

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

COORDINADOR

Leihgabe Prof. Ambos

EDITORIAL

“Ça ira”.

J. Guillermo Escobar Mejía.

DERECHO PENAL

Delitos de tráfico ilegal de drogas

Antonio Berinstain, S. J.

Homicidio en las circunstancias del numeral

5° del artículo 324 del Código Penal

Nódier Agudelo Betancur.

La reforma penal española de 1983

José Luis Díaz Ripollés.

27

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Presupuestos para una reforma de la policía

José Maria Rico.

El tratamiento penitenciario (art. 68 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal

J. Guillermo Escobar M./Hernando Londoño Berrío.

MEDICINA LEGAL

Aspectos médico-legales del trastorno mental

y de la inmadurez psicológica

Roberto Serpa Flórez.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Las declaraciones extraproceto como causales de nulidad supralegal en sede de casación penal en la jurisprudencia nacional.

Álvaro Luna Gómez.

JUZGADO QUINCE SUPERIOR DE MEDELLÍN.

¿Cómo debe valorar el juez la antijuridicidad?

Mario Salazar Marín.

CO/XIV
F/Z

2345

ENERO

FEBRERO

MARZO

Director
NODIÉR AGUDELO BETANCUR

Coordinador
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

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

Auxiliares
LINA ADARVE CALLE
JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.

AÑO VII Enero Febrero Marzo 1985 N° 27

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1985

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
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.A.

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

"Ca ira". J. Guillermo Escobar Mejía 3

DERECHO PENAL

Delitos de tráfico ilegal de drogas. Antonio Berinstain 19
Homicidio en las circunstancias del numeral 3° del artículo 324 del Código Penal. Nódier Agudelo Betancur 44
La reforma penal española de 1983. José Luis Díaz Ripollés 62

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

Presupuestos para una reforma de la policía. José María Rico 69
El tratamiento penitenciario (art. 62 del C. P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal. J. Guillermo Escobar Mejía/Hernando Londoño Berrío 81

MEDICINA LEGAL

Aspectos médico-legales del trastorno mental y de la inmadurez psicológica. Roberto Serpa Flórez 97

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Las declaraciones extraproceso como causales de nulidad supralegal en sede de casación penal en la jurisprudencia nacional. Ponente: doctor Alvaro Luna Gómez 110
JUZGADO QUINCE SUPERIOR DE MEDELLÍN. ¿Cómo debe valorar el juez la antijuridicidad? Ponente: doctor Mario Salazar Marín 118

BIBLIOGRAFÍA

ENRIQUE BACIGALUPO: Manual de derecho penal. Fernando Velásquez V. 131

EDITORIAL

“ÇA IRA”*

No escribo contra nadie. Denuncio al monstruo: A la institución carcelaria. Al “pálido terror” que nos describiera MILTON, el ciego de las visiones indescritibles: “Su figura, si dar se puede este nombre a lo que no tenía forma distinta de miembros, ni articulaciones, o si puede llamarse sustancia a lo que asemeja una sombra, que ambas cosas parecía, negra como la noche, feroz como diez furias, terrible como el infierno, blandía un horrible dardo, y en lo que aparentaba cabeza, tenía algo que representaba como una corona real” (Libro Segundo de *El paraíso perdido*). Su testa coronada, su insolencia, simbolizan la deshumanización del sistema. Su poder, hasta ahora, reside fundamentalmente en el silencio que encubre su crueldad y la maldad de sus crímenes de lesa humanidad.

Pero, ¡vade retro! Porque estamos decididos a “volver caras” (grito de lucha dado en “Las Queseras del Medio”) y enfrentar su atrocidad con la verdad, con la ira y con la *organización de fuerzas*, inicialmente reclamantes de derechos humanos y, luego, transformadoras.

Diremos, entonces, como denuncia y no como literatura suplicante:

KAFKA no ha muerto.

POE aún vive.

Del primero, *La colonia penal* con su máquina de justicia de agujas lacerantes y perforantes, manejada por un loco que ama la punición mortal; del segundo, sus relatos increíbles con vivos encerrados en tumbas lúgubres, yertas por ajenidad de sol. Así en nuestras cárceles: las realidades superan toda imaginación, ofenden la humana dignidad y sublevan los ascendentes principios de la Civilización.

Vamos a elevar la opinión pública hasta el palco de los hechos auténticos. Las revistas jurídicas de Antioquia —y ojalá las del país— serán escalinatas, con vocación de cumbre, desde las cuales las juventudes universitarias, los obreros, los profesionales honrados, en fin, todos los hombres que no se avergüencen de tener un amoroso y exultado corazón, puedan avizorar el magnicidio moral que secularmente vienen cumpliendo —consumación en serie— y legitimando o cohonestando, desde lugares distintos y con mudable arrogancia, élites de fariseos, de palabra sepulcralmente blanqueada, o maniqueos jadeantes que crucifican a sus víctimas a martillazos de estigmas.

Unos y otros: corrupto Sanedrín.

Los he visto, ágiles y confiados, recorriendo todos los tramos de la horrorosa y pegajosa telaraña. Aceptan, con arácnida sabiduría, que es crujiente e inseguro

* “Ca Ira”: Canción popular de la Revolución Francesa.

el piso de la patria. Saben detectar sus grandes males y los clasifican con impecable lógica. Temen, pero hacen cálculos: construyen su propia retórica y afilan discursos persuasivos en cuya entraña laberíntica y sofisticada hay hipócrita gestación de proclividades que consultan viejas y nuevas mezquindades.

No aman, suficientemente, a este pueblo que, empece a su resignación, es uno de los más hermosos de la tierra; que está hecho de gentecita buena y laboriosa que siempre ha arrancado su existir al milagro cotidiano. Ellos, los poderosos, saben que las tres cuartas partes de la población gime en pobreza solemne; que esta significa "vivir muriendo", porque es hacer de la nada o de la estrechez, taumaturgias imposibles; porque en su lucha por la existencia, desde el mismo nacimiento o en su niñez, se han topado con trapiches inexorables que hicieron que su destino de "cañas de azúcar" se agotara cuando, exprimida su miel, quedaron convertidos en bagazo. Ahora son carnadura de cárceles, y se dice: estas deben ser duras. ¡Loor a la inclemencia!

Las justifican hablando del Apocalipsis, que dizque ya se anuncia en signos de desolación e inseguridad. Olvidan, por su incólume posición social, que los desastres son como el agua: que ya el Apocalipsis invadió los sótanos. Por esto pueden creer que el exorcismo suficiente pertenece a los legisladores de las penas severas; a los jueces de las jurisprudencias implacables y a cancerberos sin control.

De esta suerte, los avariciosos pueden retener los bienes materiales necesarios a la resurrección: de las ciudades, reclamantes de trabajo colectivo, alegre y justamente remunerado; y de los campos, exigentes de un reparto de tierra, regadío crediticio e infraestructuras de mercadeo agrícola. Así: tornariánse en florestas de cosechas; disminuiría la carestía de los alimentos y el éxodo que puebla las periferias con tugurios, desesperación y criminalidad masiva y turbia.

Por lo demás, despliegan un conceptualismo acertado en lo descriptivo, pero arriñonan las soluciones.

Les atañe, por lo menos, un dolo eventual.

Dicen: los males de Colombia tienen dos grandes vertederos: primero, el desempleo, cuya secuela es el raterismo más vil y espantoso. Luego, la drogadicción —desaliento o rebeldía—: alucinadas anomias, hijas de la frustración, que carecen de centros de rehabilitación e invaden ya todos los hogares, en acto o en potencia, destruyendo la ilusión profesional de los jóvenes que es la crisálida primigenia de los ideales.

Antes, la infección pudo ser soportable: era popular como la marihuana. Y, nadie sabe, podría ser una bendición política: sustraía a las masas proletarias y a la clase media baja de perniciosos compromisos políticos. Pero, hoy, por un fenómeno de metástasis social que enganchó la "bazuca", con sus tentáculos de cáncer, el mal se ha generalizado y, como la peste, no hace escogencia de sus víctimas. Las transnacionales del vicio le hicieron ganar estado, jerarquía: desde Norteamérica exportaron su música, sus modas, su desenfado, su "onda". Así, anegados en su imperialismo moral, nos marcaron no solo con el INRI de país exportador; además, nos tornaron en consumidores; ellos, los incitadores, han tatuado la tersa cara

de Colombia, la novia bienamada, con viruelas negras. Hasta sus dólares fueron de maldición, resultaron ser fistulas que enfermaron la economía y al alma nacional.

Así las cosas, nuestra clase dirigente debió decir con obras y no de palabra: los pueblos no perecen, hay que iluminar los horizontes con auroras sociales. Encausar la maravillosa energía popular hacia el bien común; es menester inventar la brújula, el amor, la dulce claridad de ser humildes para trazar con nuestros pies decalzos el destino histórico que pertenece a Latinoamérica.

