, cfr. por todos: *Sulle misure c. d. alternative*, en "Il carcere «riformato»", al cuidado de F. Bricola, Bologna, 1977, págs. 15 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. S. Cohen, Uno scenario per il sistema carcerario futuro, en F. Basaglia, F. Basaglia Ongaro, Crimini di pace, Torino, pág. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Véase a G. Canella, op. cit., págs. 667 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Cfr. N. Johnston, op. cit., págs. 41 y ss.

<sup>78</sup> Cfr. E. Scull, op. cit.

ciencias de las agencias estatales<sup>79</sup>. En primer lugar la familia, la beneficencia y la asistencia privada, y, por último, el espíritu emprendedor.

Este proceso de traslado de la práctica de vigilancia, como regla, es interpretado, en términos ideológicos, como un triunfo de la hipótesis rehabilitativa<sup>80</sup>. En general, esta argumentación justificativa parece fundarse más en términos negativos, sobre la crítica anti-institucional que, en términos positivos, sobre la demostración de la superioridad con fines reeducativos del control no institucional. El triunfo del movimiento anti-institucional, tanto a nivel de la opinión pública como a nivel de los aparatos oficiales de control, es un fenómeno que caracteriza estos últimos años: significativamente esto se aviene, en casi todos los países industrializados del área occidental, con tiempos y modalidades a veces específicos, y se presenta, al menos en su fase inicial, con los atributos del reformismo progresista cuando directamente no se tiñe con rasgos de radicalidad<sup>81</sup>. Este movimiento, surgido, a fines de los años cincuenta, de grupos minoritarios de trabajadores siquiátricos, se difundió después de un decenio como crítica anti-institucional en el sector más general de la política del control social. Se funda sobre algunos presupuestos cualificantes, por ejemplo, el fracaso de la práctica segregativa<sup>82</sup>.

Si las instituciones siquiátricas se justifican por su trabajo terapéutico, y las carcelarias por su finalidad resocializadora, se demuestra que la primera no sana y que la segunda no reeduca. En segundo lugar, es evidente la naturaleza estigmatizadora y/o productora de desviación de la institución total<sup>83</sup>.

En sus propuestas el movimiento anti-institucional se definió, si bien con diversidad de acentos, por una hipótesis terapéutica en comunidad<sup>84</sup> y la justifica sobre la base de algunas proposiciones: una mayor tolerancia de la comunidad en el enfrentamiento de los fenómenos de desviación; una nueva sensibilidad de los apara-

tos institucionales de control respecto de los derechos sociales y terapéuticos del asistido (sea criminal o enfermo mental); el carácter humanitario de una práctica anti-institucional; la segura eficacia a los fines de la recuperación y del control social del tratamiento en comunidad.

Una extraña complicidad parece, por tanto, estar determinada entre las exigencias de racionalización, que de cualquier modo presionaban hacia una gestión no institucional y custodialista, y el movimiento progresista que, en su crítica radical a la política segregativa, legitimaba aquellas exigencias.

Pero —y en esto consiste el meollo del asunto— la práctica de un control social en comunidad no es de por sí muestra de un contenido política y socialmente apreciable. Es una simple expresión que a veces —y me refiero a ciertas experiencias de los últimos años— sirve para ocultar una realidad que bien poco tiene que ver con las exigencias resocializadoras. En efecto, la finalidad terapéutica del control social en comunidad, se ha atrofiado cada vez más a medida que surgieron las dificultades financieras, para reducirse, en última instancia, a los aparatos justificativos de una actividad de tipo policíaco<sup>85</sup>.

Exagerando —a fin de representar mejor la línea tendencial—, se puede afirmar que la nueva práctica de control tiende a privilegiar una forma atípica de segregación territorial, en particular por medio de los grandes ghettos metropolitanos donde vienen a parar aquellos sujetos marginados en tiempos institucionalizados; pequeños criminales, drogadictos, alcohólicos, enfermos mentales, etc.86. Una población cuanto más heterogénea, agrupada en torno de la indigencia económica y de la experimentada posiblidad de integrarse. De hecho, en términos positivos, siempre se hace menos por ellos (instrucción educativa, asistencia médica, etc.), en tanto que se acentúan cada vez más los sistemas de control policivo con el propósito de crear una especie de cordón sanitario entre la ciudad limpia y la ciudad sucia. En efecto, frente a una progresiva restricción de las inversiones sociales de tipo asistencial se dispone un incremento proporcional de los gastos, para aumentar los organismos de policía<sup>87</sup>. Y así, la aparente tranquilidad de nuestras ciudades envuelve contínuamente amenaza: incidentes, como un blackout [apagón] de algunas horas, permiten que la violencia comprimida en el ghetto de la ciudad "negra" se vierta por las calles de la ciudad "blanca".

Simultáneamente a la aplicación de una política criminal que tiende a ampliar la política del "orden en la calle" con prácticas policivas difundidas sobre el territorio, la institución carcelaria sufre un posterior proceso de transformación, una nueva inversión funcional de su finalidad política de control social.

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Cfr. M. Pavarini, "Concentrazione" "difusione" del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia de controllo sociale in Italia, apéndice a G. Rusche y O. Kirchheimer, Pena e struttura sociale, cit., págs. 340 y ss.

<sup>8!</sup> Cfr. en cuanto se refiere al sector de la desinstitucionalización siquiátrica, la nota 50. Véase también a G. Jervis, Manuale critico di psichiatria, Milano, 1976; ídem, Il buon reiducatore, Milano, 1977. En cuanto se refiere al sector penitenciario cfr. T. Mathiesen, The Politics of Abolition: Assays in Political Action Theory, Oslo, 1974.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Para una reseña razonada de las últimas posiciones surgidas en la doctrina alemana sobre el tema de la crisis de la función reeducadora de la pena, cfr. F. Muñoz Conde, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en "Cuadernos de Política Criminal", 1979, núm. 7, págs. 91 y ss.

Sobre la doctrina penal italiana, véase, por último, A. Dolcini, La commisurazione della pena, Milano, 1980.

Acerca de las reflexiones penales norteamericanas, véase las posiciones explicativas del American Friends Service Commitee, Struggle for Justice. A Report on Crimen and Punishment in America, New York, 1970.

<sup>83</sup> Son estas últimas las posiciones teóricas que hacen referencia al labelling approach, de BEKER a LEMERT, de GOFFMAN a MATZA.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Cfr. nota 3. Véase también a C. R. Doge, A notion without Prisons, Toronto-London, 1975; a D. Briggs, On place of prison, London, 1975, y a D. F. Greemberg, Corrections and Punishment, London, 1977.

<sup>85</sup> Cfr. Scull, op. cit.

<sup>86</sup> Ibídem. Sobre el punto también MELOSSI, Oltre il "Panopticon", cit., págs. 321 y ss.

<sup>87</sup> Cfr. P. TAKAGI, A. M. PLATT, Behind the Golden Ghetto: a Analysis of Race, Class and Crime in Chinatown, en "Crime and Social Justice", 1978, núm. 9, págs. 2 y ss.

<sup>88</sup> Sobre este punto, en el sentido de una distinción entre "política criminal", "política penal" y "política del orden público", véase por todos a F. BRICOLA, Política criminale e política penale dell'ordine pubblico, en "La Questione Criminale", 1975, num. 2, págs. 221 y ss.

En efecto, en cuanto ya no es más el principal instrumento de control, la cárcel ve reducida la población directamente sujeta a su poder, pero, al mismo tiempo, como único instrumento "terrorístico", tiende a sobrevivir como única respuesta a las formas de desviación que socialmente se han interpretado como políticas y/o para aquellos sujetos respecto de los cuales la experiencia ha resultado ser el completo fracaso de un control social de tipo no institucional. Asistimos así a la reafirmación de la esencialidad de la cárcel en la práctica contemporánea del control social, a la vez que tomamos definitivamente conciencia de la finalidad de la utopía reeducativa y resocializante de la pena privativa de la libertad. La cárcel moderna, el nuevo penitenciario, aparece inequívocamente orientada a sobrevivir únicamente como cárcel segura, como cárcel de vigilancia, como cárcel de máxima seguridad para el universo de internados, siempre con más contenido propio, en el momento en que el control social se provecta al exterior de sus muros, hacia un universo social más dilatado89. A esta altura debemos reconocer que están dadas las condiciones necesarias para una fundamental inversión funcional de la pena detentiva: la cárcel, al contrario de la pena que aniquila, ha perdido aun idealmente la función a la que había estado destinada, alejada de la función de máquina de disciplina, porque ahora la disciplina está en otra parte, deviene heredera de aquello que había negado. La pena desvinculada de su relación con el fin, la pena que no debe "transformar"90. Y por este aspecto son suficientes las reflexiones sobre el significado de la invención arquitectónica de la "cárcel segura".

Es el arquitecto HOPKINS a quien se debe el primer modelo de "cárcel a palo telefónico" omo respuesta a la demanda política de cárceles más seguras. Exigencias distintas y en parte antagónicas de aquellas que inspiraron la invención benthamiana; no tanto el esquema de la ciudad apestada de fines del siglo XVII, cuanto el lazareto del renacimiento; no tanto la necesidad de control como de seguridad; no más la vigilancia panóptica cuanto la extrema defensa del contagio. En Handbook for Correctional Design and Construction92 publicado bajo el cuidado de la Federal Bureau of Prisons, se presentó un proyecto ideal de institución penitenciaria de máxima seguridad comparándola con la vieja cárcel de Alcatráz, considerada por aquellos tiempos como la más segura. En Alcatráz, el bloque central tenía tres filas de celdas internas, todas en el mismo edificio y todas en galerías comunes. Los defectos son evidentes: falta de separación y difícil control, especialmente en casos de revuelta. En el proyecto para la nueva prisión de "superseguridad" los bloques celulares puden ser aislados del resto de los demás edificios; todos los bloques de celdas están iluminados; las galerías de vigilancia están sobre los corredores de los bloques de celdas. La idea es relativamente simple; la estructura arquitectónica de la cárcel debe permitir su fácil "militarización"; debe ser un espacio inmediatamente transformable en una trinchera segura contra las acciones de los revoltosos.

Esta exigencia primaria, si se cumple, determinará, por consiguiente, la nueva vida institucional, la nueva ejecución: los reflejos políticos del nuevo lenguaje espacial son inmediatos. Es la destrucción preventiva, no necesariamente cruenta, de toda resistencia-conciencia política de los detenidos. En este sentido se puede afirmar que la institución especial y segura no necesita de ninguna retórica justificativa: su finalidad institucional coincide perfectamente con la dimensión de su obra: convertir en "no problemático", a cualquier precio, el universo de la marginalidad criminal<sup>93</sup>.

Para entender mejor, la nueva cárcel no innova la realidad de la institución sino que termina por afirmar —ahora sin pudor— la que ha sido de tiempo atrás, su función objetiva. Por esta razón es preciso insistir en que la especificidad de la cárcel no puede buscarse hoy en su interior. Ciertamente, a la atrofia de la cárcel en la política del control social —fenómeno ya antiguo— no la acompaña en el tiempo una análoga obsolescencia de su justificación ideológica. La tradicional ideología legitimante de la pena, la reeducación, la reinserción, sobrevive de tiempo atrás, cual fantasma, en forma análoga al mito de la expansión ilimitada de la producción y de la plena ocupación que se perpetúa mucho más allá de la desaparición definitiva del capital concurrente. En todo caso, sería superficial un análisis que solo se limitase a relevar esta crisis de legitimación de la pena privativa de la libertad, porque a esta ausencia de retórica justificativa se enfrenta la absorción de la nueva cárcel en un cambio de estrategia del control social, en un dispositivo político, esto es, que encuentra en todo lugar su propio y necesario momento de legitimación<sup>94</sup>.

Para interpretar correctamente las estadísticas carcelarias de estos últimos años en los países en donde es notable un cambio como el descrito<sup>95</sup>, surge el corolario según el cual la nueva cárcel —esto es, la cárcel de máxima seguridad— debería ser, si no la exclusiva, por lo menos sí la principal forma de cárcel del futuro próximo<sup>96</sup>. Pero lo esencial es preguntarse quiénes serán los internos en las cárceles seguras; mejor: ¿por qué la cárcel de máxima seguridad? Una vez más la respuesta se encuentra lejos de la cárcel, en los sujetos del nuevo conflicto metropolitano. Estos son los detenidos señalados como problemáticos: su fe política, la eventual participación en las revueltas carcelarias; con frecuencia la obstinación con que reivindican la naturaleza política de su desviación, da lugar a un universo no manejable de otro modo. Y ello porque su diversidad se ha transformado —por razones objetivas— en el estado social de los no garantizados: ellos son la punta emergente del *iceberg* de una población creciente de marginados, de excluídos de la dinámica del mercado del trabajo.

<sup>89</sup> Cfr. M. PAVARINI, "Concentrazione" e "diffusione", etc., op. cit.

<sup>90</sup> Ibídem, y bibliografía allí referida.

<sup>91</sup> A. HOPKINS, Prisons and prisons building, New York, 1930.

<sup>92</sup> F.B.P., Handbook of Correctional design and construction, Kansas, 1949, pág. 72.

<sup>93</sup> Abundan los ensayos de carácter sociológico y sicológico sobre los efectos del aislamiento prolongado en el tiempo, en una institución de máxima seguridad. Véase entre los muchos trabajos a G. M. Sykes, The Society of captives. A study of maximum security prison, New Jersey, 1971; S. Cohen y L. Taylor, Psycological Survival. The experience of Long-Term imprisonment, London, 1972.

<sup>94</sup> Cfr. PAVARINI, "Concentrazione", e "diffusione", etc., op. cit.

<sup>95</sup> Cfr. nota 93. También sobre el tema, véase a R. M. J. Kinsey, Risocializzacione e controllo nelle carceri inglesi, en "La Questione Criminale", 1976, págs. 571 y ss.; y a S. Cohen, Human Wahrehouses: The future of our prisons? en "New Society", 1974, págs. 532 y ss.

<sup>%</sup> Así Bricola en "Il carcere «riformato»", op. cit., pág. 4.

4. LOS TÉRMINOS DE LA APUESTA. CUÁLES ESPACIOS PARA UNA "DIVERSA" PROYECCIÓN ARQUITECTÓNICA DEL PANÓPTICO

Las tesis anteriormente expuestas, aunque sintéticas, son, no obstante, suficientes para trazar un perfil general de la tendencia objetiva que históricamente ha determinado y aún condicionan políticamente las relaciones entre práctica institucional y control social, con especial referencia a la cuestión de disciplina impuesta en el espacio urbano.

Queriendo retomar aquí estas tendencias, podemos resumir:

- a) La crisis de la elección institucional en el enfrentamiento de los problemas de malestar social responde a un cambio objetivo y por tanto irreversible en la política del control social. La ilusión de hacer revivir y, por tanto, de reexaminar aquellas experiencias en una perspectiva ideológicamente atrayente como puede ser la de la función resocializadora de la pena, está destinada al fracaso, sin considerar que la teoría de la prevención especial encuentra dificultades en la legitimación de una situación cultural deshomogénea y conflictual como ciertamente es la presente.
- b) El proceso de desinstitucionalización-difusión-territorialización del control se ofrece, en los términos especulativos subrayados en el aparte a), con los mismos caracteres de objetividad. Si esta tendencia responde por tanto a precisas condiciones materiales, no nos parece realmente posible contraponerse en el sentido de orientar la acción política en una dirección que no acepta el nivel en que se dan dichas transformaciones.