Pero no se deciden:

Dejaron nacer una paloma, cuyos ojitos de rubí están humedecidos por las lágrimas. La geografía político-social no ha variado en sus desequilibrios y, entonces, todas las soluciones resultan de desvío; ojalá fuesen, siquiera, de simple retórica y no estos enormes bloques de dolor, inmensas montañas de hielo inhumano, cuya raspadura, llovizna de tragedia, cubre a centenares de familias y va formando mares de sufrimiento donde hombres anónimos, amarrados, sucumben a su aciago destino, igual que naufragos y huérfanos de esperanza.

Ante ellos, como espectáculo cuasihorizontal, que demuestra su gran pobreza creativa y cultural, los ahitos que nada quieren perder o entregar, apoderados de los andamiajes del poder, concitan a la represión, y, con faz ennegrecida por la histeria, chillan y vociferan un grito múltiple de cornisas-lechuzas, como salido de ambiguas oquedades, de resquebrajadas columnas o soberbios capiteles: "¡Cárceles, cárceles!".

Los tribunales responden: ciertamente, los subrogados penales y las penas leves y la lenidad de los juicios, atentan contra el orden jurídico establecido y la bienandanza social. Es la justicia amarga: "¡Cárceles, cárceles!".

El poder legislativo hace zalemas y, reverente, musita, como disculpándose: nosotros cumplimos. Hemos sido obedientes al "Instituto Ser", a sus estadísticas y a sus tecnócratas vestidos de humanistas. Ellos son los doctos diseñadores de la criminología oficial y lo hacen con tal maestría que siempre rayan las espaldas de la plebe, aparentando filantropía y ciencia.

Sin embargo, algunos no están contentos. Quieren ir más allá, hasta el confín tétrico y anticristiano. Su persistente paranoia de aullidos de lobo: "¡Muerte, muerte!".

Los campos y las ciudades enclavan —siembra de estacas toscas, señalando el lugar de los caídos— cruces anónimas y compasivas. En el madero de estos lábaros nudosos se hacen híbrido amor gallinazos enfermos y gavilanes de ojos airados.

Ahora, subsumido en un tema específico, os invito a las cárceles de Colombia. Allí, en vivo realismo, podéis apreciar parte de vuestra solución. Os anuncio, sin temor a equivocarme, que después de conocer sus meandros, los vericuetos por donde se desangra al Hombre, será difícil seguir sosteniendo en público aquello del "tratamiento penitenciario", basado en hipótesis de "rehabilitación" bajo el frondaje de una pena tutelar. Y es de esperar que en un mañana de lúcida conciencia, podamos utilizar, fraternalmente, el bello y necesario concepto: "seguridad social". No es parcela ajena a nuestro oficio: pertenece al Estado de Derecho. Está matizado por todas las ciencias que armonizan y cultivan las relaciones sociales: acá, la legislación policiva, iridiscente de respeto al ciudadano y prudencias preventivas; allí,

un Código Penal que enaltece la libertad y ejerce el control social sin ofender el alma bondadosa de la justicia. En todas partes, la Constitución Nacional y sus garantías fúlgidas como estrellas de la civilización. Bien llegadas, también, como diosas: la Pedagogía, la Psicología y la Sociología; ellas traerán en sus manos, o en los pliegues de sus túnicas, como rosas, enseñanzas aprendidas en praxis de liberación.

Pero no más "seguridad social represiva", parecida a pringamozas. Ella produce la impunidad de todas las crueldades, y en sus raíces —machacadas por locos— solo se encuentra el licor de las ebriedades deshumanizadas, la justificación de todos los excesos y la disculpa de todas las felonías.

Al recorrer las galerías carcelarias y escuchar las explicaciones de autoridad, encontré en sustancia el mismo delirio de un viejo y repelente mito medieval: en todos los tonos y en todas las conductas, sarmentosas unas y jugosas las otras, hay plantículas "de seguridad". Se arrancan y con la red de sus raicillas, machacadas fieramente, pueden fabricar un moderno "licor de mandrágoras". Con razón se decía que las plantas de aquella especie —¡que horror!— solo nacían al pie de los patíbulos de los ahorcados.

Así las vertientes doctrinales, legislativas, jurisprudenciales y exculpativas, que sin ser nada nuevo —al contrario, enmohecidas y clásicas—, sí toman aliento mayor y sulfuroso de la honda crisis que padecemos y desean descargar sobre los siempre sufrientes. Para todos ellos, los que saben proverbios para perder a los humildes, escribió MIGUEL OTERO SILVA:

"Amasijo de víboras trenzadas por la concupiscencia y la avaricia, labios tramposos ensalivados por la maledicencia y la mentira, ávidas manos enjuagadas en llanto de pobres y en sangre de inocentes, santurrones hediondos a vómitos de ebrios y a sudor ceniciento de ramerías, no os atañe la insignia que usurpáis, no os pertenece el nombre del Estado-Moral que deshonráis"*.

Nuestra respuesta: la justicia no es abstracta. Es física como el pan. Fresca, diáfana y sencilla, como el agua en la tinaja de barro. Colectiva como es el aire y debiera ser el trabajo. No es celestial, para repartir infierno. Es tierra, cuyos cielos son las realizaciones humanas de cada quien. Puede ser parcela para el campesino; pedacito de suelo, para los tugurianos y empleados modestos. Patria material para todos: profesionales, maestros, dementes, sabios, artesanos, obreros. Autonomía y orgullo cultural. Greda de pueblos; oro muisca; fragmentos de historia cuyos artifices seamos todos trenzando cadenas de fraternidad universal. Pensar así, con humanismo, no hace milagros, ello es verdad y parece idealista; pero nos hace menos injustos y afirma la fe en un futuro inexorable, que se está construyendo sobre estos mojones de utopía. Entonces, rechazamos calificaciones peyorativas y afirmamos: queremos esparcir la simiente realística y osada de la transformación. Esta advendrá. Allí nuestra fe y por ella, hoy, nuestra palabra.

* *La piedra que era Cristo*. Al texto se le hicieron dos adaptaciones, cuya libertad no rompe su maravillosa unidad ideológica.

Abatidos por vientos de tempestad, pero mirando la vida como ese collar maravilloso de los días, cuyo hilo es el arcano, siempre alado y ascendente, estamos, sustancialmente, compelidos a clarificarnos: que en un mañana, como arco triunfal y glorioso de los pueblos, brillará un arco iris social; porque los prismas no están rotos y quebrarlos, con violencia institucional, tal vez es hacer miríadas de ellos, en cuyas entrañas y fragmentos bien puede descomponerse la luz en espectros de colores tenues, cuya unión conforma las acuarelas espirituales y materiales, a las cuales, desde el mismo nacimiento, todos, por derecho y por deber, como esencia de seres pensantes, debemos tributo de sueños y de obras. Pensar así, es, al menos, una afirmación de la lucha.

Y la aplicación de las penas se ha dejado al libre albedrío de los directores de cárcel; no hay jueces que controlen las sanciones, vigilen sus coordenadas, su exactitud, sus medios, sus resultados. Al juez de Colombia le apaciguaron la conciencia y domesticaron la crítica; fue suficiente separarlo.

Lo anterior nos hace recordar a FRANCESCO CARNELUTTI: "El Derecho Penal está en un estadio de semibarbarie..."

Si uno sube a la montaña puede ver el cráter.

Yo he visto cosas que nadie puede desmentir. Nuestras cárceles son aquellos conos que describiera DANTE. Su estructura jurídica: reglamentos caprichosos, paridos por una legislación de tipos abiertos. Y, como costras, las circulares de dirección o administración, preñadas de seudociencia, engomada por el más crudo positivismo. En ese engrudo ni una partícula de almidón, todo peligrismo.

Encierra esa burda y taimada atmósfera, cuyas paredes son la inmisericordia de los prejuicios, acrecidos por inconfesables intereses (unos de clase y otros de personal egoísmo), esa niebla difusa que bien llamara EMIRO SANDOVAL HUERTAS, en admirada y admirable conferencia: "La región más oscura y más transparente del poder estatal..." "Y del derecho penal burgués" (*Nuevo Foro Penal*, núm. 25).

Allí, naufragantes, como sombras, a la manera de figuras chinas, gemelas por un absurdo destino que los ata con recíproco cainismo, están los presos y sus guardianes. Su hábitat: rejas en multiplicación; espacios en túneles o ángulos agudos; los patios empuñados por una muchedumbre hacinada, transpirante de violencias, mugre y excrecencias. Así la arquitectura y la convivencia penitenciarias del país, solo soportables si el alma se encallece o se embotan los sentidos. Y esto es lo que realmente acontece: este animal sublime que es el hombre, cuando es menester, involucre y se bestializa: por ello sobrevive. Es su último reducto. Pero su espectáculo es deprimente y la más terrible de todas las acusaciones.

Se odian entre sí, se vejan y se mancillan. No es un estado transitorio; resulta ser una inacabada pesadilla que, siniestramente, se reanuda, día tras día, por el suceder circular, automatizado y mecánico de unos mismos hechos: Equimóticos, fraudulentos, inmorales y viles. Desterraron la grandeza. No se avergüenzan; ya ni ocultan, algunos se ufanan de sus propias úlceras. Todo en mixtura de turbamulta; las responsabilidades son deletéreas porque se disuelven en un maremágnum de complicidades o medrosidades. Es el pandemónium de MILTON: "Feroz como diez furias... No tiene forma distinta de miembros, ni articulaciones..."

Están enfermos de paranoia: "Aquel me persigue a mí, yo debo perseguirlo a él. Si doy la espalda me muerde; si la mano, también". Su discurso es delirante, pero les parece lógico. Lo es, mientras esté en este molde. No han comprendido que están bajo el cenit negro de una misma desventura; que así, distorsionados, son marionetas de la miseria, tan estigmatizados, pobrecitos, unos como otros. Y como temen su fraternización, les inyectaron hostilidad común y habilitaron a los unos de verdugos y, los otros, con la venia social, fueron reducidos a la condición de acémilas, canes sarnosos o, sus afines, hombres peligrosos.

Esta filosofía es costosa en sufrimiento humano, pero económica para el Estado: así, se pueden pagar salarios de hambre; los complementos están a cargo del pillaje. Entregaron patentes de corso en un antro cuya boca se relame de gulas e indignidad.

Es necesario liberar a los guardianes y hacer respetar su pobreza y dignificar su bello oficio. Con un infinito respeto me he acercado a ellos y he visto, en algunos, su apostolado de amor. ¡Llor a su decoro!

¡No más subhombres!. Si el Estado remunerara con equidad a los agentes-guardianes e hiciese una virtuosa selección, de antemano protegería la moral de sus delicadas funciones. Pero parece que esto no le importa. Conoce la situación, sabe que el humilde salario es desmoralizador y cínicamente alza los hombros: le importa un bledo el infame subsidio-concusión que oprime a los presos y a sus familias.

Este, inclusive, es dual: además del directo a los guardianes, hay otro impropio o tolerado: se paga al "matonismo de patio", puente interno de todos los turbios negociados: la droga, la venta de armas, la inmundia prostitución homosexual.

La codicia, con libertad e impunidad, como un cáncer insaciable, se extiende por doquier y devora todo y a todos. Es tan cruel que se ceba sobre los más débiles, los más pobres, los pacíficos y los mentecatos. En una palabra: sangra y desangra a los humildes. Es la crucifixión de la indefensión: se paga "impuesto" al matón, por vivir; a otros, para que no roben el vestido o los zapatos que se llevan puestos; se vende el patio; se compra la celda; se paga "impuesto" por el "cambuche" (el suelo donde se duerme). Se trafica con el agua y con el sol. También con las visitas familiares. No vale suplicar para ser llevado a la enfermería, si se llega a ella faltará la droga, hay que comprarla. Los ayes no llevan al médico: se tiene que pagar por el recado y los trámites de autorización. No hay teléfonos, pero el dinero tiene en sus talones las alas de Mercurio y con él se logra cualquier comunicación exterior; el derecho a trabajar, en los pocos frentes existentes, pasa por leyes de embudo; se estampilla de manera invisible el turno de los consejos de disciplina e, inclusive, el trámite de la misma libertad ordenada...

Empolvada, coqueta o siniestra, como una vieja marrullera, amada por los contentos del poder carcelario, experta en todos los celestinajes, *reina*, vestida de rojo y lentejuelas, *la escandalosa especulación*; y una usura, repartida en deudas de breve término e inexorable cobro, resucitó la feroz *lex romana*: "Al deudor se le esclaviza o se divide en partes". La traducción: se le apuñala. Todo esto presiona al detenido. Único escape: sus familiares, quienes, semanalmente, exprimiendo el sudor, atienden un imposible y creciente sostenimiento. Cuando, por

cualquier razón disciplinaria, se suprime la visita a cualquiera de los patios, un escalofrío de miedo recorre centenares de espinazos, como prelude de las vindictas que se esperan.

Este es el proceso paulatino del pauperismo: les han quitado la pobreza y los dejaron en tanta miseria, que a todos, a los que fueron leones o no lo fueron, los convirtieron en mendigos; han degradado hasta la agresividad, que se quedó cristalizada en los núcleos señalados; mientras los demás, la gran mayoría, en la cárcel aguanosa y aguachirle, estigmatizada de peligrosismo, ofrecen a los visitantes el deprimente e inofensivo espectáculo de los menesterosos que extienden sus palmas sucias y suplicantes, mientras que sus bocas, siempre desdentadas y de aliento nauseabundo, anhelando despertar a la piedad, farfullan, gorgotean y, al fin, vomitan discursos de estereotipia desvanecida y acento dulzón, incordio y lastimero. Ponen especial cuidado en hacer ver sus úlceras, que exhiben como si fuesen cicatrices de batallas: eczemas de todos los colores, y casposas como la piel de los verrugosos; llagas sanguinolentas como abiertos hígados de res; puñaladas sin cerrar, drenando pus; salpullidos como comezón de bichos; mugre, vetas; equimosis negras, azafranadas o amarillejas; protuberancias óseas o inflamaciones artríticas; desnudez, carnes flacas; toses de gripa, de bronquitis crónicas, o tuberculosas con su flema en los labios o en el escupitajo... Fería de horrores, sin hablar de las venéreas de flemones reventados... Penes hinchados y rojizos o gangrenosos, casi partidos por la carcoma pútrida de su carne... Paraíso de chancros blandos y sifilíticos... Y ganándoles a todos, un demente que defeca por un orificio de su estómago; saliente e infecta, colgando centímetros, la tripa de su intestino; y untándose caca en las manos, solicita una moneda.

Hato de seres indecentes que no dan piedad, sino asco. Sin estima de sí mismos; ¿cómo podrán tenerla por los demás? Estigmatizadores infames: ¡He ahí vuestra obra! ¡Malditos seáis!

Pero hay un lugar en donde se detuvo el tiempo y se clavaron las agujas. No puede ser descrito. Lo mantienen escondido a todos los abogados, tampoco entran los jueces. Existe en todas las cárceles mayores y creen justificarlo con esta explicación: "Quisiéramos tener jardines para ellos... pero, Ud. lo ve: carecemos de otro espacio". Hablan de "Las Guayanas" y sus habitantes.

Alguien delinque por primera vez: tiene derecho, si utilizamos la clasificación de Bellavista, al patio quinto o al segundo. Está en un torbellino de aparentes aguas mansas. A los pocos meses incurre en actos de indisciplina o querrela o hurta. Es trasladado, por saneamiento del patio —él no importa; ¡no faltaría más que habláramos de una educación personalizada!— al patio cuarto: ¡Si quiere jarana, allí la tendrá! y vaya si no tenemos videntes: al poco tiempo hirió a un compañero, fue sorprendido vendiendo "bazuca" o cosas semejantes. ¡Conque esas tenemos! ¿Quién se cree que es? ¡Al patio octavo! ¡Allí le quitarán las ganas! Es un mar rugiente, integrado por 800 hombres de endurecida piel carcelaria, que ya nada pueden perder, que aúllan así sea por un infernal y colectivo dolor de dientes que les hace solicitar con lágrimas en los ojos que los dejen muecos, que ya no soportan,

por el desaseo bucal y la absoluta inasistencia odontológica, un diurno y nocturno perenne dolor de muelas. Allí sucede lo de siempre: Se mata.

Se acabaron los patios: pase a "La Guayana".

Otros no han cometido delitos, ni siquiera una falta de disciplina, pero se han visto en la necesidad de pedir *seguridad*, porque han visto "a su enemigo"; porque contrajeron una deuda que están en imposibilidad de pagar, o por un testimonio rendido, o por amenazas del matonismo. Inclusive, porque esperanzados en una pronta libertad no quieren delinquir y las circunstancias apremian y las tentaciones están activas.

También se les asigna a "La Guayana". Bien por reputar aquel nefando lugar como el más seguro de la cárcel; ora porque ya el preso ha hecho el recorrido de los patios y en la cárcel existe la ley de "no retorno", escrita con caracteres tan indelebles como en aquella leyenda de *La Divina Comedia* que exhortaba a abandonar toda esperanza.