Queremos precisar con esto que también una acción política antagónica a la tendencia hoy dominante en la política de control social, no puede dejar de aceptar el "desafio" lanzado por las tendencias disciplinarias emergentes. A nuestro juicio, el problema es diferente: consiste en volver, en un sentido favorable, a las instancias de democratización y de participación de estas tendencias en acción. Queremos con esto afirmar que el uso del "territorio" es hoy una elección privilegiada de la "nueva" política de control social; que esta elección puede ir hacia el resultado, incierto pero posible, de un control difuso en cuanto total, o bien, hacia una hipótesis de "democratización" del mismo, lo cual no es de ningún modo un resultado apriorísticamente descontado en el momento actual, al menos en Italia. Estos son los resultados extremos de una partida que está todavía por jugarse.

La cuestión de fondo no debía ser entonces si esta "partida" debe o no jugarse, sino ¿a qué estrategia recurrir para ganarla?

c) Las necesidades de máxima seguridad no son "inmediatamente" eliminables. Negarlas voluntariamente no solo es un comportamiento ingenuo, sino políticamente peligroso: quiero decir, permitir que esta instancia invada, en ausencia de algún límite, toda la cuestión del control social. A nuestro modo de ver, la posición políticamente más viable es, por el contrario, reconocer las razones que determinan esta necesidad de seguridad a fin de delimitar con precisión los espacios en que esta pueda satisfacerse.

Si tal es el escenario general en el que, en el presente o en el futuro próximo, realmente es posible actuar, también para la proyección arquitectónica de los espacios

carcelarios el estado de "insatisfacción" que se señalaba al inicio de este ensayo, debería resolverse tomando conciencia de aquello que no es posible siquiera "soñar" y de aquello que, además de posible, es deseable realizar.

Dejadas definitivamente de lado las ilusiones de realizar un espacio de concentración pedagógicamente estructurado, la atención en la proyección arquitectónica debe volverse hacia objetivos que estén en posibilidad de colocarse al nivel en que hoy se dan los problemas del control social, y debe estar también en posibilidad de manifestarse en los términos cualitativos que impone la solución de aquellos problemas.

También para quienes están llamados institucionalmente a proyectar nuevos espacios carcelarios, el objetivo final no puede ser otro que la superación definitiva de la respuesta segregativa en los fenómenos de desviación criminal. Compartir un proyecto "abolicionista" no implica negarse intransigentemente en el presente como arquitecto penitenciario, sino, antes bien, dirigir oportunamente el esfuerzo de proyectar hacia el éxito querido de reducir progresivamente la centralidad de la respuesta institucional; de favorecer, por tanto, el proceso de delegar los problemas del control de la cárcel a la sociedad.

En efecto, cuando se trata de una práctica abolicionista no se puede postular la existencia y la disponibilidad funcional de otros sujetos que deberían subrogar al sujeto institucional, o mejor, deberían apropiarse la tarea de promover el reintegro de quien está separado de la institución total. No parece dudoso que este sujeto sea la comunidad. Si este ulterior paso —de la institución segregativa a la sociedad— no debiera realizarse en el sentido de una apropiación de las instancias de control en una práctica de participación democrática, aquella exigencia custodialista y disciplinaria satisfecha de la institución total terminarán inevitablemente para proponerse de nuevo, bajo diversos disfraces, también al exterior de los muros de la institución, mediante la capilarización de un control difuso y aún más "total", como tuvimos oportunidad de ver en el punto e), del parágrafo precedente. En otras palabras, el proceso de desinstitucionalización carcelaria se podrá realizar plenamente solo en cuanto sea posible efectuar la transferencia completa de la instancia del control sobre/en lo social, y es obvio que en este delicado y central momento se encuentran las mayores dificultades y resistencias. También, si no sobre todo, la arquitectura espera obtener una participación positiva en esta delicada fase de "liberación institucional". Si este es el fin, se pueden indicar ya los objetivos intermedios.

El objetivo principal para una intervención arquitectónica en el sentido antes explicado no puede ser otro —en la situación presente— que el de la ya dicha mínima seguridad. Se trata, entonces, de acentuar ulteriormente el proceso de diversificación institucional a fin de individualizar un espacio, el más amplio posible, de ejecución penal en un régimen de seguridad atenuada. Solo dentro de dichos límites es en efecto posible ya, desde ahora, hacer avanzar las tendencias hacia una ulterior territorialización desinstitucionalizada de la práctica del control. Se hace implícita referencia a algunas instituciones normativamente disciplinadas como la semilibertad, el trabajo externo y la semidetención. Estas medidas alternativas, sustitutivas

de la detención, se orientan ya inequívocamente hacia el "externo" pero manteniendo elementos de residualidad institucional; es extremadamente importante definir espacios arquitectónicos autónomos para la ejecución de estas medidas, en el sentido de una proyección que esté en posibilidad de cortar definitivamente el cordón umbilical que lo une a la institución total, para resolverse en el espacio urbano en aquellas formas que puedan favorecer el proceso de delegación de la instancia del control.

En comparación con la exigencia política de instituciones de máxima seguridad, es evidente que las posibilidades de autonomía en la proyección se restringen drásticamente. También pensamos que en este caso no es útil renunciar apriorísticamente a toda posibilidad de intervención. A sabiendas de que en el inmediato futuro no es posible pensar en renunciar a instituciones superseguras, nos parece oportuno afirmar que el compromiso en la proyección de edificios carcelarios de máxima seguridad debe estar subordinado a unas garantías legislativas que por lo menos definan anticipadamente los alcances del mismo. Y es por esta razón por la que sinceramente consideramos como negativa una hipótesis surgida recientemente de estructuras penitenciarias "estandarizadas" arquitectónicamente, que puedan "convertirse", de acuerdo con las necesidades, en institutos de máxima seguridad (como puede leerse en los nuevos proyectos carcelarios de distrito, donde la elección de una estructura de tipo celular da lugar a la sospecha legítima de un siempre posible empeño de aislamiento como modalidad de ejecución en situaciones definitivas de "emergencia"). En el mismo sentido, nos parece arriesgado aceptar acríticamente una "dispersión" de los sistemas de máxima seguridad en una pluralidad de cárceles con el objeto de obviar las dificultades de gobierno de unas pocas supercárceles. Contaminar, en efecto, cada cárcel con las "razones de seguridad" por medio de la individualización arquitectónica de "brazos" y "secciones" de máxima seguridad, no permite "controlar" después el "difundirse" de una ejecución improvisada solo por razones de seguridad; mejor, entonces, pocas cárceles superseguras pero que siempre se pueda determinar con precisión el ámbito —sea cuantitativo o cualitativo de su intervención. Una vez que sea posible determinar esto, entonces se trata de individualizar áreas geográficas particulares y de proyectar estructuras especiales en que las necesidades de seguridad no se traduzcan en una enfatización de la modalidad aflictiva\*

Podemos definir esta última como elección "garantista". A sabiendas de que el lenguaje arquitectónico es fundamentalmente un lenguaje político y de que, específicamente, una determinada organización de los espacios carcelarios solo puede sugerir otra específica modalidad de ejecución penal, se trata de empeñarse por una elección que esté en condiciones de satisfacer las exigencias de "máxima seguridad", sin reducir las supervivencias institucionales por debajo de aquel nivel que es necesario trazar sobre el fundamento de los derechos constitucionalmente garantizados de quien está legalmente privado de la libertad personal.

# PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA PENAL\*

(PARTE PRIMERA)

La Comisión Asesora para la Reforma de la Administración de Justicia Penal. nombrada por el gobierno nacional mediante el decreto 3015 del 27 de octubre pasado, presenta a usted las conclusiones a que llegó luego de analizar los trabajos promovidos tanto por usted como por sus antecesores, especialmente los estudios realizados por el Instituto SER de Investigaciones y luego de un período de deliberaciones relativamente corto, con el fin de que estas ideas se sometan a la consideración del gremio de abogados, tanto litigantes como jueces y al país en general para auscultar su opinión a través de la encuesta que se diseña a propósito. Partimos del principio de que la necesidad sentida por toda la sociedad colombiana y la voluntad del gobierno nacional es la de tener una administración de justicia digna, eficaz y oportuna, que despojada del ánimo vindicatorio, se convierta en instrumento de orden y paz sociales. Entendemos que, como lo anota el Instituto SER en el documento "Alternativa para la descongestión de la Justicia Penal", de febrero de 1980, "la política criminal de nuestro país se ha venido desarrollando no en un proceso de transformación institucional, sino de adición numérica" y que, de acuerdo con el ilustre criminólogo López-Rey en su Manifiesto Criminológico. "el remedio no consiste en aumentar el número de jueces, lo cual ya se ha hecho sin los resultados esperados, sino elaborar nuevos sistemas penales". Verdad esta elemental, que Colombia ha experimentado con el consiguiente sentimiento de frustración, después de cada reforma.

Hemos sentado entonces, como punto de partida, los siguientes propósitos y principios que han de inspirar toda la reforma:

# 1. Dignificación de la administración de justicia

La calidad de los jueces, la presentación de los despachos judiciales, son solo algunos de los aspectos que confluyen a obtener de la ciudadanía el respeto y la

<sup>\*</sup> Nota. El subrayado es del traductor.

<sup>\*</sup> Insertamos aquí el informe que con fecha diciembre 15 de 1983, envió al Dr. Rodrigo Lara Bonilla, ministro de Justicia, la Comisión Asesora integrada por los doctores Miguel Sánchez M., Jaime Bernal C., Antonio Cancino M., Jaime Giraldo A., Lucía Tarazona de N., Álvaro Pérez P., Abelardo Rivera Ll. y Carlos Fernando Osorio.

confianza que la actividad de juzgar merece. Algunas de las medidas que se proponen tienden también a imprimir a las actuaciones procesales la seriedad y la firmeza que garanticen el acatamiento de la comunidad, sin desconocer el valor que tiene para ella la solemnidad de que se revistan los ritos procesales.

# 2. Capacidad de la justicia para disponer de sus propios recursos

Siendo lo deseable que la justicia administrara sus recursos económicos, resulta indispensable por lo menos garantizarle el manejo de sus propios recursos humanos que le permitan desempeñar eficientemente sus funciones, para administrar el personal técnico necesario para el adelantamiento de las investigaciones y para exigir la actuación de la policía en apovo a su gestión.

# 3. La igualdad procesal

Este principio, rector de todo ordenamiento procesal, no debe entenderse simplemente como una igualdad de posibilidades de hacer valer los derechos, sino de una efectiva protección a los mismos por parte del Estado en el desarrollo del proceso, tanto al sindicado, a quien ha de brindársele todas las garantías propias del debido proceso, como al perjudicado con la infracción, que ha de disponer de los medios necesarios para obtener el resarcimiento de los daños recibidos. El derecho de defensa debe ser garantizado plenamente mediante los mecanismos que lo hagan efectivo para aquellas personas que no disponen de medios económicos y que han de soportar por una parte la poderosa acción del Estado y en ocasiones el embate de una verdadera acusación particular a cargo de profesionales pagados por la víctima. Pero si la realidad indica y exige esta necesidad de proteger a los sindicados pobres, también nos indica cómo las víctimas de un delito o sus familiares muchas veces quedan en el más absoluto desamparo porque la actividad procesal no se cumple con el mismo dinamismo cuando del resarcimiento de perjuicios se trata, y los juicios terminan generalment con una condena en abstracto. Por esto han de buscarse los mecanismos necesarios para lograr que todo aquel que se vincule a un proceso en condición de acusado o de víctima, obtenga iguales garantías cualesquiera sean sus condiciones sociales, religiosas o políticas.

# 4. Celeridad en los trámites procesales

La economía procesal tampoco es un postulado carente de contenido práctico. Es preciso adelantar el proceso dentro de los límites racionales de tiempo que permitan a la ciudadanía y a los involucrados conocer pronto el resultado, sin detrimento de las garantías procesales. Pero ello no se logra con una simple reducción de términos o con pretermisión de ciertos pasos procesales, sino concibiendo un procedimiento ágil, adecuado a la velocidad que la vida moderna imprime a toda actividad y utilizando los elementos técnicos propios de esta época, que sustituyan el lento ritual que desde hace siglos viene caracterizando a nuestra justicia. La facilidad

de las comunicaciones, el empleo adecuado de las computadoras y la distribución racional del trabajo, cumplirán sin duda este propósito de celeridad.

Inspirados en estos principios, los miembros de la Comisión nos permitimos formular tres clases de propuestas en sendos capítulos, así:

- a) Empresa de la justicia. El país debe ya, y definitivamente, superar el viejo concepto de juzgado como un dueto integrado por juez y secretario con una máquina de escribir como único elemento de trabajo. El juzgado es toda una empresa con una estructura administrativa, unos métodos de trabajo y un equipo de personas expertas proveyendo al juez de todos los elementos necesarios para edificar un proceso y tomar una decisión justa, en un tiempo racionalmente breve. No solo el número de los procesos que diariamente se inician, sino la complejidad con que el delito se presenta hoy día y los ingentes recursos con los que la delincuencia cuenta para sus torvos propósitos, así como la internacionalización del crimen, exigen sistemas de trabajo y organización modernos, tanto como una infraestructura que permita dar la respuesta adecuada a esos fenómenos.
- b) Consideraciones criminológicas. En concordancia con todo lo anterior, la Comisión ha consignado algunas opiniones de tipo criminológico que siguen corrientes modernas, según las cuales la única respuesta posible al delito no es el encarcelamiento. No es necesario un mayor esfuerzo para darnos cuenta de cómo las penas privativas de la libertad están muy lejos de cumplir la supuesta función resocializadora y cómo en muchas partes se han ensayado ya sustitutivos a las mismas. El encarcelamiento en cierta forma debería ser una medida extrema, cuando hava fallado otro tipo de reacciones al delito. Como algunas de las soluciones a la ineficacia de la justicia en Colombia se proponen, de acuerdo con los anteriores planteamientos, fundamentalmente estas: la descriminalización de muchas conductas y la despenalización de otras. Por una parte se trata de borrar del catálogo de los delitos muchos tipos que hoy carecen de relevancia social o política, o que son francamente tolerados por la sociedad sin desmedro de los principios básicos que la orientan. Y de otro lado se trata de escoger algunas conductas punibles para darles un tratamiento distinto en manos de autoridades de otra índole, que actúan más en el plano de la prevención y de la educación que en el de la represión.

En este mismo orden de ideas es preciso aumentar los delitos que requieren querella de parte, reconociendo el hecho cierto de que buen número de conductas afectan exclusivamente el ámbito individual sin mayores proyecciones nocivas para la sociedad, y que en ellas prevalece la necesidad del resarcimiento sobre la de la sanción. Por ello también se ha de ampliar el ámbito de las sanciones pecuniarias, de la oblación y de otras figuras que permiten conseguir los fines propios del proceso sin que este se adelante hasta agotar todos los trámites.

c) Reformas procesales. En el campo del procedimiento penal propiamente dicho, la Comisión ha sentado en forma general una serie de enunciados que posteriormente han de ser concretados en normas y que hacen referencia principalmente a:

- 1. Jurisdiccionalización de todo el proceso, incluyendo las diligencias preliminares, para que la policía judicial actúe siempre, bajo la dirección del juez o funcionario investigador.
- 2. Separación de la etapa instructora de la del juicio, para que sean dos funcionarios distintos quienes instruyan y fallen.
- 3. Iniciación del sumario únicamente cuando se tenga la certeza de que se ha violado la ley penal y de la identidad del infractor.
- 4. Desarrollo de la actividad probatoria a todo lo largo del proceso, incluyendo la segunda instancia en algunas circunstancias.
- 5. Adopción de procedimientos especiales para ciertos casos, atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho, a la imputabilidad y a la posición del acusado ante los cargos (confesión).
- 6. Modificación del sistema de notificaciones, nulidades y recursos, para que, conservando todas las garantías procesales, se atienda a las necesidades concretas del proceso antes que a ficciones legales necesarias en otras épocas. Es preciso que las personas que defienden un interés jurídico dentro del proceso tengan una participación más activa y consciente en el mismo, haciendo operante el principio de la lealtad procesal.
- 7. Reducción de la captura para indagatoria y extensión del beneficio de excarcelación, racionalizándolo, así como de los subrogados penales con medidas eficaces de control.