(En la cárcel los análisis son siempre lineales hacia un autoritarismo que niega toda bondad a la dialéctica y al aprovechamiento cualitativo de las contradicciones que permanentemente se viven. El egocentrismo es la pauta inexorable de la Dirección, que ama lo reverencial así tenga que exornarse de impiedad o desmesura. Un ejemplo vivenciado en el mes de noviembre de 1984: con ira y desatención a todas las razones, se llamaba "motín" a la voluntad de 10 presos que, enardecidos por las ofensas de un compañero que aprovechando su sueño les hurtaba sus elementales pertenencias, se declararon en "huelga de hambre", condicionada a una sola petición: que lo sacaran de la celda porque *no lo querían matar*. Una noche más "y tendrían que hacerlo: a puntapiés o estrangulado". Todos a una: Aquella espantosa amenaza, en pocas horas sería una realidad. Era medio día y aquel traumático suceso acontecía en "La Guayana" de Bellavista, aquel lugar que llaman de "animales" y que ahora cumplía una rebelión que en su profundidad poseía un hermoso sentido humanístico. Qué esfuerzos fueron menester para convencer sobre lo evidente: a) que las razones contra el compañero no solo eran unánimes, sino legítimas; b) que había belleza moral en aquel ayuno, porque en lo causal esplende el respeto a la vida que no se quería quitar; c) que sería sinrazón no solo culposa sino dolosa una omisión con compromisos penales ante el eventual homicidio. Además, no comprendíamos que algo tan sencillo pudiera complicarse: era suficiente dar la orden de traslado a cualquiera de las 48 celdas contiguas. Modular una frase y caminar tres pasos: todo quedaría solucionado. Sin embargo surgía la resistencia suprema de este argumento: "No es posible, porque se trata de un motín que ejerce coacción indebida al principio de autoridad y por tanto constituye una intolerable falta de disciplina". Oídos sordos... cerebros obtusos... dureza de corazón... indiferencia ante la posibilidad de un grave resultado. Al fin, cierto temor a las consecuencias legales sirvió para dar cabida a lo obvio y al buen sentido. Al cerrar el paréntesis, retomamos el tema que traíamos).

Así se explica la magna paradoja: unos por "tigres" y otros por "mansos", llegan al mismo estar y quedarán bajo el mismo régimen. Son las ánimas solas, los desterrados de todo consuelo; los que han hecho el tránsito que se va angostando

hasta perder todos los derechos humanos. Instintivamente, emprenden una lucha ya no existencial, sino esencial: perseverar en su ser; oponer extremas resistencias al más perverso de los desgarramientos psíquicos: la incerteza de valer. La autoridad ha violado la quintaesencia, ya no puede esperar pliegos respetuosos, ni súplicas; tiene que oír la acusación de "aniquilamiento masivo", cumplido paulatinamente mediante carencias elementales y fundamentales: teóricamente tienen derecho a una hora diaria de sol y pasan semanas sin él; la tez entonces se marchita, se apergamina y se tiñe de amarillos enfermizos; el agua les falta con frecuencia; el ambiente es nauseabundo. Podéis verlos en calabozos pequeños y ennegrecidos, en pantaloncillos, hacinados, durmiendo prácticamente unos sobre otros. O defecando sus diarreas en tarros que deben vaciar en un balde situado detrás de la reja. Amibiasis, contagio y suciedad hasta en los olores. Los ojos enrojecidos, con fulgor de locura; y las gargantas roncas gritando: "sol", o exigiendo un patio. Crispados los nervios, hipersensibles y agresivos. Algunos sueñan con un gancho invisible y con el valor de ahorcarse. La amenaza común es el homicidio. ¿Cuánto tiempo? Semanas, meses; hay quien lleva años.

Ni Dios mismo, apelando a sus misteriosos designios, puede, teológicamente, llegar a tanto: experimentó, en medida menor, con Job y tuvo que escuchar los salmos maldicientes, sus imprecaciones terribles: fragmentos de su ira agitada por la indefensión.

Mi alma ha llorado cuando he visto niños, mayores de 16 años, tan desnutridos e indefensos que asemejan 12, conducidos, por una infracción menor o cualquier desobediencia, a los calabozos de "La Guayana".

Allí, en un espacio de 4 metros cuadrados (2 metros de largo, por 2 de ancho), estarán en forzada convivencia con 8, 10, ó 12 presos adultos, de la peor conducta carcelaria, inculpados, algunos de ellos, de asesinato. Me obsede un recuerdo —octubre del 84—: un muchacho rubio, de tez blanca y sonrosada, temblaba como un cervatillo, mientras rodaban lágrimas por sus mejillas; en elocuente mensaje me mostraba, con desvío de sus miradas suplicantes, a un sádico de horroroso aspecto que estaba en su celda y le sonreía con crueldad de dueño. Todos los esfuerzos que hice para obtener su retorno inmediato al patio de menores, fueron inútiles; tan solo cuando mi insistencia fue tan fastidiosa que superó las sonrisas de desdén y las acartonadas evasivas, conseguí la promesa de trasladarlo al día siguiente.

Esa noche, ya en mi casa, pese a su atmósfera apacible y cálida, sentí frío: me parecía escuchar los gritos de su violación. Y no me equivoqué: días más tarde lo busqué y al encontrarlo en su patio le dije con alegría: "Veo que cumplieron la promesa. ¿Lo bajaron al otro día?" Me miró con odio feroz y replicó: "Sí... ¡pero ya pa'qué!". Aquí recojo su odio, todo su amargo e indeleble rencor, hago con él *una vejiga de hiel* y con ira, infinita como mi impotencia, se la lanzo a la cara a este Estado cristiano al cual sirvo y que mensualmente paga mi nómina. ¡Ojalá le sepa a mierda!

(¡Y tengo un testigo ático sobre lo anterior! Será el único nombre propio que cite y creo cumplir con él, en este instante de *denuncia*, un deber de tácita representación. Me refiero al distinguidísimo abogado doctor LUIS GONZALO TORO. Él tam-

bién recibió el desesperado mensaje, el "S.O.S.". Estaba conmigo: es un extraordinario músico y tocaba su sonora guitarra y dejaba oír, de reja en reja, su voz insuperable, aquí heroica, cantando canciones de humana solidaridad; eran gotitas de rocío en el yermo insondable de tanta desolación. De pronto, aquella voz se quebró: se rompió la canción como un vaso de cristal que cae... Y enronquecido, anegados sus ojos, me dijo: "Guillermo... mirá ...¡Se parece a mi hijo!".

Hemos bebido, doctor Toro, el mismo acíbar. Este episodio fue nuestro cáliz y apuramos en él su vino, vendimia de uvas ácidas, como la ira. En su embriaguez nos prometimos destruir "La Guayana". Tal vez no seamos capaces de hacerlo porque ellas son la más acabada expresión del sistema; rebasan los particularismos, fácilmente superables con una simple destitución o con agravio personal que bien pueden servir como sofismas distractivos y aun como argumento de vacuo populismo. Y nuestro propósito es radical. Por tanto, nos honra el mérito de haber iniciado la lucha y nos enriquece esta comunión de ideales)

Aclaremos: toda la cárcel está sexualmente enferma. Encuéntrase condicionada para que su código responda a los lineamientos que WILHELM STEKEL trazara como reacción primitiva del hombre. Y la deprivación va encauzando las relaciones hacia la anormalidad: naturaliza el homosexualismo.

Se cumple, con impávida exactitud, aquella descripción: "Ocurría, con el hombre primitivo, aproximadamente lo que con los perros, que se olfatean mutuamente cuando se encuentran por primera vez. Un autor griego cita las palabras de un labrador helénico que expresan un antiquísimo derecho de los señores: "Si una mujer extraña pisa mi labradío, la poseeré, un muchacho extraño tendrá que ofrecermelo su año y el hombre extraño tendrá que proporcionarme placer de otra manera..." (STEKEL, *Actos impulsivos*).

Visto de lejos: "como un antiquísimo derecho", escandaliza. Visto de cerca, produce horror. Tratándose de adolescentes, la infamia supera cualquier calificación, la hace adjetiva. La ley colombiana, en su soberana sabiduría, se ha permitido derogar la biológica: siempre se ha entendido que la pubertad es capullo en apertura de perplejidades, transformaciones fisiológicas y conflictos psicológicos, buscando, en ansiedad y angustias, afirmaciones de la personalidad. Pero, la ley escrita desconoció la natural, para poder decretar la más dura y madura de todas las ciudadanía: la adultez penal, el ser sujeto del Código y sus sanciones. Alguien que fuese irreverente, diría: ¡Con asta jurídica se violaron los claveles!

Id a las cárceles de Colombia y averiguar por "los jenizaros". Allí os contarán que ese nombre, integrado al *argot* por algún preso dado a la historia, que conocía la llamada "Cruzada de los niños", es apelativo y síntesis de un proceso de perversión: los jovencitos imberbes, con su personalidad en agraz, son accedidos y comercializados; en principio, trepidantes de miedo; después, por adaptación y aun por deleite morboso; luego, por negocio.

Emascularon sus rectas personalidades y son hoy la oferta y la demanda del ignominioso mercado prostibular homosexual, que se expande por toda la cárcel merced al celestinaje de la guardia sobornada.

Es hora de concluir este pergeñar sobre las sombras. Tomad un lápiz para encerrar, como si fuese un croquis, los patios, las mazmorras y el dolor; agregad, con carboncillo y colores ocres, el perfil de los *Ecce Homos* carcelarios; no olvidéis a sus dómines, sus conciliábulos y sostenedores: hombres de mundo, válidos de la política; predilectos de las sinecuras y embrujadores de la opinión pública con cenefas y cortinas a la luz. Entonces, tal vez sin saberlo, habréis trazado el mapa del sistema y su ideología.

Y no valga en contra la ufanía de la excepción. Cien veces hemos escuchado el elemento distractivo: existen, también, lugares hermosos por su pulcritud, tan apacibles que son casi hogareños. Formidable ejemplo lo entrega Bellavista con su "patio de los especiales". Allí brilla el decoro, el buen trato y cierto ambiente cultural. Lo aplaudimos, y admiramos y respetamos a cada uno de sus internos. Pensamos, precisamente: así debiera ser toda la cárcel, para que este no resultara, como lo es, un lindo lunar de privilegio y de contraste. El argumento, como una soga, se retuerce y aparece, una vez más, que la punición es un lazo cuya inclemencia solo aprieta los pescuezos de los miserables. Es esa la verdad sociológica que en un plano más amplio, el de la libertad, también encontró el doctor LLERAS RESTREPO, cuando citaba una estadística de estupor: la supervivencia media que el hombre colombiano posee, cuantifica como cifra de bella esperanza, 56.9 años; pero si se trata de un indígena del Cauca, la vida nace decrepita: morirá, aproximadamente, a los 34.1 años. En conclusión: la diferencia es de clases sociales.

Despeja la discusión, con autoridad científica, una cita que trae MICHEL FOUCAULT:

"...He aquí el plano perfeccionado en que están reunidas todas las cosas semejantes. En el centro, y en un primer recinto: Hospitales de todas las enfermedades, hospicios de todas las miserias, casas de locos, prisiones, presidios de hombres, de mujeres y de niños. En torno al primer recinto, cuarteles, tribunales, comandancia de policía, casa de los esbirros, emplazamiento de los patíbulos, morada del verdugo y de sus ayudantes. En los cuatro extremos, cámara de los diputados, cámara de los pares, instituto y palacio del rey. Al margen, lo que alimenta el recinto central, el comercio, sus bribonadas, sus bancarrotas; la industria y sus luchas furiosas; la prensa, sus sofismas; las casas de juego; la prostitución, el pueblo muriéndose de hambre o revolcándose en el desenfreno, siempre al acecho de la voz del Genio de las Revoluciones; los ricos sin corazón... En fin, la guerra encarnizada de todos contra todos" (*Vigilar y Castigar*).

Entonces ¿qué hacer? Estamos tan aperezados, y somos tan evasivos y tan muelle y tullida es la comodidad, que, bostezando, con apacible serenidad de ventripotentes budas, entrecerrados los ojos y aparentando bonomía —como siempre puede hacerlo el paternalismo, que también lo hay de izquierda—, respondemos a todo esto, ganando ínfulas de inteligentes:

Si las cosas son así, mal están. Pero, no queda más que esperar "el Genio de las Revoluciones", él nos hará el "cambio de estructuras"; y nada de esto, por el momento, anda conmigo y quizá con nadie; hasta el mismo autor del ensayo-editorial, elude el compromiso;

Su primera frase: "No escribo contra nadie".

Su texto: Acusa en abstracto, tal vez a todos.

Su conclusión: "Es el sistema".

Por tanto: No pasa de ser, si acaso, "tinta literaria".

A título de clarificación, que seguramente no será gratuita, respondo: Man-guianchos de una cultura paniaguada: ¡Malditos seáis! Sois tan despreciables como los verdugos e igual vuestra podredumbre moral. Tenéis enferma la ética. Sois los conniventes de todos los crímenes y los desvergonzados del oportunismo. Solo os sirve el desgarramiento de críticas honestas, como esta: esfuerzos auténticos a una denuncia comprometida hacia el combate, para exornar vuestros babosos discursos ante "el estrado de conciencia", para obtener absoluciones mendicantes.

Respetad: ¡No somos cagatintas! Lo que habéis leído no me pertenece, y solo un sofisma miope podría convertirlo en previa y gratuita absolución de torturadores, concusionarios o abusadores del poder; es, oído bien, la representación de un grupo de lucha, ya aguerrido e institucionalizado, que crece en acción y ha hecho suyas, con lacerada amargura, sumando vivencias durante cuatro meses de arduo combatir, toda esta injusticia que ahora encuellamos, zarandeamos y denunciarnos: es anticristiana; viola al Estado de Derecho y no podrá ocultarse. Acudiremos al proscenio de la civilización, tanto nacional como internacional, para exhibir su lepra, con casos concretos; exigir que el control social respete el mínimo de los derechos humanos; y, como corolario, demandaremos el castigo de los culpables y el saneamiento, siquiera burgués, de esta inadmisibles situación. Somos, en fin, el "Movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios", fundado en Antioquia, desde el mes de agosto de 1984, con amplio operativo en Bellavista y San Quintín (Bello); ya proyectándose, también, en pro de la cárcel de Itagüí. Obro, en este escrito, en cumplimiento de una tarea que, honrosamente, me fue impuesta, en virtud del cargo de Secretario que ahora desempeño con humildad.

Pacientes hemos sido, como domadores de un oso de afelpadas zarpas y uñas retráctiles. Tenía que ser así para que el autoritarismo no nos destruyera antes de organizar una armónica y científica estructura:

Nuestro símbolo: El cactus —planta dialéctica: escancia su propia sed y la acumula en jugoso verdor de penca—.

Nuestro lema: "Los cactus también florecen".

Nuestro himno: "La cantata de la libertad", de EPIFANIO MEJÍA —así llamamos al Himno Antioqueño, porque queremos que pertenezca a todos los presos de Colombia. Su dulzura pastoril se ha trastocado en fuerza de restauración moral anti-estigma, cuando los presos de Bellavista y San Quintín, haciéndolo suyo, en sus "Asambleas de Derechos Humanos" (las primeras que se han conformado en Latinoamérica), lo cantan con el brazo en alto y cerrado el puño. Es tanta su arrogante belleza que por sí sola hace temblar la entraña instintiva y visceral del Monstruo—.

Nuestro esquema organizativo: a) Dirección ideológica. b) Dirección programática. c) Dirección ejecutiva, apoyada en comités de acción interna y externa.

Enunciación de los comités:

"La Asamblea Penitenciaria de Derechos Humanos", elegida democráticamente, patio por patio, es la columna dorsal del movimiento. Toda lucha por los derechos humanos tiene que liberar, en primer término, la palabra. De lo contrario se desviará o será inútil. Además, racionaliza el diálogo y permite conocer y deliberar sobre los problemas. ¡Núcleo destellante!

"La Colmena Obrero-campesina" llama a deberes de confraternidad. Es praxis de una criminología crítica que quiere descender de las bellas abstracciones al compromiso de la realidad: amalgama de sangre y dolor. Además es la única manera de construir hipótesis de rehabilitación para el lumpenproletariado.

"Comité pro Mujeres Visitantes" vista en acción, es una brigada de control moral. Con su brazalet ostentando el símbolo "El cactus", acude todos los domingos y compañía, con afecto y abnegación, a las mujeres que visitan a los detenidos. Hace regadío cultural, evita atropellos y restaña heridas.

"Brigada médica Jorge Bejarano", actuante en Bellavista: un voluntariado de 25 médicos que acuden 3 veces por semana hasta el sufrimiento carcelario. Presencia de la Universidad de Antioquia y participación de la Universidad Bolivariana. En 1985, la Universidad San Buenaventura entregará la práctica de cinco a veinte sicólogos. Necesitamos —debemos recordarlo— la brigada odontológica: 25 profesionales para el patio octavo.

"Comité Artístico-cultural": su nombre y la anécdota que citó el doctor LUIS GONZALO TORO, hablan de por sí.

"Comité pro guardián": con infinito respeto nos acercamos a estos servidores y luchamos en su favor. Hemos constituido una brigada médica para sus esposas e hijos; queremos dignificarlos salarialmente y en sus funciones; nos preocupa su seguridad. Anhelamos su confianza y amistad. Con espontaneidad, ética y servicios elementales, damos fe de nuestra sinceridad.

"Matronas de la Orden Solidaridad Carcelaria —Edecanes": reúnen una filantropía auténtica, ajena a hipocresía o fatuo paternalismo. Su eficacia ha sido el gran realce social que entregan al movimiento—.

"Comités Jurídicos": atienden al ejercicio clásico y tradicional. Además, pretendemos erradicar la anquilosis de los consultorios jurídicos universitarios y solicitamos dos estructuras nuevas, cuyos expresivos nombres son síntesis de infinita angustia: a) "Castigos carcelarios". b) "Asistencia a los familiares de los desaparecidos". Se cumplen trámites ante la Universidad de Medellín y la Universidad de Antioquia.

En fin: mirad unas doscientas personas, encendidas por la mística y la comunión de ideales. Agregad el entusiasmo de la Universidad de Antioquia, la Universidad de Medellín y la Universidad de San Buenaventura. Decid: poseén ya la confianza de más de 3.000 presos y sus familias, que ven —tal vez por primera vez— el faro de la solidaridad. Imaginad que la cárcel es un huevo calcáreo que ya cruje. Sabed que "San Quintín" es arquetipo de organización y paladina coadyuvancia de: alcaldía, secretaría de gobierno, médico de la cárcel, director de esta y sus guardianes, extensión cultural de Bello, inspectores municipales, la Cruz Roja, sociólogos y trabajadores sociales. Entonces, sin superlativos, todos unidos a un deber humanístico (¡que no permite santurriones, ni héroes de pacotilla. Estamos hartos de ellos!), podremos decir: parece que hemos encendido la esperanza.