Finalmente, la Comisión es consciente de que las modificaciones a la estructura de la administración de justicia, como al procedimiento y la adopción de otras medidas, en sí no tienen capacidad de mejorar la situación de la justicia colombiana, mientras, como usted lo ha planteado muchas veces, no vayan acompañadas de una reforma sustancial en el ejercicio de la profesión de abogado, en los sistemas de selección y promoción de jueces y en la capacitación de los mismos. Pero sin duda la modernización de las oficinas judiciales, la depuración del proceso de trámites inútiles y la garantía plena del derecho de defensa y del resarcimiento del daño, así como la "despenitenciarización" de la sanción, tendrán efectos positivos en orden a recuperar para la justicia el acatamiento y el respeto que la comunidad le debe.

# MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA

(La empresa de la justicia)

La reforma integral de la justicia penal que se propone, articulada sobre los tres ejes fundamentales: el procesal, el orgánico y el normativo, relacionado este con la despenalización de algunas conductas ilícitas, supone, necesariamente, la creación de un Sistema Nacional de Justicia, que debe contar con los recursos humanos y técnicos acordes con los nuevos criterios que se busca implantar.

Paralela a la reforma procesal y como su lógica e imprescindible consecuencia, encaminada a la superación de la crisis funcional de la justicia, se encuentra la modernización estructural de la rama jurisdiccional, concretamente mediante

la implantación de métodos y sistemas de trabajo, que deben tener como objetivo básico lograr el difícil equilibrio entre dos exigencias contrapuestas: de un lado, la eficacia, rapidez y economía del procedimiento, y de otro, la total garantía de los derechos y libertades individuales. Es decir, en definitiva el logro de un proceso "justo".

Pero, para que todo lo anterior pueda concretarse, es indispensable que la idea básica rectora de toda política metodológica y sistemática en el campo judicial, sea la de desarrollar el concepto de la empresa de la justicia, que no existe ni ha existido en Colombia, pues uno de los lastres que gravitan sobre nuestra administración de justicia es la escasísima funcionalidad de los despachos judiciales, cuyo rendimiento no puede asimilarse, ni de lejos, al obtenido en otros sectores del servicio público.

Es cierto, sin embargo, que la función jurisdiccional, tanto por los esquemas procedimentales a través de los cuales se desenvuelve, como de los derechos trascendentales del individuo, sobre los que incide de manera directa, exige un cuidadoso tratamiento individualizador, que parece escasamente compatible con la productividad burocrática.

Pero también lo es que no toda la actuación procesal recae de modo inmediato sobre la esfera propiamente jurisdiccional, puesto que los procedimientos en uso en Colombia acumulan una serie de trámites y actuaciones de matiz eminentemente formal, no siempre esenciales a las garantías del procedimiento, y que pueden entorpecer su ágil desenvolvimiento.

Un enfoque rigorista de esta materia habrá de partir del respeto a los dos grandes principios que deben cumplirse no solo en los procedimientos judiciales sino en la misma organización de la justicia:

De una parte la necesidad de un tratamiento individualizado de los procesos, a fin de que alcancen a plasmarse en los autos con la mayor justeza y exactitud posible los hechos alegados por las partes y las pruebas que acrediten su certeza, y, de la otra, la exigencia de un trato equitativo que garantice al máximo las posibilidades de defensa de las partes a través de un sistema de contradicción.

# I. ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA

Ante la crisis de la justicia colombiana, conviene reflexionar sobre su carácter cuantitativo —la dimensión del aparato es insuficiente para enfrentar el delito—, lo cual genera la congestión de procesos en la justicia penal; pero también sobre su carácter cualitativo, puesto que requiere modificaciones de calidad en cuanto se refiere a adaptación a las nuevas realidades de aglomeración urbana, a la delincuencia grave y organizada que surge de los grandes desequilibrios del sistema políticosocial, así como a las nuevas formas de delincuencia técnica.

Con frecuencia la respuesta a la crisis ha consistido en aumentar juzgados, crear jueces y magistrados auxiliares, o ya afectar una parte del proceso. La estructura de la justicia sigue siendo básicamente la misma, centrada en un concepto artesanal de su unidad básica. Decimos artesanal, porque carece de especialización de

funciones, tanto en la concepción jerárquica de los elementos que componen la justicia, como en la concepción personal del despacho, en los métodos de trabajo y la precariedad de los recursos, conservando mucho de lo que caracterizó el surgimiento de nuestro sistema de justicia dentro de una sociedad agraria, de baja densidad de población, menores tensiones sociales, y una cultura más integradora que la actual.

La reforma de la justicia penal debe partir, entonces, del diseño de una nueva estructura moderna, que cuidadosamente madure la creación del Sistema Nacional de Justicia, como un conglomerado, con un fin común, en el cual se diseñen los elementos a través de criterios de racionalidad burocrática, en función de los valores o principios señalados por las normas jurídicas.

El sistema debe contemplar la división del trabajo y la especialización entre los niveles de la jerarquía dentro de las unidades básicas de ejecución de la justicia. Debe clarificar el surgimiento del "cerebro" que genere las innovaciones en la organización y diseño de las políticas de justicia por una vía democrática, pero que sea capaz de promover el proceso de cambios y evaluarlo. Luego, debe desarrollar una concepción que dote de autonomía administrativa y presupuestal a la rama jurisdiccional. Debe claramente establecer unidades básicas de ejecución de la justicia penal de cubrimiento territorial, con modelos diferentes para las áreas metropolitanas o "conurbanizaciones" y para los poblados y zonas rurales, y las unidades de control o fiscalización del proceso.

En principio, asuntos debatidos en la Comisión en materia de procedimiento, como la despenalización de algunas conductas, las oficinas de indagación preliminar, separación del juez de instrucción y el de conocimiento, la organización jurisdiccional-administrativa para el cumplimiento de la pena, son muestras del diseño de especialización y división de funciones que requieren irse articulando en un sistema moderno. Este sistema debería incluír la revisión orgánica del Ministerio de Justicia, la Procuraduría General de la Nación, y la consideración de los recursos, incluyendo el diagnóstico y fijación de políticas de personal calificado para la justicia.

El Sistema Nacional de Justicia Penal, por lo tanto, ha de ser un diseño que contemple los acuerdos políticos que le den continuidad, así como las etapas y recursos para su aplicación a mediano y largo plazo, de modo que constituya, a su vez, el deber ser o meta que debe alcanzar la justicia colombiana.

No es posible pensar en la racionalización burocrática de la justicia, sin considerar el establecimiento de la carrera judicial, la cual comprende la profesionalización y competencia del personal que en ella labora, tanto abogados como auxiliares, investigadores y administradores; el sistema de enganche por selección técnica y la progresión de capacitación y ascensos a lo largo de la misma.

Finalmente, el Sistema Nacional de Justicia Penal debe desarrollar un nuevo estilo judicial, caracterizado por la sobriedad y la síntesis en contraste con el formalismo mecánico, dilatado y muchas veces repetitivo y retórico de los procesos actuales. Ello requiere una nueva mentalidad y por tanto, un proceso de reeducación hacia la sencillez y el carácter medular de los autos y sentencias que deben pronunciar jueces y magistrados en una justicia eficaz y funcional.

# II. LA JUSTICIA COMO ORGANIZACIÓN MODERNA

La administración de justicia no puede quedar impermeabilizada a los adelantos de la técnica; ello sería tanto como incapacitarla gradual y paulatinamente para el cumplimiento de su alta misión en el Estado y en la sociedad. Por consiguiente, es indispensable sincronizarla con el nivel de nuestro tiempo, si se la quiere hacer funcional y operante, y al mismo tiempo, colocarla en condiciones de lograr niveles de racionalización del trabajo como condición de su eficacia y a fin de mantenerla en situación de responder a las exigencias y transformaciones de la sociedad actual.

La modernización y perfeccionamiento de la mecánica de los servicios judiciales requiere, entonces, realizar los estudios correspondientes para que la justicia se incorpore al movimiento renovador de la tecnificación de los servicios públicos. Hay que desechar el viejo prejuicio de que la actividad judicial, no obstante su complejidad, difiere radicalmente de la actividad de la administración y que no pueden aplicársele las técnicas que tan excelentes resultados han producido en la función administrativa, no solo pública sino privada.

Consecuente con lo anterior, la Comisión considera que debe empezarse por crear y estructurar la llamada "Oficina Judicial" como sustitutiva del "Despacho Judicial", a la que debe dotarse de una organización administrativa adecuada y de los medios y recursos materiales y humanos que aseguren su eficiencia funcional.

La implantación de este nuevo *modelo de gestión* que se propone, busca entonces alcanzar niveles de rendimiento y de racionalización mínimamente exigibles dentro de la infraestructura de la justicia. Ello comporta su evaluación económica y el plan de su progresiva implantación en todos los órganos jurisdiccionales, así como el estudio y perfeccionamiento de las normas instrumentales, por las que hay que entender no solamente las procesales, sino también las orgánicas, reglamentarias, manuales e instrumentos de trabajo con especificación de tareas y funciones, etc. Implica, igualmente, las medidas que deben tomarse a fin de que el volumen de trabajo atribuído a cada una de ellas no sea superior al que racional y humanamente debiera corresponderle, con lo que se evita el embotellamiento funcional y, consiguientemente, la dilación de los procedimientos.

# III. DISEÑO Y EXPERIENCIA DEL MÓDULO BÁSICO DE LA JUSTICIA

Para avanzar en el estudio del Sistema Nacional de Justicia Penal, no existe camino más adecuado que el de realizar un proceso de investigación, diseño, acción y evaluación, que permita desarrollar las pautas generales en formas concretas de organización, coordinación y métodos de trabajo, programas de capacitación, etc.

Algunos criterios deben presidir este-intento:

1. La Comisión de reforma debe orientar el proceso con apoyo de investigadores externos, pero previendo la participación activa de importantes áreas del Ministerio de Justicia y de la rama jurisdiccional, de modo que el proceso no sea externo a quienes serán ejecutores y quienes pueden dar continuidad a la reforma.

- 2. La experiencia no debe implicar una alta concentración de recursos escasos, incluyendo altos costos y personal muy calificado, sino recursos normales, orientados por un diseño inteligente, de modo que pueda luego expandirse a toda la justicia. No debe constituír un experimento irrepetible.
- 3. La experiencia se realizará en un "módulo básico", o unidad mínima de elementos orgánicos que deben intervenir en un proceso penal y que constituirá la unidad más pequeña a cuyo interior se da una división interna de funciones. Esta sería la base para un rediseño futuro de la organización territorial de la justicia en distritos judiciales.

La experiencia ha de comprender varios proyectos fundamentales que incluirán el diseño y aplicación en el pequeño conglomerado que se seleccione para iniciar el cambio:

- a) Proyecto de prevención del delito. El cual debe estudiar en la comunidad sus experiencias ante la delincuencia, los órganos de prevención y la administración de justicia, su actitud ante la despenalización de algunas conductas, y poner en práctica cambios en la organización del Estado y en la comunidad para prevenir el delito y enfrentar la incredulidad en la justicia.
- b) Proyecto de organización y métodos. Para analizar los cambios de estructura y funciones, preparar manuales de funciones y procedimientos, capacitar y supervisar su implantación.
- c) Proyecto de creación de la "Oficina Judicial". Para establecer la organización administrativa con medios físicos y humanos que, como hemos dicho, reemplace el "Despacho Judicial" por una organización eficiente, desarrollar las normas procesales, orgánicas y reglamentarias y de asignación de tareas que eviten la congestión y dilación de procedimientos.

Las oficinas judiciales suprimirán trámites inútiles, que no establezcan garantías de defensa o no tiendan a la búsqueda de la verdad; contendrán secciones especializadas de trámites, por ejemplo, registro de documentos, información, tramitación de ejecutorias, exhortos, notificaciones, etc. Iniciarán la estandarización de impresos y documentos y emplearán la informática como apoyo. La "oficina" operaría como un equipo de trabajo incluyendo multiplicidad de funcionarios con una infraestructura administrativa común y contaría con recursos externos como asesores especiales en distintas ramas científicas y técnicas, que podrían estudiar con el juez una aproximación interdisciplinaria cuando fuere necesario.

- d) Proyecto de creación de la Oficina de Información y Reparto. En la cual se pondría a prueba un modelo central de recepción y asignación de denuncias, con sistemas de información estadística para el público, seguimiento de los procesos y fines estadísticos.
- e) Proyectos de reglamentación y estímulos a los colegios de abogados. Orientado a vincular al proceso de modernización a los abogados litigantes.

El paso inmediato en desarrollo de los anteriores planteamientos consistirá en diseñar un diagnóstico de las características, opiniones y necesidades de los funcionarios de la rama jurisdiccional.

(Continuará)

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

# Corte Suprema de Justicia

# INCULPABILIDAD POR ERROR DE INTERPRETACIÓN VENCIBLE

Magistrado ponente: Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA

Bogotá D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

Proceso Nº 28.008

#### VISTOS:

Resolverá la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada contra el auto del 14 de diciembre de 1982, en virtud del cual el Tribunal Superior de Medellín llamó a juicio a la doctora M. —a la sazón Juez 2º Penal Municipal de Itagüí—como autora de delito de detención arbitraria.

# HECHOS:

Dentro de un sumario por injuria adelantado en su despacho, la Juez 2º Penal Municipal de Itagüí libró orden de captura contra la presunta sindicada L.; en cumplimiento de tal orden, la señora L. fue aprehendida el día 5 de agosto de 1981, se le oyó en indagatoria al día siguiente, y continuó privada de su libertad hasta el 10 del mismo mes y año; en esta última fecha se dispuso su liberación incondicional, conforme a providencia que le definió de esa manera su situación jurídica.

#### RESULTANDOS:

1. Practicóse diligencia de inspección judicial sobre el expediente que tramitaba la funcionaria sindicada; allí se consignó la orden de captura contra L., su aprehensión policial, la providencia en que la juez dispuso no decretarle auto de detención y la boleta de excarcelación (fols. 8/12).

- 2. En diligencia de indagatoria, la sindicada admite los hechos, pero explica que la privación de libertad a que sometió a la señora L. tuvo fundamento legal porque estaba acusada de injuria, delito que tiene señalada pena de prisión y admite, por lo mismo, orden de captura; agrega que a la imputada no se le dictó auto de detención y que se le resolvió oportunamente su situación jurídica en el sentido de libertad incondicional porque se demostró que hubo injurias recíprocas; señala, además, que en dicha providencia no se hizo referencia al art. 440 del C. de P. P., "el cual también se hubiera podido tener en cuenta como base para dejar en libertad a la señora L.," (fols. 26/7).
- 3. Demostrado está con prueba documental que la procesada tenía el carácter de Juez Penal Municipal de Itaguí para la fecha en que los hechos tuvieron ocurrencia (fols. 14 y 25).
- 4. El Tribunal considera que la funcionaria incurrió en delito de detención arbitraria, del que debe responder en juicio, por-

que privó ilegalmente de su libertad a una persona que por expreso mandato del art. 440 del C. de P. P. estaba a salvo de tal determinación, y porque lo hizo dolosamente, ya que no es dable en su caso suponer ignorancia o alegar oscuridad en el texto de aquella disposición, pues la claridad y elementalidad de su contenido no se presta a equívocos.

5. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que se mantenga la decisión del Tribunal, pues participa del criterio conforme al cual la sindicada actuó antijurídica y culpablemente al capturar y mantener encarcelada a persona a quien se imputaba delito de injuria, respecto del cual el art. 440 del C. de P. P. prohíbe la detención preventiva.

## CONSIDERANDOS:

Adecuación típica.—Está plenamente demostrado en el sumario que por orden de la procesada, permaneció privada de su libertad la señora L. entre el 5 y el 10 de agosto de 1981, a pesar de que estando acusada de injuria no debía estar sujeta a detención.

Tal comportamiento se subsume en el tipo legal que describe el art. 272 del C. P.
Conforme a tal disposición, incurre en detención arbitraria el empleado oficial que
con abuso de sus funciones, es decir, mediante impropia e indebida determinación,
priva de su libertad a una persona por la
vía de la captura, la retención, el encarcelamiento o la detención formal, no importa
el lugar donde se materialice el hecho.

Si bien es cierto que el art. 426 del C. de P. P. autoriza al juez para librar orden de captura con la finalidad de oír en indagatoria a persona acusada de delito que merezca pena de prisión, que el art. 437 del mismo estatuto concede al funcionario término de hasta cinco días para definir la situación jurídica del aprehendido a quien se ha escuchado en diligencia de indagatoria, y que

el delito de injuria tiene prevista pena de prisión (C. P., art. 313), no lo es menos que el art. 440 ibídem perentoriamente señala que "no podrá decretarse la detención preventiva por los delitos de calumnia e iniuria": pudiera pensarse, con interpretación cerradamente literal, que lo que esta norma prohíbe es emitir auto de detención contra sindicado de iniuria o calumnia, pero no disponer su captura para oírlo en indagatoria v aun mantenerlo en tal estado mientras se le define su situación; sin embargo, sería este un criterio insostenible porque, salvo el caso excepcional de captura por renuencia a cumplir citación para indagatoria (C. de P. P., art. 426, inc. 2°), la que se ordena respecto de delitos con pena de prisión -v que puede prolongarse aun después de oído en indagatoria el imputado— tiene sentido solo en cuanto sea jurídicamente posible proferir en su contra auto de detención: por manera que si respecto de un delito determinado —injuria o calumnia— la propia lev (C. de P. P., art. 440) prohíbe que se dicte auto de detención, carece de finalidad la captura del acusado, a menos que se rebele contra la citación para indagatoria; pero aun en esta hipótesis, terminada aquella diligencia deberá ser puesto en libertad. En este sentido se precisa el alcance de la interpretación dada por esta Sala al art, 440 del C. de P. P., en auto del 24 de marzo pasado.

Comoquiera que en el caso sub judice la procesada no solamente ordenó la captura de persona a quien se imputaba delito de injuria, sino que la mantuvo privada de su libertad aun después de oída en indagatoria, consumó con abuso de sus funciones una detención arbitraria.

Antijuridicidad.—Mediante el tipo en examen ha pretendido el legislador tutelar el bien jurídico de la libertad de locomoción y de las que de ella se desprenden, derechos estos de que son titulares las personas individualmente consideradas. Con su comportamiento, la procesada vulneró el concreto interés jurídico que tenía la señora L., de

permanecer en situación de libertad, y lo hizo de modo antijurídico porque el ejercicio de sus funciones judiciales no le permitía tomar tal determinación, como se desprende de la sistemática interpretación de los arts. 426, 437 y 440 del C. de P. P. en concordancia con el 313 del C. P.; tampoco la ampara ninguna otra causal de justificación.

Culpabilidad.—Comoquiera que la defensa plantea un error de interpretación en que habría incurrido la procesada frente al art. 440 del C. de P. P., la Sala examinará tal fenómeno.

Actúa inculpablemente, conforme lo admite el num. 4º del art. 40 del C. P., quien obra "con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal". Consagra esta disposición el llamado error sobre el tipo, que comprende el que recae sobre su propia existencia y el que apunta a uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos o conducta): en esta última modalidad, el error del agente puede provenir de una equivocada percepción de la realidad fáctica que el legislador ha incrustado en el tipo (se confunde la cosa propia con la ajena), o de una igualmente equivocada interpretación del alcance y contenido de expresiones que en veces el legislador plasma en ciertos tipos penales (ingredientes normativos) y cuyo entendimiento exige especial juicio valorativo y no mera captación sensorial, como cuando el actor considera que la sentencia judicial de separación de cuerpos, generalmente conocida como divorcio, destruye el matrimonio al que estaba ligado y que por eso puede contraer lícitamente uno nuevo sin incurrir en bigamia.

En todo caso, para que tal error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto.

Desde luego, la insuperabilidad de este error no debe medirse con criterio uniforme—como lo ha recordado varias veces esta Sala— pues ella varía de acuerdo con las condiciones personales del actor, con las características de aquello que fue objeto de error y con los factores circunstanciales que hayan rodeado el hecho. Por eso, en tratándose de un error de interpretación normativa de expresiones propias del derecho, es importante examinar los conocimientos jurídicos del agente, su experiencia judicial y el texto mismo de la disposición interpretada para deducir de él su claridad formal o su compleja conformación.

Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o, lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del numeral 4º del art. 40 del Código Penal vigente, "el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo", lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad.

En el presente caso, considera la Sala que la procesada incurrió en aquella modalidad de error sobre el tipo que se concreta en su equivocada interpretación —tal como se la explicó en precedencia— pues entendió que la captura y consiguiente privación de libertad que dispuso respecto de la señora

L. no eran abusivas sino legítimas, sobre dos supuestos, a saber: que estando acusada de delito de injuria sancionable con pena de prisión, eran aplicables los arts. 426 y 437 del C. de P. P., y que el art, 440 de la misma codificación solamente prohíbe dictar auto de detención a esta clase de sindicados, pero no impide su aprehensión previa. Estas conclusiones se desprenden tanto del auto en virtud del cual le otorgó libertad incondicional al definirle su situación jurídica, como de las razones que aduce en su propia diligencia de indagatoria, sin que nada permita suponer que tras de aquellas decisiones se ocultase intención proclive. No sobra mencionar que en este mismo error interpretativo incurrió el propio fiscal del Tribunal cuando en su concepto sostuvo que la sindicada había actuado correctamente porque el delito de injuria está sancionado con pena de prisión (fol. 34).

No obstante, y habida consideración de la doble calidad de abogada titulada y juez que ostentaba la funcionaria procesada, de que la correcta solución de este problema jurídico apenas requería de una interpretación sistemática de las normas procesales y sustantivas que en él concurrían —tarea propia de la judicatura— y de que la omisión de referencia alguna al art. 440 del C.

tión", de P. P. en el auto en que le definió la situación jurídica a la señora L. y en las actuaciones previas mostró descuido reprochable en el completo estudio de la cuestión, ha de concluirse que su error no fue insuperable. como que debió y pudo haberlo evitado con la diligencia y cuidado con que deben actuar los jueces en el cumplimiento de su elevada misión. Derivaríase de este corolario una responsabilidad a título de culpa que, sin embargo, no es dable concretar porque nuestro estatuto punitivo no ha previsto modalidad culposa para el delito de detención arbitraria dentro del cual, como ya se ha visto, se subsume el comportamiento ejecutado por la procesada.

Siendo por esta vía, inculpable su conducta, habrá de reconocérsele la exención de responsabilidad; en tal sentido se modificará la decisión del *a quo*.

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

## RESUELVE:

Revocar el auto apelado y, en su lugar, sobreseer definitivamente en favor de la doctora M. por los hechos que se investigaron en este proceso.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

# SALVAMENTO DE VOTO

Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Según la apreciación de la mayoría, la juez entendió bien los arts. 426 y 437 del C. de P. P., pues estas disposiciones permiten librar orden de captura de las personas que deben rendir indagatoria por infracción conminada con pena de prisión, siendo factible, según las circunstancias del caso, demorar hasta por cinco días la definición de su situación jurídica. El error de la funcionaria, tomado como error de tipo —art. 40-4 del C. P.—, se debió a "descuido reprochable en el completo estudio de la cues-

conducta culposa que, por no estar incriminada a este título tal delito (detención arbitraria), lleva a su sobreseimiento definitivo —art. 491-1—, pues "...la ley no lo considera (el hecho) como infracción penal...".

Como no estoy conforme con esta decisión debo consignar las observaciones que la misma me merece, anticipando sí que se busca, con este salvamento, expresar inquietudes y auspiciar en ocasión más propicia un replanteamiento de asunto tan importante.

# Brevemente anoto:

1. Ciertamente que la presentación teórico-jurídica de la cuestión encuentra un fiel apego a lo que enseña la doctrina y a lo que podría ser la explicación práctica del segundo inciso del aparte 4º del art. 40 del C. P., y que, con reflexión ajena, podría sintetizarse con este enunciado: "El error ha de ser inculpable, porque solo esa forma elimina el dolo y la culpa. El error culpable, resultante de la imprudencia o negligencia, da lugar, precisamente en razón de su origen, a responsabilidad por delitos culposos. Cuando la ley no describe la figura culposa, el hecho es impune".

Pero el caso decidido no podía derivar a esta interpretación porque otras son sus características.

- 2. Un tan amplio, benévolo v hasta inocente examen como el comentado, lo menos que puede insinuar es el descrédito de la teoría de la culpabilidad, porque a partir del mismo queda menos imposible deducir responsabilidades para nadie, trátese de comportamientos, de particulares contra particulares, o de estos contra funcionarios públicos, o de empleados oficiales contra aquellos o en daño de bienes de la comunidad. ya que como las comisiones preparadoras del C. P. de 1974 y especialmente la de 1979. fueron parcas y hasta hostiles con la figura "culposa", al punto que por excepción se consagró en escasas figuras penales, toda conducta se hará refluír hacia la confesada negligencia, ineptitud, imprudencia, descuido, etc., tanto por los procesados como por sus apoderados, sabiéndose que el resultado será la impunidad.
- 3. Conviene, entonces, como remedio a este modo de pensar, asumir, desde ya, una actitud restrictiva en la fácil admisión de errores de tipo o de prohibición, y, como solución de lege ferenda, mudar totalmente el sistema que rige la culpa. Pasándose del actual a la consagración de una definición de la misma, quedando al intérprete y a la doctrina precisar las infracciones que son susceptibles de la misma, aspecto que por lo demás ya cuenta con notables, tradicionales y conocidísimas orientaciones en el de-

recho nacional y en el comparado. Esta tendencia hoy más que nunca es la recomendable si se medita en que la época es propicia a las actividades culposas, reconocibles como tales o con las cuales suelen encubrirse más profundas y dañinas motivaciones y actos.

4. Nuestro estatuto penal, en su art. 40, no contempla la incidencia de la ignorancia en los problemas de la culpabilidad. Parece que los posibles violadores de sus prohibiciones apenas sufren los efectos del error, o tal vez por considerar que lo menos comprende lo más, o porque el error apenas es una especie de la ignorancia.

Pero dejando de lado estas digresiones, conviene recordar que el error de tipo no es más que la sustitución técnica del clásico error de hecho, clasificación muy utilizada en el derecho italiano, así como el error de prohibición corresponde al error de derecho.

Las equivocaciones sobre disciplinas jurídicas ajenas a un sistema, suelen considerarse como error de tipo (de hecho), no así las que forman parte del propio cuerpo de legislación. No es extraño que un juez penal, en un momento dado, pueda desconocer o tener un conocimiento falso de materias civiles, administrativas, comerciales, etc., que jueguen algún rol en la definición del asunto sometido a su investigación, estudio o definición. La justicia no puede sustraerse a esta posibilidad y suele ser benigna, aunque no en extremo, para sopesar la invocación de un error de esta naturaleza. Pero aceptar la ignorancia (así se diga con alguien que un conocimiento falso supone un no conocimiento; y lo no conocido es un conocimiento erróneo) o el error en materias que forman el núcleo de la cotidiana actividad. la razón de ser del oficio, las informaciones de la experiencia y del saber profesional. no deja de ser un contrasentido. El juez. por su formación, su práctica, su constante orientación por la doctrina y la jurisprudencia, no puede alegar en determinados casos falta de conocimientos o conocimientos deteriorados de los problemas sobre los cuales tiene que trabajar. Lo básico, lo que constituye su radio de acción normal, debe entenderlos debidamente, sin que le sea dable hacerse admitir un error insuperable con base en deficiencia de preparación, de análisis, de actualización. No se le está exigiendo una formación excepcional ni suma sapiencia en la dilucidación perfecta de situaciones jurídicas complejas e inextricables, ni el enteramiento de cambios de doctrina súbitos no divulgados oportuna y suficientemente. Pero sí se tiene que partir del manejo adecuado, técnico y científico, de una disciplina que la utiliza dentro de parámetros comunes y corrientes.

En el caso sub examine, no obstante anotar la mayoría que la superabilidad del error no debe medirse con criterio uniforme y que conviene, en eventos de interpretación normativa atender a la experiencia del procesado y a la índole de los textos mal aplicados, no se consiguió esta adecuación porque de haberse hecho de manera aceptable, otra hubiera sido la conclusión.

En efecto, se trata de una funcionaria con buena experiencia, que ha enfrentado investigaciones y ha manejado tanto un código penal como de procedimiento y legislaciones afines dentro de esta esfera (v. gr. ley de prensa, estupefacientes, etc.). No se trataba, pues, de persona carente de experiencia. La tenía y en grado estimable. De otro lado, lo menos que puede exigírsele a un funcionario instructor es que sepa lo que tiene que manipular continuamente: qué rige en materia de captura, de detención preventiva, para no incurrir en desafueros iniciales, irreparables por ausencia de un correctivo inmediato.

Y en cuanto al texto sobre el cual se afirma una interpretación equivocada, debe decirse que corresponde a una normatividad de fácil aplicación, el mismo que en múltiples ocasiones ha recibido aclaraciones jurisprudenciales ampliamente divulgadas. No se concibe, como propio al fenómeno de inculpabilidad que deduce la mayoría de la Sala, un juez de la ilustración de la acusada, olvidando que la captura corresponde o a una renuencia a rendir indagatoria o a una sindicación que pueda implicar la detención preventiva. Mal puede aceptarse que, ante

una acusación por calumnia o injuria, se empiece por librar oden de aprehensión y se mantenga, mientras se esclarece lo ocurrido. la privación de libertad durante varios días. Aquí no es dable afirmar un error de hecho o de tipo, sino la inconcebible e inadmisible ignorancia o error de derecho o de prohibición. La juez, según ella, encontraba conforme a derecho la orden de captura y el encarcelamiento porque así lo disponía el procedimiento penal que dice haber aplicado. Dudo, entonces, que se trate de la figura iurídicopenal que ha determinado la Sala y que le ha permitido llegar a las conclusiones establecidas. Si la conducta se hubiera referido al error de prohibición (de derecho) o a la ignorancia de normas penales que constituían la especialidad de la función de la juez incriminada, la solución no habría podido tener el sentido de la acordada, así se cambiase la dirección lógica de las apreciaciones.