¿Quijotes de furor heroico? ¿Espejar de lentejuelas, como ilusiones? Sí. Y en medio de estas, como ocurre con las lágrimas carcelarias, brillando una ira inmensa, incontenible..., tanta, que ilumina, como un sol sobre los montes, ese sentimiento trágico de la vida que hizo decir a Don MIGUEL DE UNAMUNO: "Clamar, clamar en el desierto. Pero el desierto oye aunque no oigan los hombres, y un día se convertirá en selva sonora, y esa voz solitaria que va posando en el desierto como semilla, dará un cedro gigantesco que con sus cienmil lenguas cantará un Hosanna eterno..."

Seguramente, sobre la existencia; tal vez, ¡sobre la muerte! Un solo grito: "¡volver caras!" .Una sola razón: ¡El Hombre!.

J. Guillermo Escobar Mejía.
XII-31-1984.

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

Nota: El original se envía, con carácter de informe oficial, a la Procuraduría General de la Nación.

DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

(Primera parte)

Prof. ANTONIO BERISTAIN, S.J.*

I. *NORMATIVA VIGENTE EN EL CÓDIGO PENAL*

La ley orgánica 8, de 1983, de 25 de junio (BOE. del 27), titulada "De reforma urgente y parcial del Código Penal", introduce notables modificaciones en el art. 344 del Código que incrimina el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Actualmente, entrada ya en vigor dicha ley, el nuevo texto dice así:

"Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeren con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.

"Se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

"Si los actos anteriores fueron realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

"En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

a) "Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.

* El autor es catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Sebastián (San Sebastián, España). Es conocido entre nosotros por diversas publicaciones, entre las cuales se destacan: *Medidas penales en derecho contemporáneo*, *Crisis del derecho represivo*, *Cuestiones penales y criminológicas*, *Estudios vascos de criminología*, etc.; ha sido articulista de diversas revistas tanto en Europa como en latinoamérica, en el campo del derecho penal, la política criminal, la criminología y el derecho penitenciario. El trabajo cuya primera parte entregamos hoy al lector, forma parte de una obra de mayor extensión que prepara la Editorial Temis, de Bogotá, N. de la C.

”b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses o un año.

”c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

”Cuando alguna de estas medidas fuere aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

”Las condenas de tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en el artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de estos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código”.

Si se compara este texto con el que aparecía en su correspondiente “Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal”, publicado en el B.O.E. (Congreso de los Diputados, 25 de febrero de 1983), se advierten bastantes mejoras introducidas en la discusión de las Cortes¹.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN JUNIO DE 1983

Como paso previo para estudiar la normativa actualmente vigente, parece de interés resumir las principales innovaciones que la citada ley orgánica 8 de 1983 introduce respecto a la legislación inmediatamente anterior. El texto modificado del art. 344 del Código Penal provenía de la reforma formulada por la ley 44 de 1971, de 15 de noviembre. Desde entonces, hasta junio de 1983, el art. 344 decía así:

“Los que ilegalmente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 20.000 a un millón de pesetas¹.

”El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

”Los tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda.

”En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

”Las condenas de tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de estos en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código”.

Los cambios principales en la nueva redacción se pueden agrupar en los puntos siguientes:

¹ La reforma del art. 344 fue las más discutidas en las Cortes Generales, Cfr. J. M^a. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1016 y ss. No hay al alcance del público ningún estudio que recoja o comente aquellas discusiones.

² Las cuantías de las multas han sido modificadas.

1º) Añade un tercer concepto básico, las sustancias sicotrópicas, equiparadas a las drogas tóxicas y estupefacientes. El legislador recoge alguna enmienda presentada en la discusión en las Cortes del proyecto de 1980 (enmienda 218 de UCD), de acuerdo con el convenio de Viena 1971 sobre sustancias sicotrópicas, ratificado por España el 2 de febrero de 1973. El delito de tráfico ilegal tiene ahora por objeto material las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas.

2º) Diferencia básicamente las drogas que causan grave daño a la salud, por una parte, y por otra “los demás casos”. En el derecho penal comparado predomina cada día más esta diversificación, apoyada en importantes estudios de médicos, psicólogos y siquiátras.

3º) Establece con nitidez la no incriminación del uso de drogas, pues sanciona a los que posean drogas para traficar con ellas. En este punto el legislador español adopta una postura que todavía no ha sido acogida en algunas legislaciones en el mundo de nuestra cultura. En la actualidad queda claramente fuera del Código Penal la mera tenencia de drogas para el propio consumo.

4º) Formula una cualificación de primer grado por razón de los lugares, la cantidad, el sujeto pasivo y el sujeto activo del tráfico. Respecto al lugar, se agravan los actos llevados a cabo en centros docentes, en unidades militares o en establecimientos penitenciarios. Por razón de cuantía, cuando la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia. En relación con el sujeto pasivo, cuando las drogas se difundan entre menores de 18 años; y en cuanto al sujeto activo, cuando este sea miembro o agente de organización que tenga como finalidad difundir las drogas.

5º) La pena de inhabilitación especial que se imponía tradicionalmente al facultativo, ahora se extiende también al funcionario público cuando actúa con abuso de su profesión; y se especifica que la sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes. Tal aclaración no se formulaba en la legislación anterior.

6º) Se amplian las medidas de seguridad cuando los actos se realicen en establecimientos públicos o se trate de personas que trabajan en una organización dedicada al tráfico de drogas. Además, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores cuando fuera aplicada alguna medida de suspensión de la empresa o su clausura definitiva.

7º) Se disminuye el arbitrio judicial en la determinación de la cuantía de las penas mediante diversas cualificaciones legalmente determinadas y la diferenciación de drogas usualmente denominadas duras o fuertes y blandas o leves.

8º) Desaparecen las sanciones pecuniarias para todo tráfico de drogas “blandas”, aunque sea de extrema gravedad, e incluso si se realiza en establecimiento público y/o la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia.

III. POLÍTICA CRIMINAL

La droga es un grave problema social, económico, jurídico, policial, religioso y político que exige generosa e inteligente atención —local, étnica e internacional— de los juristas y de los no juristas.

La gravedad del tema y la interconexión con tantos campos de la ciencia y de la vida en sus factores etiológicos, en sus consecuencias y en sus más o menos posibles soluciones obliga a una profunda investigación interdisciplinaria, a una reforma radical de la normativa legal nacional e internacional, a una modernización de las instituciones y personas que intervienen directamente en la praxis para aminorar lo más posible esta epidemia del siglo XX.

Para lograr una política criminal eficaz con los traficantes y los drogadictos, interesa estudiar previamente los diversos factores que inciden en estos problemas: su personalidad, sus condiciones sociales anteriores, sus experiencias delictivas, el contexto social en el comienzo de la carrera de la droga, la característica de cada dependencia de droga, la dinámica del medio donde se desarrolla la escena de la droga, y el influjo de la política criminal y de los controles sociales en el aumento o la disminución de la drogodependencia¹.

Entre los factores etiológicos que han de tener en cuenta los especialistas en política criminal para resolver los problemas del consumo y tráfico ilegal, y no en último lugar, se halla la carencia y/o la debilidad de valores espirituales. Por otra parte, no nos atrevemos a negar que ciertas drogas, ciertas culturas de droga pueden abrir caminos más nobles que los de algunas culturas actualmente dominantes para renovar e intensificar la convivencia lúdica y la respuesta amorosa a preguntas y sentimientos trascendentes².

En la problemática de las drogas se deben distinguir tres campos diferentes: el de los drogadictos, el de los traficantes y el de los drogadictos-trafficantes. La investigación, la legislación y la praxis deben ocuparse de estos grupos tan diversos, pero tan unidos entre sí.

Los investigadores han de aclarar, en cuanto se pueda, la metodología del contagio de la droga, cómo influyen algunas drogas blandas en la escalada de la droga, la diferencia entre el traficante y el drogadicto, y la personalidad de este (para poder conseguir su repersonalización).

Los drogadictos necesitan instituciones de deshabitación y resocialización. Estas instituciones, que hoy en día demandan cuantiosos gastos, cuentan entre nosotros con insuficiente respaldo científico. Muchos de estos centros se basan en una imagen equivocada, poco científica, del drogadicto, pues le ven como irrecuperable y, además, olvidan la etapa más importante de su curación: la reinserción social

¹ MANUEL LÓPEZ-REY y ARROJO, "Drug addiction as a Sociopolitical problem", en *Journal of Drug Issues*, Winter 1975, págs. 1-11; ARTHUR KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung und Empirischen Strafverfahrenswissenschaft", en H. J. KERNER, H. KURY y K. SESSAR, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Band 6/1, Köln, Carl Heymanns, 1983, pág. 249. Prescindamos de la "droga de la verdad". Cfr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Derecho procesal penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, págs. 181 y ss.