5. Los extremos criticables a que alcanza la interpretación impugnada, no pueden ser más sorprendentes e inquietantes. Ya la negligencia en recorrer los textos completos que, en un momento determinado entran en juego en la definición de un caso (quedarse en los arts. 426 y 437 del C. de P. P., pero no integrarlos con el 440 de la misma obra), o dejar de consultar un repertorio de jurisprudencia, en donde abundan las admoniciones de la Corte y tribunales sobre las privaciones de libertad causadas en sindicaciones por atentados contra la integridad moral, deviene en error de tipo, insuperable por un fenómeno de personal negligencia. Ya los jueces penales se sentirán exonerados de saber los rudimentos de su ciencia y los civiles de la propia, y así hasta el infinito.

Queda la eventualidad de que esto no ocurra cuando el error no provenga de fenómeno culposo, sino doloso, otro imposible, puesto que el error tiene siempre dicha connotación. Esto se destaca para aludir a aquello de "si el error proviene de culpa...".

Estas consideraciones bastan, por ahora, para fundamentar este disentimiento.

# Tribunal Superior de Neiva

# AUTONOMÍA DEL JURADO DE CONCIENCIA PARA RECONOCER LA EXISTENCIA DE UN ERROR VENCIBLE SOBRE LA CONCURRENCIA DE UNA CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

Si de jure condendo se puede afirmar que el art. 40-3 del C. P. es criticable por no haber consagrado la atenuante para los casos de error de prohibición vencible, de jure conditio, se debe sostener que el inciso que se refiere a la culpa en el error, únicamente cobija el ordinal 4º del precitado art. 40. Sin embargo, si el jurado de conciencia en su soberanía para apreciar los hechos, considera que el error sobre las causales de justificación, cuando es vencible, debe reprocharse a título de culpa, no es procedente decretar la contraevidencia del veredicto.

# Dr. REYNALDO POLANÍA POLANÍA

Neiva, noviembre veintiocho de mil novecientos ochenta y tres.

El num. 3º del art. 40 del Código Penal que le sirvió de soporte al defensor para plantear la posibilidad del homicidio culposo, se refiere a quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

Y el inciso que le sigue al num. 4º del mismo artículo expresa:

"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Es de anotar que los nums. 3° y 4° del art. 40 del Código Penal que entró en vigencia en enero de 1981, recoge los errores denominados de hecho o de derecho a que

se refería el art. 23-2 del antiguo Código Penal, pero con un contenido doctrinal moderno, traído de la escuela alemana, con una nueva clasificación que se refiere al error de prohibición, que es el que recoge el num. 3 del art. 40 del Código vigente, y error de tipo, a que se refiere el num. 4° de la misma disposición, sin que quiera esto decir que cada una de estas denominaciones coincide con las antiguas de error de hecho o de derecho.

Al interpretar las nuevas normas del Código Penal, concretamente los nums. 3 y 4 del art. 40, los doctrinantes vernáculos están divididos en cuanto a si el inciso final del artículo que se refiere a la culpa, abarca las dos clases de errores o apenas se refiere al num. 4°. Juristas de la talla del doctor NÓDIER AGUDELO BETANCUR, limitan el inciso al num. 4° y este ilustre profesor, al publicarse el proyecto del Código hizo atinadas observaciones en su revista Nuevo Foro Penal (núm. 1, pág. 21), recomendando que en el caso del num. 3°, si bien no se puede considerar la culpa cuando el error puede ser vencible, sí se debe atenuar la pena y para cuyo efecto propuso lo siguiente:

... "3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación prevista en la ley.

"En caso de que este error sea vencible se aplicará la sanción establecida para el delito, disminuida en...".

La Comisión que le dio el retoque final al proyecto del Código Penal no tuvo en cuenta esta sugerencia.

Acompañan al doctor Nódier Agudelo sus coterráneos Fernando Velásquez V., en su artículo publicado en el número 19 de *Nuevo Foro Penal*, páginas 295 y siguientes y el magistrado y tratadista Juan Fernández Carrasquilla quien, en su libro denominado *Derecho penal fundamental*, a página 363 dice lo siguiente:

"Frente al error vencible de prohibición (concreto o abstracto), cabe la posibilidad hermenéutica de acudir a la culpa en los tipos en que la misma esté prevista (lo que no deja de parecernos una analogía in malam partem porque tal punición solo está prevista en nuestra lev para el error de tipo y, por ende, para el error abstracto de prohibición que REYES incluye en él, quedando impune en los demás casos. Son tan pocos los casos de tipo culposo, y tan peligroso habituar a los jueces a razonar con analogía prohibida, que nosotros preferimos sustentar la opinión de que el error vencible de prohibición no se castigue en ningún caso, porque la ley no prevé para él la pena de modo expreso. Se trata de una laguna que

solo el legislador, de ningún modo el intérprete o el juez, puede llenar, al menos mientras se respete seria y consecuentemente el principio de reserva. Que sea políticocriminalmente conveniente estatuir esa pena, parece ser la opinión de la doctrina mayoritaria. Sin embargo, la notoria escasez con que supuestos así llegan a plantearse en los tribunales, hace que la omisión no sea tan grave v peligrosa como para procurar soluciones emergentes e interinas de reducida consistencia y dudosa legalidad. Las infracciones doctrinales y jurisdiccionales al principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, son, desde el punto de vista de la política criminal, que ha de entender también a la seguridad individual en las comunidades democráticas, terriblemente más peligrosas que la impunidad en tan contados casos".

Pero el ilustre magistrado doctor REYES ECHANDÍA, al reconocer que el inciso se restringe al error de tipo del num. 4°, critica esta restricción cuando dice:

"Si por culpa entendemos la actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al actor de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó, cabe afirmar que el error vencible puede ser considerado como culposo en la medida en que hubiese podido y debido superarlo con mayor diligencia y cuidado.

"Resulta por eso jurídicamente reprochable la conducta del agente que habiendo podido y debido vencer su error sobre la típica antijuridicidad de su actuar, incurre en él y por esta vía vulnera injustamente un interés jurídico penalmente protegido; esta reprochabilidad genera responsabilidad y esta, a su vez, ha de concretarse en su sanción.

"El nuevo proyecto así lo reconoce en el inciso final del num. 4º de su art. 42 (que vino a ser el art. 40 del Código Penal) ya examinado, al decidir que «si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando

la ley lo hubiere previsto como culposo». Desafortunadamente, la ubicación de este inciso —dentro del num. 4° que trata del error sobre el tipo— restringe esta solución a tal clase de error, cuando ha debido extenderse, por razones ya explicadas, al del numeral 3° que recae sobre la antijuridicidad del hecho". (Conferencia dictada en las II Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia entre el 17 y el 22 de septiembre de 1979, publicación hecha por la Universidad, pág. 142).

Por su parte el profesor FEDERICO ESTRA-DA VÉLEZ, miembro de la Comisión redactora del nuevo Código Penal, en su libro denominado *Derecho Penal* (Parte general, Ediciones Librería del Profesional) a página 360 se pronuncia así sobre este tópico del error:

"El error, en las dos manifestaciones adoptadas por el Código debe ser *invencible* (excusable o inculpable), tal como lo exige el art. 40 expresamente, es decir, que no se haya incurrido en él por culpa, por negligencia o descuido, o que pudiera haberse evitado con un poco de prudencia o cuidado.

"Cuando el error tanto de prohibición como de tipo proviene de culpa, «el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo» (inciso, art. 40). Así, por ejemplo, si un cazador observa movimientos en un matorral y se forma la creencia de que se trata de un animal, pero con mediana diligencia podría darse cuenta de que allí hay un ser humano habrá incurrido en un error de tipo que elimina el dolo, si da muerte a esa persona, pero que lo hará responsable de un homicidio culposo, en cuanto el error no era invencible.

"El error (de tipo o de prohibición) elimina la culpabilidad cuando es invencible. Cuando es derivado de culpa extingue el dolo, pero deja subsistir la culpa, siempre que el hecho esté previsto como culposo".

Entonces este distinguido penalista avanza más de lo expuesto por el doctor REYES, porque ya no entra a plantear si el inciso final del art. 40 ha debido también extenderse al num. 3°, sino que escuetamente expresa que el error de tipo o de prohibición, cuando es derivado de culpa, extingue el dolo, pero el hecho se castiga como culposo cuando está previsto en tal sentido, y el homicidio puede ser culposo por así disponerlo el art. 329 del Código Penal.

Dada la autoridad de los autores referidos, se puede afirmar que de jure condendo, esto es, del punto de vista doctrinario y filosófico, bien puede ofrecer crítica el no haber incluído el num. 3º del art. 40, con pena atenuada cuando el error es vencible, pero de jure condito, del punto de vista de derecho positivo, de la norma aplicable, y dado el criterio expuesto por el doctor REYES, el inciso que se refiere a la culpa en el error, únicamente cobija al num. 4º del precitado art. 40 del Código Penal.

Pero si el jurado de conciencia en su soberanía para apreciar los hechos, y si estos le fueron planteados por la defensa, bien pudo llegar a la conclusión de que el justiciable M. V. S. al dar muerte a L. E. C. C. de un tremendo machetazo, cuando este estaba en lucha con un hermano menor del procesado, pudo incurrir en el error vencible de que estaba amparado por una causal de justificación, concretamente por la necesidad de defender la integridad personal de su hermano, justificante que prevé el num. 4º del art. 29 del Código Penal, y por lo tanto su veredicto no es un exabrupto, no se puede llegar al extremo de rechazarlo por ser contrario a la evidencia de los hechos, como lo hizo la juez a quo en el auto que se revisa, pues como lo expresa el doctor JORGE ELIÉCER GAITÁN al analizar el art. 537 del Código de Procedimiento Penal que rigió hasta 1971, y que pasó a ser el art. 565 del Código vigente, "la ley habla de que el veredicto sea claramente contrario a la evidencia de los hechos. Como, de acuerdo con la ley, las palabras hay que aplicarlas en su sentido natural y obvio, conviene recordar lo que significa evidencia. El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española da la siguiente definición: «Evidencia: Certeza clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa, que nadie puede racionalmente dudar de ella. Certidumbre de una cosa, de modo que el sentir o juzgar lo contrario sea tenido por temeridad».

"Basta, por tanto, saber cuál es el concepto de la evidencia para comprender hasta dónde el legislador quiso convertir en excepcional la posibilidad de desconocer el veredicto del iurado. Y tan estricta es la ley sobre el particular que no se limita al simple concepto de evidencia cuvo rigor es conocido, sino que quiso calificarla al agregar que esa evidencia sea clara. Vale decir, que en esas circunstancias no puede haber lugar a la menor duda, a interpretaciones, a opiniones, a razonamientos aproximados, sino que la realidad de los hechos del proceso sea indiscutible y absoluta". (Su obra científica, vol. I, ed. Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, 1952, pág. 270).

Entonces el Tribunal no puede confirmar el auto apelado y ha de ordenarse devolver el expediente para que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto, tal como lo dispone el inciso final del art. 565 del Código de Procedimiento Penal.

Pero se observa que la conducta punible del justiciable M. V. S. ya fue calificada por el jurado de conciencia como culposa, y si esto es así, y que ha aceptado el Tribunal, se hace merecedor de la libertad provisional a que se refiere el num. 4º del art. 453 del Código de Procedimiento Penal, excarcelación que ha de decretarse de oficio por mandato del art. 454, como lo hace la Sala, bajo caución de \$ 5.000.00 y con las obligaciones a que se refiere el art. 460 del mismo estatuto, a saber, la de residir, mientras dure el proceso, en este distrito judicial. la de no cambiar de domicilio sin autorización del juez que conozca del proceso y la de presentarse los primeros y terceros sábados de cada mes en horas hábiles ante la autoridad que este señale, con la advertencia de que el incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a la revocación de la libertad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior —Sala de Decisión Penal—, oído el ministerio público, revoca el auto apelado de fecha y procedencia anotadas y en su lugar dispone devolver el expediente a la juez de primera instancia para que dicte sentencia de acuerdo con el veredicto emitido por el jurado de conciencia.

Así mismo decreta la libertad provisional, mediante caución de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), del procesado M. V. S., con las obligaciones a que se ha hecho alusión en la parte motiva de esta providencia. Otorgada la caución y sentada la diligencia de compromiso, líbrese boleta de excarcelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Reynaldo Polanía Polanía, Hernando Sánchez, Hernando Toro Trujillo, Luis Eduardo Osorio P., secretario.

# Tribunal Superior de Bogotá

# DENEGACIÓN DE RECURSOS INTERPUESTOS POR LA PARTE CIVIL CUANDO ESTA NO TIENE INTERÉS JURÍDICO EN RECURRIR\*

Por principio, la parte civil, como parte que es en el proceso penal, puede intervenir en este en los casos en que la ley lo indique, y en los demás, según el interés jurídico que la misma ley le ha conferido. Este interés de la parte civil se encuentra normado en los arts. 134 y 9 del C. de P. P.; por ello, no se puede permitir que la misma pueda impugnar, en forma general, los autos de excarcelación o los que conceden detención parcial del sindicado, sin volver a épocas ya superadas del derecho penal.

# Dr. DÍDIMO PÁEZ V.

Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos ochenta.

Acta núm. 135

# VISTOS:

Procedente del Juzgado 18 Superior de Bogotá, a cargo de la doctora Helda Charry de Valencia, llega el proceso seguido contra C. E. L. por el delito de homicidio, en apelación de la providencia que concedió la excarcelación del procesado enjuiciado.

Agotado el trámite correspondiente a la segunda instancia, compete a la Sala decidir sobre el particular.

RESULTANDOS
Y CONSIDERANDOS:

# I. La providencia recurrida

Más o menos hacia el medio día del 10 de marzo de 1979, J. L. M. H. conducía

un vehículo por la autopista del sur, y como a la altura del Cementerio del Apogeo, estacionó para hacer una llamada; verificada esta y cuando se disponía a abordar nuevamente el vehículo fue arrollado por un camión que conducía C. E. L., a consecuencia de lo cual dejó de existir en uno de los centros asistenciales de Bogotá.

Como consecuencia de estos hechos se inició la correspondiente investigación, que al ser clausurada se calificó con un llamamiento a juicio para el sindicado. En la misma providencia el juzgado del conocimiento concedió la libertad provisional del procesado. De esta exclusiva determinación, según manifestación expresa, recurrió en apelación el señor representante de la parte civil, razón por la cual el proceso llega a la corporación.

<sup>\*</sup> Publicamos hoy esta providencia, por encontrarla de suma importancia, ya que existe la creencia generalizada de que la parte civil posee facultades omnímodas para recurrir las providencias judiciales. Aquí encontrará el lector referencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema.

# II. Criterio fiscal

El señor fiscal 2º de la corporación, en concepto núm. 473, analiza la situación procesal existente para con base en ella estimar que se abstiene de conceptuar porque el recurso de apelación fue concedido equivocadamente, ya que el auto de proceder no fue apelado sino tan solo la determinación de conceder la libertad provisional, y en tal evento debió concederse el recurso en el efecto devolutivo y no en el suspensivo como se hizo.

Por su parte, el recurrente al sustentar la apelación, demanda de la Sala la revocatoria de la excarcelación para que en su lugar se disponga la privación de la libertad del sindicado.