² JEAN-CLAUDE BARREAU, *La prière et la drogue*, París, 1974, págs. 119 y ss.; MARLENE DOBKIN DE RIOS "Religion und Pflanzenhalluzinogene im präkolumbischen Peru-Moche und Nazca", en *Rausch und Realität*, t. II, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 584 y ss.; THOMAS HAUSCHILD, "Hexen und Drogen", en *Rausch und Realität*, t. II, págs. 618 y ss.; R. GARCÍA MATEO, *Dialektik als Polemik*. Welt, Bewusstsein, Gott bei Miguel de Unamuno, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1978, págs. 167 y ss.; JOSÉ LUIS L. ARANGUREN, *Ética*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1983, págs. 103 y ss.

que ha de seguir a la deshabitación. Se preocupan por mantener al enfermo aislado durante un determinado tiempo para lograr su deshabitación y superar el síndrome de abstinencia, que hoy en día se puede obtener por medios relativamente sencillos, por ejemplo con una cura de sueño; pero esas instituciones no suelen preocuparse suficientemente del problema más difícil: cómo evitar la reincidencia cuando el "curado" vuelva a la vida común. En España se preocupa especialmente de este segundo paso el centro de Onerterapia, de Madrid, que lleva dadas unas 25 altas provisionales a toxicómanos que han acudido a su sistema integral. Este Centro parte de una realidad importante, olvidada a veces: que la dependencia de estupefacientes, más que un problema personal o de mera dependencia física, es un problema social, pues la experiencia ha demostrado que muchas veces la familia boicotea el tratamiento puesto que "necesita" al heroínmano como necesita el cubo de la basura donde deposita todo lo malo. Mientras haya uno tan malo que se droga, todos los demás somos buenísimos³.

Algunas instituciones han llegado a aplicar tratamientos que violan los derechos humanos, como parece que sucede en el Centro de San Patrignano, ubicado en la región de Emilia Romagna, en el cual se encuentran 370 jóvenes que luchan contra la heroína. Su director, junto con otros 13 colaboradores, han sido acusados de secuestro y de malos tratos, pues a veces para superar el síndrome de abstinencia se empleaban métodos violentos, incluso el encadenar a los jóvenes⁴.

El contagio de la droga suele seguir con frecuencia ciertos pasos que conviene develar con argumentos convincentes, para facilitar la lucha posterior: 1º) la drogodependencia es una conducta aprendida; 2º) por mimetismo de otra persona, y 3º) cada aprendiz participa en extender (ilegalmente y en secreto) el consumo y el abuso de la intoxicación. La *cannabis* suele ser, según algunos⁵, la iniciadora en la escalada hacia la heroína. Pero, con más fuerza de lo que se dice, actúan como iniciadores también el alcohol, la nicotina y, con frecuencia, ciertos medicamentos.

El alto número de minitraficantes drogadictos puede llevar a una equiparación genérica del traficante con el enfermo, que induzca a equivocaciones en su tratamiento jurídico-penal y clínico. También conviene reflexionar acerca de la posible exageración de la importancia unilateral de las sustancias químicas, y lo poco que se tiene en cuenta la dimensión social y cultural. La criminalidad de los drogadictos no parece que sea de menor gravedad que la de los otros delincuentes. Por lo general, la carrera de la droga va aparejada con la carrera criminal, y resulta difícil analizar cuál de las dos ha empezado antes⁶.

³ Cfr. *Noticias Médicas*, núm. 3101, Madrid, 16 enero 1984, págs. 16 y ss.

Algo similar sucede en los otros campos de la estigmatización en las carreras criminales (desviación primaria y secundaria, inevitables solo hasta cierto grado).

⁴ Un juez italiano ha acusado a una comunidad antidroga de secuestro, en *Noticias Médicas*, núm. 3101 (16 enero 1984), pág. 17.

⁵ A. KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung...", págs. 245 y ss.

⁶ A. KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung...", págs. 248 y ss.; JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, "Toxicómanos", en *Eguzkilore. Cuadernos Inst. Vasco de Criminología*, núm. 1 (San Sebastián, 1976), págs. 50 y ss.

En la publicación colectiva, coordinada por BERNHARD SCHMIDTOBREICK, *Erfahrungen aus der ambulanten Arbeit mit Suchtkranken*, se oyen voces autorizadas en favor del tratamiento ambulatorio de los drogadictos y, con determinadas condiciones, en favor del uso de la metadona (tan criticada en Alemania) para la resocialización⁷.

Recordemos que, como indica FRANCISCO ALONSO FERNÁNDEZ⁸, desde que el mundo está habitado por seres pensantes y sufrientes consume droga para eliminar los sufrimientos físicos, los sufrimientos psicológicos, para estimular el desarrollo del pensamiento y de los sentimientos. No vamos a pensar que podemos erradicar la droga. Vamos a proponernos limitar esa pandemia que existe en el mundo, con un propósito realista, y además, proteger a nuestras juventudes, que es donde la droga hace más víctimas.

Muchos especialistas de aquende y de allende quisieran que los jóvenes y los adultos de hoy y de mañana no precisen drogas para poder realizarse en su trabajo, en su descanso y en su diversión; que rechacen intuitiva e intelectualmente las sensaciones que no broten espontáneamente, aunque puedan formar parte del individuo; que reconozcan que en algunas circunstancias las drogas pueden ayudar a muchos si se administran con justicia, con inteligencia y con prudencia. Para lograrlo necesitamos estudiar más científicamente el enigmático fondo del mundo de las drogas y colaborar en la prevención y/o profilaxis de la farmacodependencia y del tráfico, acudiendo solo en última instancia a las antinómicas sanciones penalrepersonalizadoras para la protección y desarrollo de los valores humanos.

Suele discutirse si para mejor proteger los diversos bienes jurídicos amenazados por el consumo de drogas conviene incriminar el tráfico de estas sustancias, tal y como lo hacen los sistemas penales en los países que han firmado los convenios de las Naciones Unidas. En sentido contrario se elevan las voces de algunos teóricos, como L. HULSMAN y otros⁹. Según este autor, debe dejarse plena libertad de comercio, cultivo, propaganda, etc., de las drogas, sobre todo de las leves. Otro problema sería concretar el medio —si existe— de llegar a implantar esa libertad de tráfico sin que se produzca, como algunos opinan, una crisis social en los campos afectados por este complejo problema.

En cambio, la mayoría de los especialistas consideran necesaria la incriminación penal del tráfico de las drogas. No les parece admisible el paralelismo con la criticada "ley seca"¹⁰ de los Estados Unidos. Resultan convincentes los motivos que se adu-

⁷ BERNHARD SCHMIDTOBREICK (compilador): *Erfahrungen aus der ambulanten Arbeit mit Suchtkranken*. Freiburg, Lambertus, 1983.

⁸ FRANCISCO ALONSO FERNÁNDEZ, en *Drogodependencias*. Actas del IX Cong. Inter. sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, 1980, pág. 20.

⁹ L. H. C. HULSMANN, "Politique Criminelle et Toxicomanie", Rapport Général Introductif, Dix-Huitièmes Journées de Défense Sociale, en *Revue de Science Criminelle et de Droit pénale comparé*, págs. 484 y ss.; L. HULSMANN y H. VAN RANSBEEK, "Evaluation critique de la politique des drogues", en *Déviante et Société*, núm. 3 (1983), págs. 271 y ss., especialmente 280.

¹⁰ FRANK PEARCE, *Los crímenes de los poderosos*. El marxismo, el delito y la desviación, traducción de N. Grab, Madrid, Siglo XXI Editores, 1980 págs. 105 y ss.

cen en favor de la política criminal dominante, aunque no solucione el problema real, tan grave y enigmático, que algún autor¹¹ lo califica de suicidio colectivo.

Tradicionalmente, ya desde el siglo XIX, todos los tratadistas hispanos¹² coinciden, aunque con diversos matices, en reconocer la necesidad de incriminar el tráfico de drogas (quizás no de todas). COBO DEL ROSAL después de abordar el problema, concluye en favor de la necesaria incriminación del tráfico ilegal: "Un Estado que pretenda seriamente hacer posible la libertad de la persona debe de forma necesaria, poner los medios para que esto así suceda, y someter, en consecuencia, a su control, los productos cuyo uso no intervenido, en efecto la contradicen... En nombre, pues, de la libertad, se castiga el tráfico de determinadas sustancias, selectivamente concretadas"¹³.

Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son conscientes de la necesidad de actuar con energía y con discreción (con frecuencia hacen hincapié en la necesidad de nuevas investigaciones), dada la gravedad y la complejidad del problema que brota de y aboca a tantos campos de la sociedad¹⁴. Atinadamente, la Memoria elevada al gobierno de S. M. insiste en la "auténtica enjundia del problema social de la drogadicción", al tiempo que indica que "el tráfico y consumo de drogas y estupefacientes ha motivado 7.242 causas, en el año 1982, con incremento de 571 sobre el año anterior, lo que representa 8.55 por ciento, habiendo aumentado también, aunque levemente, del 0,81 al 0,83, el porcentaje de este conjunto de procedimientos en relación con el global". Este aumento es poco expresivo del debido reflejo en los procesos penales del problema social¹⁵.