# III. Criterio de la Sala

La Sala, frente a la realidad procesal existente, se permite hacer las siguientes consideraciones que serán la base para la determinación a tomar en el presente caso:

- 1ª) De acuerdo con las manifestaciones del representante de la parte civil, inequívocamente su inconformidad radica con la libertad que se le concedió al sindicado. Así
  lo expresó en el memorial que dirigió al a
  quo y lo dice claramente en el escrito sustentatorio del recurso, cuando afirma: "La razón de mi inconformidad con el auto apelado, radica exclusivamente, en el numeral 2º
  de su parte resolutiva, en la cual el señor
  juez a quo, concedió al sindicado el beneficio de la excarcelación";
- 2ª) Lo anterior significa que el auto de proceder en verdad no ha sido impugnado por el señor representante de la parte civil, como acertadamente lo anota el señor fiscal de la corporación;
- 3<sup>a</sup>) En tales condiciones, la apelación de esa determinación de contenido interlocutorio que profirió el juzgado, debió concederse ciertamente en el efecto devolutivo como lo manda el art. 196 del C. de P. P. Empero, no es razón suficiente, la de haberse conce-

dido en otro efecto, para abstenerse de revisar la providencia por principio de la economía procesal. La verdadera razón para que la Sala se abstenga de revisar la providencia es la falta de interés jurídico del recurrente;

- 4<sup>a</sup>) Por principio, la parte civil como parte que es en el proceso penal, puede intervenir en este en los casos en que la lev lo indique. y en los demás, según el interés jurídico que la misma lev le ha conferido. Este interés de la parte civil se encuentra referido en el art, 134 del C, de P. P. al señalar como tal "el esclarecimiento de la verdad sobre el delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos v la naturaleza v cuantía de los periuicios que se le havan causado"; y ya el art. 9º del mismo ordenamiento en referencia había dicho: "Toda infracción de la ley penal origina acción penal, v puede originar también acción civil para la indemnización de los periuicios causados con la infracción" (Subraya la Sala);
- 5°) La jurisprudencia se ha ocupado de este aspecto en varias oportunidades. Así, por ejemplo, en mayo 23/69 la h. Corte Suprema de Justicia dijo: "...la parte civil solo puede recurrir para los efectos del resarcimiento del daño causado por la infracción..." ("G. J.", t. CXXX, pág. 294).

En providencia del 13 de febrero de 1975, esa misma alta corporación de justicia afirmó: "...la naturaleza de la intervención de esta (se refiere a la parte civil), en el proceso penal está claramente señalada por el art. 24 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la acción civil en el proceso penal tiene como objeto el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal.

"Este objetivo señala, al mismo tiempo, los límites dentro de los cuales puede moverse dicha parte en sus diversas actuaciones dentro del proceso, entre otras, en el ejercicio de la facultad de impugnación de las decisiones que en él se tomen" ("G. J.", t. CLI, núm. 2392, pág. 38).

Esta corporación, en providencia del 30 de setiembre de 1978, en Sala presidida por

el magistrado ORTIZ RUBIO, dijo: "...comoquiera que a la parte civil le está atribuída la facultad de interponer recursos, podría pensarse que bastaría que mostrara su
inconformidad con las decisiones judiciales
manifestándolo conforme al rito señalado
en la ley, para que por ese simple hecho,
el superior ya se viera compelido a desatar
el recurso. Pero no. Es preciso, además, que
se tenga un verdadero interés jurídico, esto
es, que la decisión impugnada pueda perjudicar las pretensiones que correspondan a
su calidad de parte. Esto es, que sea susceptible de producir menoscabo en su derecho".

Esta misma corporación, en providencia de septiembre 12 de 1978, con ponencia del entonces magistrado Dr. BERNAL CUÉLLAR, dijo: "...La Sala no entrará a resolver de fondo el proceso y se abstendrá por carecer de competencia, debido a que no existe interés jurídico en la parte civil para recurrir... la parte civil debe orientar su actuación a la demostración de la existencia del delito. a la atribuibilidad de ese comportamiento a ciertas personas o más exactamente a la determinación de quien realizó el comportamiento, y por último debe procurar que se deduzca responsabilidad penal, la que debe quedar concretada en la imposición de una sanción...";

6°) También la doctrina se ha ocupado de este aspecto. Así, el profesor Luis ZA-FRA en alegato de casación de octubre 8/71, dice: "el derecho de impugnación —ordinario y extraordinario— requiere una titularidad genérica y otra específica en quien pretende ejercerlo. La primera atañe a que la ley le reconozca ese derecho; y la segunda a que la providencia materia del reclamo contenga un gravamen contra el recurrente que justifique su interés directo en combatirla, para evitar la lesión de sus derechos".

El profesor MESA VELÁSQUEZ (en Derecho procesal penal, t. 1, pág. 224) ha dicho: "El recurrente debe tener legitimación. En principio las partes y sus apoderados o defensores tienen la facultad de interponer recursos contra las decisiones judiciales. Mas tratándose de una providencia determinada o concreta, no basta tener la calidad de parte en el proceso para que se tenga el derecho de recurrir contra ella; es necesario que la resolución contenga una carga o gravamen para quien pretende impugnarla, que se pueda considerar en derecho como desfavorable para sus intereses, y que la misma ley no haya negado, a pesar del perjuicio, la facultad impugnaticia";

7<sup>a</sup>) Ahora bien, es cierto que la ley ha señalado en qué casos y cómo debe intervenir la parte civil. En tales casos el derecho de dicha parte es legal y el intérprete debe estar acorde con el querer de la ley. Esta la razón por la cual la h. Corte Suprema de Justicia corrigió una doctrina que negaba el interés jurídico de la parte civil frente a un caso de casación según el art. 570 del C. de P. P. Esa aclaración la hizo la Corte en providencia de junio 24 de 1980, pero en lo demás, reprodujo dicha providencia, los criterios expuestos anteriormente sobre este particular.

En este orden de ideas, podría pensarse que la parte civil tiene interés jurídico para recurrir un auto que otorgue la libertad provisional porque el art. 470 del C. de P. P. faculta a dicha parte para demandar la "revocatoria de la excarcelación".

Evidentemente la norma mencionada faculta al representante de la parte civil para solicitar al funcionario del conocimiento la revocatoria de la providencia que excarceló al procesado. Pero esa revocatoria no es la inherente al recurso de apelación, es la especial para los casos taxativamente allí indicados, lo cual presupone obviamente que la providencia que concedió la excarcelación esté ejecutoriada. Es lo mismo que ocurre en el caso de revocatoria del auto de detención, donde esta debe estar formalmente ejecutoriada.

Si examinamos la norma en referencia encontramos que alude directamente a los casos señalados en los arts. 467, 468 y 469 del C. de P. P. En efecto, cuando en el num. 1º del art. 470 permite a la parte civil pedir la revocatoria de la excarcelación porque el delito investigado es de aquellos que la excluyen, pues está refiriéndose al art. 468 indicado; y el num. 2º porque el procesado esté exceptuado de tal beneficio, pues hace relación a los arts. 467 y 469 ya mencionados, y finalmente el num. 3º es por violación de las obligaciones contraídas por el excarcelado.

Podría argumentarse que aceptar la facultad de la parte civil solo cuando la providencia de excarcelación esté ejecutoriada. va en detrimento de los intereses de dicha parte en el proceso. La Sala, sin embargo. no lo cree así porque a la parte civil lo que le debe importar legalmente, para garantizar la indemnización de los perjuicios, es que el sindicado tenga auto de detención, sea llamado a responder en juicio y condenado. Todos sabemos que la providencia que otorga el beneficio de excarcelación deja vigente el auto de detención, luego no aparece el interés jurídico directo para impugnar un auto que concede libertad provisional, salvo en los casos referidos anteriormente. ¿Oué mengua ha sufrido su interés? Ninguna, pues puede ejecutar estando libre el sindicado o estando detenido.

Permitir que la parte civil pueda impugnar, en forma general, los autos de excarcelación o los que conceden detención parcial del sindicado, es volver a épocas ya superadas del derecho penal como la de la venganza privada. Si existe providencia que garantice la pretensión de la parte civil, cualquiera otra pretensión que supere ese racional límite, no es colaboración a la justicia sino ejercicio de una vindicta personal, la cual no puede cohonestar el derecho ciertamente.

La ley, sin embargo, con la facultad que le concede al representante de la parte civil en el art. 470 del C. de P. P., ha querido que en los casos en que el funcionario, dentro de las limitaciones humanas posibles, se equivoque y otorgue un beneficio cuando este está excluído por la ley o cuando las circunstancias probatorias lo ubiquen dentro de los casos de prohibición, la representación de la parte civil puede demandar la revocatoria de esa determinación pero por esa vía especial de la revocatoria v no de la impugnación ordinaria. La lev ha sido tan celosa de la garantía del derecho de la libertad que cuando se otorgue esta ordinariamente debe ejecutarse, esto es, materializarse, así la providencia sea impugnada por quien tiene interés legal en ello, salvo el especialísimo caso de la contraevidencia de un veredicto.

Con mayor razón se entiende el por qué la ley faculta a la parte civil exclusivamente para demandar la revocatoria de una excarcelación y no la impugnación de la providencia que la concede, sin que esto signifique que se atente contra el principio de la economía procesal o contra la celeridad debida de los procesos, porque no menguándose el interés de la parte, esta puede ejercer su contribución a la recta aplicación de la ley en cualquier momento del proceso como la norma en referencia lo indica, pero exclusivamente, se insiste, a través de la petición especial de revocatoria.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal,

# RESUELVE:

Abstenerse de revisar la providencia recurrida. En firme, vuelva el proceso al juzgado de origen.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Servio Tulio Pinzón Durán, Domingo Quiñones Vargas, Luis Jiménez Ramírez, secretario.

# SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

# "LA CRIMINOLOGÍA...CONTROL Y DOMINACIÓN"

"¡Qué preciosos son los vestidos nuevos del Emperador! ¡Qué magnífica cola! ¡Qué hermoso es todo! Nadie permitiria que los demás se diesen cuenta de que nada veía, para no ser tenido por incapaz o por estúpido. Ningún traje del monarca había tenido tanto éxito como aquél. ¡Pero si no lleva nada!, exclamó de pronto un niño... ¡No lleva nada; es un niño el que dice que no lleva nada! ¡Pero si no lleva nada! gritó, al fin, el pueblo entero"¹.

MASSIMO PAVARINI: Control y dominación (teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico). México, Siglo XXI Editores, Colección Nueva Criminología, 1983, 223 páginas. Traducción de Ignacio Muñagorri y epílogo de Roberto Bergalli\*.

# I. Introducción

Fue en el primer año de la década del 80, bajo el gris invierno boloñés y protegido por los bellos pórticos de color verano, de la Vía Zamboni, cuando hojeé por primera vez la "Introducción a ... la Criminología". Sorpresa grata cuando descubrí que su autor era el mismo que, minutos después, me daría la clase de "Sistemas Penitenciarios": MASSIMO PAVARINI.

"Degusté" hasta el último pie de página de aquella obra. Traté de descubrir, afanosamente, en los paréntesis, guiones, comillas, puntos suspensivos, etc. <sup>2</sup>, el "punto de vista" de mi profesor que poco a poco se iniciaba como el amigo que me llevaría de la mano por aquel mundo de la crítica a la criminología, a la que mi inconciencia jurídica, heredada a muchas millas de Bolonia durante mi "formación académica", le abría paso.

Hoy, cuando he desandado la distancia que un día recorriera impulsado por mis dudas, hoy más claras que nunca (que es algo. por no decir mucho); cuando el profesor es amigo v puedo leer en mi lengua bajo el título, fuerte realidad: "Control v dominación" (título que se amolda más a la concepción moderna de la criminología), y tengo la oportunidad en la docencia y poco a poco en los estrados judiciales, de hacer una "reflexión sobre mí mismo", como lo ha hecho PAVARINI en sus líneas de "Control y dominación"; es justamente hoy, mirando el complejo mundo del Derecho (siento rencor con el pasado, desconcierto en el presente y un gran compromiso con el futuro), cuando me corresponde hacerles la presentación del libro de PAVARINI. Si las ca-

<sup>\*</sup> Originalmente fue publicado en italiano, con el título de *La criminología*, Florencia, Ed. Le Monnier, Colección "Introduzione a...", dirigida por Sergio Moravia, 1980, 167 páginas.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> H. C. Anderson, Los vestidos nuevos del emperador, citado por Massimo Pavarini en la "Advertencia" que hace a la edición española, pág. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Estilo muy propio de buena parte de los integrantes del *Grupo Penalistico de Bolonia*, cuando escriben algo que ha dejado de ser en el momento mismo que se historiza, o que "siendo" puede dejar de ser, si se racionaliza, y, finalmente, aquello que sin ser, será cuando se cubra con el velo creador de la crítica.

racterísticas que he encontrado en él: historicismo, claridad y realismo, las enfrentamos al momento jurídicamente ahistórico y confuso, producto de la negación de la realidad social que vive el país, descubrimos fácilmente la importancia de estas páginas.

Al comentar el libro he querido hacerlo respetando la distribución del mismo y ajustándome al rigor terminológico, diferente por cierto de los textos clásicos de criminología. Así es como PAVARINI nos brinda: ubicación histórica, cuando en la primera parte nos habla de "Criminología y orden burgués"; claridad, al demostrar la relación directa entre individuo, autoridad, crimen y las teorías criminológicas que conforman la segunda parte del libro; realismo, cuando al final "casi" que concluye, pues en criminología crítica no se ha dicho la última palabra, porque nadie sabe cuándo una "casi" conclusión, que puede ser representada con puntos suspensivos (...), sea el último, uno de tantos, o por el contrario, el punto final, y el día que esto último suceda dejará de ser crítica.

Trae la obra en sus últimas páginas una sección dedicada exclusivamente a la información bibliográfica. Satisface esta al lector inquieto que quiera dar una mirada global por el mundo de la crininología, hasta los que necesitan un tema específico. Aporte científico de gran mérito, si sopesamos la ausencia bibliográfica de dichos temas, tan nuevos en nuestro medio.

Finaliza el libro con un magnífico epílogo, donde ROBERTO BERGALLI, en su carácter de argentino, nos hace un recuento "sobre el control social en América Latina", ubicando este poco a poco en su país, donde tristemente el control social (hasta hace poco, felizmente) se escribiera con "rojo". Lo anterior nos permite adivinar la relación (respetando nuestra realidad histórica) que existe entre la Escuela de Bolonia,

donde se alista como incansable luchador PAVARINI con el "grupo" de Criminología Crítica en América Latina, en el cual BER-GALLI es pionero e incansable batallador.

Dejemos, ahora sí, que sea la persona que nos permitió leer en español "Control y dominación": IGNACIO MUÑAGORRI (profesor de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho en San Sebastián España) quien nos diga qué significado tiene para él este libro:

"Las desdichas, no es que se compensen, ahí quedan, pero junto a ellas también hay momentos gratos y otras miradas y otras lecturas que no solo permiten la comprensión de la realidad sino también la solidaridad y la perplejidad suficiente para seguir vivos".

# II. Criminología v orden burgués

"Solo con la aparición del nuevo sistema de producción (capitalista) la libertad adquirió un valor económico: en efecto, solo cuando todas las formas de riqueza social fueron reducidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de su libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado".

En esta primera parte, el autor nos hace un recorrido histórico de los problemas de orden y control social, exponiendo críticamente las respuestas teóricas que la ciencia criminológica ha ofrecido. Situando el origen del discurso criminológico con la aparición de la sociedad burguesa, se inicia el recuento histórico-criminológico en la época de transición, en la cual poco a poco pierde vigencia el sistema de producción feudal, y aparece en el horizonte un nuevo orden sociopolítico: el capitalista (siglos XVI al XVIII). Es justamente en este período en el cual la clase burguesa, en su afán de con-

quistar el poder político y llegar a ser la clase dominante, cuando aparecen los primeros conocimientos criminológicos. Pues, sería rayar en el reduccionismo jurídicopolítico pensar que las reflexiones acerca del crimen deben partir del pensamiento reformador del siglo XVIII, así como de las obras de los iluministas como BECCARIA, BENTHAM, VAN HOMMEL, etc., PAVARINI estima que para el estudio de la criminología del liberalismo clásico, debemos remontarnos al pensamiento de HOBBES, y en general, al político-filosófico de los siglos XVII y XVIII.

El desaparecer del sistema feudal implica, necesariamente, grandes cambios en el campo de la producción y la distribución: la gran mayoría es propietaria de la fuerza de trabajo y una minoría de los medios de producción: no existe va obligación alguna para el sometimiento de unos frente a otros (con la desaparición del corvée). Surgen nuevas demandas de orden, nuevas necesidades, nuevas formas de obediencia, y al lado de estas las siguientes preguntas: ¿cómo "educar" al proletario (excampesino) para que acepte su statu quo v no se convierta en potencial peligro para la propiedad privada? Y ¿cómo garantizar la libertad y la autonomía que son básicas para la autorregulación del mercado?

A estos interrogantes se responde: con el "saber criminológico y la estrategia del control social en el iluminismo". Se desarrollan las teorías del contrato social, dentro del cual se dan las grandes reformas penales y procesales. En materia penal se expone y defiende el principio de legalidad; la ley penal como clara e inequívoca, su interpretación suscrita y disciplinada, acompañada de su capacidad decisoria frente al presente y al futuro. Y basados en el principio del libre albedrío, en el utilitarismo y la racionalidad, se establece un sistema muy particular de aplicación de las penas.

En la necesidad por "educar", se dan políticas diversas y contrapuestas a veces, abarcando desde períodos altamente represivos v sanguinarios, en el momento en que se inicia el desplome socioeconómico del período feudal. Se atenúa este período de violencia con la aparición de la manufactura y la fábrica: quedan más posibilidades de educar al excampesino para ser futuro proletario: hasta dar lugar al nacimiento de organizaciones de beneficencia pública, donde iban los "pobres inocentes" y el internamiento institucional, donde se recluían los "pobres culpables". Es dentro de esta última idea como nace, a finales del siglo XVIII. para los trasgresores de la ley, la penitenciaría, y la pena es sinónimo de privación de la libertad.

La revolución industrial marca un hito en los cambios sociopolíticos de la humanidad, que no pueden ser ignorados por la criminología; pues la revolución industrial produjo grandes transformaciones sociales, que acarrearían nuevas demandas de control, dando paso a nuevas corrientes criminológicas que tratan de dar respuestas políticamente "tranquilizadoras...": El positivismo criminológico y la ideología de la defensa social hacen su aparición.

PAVARINI hace un análisis de la criminología de la segunda mitad del siglo XIX en el cual nos muestra los parámetros de la corriente criminológica positivista, marcada por su afán de descubrir métodos científicos, caracterizada por su espíritu "cuantitativo, objetivo y mecanicista". Igualmente, esta corriente criminológica, pierde interés por el estudio de la norma jurídica y la reacción social, centrándose solamente en el individuo delincuente, anormal, patológico, o mal socializado, que necesita ser tratado, resocializado.

La ubicación histórica europea termina, en esta primera parte, con el análisis del modelo integrado de la ciencia penal, consistente en la unidad del Derecho Penal y la Criminología positivista. Pasando esta última a ser subordinada, dependiente y auxiliar de la primera, en su objeto y método.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Frase que hace parte de la presentación hecha por Ignacio Muñagorri de la obra de Pavarini, pág. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> PAVARINI, en Control y dominación, cit., pág. 36.

Reduciendo la criminalidad a un fenómeno simplemente normativo.

Impulsado por el modelo integrado de ciencia penal que se vivía en Europa y bajo la "gran depresión", a partir de los años 30, se desarolla en los Estados Unidos "La sociología de la desviación". Bajo esta coordenada, PAVARINI analiza el momento socioeconómico vivido por los E. U. en la década de los treinta, que da origen al dominio sociológico en el campo de la criminología. Analiza el concepto de desviación y la aplicación de este en el estudio "ecológico de la criminalidad", dentro de un país donde reina un capital monopolístico, generando unas políticas de control social particulares, propias del estado asistencial

A fines de los años sesenta entra en crisis el modelo del "Welfare", enfrentándose el Estado a problemas de gran envergadura, que van desde el desequilibrio entre la población activa y la marginal, hasta la pérdida del control por el Estado sobre el Welfare. Es entonces, en este momento socioeconómico, cuando la intervención privada (que va desde "la familia, la beneficencia, la asistencia social", hasta "el espíritu empresarial") enfrenta la crisis fiscal del Estado. Dentro de esta transformación las formas de control social sufren cambios considerables, aparecen las recomendaciones por la "desinstitucionalización" y "ghettización". de una parte, y de otra, la aparición de la "cárcel segura". Este momento de "nuevas exigencias represivas" hace que la criminología se torne en la "ciencia crítica de la sociedad de capitalismo tardío" y no simplemente en crítica a la criminología burguesa, invocando "una teoría y una práxis tout-court políticas".

# III. Individuo-Autoridad y crimen. Las teorías criminológicas

En la segunda parte del libro se encarga el autor de mostrarnos la relación que existe entre ideología y teorías criminológicas. Existen tres modelos de sociedad (que obedecen a determinadas ideologías): "el consensual, el pluralista y el conflictivo", cada uno con premisas propias, que si bien en algún caso se puede percibir alguna similitud entre ellos, no es de tal envergadura como para hacerlos perder su propia interpretación frente al fenómeno de la ley, el delito, el delincuente, el desviado, la política criminal, etc. En otras palabras, a cada modelo de sociedad corresponden precisas teorías criminológicas, las cuales son reflejo de las relaciones existentes entre individuo y autoridad.

Dentro del modelo de sociedad consensual, se desarrollan las siguientes teorías criminológicas, que sirven para "justificar" este tipo de sociedad: la teoría positivista de la criminalidad (ampliamente conocida y defendida en nuestro medio), la sicoanalítica y de la sociedad punitiva, desarrolladas en buena parte por S. FREUD; y elaboradas en su gran mayoría por ÉMILE DURKHEIM y ROBERT C. MERTON, encontramos las teorías estructural funcionalistas de la anomia y de las subculturas criminales.

A la sombra de la sociedad pluralista, emergen las teorías de las asociaciones diferenciales: por vez primera E. SUTHERLAND expone extensos estudios sobre la "criminalidad de cuello blanco", "crimen organizado" y "criminalidad económica" como nuevas formas de criminalidad. Igualmente surgen las corrientes antipositivistas del "paradigma interaccionista del encasillamiento" (Labelling Approach, interaccionismo simbólico, etnometodología, etc.), teorías que tuvieron gran desarrollo en el pensamiento norteamericano de H. S. BECKER, E. MENERT, E. GOFFMAN, D. MATZA, etc.

Finalmente en el tercer tipo de sociedad, la conflictiva, se produce la teoría criminológica del mismo nombre, teoría del conflicto, donde "el conflicto es la constante no eliminable de toda estructura social".

A partir de la crítica de esta teoría se inicia el debate de la relación que puede existir entre criminología y marxismo y la criminología marxista, donde se enfoca la economía política de la pena y el control social, el movimiento obrero dentro de la criminología: Es en este contexto en el cual aparece la criminología crítica. Para tal efecto se debe tener en consideración el pensamiento de la Escuela de Bolonia con su medio de difusión "La Questione Criminale", al frente de la cual se encuentran A. BARATTA, el mismo PAVARINI, D. MELOSSI, F. BRICOLA, etc.; y en el mundo anglosajón A. I. TAYLOR, P. WALTON, y J. YOUNG.

PAVARINI formula críticas a cada una de estas teorías, desde la que corresponde a la sociedad consensual hasta la conflictiva, análisis crítico de gran claridad, el cual nos demuestra cómo a cada fracaso de ideologías y por ende de teorías criminológicas, se suceden otras que irrumpen con "energía revitalizadora" v fracasan a la luz de las realidades sociales. Llegando así al período de transición ideológica de la "nueva criminología" a la "criminología crítica". Es en este punto y antes de llegar a unas "casi" conclusiones donde el autor afirma que el criminólogo debe emplear "su conocimiento en favor de un cambio sociopolítico, superando la simple crítica irreverente" v llegando a la militancia criminológica que lo "alinée" entre las filas sociales más débiles y desprotegidas. Subraya, finalmente, "la necesidad del materialismo para una criminología crítica"5.

# IV. "Casi" una conclusión

PAVARINI, no obstante aclarar que sus dudas son mayores que sus certezas, afirma que la criminología está hoy en "crisis", porque la única criminología que es escuchada en nuestro orden social es la burguesa supeditada al derecho penal vigente, producto, a su vez, del orden social injusto, razón por la cual "el criminólogo continua-

rá... haciendo criminología... pero con la conciencia infeliz".

Hasta aquí PAVARINI. Es aquí a donde quería llegar, porque, con base en esta "casi" conclusión, se escuchan ya críticas a la criminología crítica. Esto me preocupa, no obstante entender (sin aceptarlo) nuesta forma de actualizarnos: criticando, lejos de entender aquello que criticamos.

Pienso que la criminología crítica está estrechamente ligada al orden social; de este se puede concluír dónde tiene vigencia o no la criminología crítica. Esta será erradicada en los países totalitaristas (que lo digan un buen número de amigos —criminólogos críticos—, que muy a pesar suyo, han debido escapar a la "bota militar" del Cono Sur) y perderia vigencia en un país donde se dé "a cada uno de acuerdo a su capacidad y a cada cual de acuerdo a su necesidad", afirmación de MARX en la Crítica al Programa de Gotha.

Es en países como los de América Latina donde se lucha desesperadamente por una democracia, no obstante ser países periféricos, donde el control social es un tema prioritario<sup>6</sup>, fortaleciendo el poder de las minorías el capital transnacional, a costa del desempleo, el analfabetismo, la mortalidad infantil, las grandes masas marginadas. etc.7. Por ello, en países como en los nuestros, más que en otros, es donde encontramos un aparato penal del Estado que actúa como mecanismo de cobertura ideológica, que profundiza las diferencias sociales y la ciencia jurídica justifica la intervención punitiva del Estado en detrimento de la mavoría desprotegida. Es aquí donde necesitamos de la elaboración de una teoría criminológica que nos permita desenmascarar la tarea legitimadora que hasta ahora ha cumplido la criminología tradicional8, erradicando la ideología positivista y quitándole a la cuestión criminal el problema de orden

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Ídem, pág. 163.

<sup>6 &</sup>quot;Manifiesto criminológico latinoamericano", en Crítica a la criminología, de R. Bergalli, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 299 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Ídem, pág. 300.

<sup>8</sup> Ibidem, pág. 300.

público al cual se le ha asemejado, y tengamos como objetivo "la construcción de una teoría del control social en América Latina"9.

Dentro de estos parámetros tenemos que empezar a luchar, pero, por favor, ¡empecemos! No perdamos la batalla sin iniciar la lucha, y si un día, en el balance de nuestra labor, decimos lo que hoy afirma PAVARINI: "El buen criminólogo continuará... haciendo criminología... pero con la conciencia infeliz", ya habremos dado un gran paso: nuestros criminólogos han descubierto que tienen conciencia, y algo más, que esta es infeliz. ¡Qué triunfo! Y así, podríamos evitar lo que nos cuenta ROBERTO BERGALLI de la represión sufrida por nuestro país hermano, la Argentina, cuando textualmente en el apéndice del libro, dice:

"Todas las disposiciones que han ordenado esa monstruosa máquina represiva, fueron ideadas y redactadas por criminólogos y penalistas salidos de la Universidad, donde se formaron en el más acérrimo positivismo criminológico y el más aséptico tecnicismo jurídico-penal".

> Juan Guillermo Sepulveda Medellín, abril de 1984.

TRIBUNA PENAL, Nº 2. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia. Medellín, Ed. Lealón, 1984, 180 páginas.

Este segundo número de Tribuna Penal permite entrever que la revista tendrá continuidad en el panorama juridicopenal colombiano, allanando las necesidades que el pensamiento progresista, combativo y crítico tiene de otra tribuna que, conjuntamente con Nuevo Foro Penal, permita conquistar y canalizar la lucha de los forjadores de un auténtico derecho democrático y una judicatura

receptiva y consciente de la problemática socioeconómica colombiana, con carácter y estructuración suficiente para darle cobertura a la misma en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Integran este segundo número varias secciones, siendo la primera, la sección de derecho penal, que comienza con un artículo del catedrático FERNANDO VELÁSOUEZ VE-LÁSOUEZ, titulado "La imputabilidad jurídicopenal: Un fenómeno en crisis". Como aspecto digno de destacar en este trabajo se encuentra la afirmación de que el concento de imputabilidad contenido en el art. 31 del Código Penal colombiano, se encuentra en la actualidad en crisis, por tener como fundamento filosófico-político el libre albedrío, que el desarrollo científico del momento no permite confirmar o desvirtuar su existencia, ni su presencia o no en un caso concreto. Preocupa al autor que sobre la base del libre albedrío, que es una mera hipótesis sin comprobación científica, se trate de construír una "ciencia" del derecho penal, sobre todo aquella que tiene arraigo en el principio de culpabilidad, pilar de nuestro actual estatuto punitivo. De esto último se colige que el actual derecho penal atraviesa por una profunda revaluación motivada por la crisis que lo acompaña.

Otra consideración de vital importancia es el reconocimiento del carácter jurídico del concepto de imputabilidad, el cual requiere que sea el funcionario judicial quien, con la ayuda de la evaluación del perito—sicólogo, antropólogo, neurólogo, sociólogo, siquíatra, etc.—, determine la existencia o no de la imputabilidad; contrasta esta posición con el error tradicional, muy común de nuestra judicatura, que deja en manos de los "meros auxiliadores" que son los peritos, la determinación de un fenómeno "estrictamente jurídico", como lo es la imputabilidad, y, más aún, la misma ha con-

Por último, la crisis del concepto tradicional de imputabilidad, como los demás del actual derecho penal —dice el autor—, debe constituír un reto para el jurista que deberá tener siempre presente la clarificación aportada por Muñoz Conde, en el sentido de que la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, "solo es inteligible y valorable cuando se analiza dentro del contexto sociocultural", precisión que permite construír el concepto de imputabilidad, a partir de las nuevas bases dadas por la teoría de las subculturas o la siquiatría alternativa, tal como lo reclama el profesor chileno JUAN BUSTOS RAMÍREZ.

Integra también esta sección el artículo "Derecho penal y control social", del tratadista español Francisco Muñoz Conde. El planteamiento central aquí contenido se puede resumir en la crítica que el autor hace de la función integradora del consenso social que se atribuye a la pena, por un importante sector de la doctrina jurídico penal actual -incluyendo la colombiana-, cuando esta tiene vigencia para un derecho penal fundamentalmente desigual y cuando se impone en un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre. Así las cosas, precisa MUÑOZ CONDE, el derecho penal es una superestructura, un sistema de control social. encauzado a garantizar la existencia y a perpetuar la estructura socio-económica desigual e injusta, para cuya defensa fue ideado, y por ende, la función integradora del consenso propia de la pena, no es más que una "racionalización" de contenido ideológico que trata de encubrir la verdadera función del derecho penal en sociedades desiguales, que no es otra que la legitimación del orden social injusto.

Pero importa destacar que anexo a estas desmitificaciones propias de la criminología crítica, en las que el Derecho en general y en particular el Derecho Penal son expresiones de una razón de Estado clasista, políticamente consecuente con ello, debe reivindicarse y promoverse "todo lo que signifique limitar y controlar el poder del Estado, poder de clase en definitiva"; este es el compromiso para quienes a través de la dogmá-

fiado ciegamente en estas evaluaciones "muchas veces demasiado antitécnicas v deficientes", violando con ello la normatividad procesal -el art. 411 del C. de P. P. ordena "un examen por peritos médicos" y no un juicio de imputabilidad—, y haciendo inoficiosa la facultad que da la misma normatividad al juez, de rechazar o acoger el dictamen. Fundamental también, el acierto en la crítica a la prescripción de un mínimo de internamiento para el enfermo mental transitorio que quede con secuelas (art. 95 del C. P.); pero más importante es la reivindicación de la inaplicabilidad de la norma (C. P., art. 94) que prescribe el internamiento en "establecimiento siguiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial" hasta que recupere su "normalidad síquica", en los eventos de trastorno mental permanente, ya que no solo se sabe que muchos de esos enfermos no recuperarán nunca su "normalidad síquica", sino que tampoco existen en el país las pomposas clínicas siquiátricas de que habla el legislador colombiano, que garanticen un "adecuado tratamiento" a nuestros inimputables; si nuestra judicatura no asume una posición en este sentido hará que el internamiento de estas personas sea de por vida, y muy probablemente en cárceles comunes, en donde se ha optado por recluír a los inimputables, ante la inexistencia de los ya referidos centros, violando con ello en forma flagrante la ley procesal (C. de P. P., arts, 444 y 445). Concluye el autor, con la aseveración compartida por nosotros, que en Colombia el manicomio y la cárcel son instituciones que no sirven a los fines que la ley les atribuye, sino que ambas responden "a la exigencia del sistema social... del sistema social que tiene como fin último la marginación de quien rompe con el juego social..." (FRANCO BASAGLIA).

<sup>9</sup> Ob. cit., pág. 301.

<sup>10</sup> Bergalli en Epílogo de la obra de Pavarini, cit., pág. 128.

tica jurídicopenal no quieren poner su ciencia al servicio o en defensa de los intereses de la clase dominante. Si en las actuales circunstancias no es preciso prescindir del derecho penal, "es necesario que alguien se encargue de estudiarlo y analizarlo racionalmente para convertirlo en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando además sus contradicciones y las del sistema económico que lo condiciona"; la sistematización del derecho penal permite poner de relieve las grandes injusticias y desigualdades que le son inherentes, y ello lleva a plantearnos la necesidad de modificar "lo más intensa y radicalmente posible", el sistema económico que lo condiciona, "Más no se puede pedir al derecho penal... pero tampoco menos". He aquí un reto para la doctrina jurídico-penal colombiana, mayoritariamente de formación positivista o circunscrita al trabajo técnico-jurídico de interpretación. que se ha marginado de un trabajo de análisis político de las instituciones del derecho penal y que todavía hoy está convencida del carácter consensual del Estado y de la norma penal, persistiendo en su arraigo al mito del derecho penal como derecho igualitario y en el carácter neutral del Estado, que tiene el monopolio de la potestad punitiva.

La sección de política criminal y criminología la integran dos artículos, uno de los cuales es del tratadista español ANTONIO BE-RISTAIN IPIÑA: "La educación especial ante la delincuencia juvenil. Prevención y repersonalización desde el encuentro materno". Son páginas escritas con amor, en las que se trata de destacar la importancia de la educación del niño procurada por el encuentro materno-filial, en la conformación definitiva de la personalidad solidaria, festiva, creadora y responsable de este, cuando ha sido dada con amor, y la incidencia de este tipo de educación cuando ha sido deficiente, en las posteriores conductas del adulto, generalmente violadoras de los derechos del hombre. Este aporte de las ciencias pedagógicas v sicológicas, que resalta la privación del amor materno como factor esterilizante y criminógeno, urge la configuración de "una revisión y una reforma legislativa tendiente a conseguir una mejor reglamentación de las relaciones familiares respecto a la función pedagógica que los padres deben ejercer en relación con sus hijos menores", es decir. una más inteligente política familiar. Es necesario también - según BERISTAIN-, renovar la normativa que clarifique y limite las facultades de las instituciones de protección y reeducación del menor, que corren el peligro -en nuestra práctica institucional va lo hacen— de abusar de su poder sobre la libertad v la personalidad de sus confinados. Las instituciones avocadas a la repersonalización del menor, por la carencia del auténtico amor - artificialidad, desmesurada fe en la ciencia, frialdad del ambiente, etc. - arrojan necesariamente resultados negativos, porque muchas veces son centros "donde se trata a los niños como si fuesen ganado". Concluye BERISTAIN, que la "inagotable fuerza creadora del amor", es el instrumento con el que se puede borrar el tatuaje que deja la deficitaria educación en la niñez, y por ende, controlar la delincuencia y/o inadaptación juvenil.

El otro trabajo que integra esta sección, es del profesor argentino ROBERTO BERGA-LLI: "Criminología del «White-Collar-Crime»: forma de Estado y proceso de concentración económica". Constituye este un análisis que desde la perspectiva de la criminología crítica, señala como interés prioritario de la investigación criminal actual que se refiere al delito de cuello blanco, la criminalidad de las corporaciones transnacionales, para ser consecuentes con el momento histórico y económico contemporáneo que evidencia que estas constituyen el agente principal y veloz del proceso de concentración monopolística del capital, dentro de los países de economía periférica y en el ámbito internacional. Este trabajo, es sin lugar a dudas, una de las investigaciones teóricas de mayor claridad y profundidad sobre la problemática del delito de "cuello blanco"; de consulta obligada para los estudiosos de la criminología y un derrotero político para las nuevas investigaciones sobre dicho tópico.

En la sección de jurisprudencia se tiene la providencia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, en la que se reconocen las circunstancias de pauperismo (miseria) como factor de Exclusión de la antijuridicidad. Por el acierto en el encuadramiento jurídico de la problemática confrontada. esta providencia será un derrotero jurídico y político para la judicatura colombiana. que en la actualidad y en un futuro inmediato le corresponda conocer este tipo de criminalidad, producto de la carencia de los más elementales recursos para la supervivencia. Una respuesta de la judicatura en el sentido de la providencia, será la única legítima. mientras no se instaure en el país una política social que dé vigencia y reconocimiento efectivo a los derechos constitucionales de trabajo, salud, educación, vivienda, seguridad social, etc., para todos los habitantes del territorio colombiano. Una política en el sentido aquí esbozado no ha sido implementada, porque ella comporta un cambio en la estructura socio-económica, y por ende, un detrimento para los intereses de quienes tienen el monopolio de la riqueza y el poder, aferrados a las prerrogativas del sistema y que no consienten ninguna limitación. Es necesario transcribir, por lo ejemplificante y por constituír una seria reflexión de la realidad criminológica colombiana -a la que el juez debe prestar atención para no refrendar la infamia—, el siguiente aparte de la providencia en mención: "No deben preocuparse los jueces por insanas filosofías de política criminal y deben anteponer siempre al hombre y sus circunstancias ante la frialdad de la norma punitiva; le corresponde al juez, sin temores ni reticencias, la aplicación justa y equitativa de la lev... son los descartados, los parias que cuando el hambre v la miseria los llevan a consumar atentados contra la ajena propiedad para apenas procurarse elemental abrigo bajo el techo de latas y cartones o insuficiente bocado de comida, reciben todo el peso de la ley, mientras los poderosos medran al margen de los elementales principios...".

Termina la sección de jurisprudencia con el concepto de la Fiscalía Décima del Tribunal Superior de Medellín: "Yo absuelvo a la madre y condeno a la sociedad". Este fue recogido en su integridad por el Tribunal Superior de Medellín, cuya providencia igualmente se publica, y en la que se declara la nulidad constitucional (supralegal) por violación del principio de culpabilidad de lo actuado en el proceso a partir del auto de cierre de la investigación, en virtud de la errónea apreciación y calificación de los hechos en el auto enjuiciatorio, que motivó el error en el veredicto que sirvió de base a la sentencia condenatoria: concluve el Tribunal, que limitarse a contraevidenciar el veredicto "representaría el injusto riesgo de su repetición por el mantenimiento del error y sus bases procesales".

Destacamos del concepto fiscal, el carácter para enjuiciar los prejuicios sociales v morales que se enseñorearon del proceso y el acierto en el cuestionamiento del fariseísmo moral que precedió a la gestión judicial impugnada, la cual llegó hasta enrostrarle a esa mujercita proletaria, la responsabilidad que en el homicidio tuvo al haber enviado a su hijo al limbo, denotando también una degeneración del sentimiento maternal. agravando con ello la sindicación y justificando una condena de 17 años de prisión. Citemos textualmente esos apartes, trasunto de humanismo y llenos de poesía fraguada con mística social: "No, señor Juez Superior. El limbo no existe; ¡Es una medrosa fantasía para amedrentar! Es un agregado. un predicado de absurda injusticia en contra de la inocencia. Es mejor pensar en el panteísmo lírico de VIOLETA PARRA: los niños que mueren por inanición, por violencia institucional, en fin, como en este caso, por

estrangulamiento social, se convierten, en primer término, y como idea de sublime abstración artística, en angelitos que vuelan sobre la cuna de otros niños... son el alma de pecesitos encarnados o de colores y quizás estén en la mejor armonía del trino de los pájaros o en el susurrar del vuelo de las abejas... Solo sé, en definitiva, que las almas de los niños desprotegidos son las más diáfanas, las más transparentes y las más bellas. Así, por ejemplo, los niños sacrificados en Centroamérica". Igualmente, encontramos válida la premonición contenida en el concepto sobre lo que ha de ser la sociedad del futuro, que constituye un norte en la lucha y que dilucida el cauce por el cual se ha de enrutar un sano trabajo criminológico, va que esta sociedad solo advendrá cuando seamos conscientes de la responsabilidad histórica que nos compete y actuemos dentro de nuestros recursos para su logro: "Algún día se comprenderá que casos como el suvo, bajo el enfoque humanístico, son tragedias en las cuales, ellas, las madres circundadas de desolación, desempeñan el papel de víctimas sociales. Advendrá una nueva época a la humanidad en la cual las seguridades sociales para todas las madres, hará que los infanticidios sean un ignominioso recuerdo de sociedades clasistas nutridas por el egoismo. Entonces, sobre la tierra, toda gestación será un prisma de amor, esplendoroso y pacífico como un arco iris, por ser la vida una aurora de milagro y de alegría''.

La sección de derechos humanos la componen unos descargos presentados por el Tribunal Superior de Medellín, por el cargo colectivamente inculpatorio de violar las normas sobre nombramiento de jueces, en razón de que designó a un invidente de nacimiento como juez de la República, y un discurso del doctor Hernando Londono Jiménez, que denominó Los derechos humanos ante el derecho penal. Se da comienzo a la sección bibliográfica, con un comentario del profesor Roberto Bergalli, sobre los orígenes de la revista Dei Delitti e Delle Pene, que recoge los lineamientos contenidos en La Questione Criminale.

En la sección legislativa se encuentra un estudio conjunto de jueces, fiscales, abogados y catedráticos, sobre la ley 2ª de 1984, que sin temor a equivocarnos, constituye el enjuiciamiento crítico de mayor profundidad y mejor acierto de los divulgados hasta el presente, cuyas ideas y conceptos deberán suscitar amplia reflexión a quienes trabajen con el derecho penal.

Por último, reseñamos el editorial sobre El proceso penal de los pobres, de plena vigencia ahora con la ley 2ª de 1984, de cuyas múltiples ideas requerimos su lectura y análisis; extractamos, por lo significativa y actual, la cita de MICHEL FOUCAULT, epígrafe del mismo:

"¿No teméis que el pobre a quien se lleva al banquillo de los criminales por haber arrancado un trozo de pan a través de los barrotes de una panadería, llegue a indignarse lo bastante, algún día, para demoler piedra a piedra la bolsa, antro salvaje donde se roban impunemente los tesoros del Estado y las fortunas de las familias?".

> Hernando León Londoño Berrío. Abril de 1984.

# CONGRESOS DE CRIMINOLOGÍA

(Facultad de Derecho Univ. de Medellín)

# VII CONGRESO INTERNACIONAL DE-LINCUENCIA 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 CRI-MINOLOGÍA 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)

# 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 Universitá degli Studi. Bolonia (Italia).

# LOUK HOLSMAN

Profesor Departament of Penal Law Erasmus Universiteit. Rotterdam, Netherland (Holanda).

# Participantes por América Latina:

Venezuela:

ROSA DEL OLMO

Profesora Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela (Caracas).

Argentina:

ROBERTO BERGALLI

Profesor Universidad Central de Barcelona (España).

Venezuela:

LOLITA ANIYAR 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.

INFORMES E INSCRIPCIONES

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

Facultad de Derecho

Centro de Criminología

Apartado Aéreo 1983

Tels.: 238 38 46 - 238 38 66 238 38 86 Extensión 53

O the leasure

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis, S.A., el día 17 de julio de 1984.

# LABORE ET CONSTANTIA

# **ÚLTIMAS PUBLICACIONES**

ARENAS ANTONIO, VICENTE: Comentarios al Código Penal co- lombiano Tomo II. Parte especial, vol. 2, 5ª edición, XVI	
+ 374 páginas. Pasta	1.200.oo
CUEVAS ZAMBRANO, ALFONSO: Tipicidad y atipicidad del ar-	200
bitramento mercantil, XII + 116 páginas. Rústica	380.00
DUPICHOT, JACQUES: Derecho de las obligaciones, X + 134 páginas. Rústica	390.00
FERNÁNDEZ C., JUAN : El delito continuado frente al Código	330.00
Penal, VIII + 72 páginas. Rústica	140.00
GAVIRIA G., ENRIQUE: Las sociedades en el nuevo Código de	
Comercio, 3ª edición, XXVI + 144 páginas. Rústica	870.00
MORALES CASAS, FRANCISCO: La rendición de cuentas, XVIII	990.00
+ 340 páginas. Rústica	990.00
+ 244 páginas. Rústica	980.00
ORTEGA TORRES, JORGE: Código de Comercio, 10ª edición	
de bolsillo, 830 páginas. Pasta	1.200.00
ORTEGA TORRES, JORGE: Código de Procedimiento Civil, 14ª	0.50
edición de bolsillo, 680 páginas. Pasta	950.00
OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN: Teoría general del seguro: el contrato, XXXVI + 524 páginas. Pasta	1.880.00
RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O.: Pena y estructura social, LVIII	1.000.00
+ 276 páginas. Rústica	1,100.oo
URIBE RESTREPO, LUIS F: Las obligaciones pecuniarias fren-	
te a la inflación, XIV + 302 páginas. Rústica	920.00

# DE PRÓXIMA APARICIÓN

ALIMENA, BERNARDINO: El delito en el arte.
AGUDELO B, NÓDIER: Imputabilidad y responsabilidad penal.
BECERRA TORO, RODRIGO: Teoría general de los títulos-valores.
CAMARGO, PEDRO PABLO: La Convención sobre el Derecho del Mar.
CARDOSO ISAZA, JORGE: Manual p o de casación civil.

ESCOBAR GIL, RODRIGO: El contrate leasing financiero.

ESPINEL, VICTOR M.: Derecho de suce siones.

GESSEL, H. H.: Dos estudios sobre la teoría del delito.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: Procedimiento penal colombiano. ORTEGA TORRES, JORGE: Código Contencioso Administrativo.

ORTEGA, J. RAMÓN: Excepciones previas y de mérito.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: Penas pecuniarias.

SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: Penas pecuniarias. STUMPF, HERBERT: El contrato de know-how. VÉSCOVI, ENRIQUE: Teoría general del proceso.