IV. DERECHO COMPARADO

Muchos de los países cercanos culturalmente (más o menos) a nosotros y que han firmado los convenios internacionales de 1961 y 1971, como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Italia, Japón,

¹¹ JULIO CARO BAROJA, "Nuevas formas de suicidio", en *El País*, de Cali, 26 enero 1984, pág. 11.

¹² Me refiero a los citados en la bibliografía al comienzo de este trabajo.

¹³ MANUEL COBO DEL ROSAL, "Consideraciones generales sobre el denominado «tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes»", en *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Inter... Madrid, 1980, págs. 191 y ss., y 201.

¹⁴ La Dirección de Asuntos Económicos y Sociales ha redactado una importante *Nota sobre la lucha contra la toxicomanía - una política específica para el Congreso de Europa*, que está siendo estudiada por el Comité Europeo para los Problemas Criminales. Cfr. *Conseil de l'Europe*. —Comité Européen pour les Problèmes Criminels (CDPC)—. *Rapport Sommaire de la réunion du Bureau du CDPC tenue en fin d'après-midi le 23, durant l'après-midi du 24 et la matinée du 25 novembre 1983 au Palais de l'Europe à Strasbourg*.

Council of Europe. Committee of Ministers, Resolution (73)6, "On the penal aspects of drug abuse", en *Resolutions by the Committee of Ministers Relating to Crime Problems*, II, Strasbourg, 1973, págs. 1 y ss.

¹⁵ *Memoria elevada al gobierno de S. M.* en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1983 por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Luis Antonio Burón Barba, Madrid, 1983, pág. 60. MANUEL LÓPEZ-REY y ARROJO, *Criminología. Criminalidad y planificación de la política criminal*, t. II, Madrid, Aguilar, 1978, pág. 212.

Polonia, República Federal de Alemania, República Democrática de Alemania, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia, ofrecen una serie de rasgos *coincidentes*, pero también brindan notables diferencias¹. Entre los rasgos coincidentes hemos de destacar, principalmente, que todos estos países emplean sanciones penales para reprimir actos más o menos graves de tráfico de drogas, y que la opinión pública reprocha este tráfico especialmente cuando las víctimas son jóvenes. En todos los países se imponen penas privativas de libertad y multa. Las penas privativas suelen oscilar entre uno y diez años, por ejemplo en Alemania occidental (hasta 1981), en Austria, Noruega, República Democrática Alemana, Suecia, Yugoslavia. Aplican penas de menos duración, por ejemplo, Dinamarca, Polonia y (en parte) Holanda. En cambio, aplica penas incluso hasta de cadena perpetua Turquía, y este país, en algunos supuestos de tráfico organizado por alguna asociación o que haya causado alguna muerte, puede llegar a la pena capital².

En Austria, Italia, Suiza, Yugoslavia y en algunos Estados de Norteamérica la posesión en pequeñas cantidades queda impune, o solo acarrea sanciones administrativas. Por el contrario, otros países, como la República Federal de Alemania, consideran delito aun la tenencia para el propio consumo de cualquier clase de droga, aunque sea de las blandas (norma que quizás deba considerarse anticonstitucional)³.

Muchas legislaciones dejan sin efecto la pena, en ciertos supuestos, si el drogadicto se somete a un tratamiento terapéutico de deshabitación; por ejemplo, Austria, Dinamarca, Francia, Noruega, República Federal de Alemania y Suiza. Las convenciones de las Naciones Unidas de 1961 y 1971 dejan también abierta esta puerta para la no punición. De modo semejante el proyecto de Código Penal Internacional de CHERIF BASSIOUNI (art. XV, sección 3). En ciertos Estados, como Grecia y Turquía, la legislación que sanciona a los traficantes suele distinguir entre drogadic-tos y no drogadic-tos.

Según las estadísticas criminales internacionales últimamente aparecidas, en febrero de 1984, de la *Organización Internacional de Policía Criminal* referidas a los años 1979-1980, el porcentaje de infracciones en materia de drogas en los años 1979 y 1980 por cada 100.000 habitantes oscilan en cantidades muy diversas; por ejemplo, en España 24, en Francia 20, en Dinamarca 92, en los Países Bajos 53 y 38, en Austria 72, en Bahamas 400⁴.

¹ FRIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogen gesetzgebung im internationalen Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss.; F. CURTET, "La législation sur les toxicomanes. Possibilités et limites" en *Rev. Prat.* 1982, 32, núm. 37, págs. 2491-2494; JEAN MICHEL ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG, "Toxicomanies autres que l'alcoolisme", en *Encyclopedie Médico-Chirurgicale*, julio 1983, con amplia bibliografía; M^o. del interior "Legislación sobre drogas en los Países Bajos", en *Boletín del Centro de Estudios de Protección Ciudadana*, núm. 8, Madrid, 1982, págs. 4 y ss.

² FRIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogen gesetzgebung im..." págs. 1193 y ss.

³ WINFRIED HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1980, pág. 202.

⁴ Cfr. *Organización Internacional de Policía Criminal. Interpol. Estadísticas Internacionales de Delincuencia 1979-1980*, Saint Cloud, Secrétariat Général de l'O.I.P.C.— Interpol.

El bien jurídico protegido en este artículo resulta difícil de concretar, pues proviene de (y se extiende a) ramificaciones en sectores diversos de la salud individual, de la salud pública, del orden público, de la economía, de las finanzas, etc., y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales¹. Sin embargo, por varios motivos, se puede aceptar como bien jurídico *principalmente* protegido *la salud pública*,² tal y como dice la rúbrica de la sección 2^a del título V (De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general)³ del libro II del Código Penal, donde se ubica el art. 344.

Ciertamente, el uso y consumo excesivo de las drogas fuertes (y quizás también de las leves), produce procesos patológicos en el usuario. Actualmente, en los países de nuestro mundo cultural ese uso indebido, a veces, puede incluso ocasionar la muerte, tanto por el consumo como por la privación súbita de la droga. Los toxicómanos padecen mayor morbilidad (cirrosis de los *hippies*, esterilidad, etc.), aunque puede dudarse si esta procede directamente del consumo de drogas o como lógica consecuencia de su deficiente respuesta inmunitaria, o de sus limitaciones higiénico-sanitarias, o de su desnutrición, o de otros factores conexos con su estilo de vida. Muchos estados de depresión y perturbaciones mentales transitorias atribuidas al consumo de drogas puede que sean en realidad causa, y no efecto, de tal consumo. Más de un deportista ha fallecido víctima de dosis excesivas de "doping". La "dependencia física" merece también la consideración de enfermedad, según ciertos médicos. En este supuesto, el número de enfermos por drogas en algunos países, no solo en Norteamérica, alcanza cifras muy dignas de ser tenidas en consideración por el legislador, el juez y los ciudadanos⁴.

¹ ANTONIO BERISTAIN, "Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica", en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Ed. Reus, 1979, págs. 513 y ss.

² ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Problemas político criminales en materia de drogadicción", en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 502 y ss. El bien jurídico protegido no es la vida y la salud individual, sino la salud pública como objeto posible de protección, la salud de la colectividad, por lo cual desaparece el problema del consentimiento del consumidor al no ser titular del bien eminentemente social que no pertenece a su esfera de disposición.

³ El legislador debía haber aprovechado la reforma de junio de 1983 para corregir esta "errata" y omitir la palabra *en*. Cfr. A. BERISTAIN, "El delito de peligro por conducción temeraria", en *Revista de Derecho de la Circulación*, año VII núm. 6 (nov.-diciembre 1970), págs. 527-567. Cfr. *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Edit. Reus, 1979, pág. 289.

⁴ Según datos aportados por la Agencia EFE (Diario *Deia*, 10-III-1984), durante el año 1983 en el Estado Español se contabilizaron 892 atracos y robos a farmacias, de los que 534 ocurrieron en Madrid. Alrededor de 11.000 personas fueron detenidas ese mismo año, que se distribuyen en algo más de 2.000 por tenencia ilícita y otras nueve mil por tráfico. De todas ellas, 8.830 eran de nacionalidad española y 1.813 extranjeros.

En cuanto a las edades de los detenidos, más del 50% estaban comprendidos entre los 15 y 25 años; cerca del 20% entre los 26 y 30; alrededor del 10% entre los 16 y los 18 años, o los 31 y 49; un 5% por los de más de 40 años; un 0.5% por los menores de 16 años.

En el mismo informe se considera que un millón de personas tienen problema con algún tipo de droga (dura o blanda); otros dos millones sufren una clara dependencia del alcohol; y a todos ellos

El concepto de salud/enfermedad aquí utilizado es muy amplio, a la luz de las indicaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud⁵ e incluyen también lo relativo al autodominio de la persona. Nadie discute que las drogas pueden rebajar los frenos inhibitorios de la voluntad (cfr. sentencia del 27 de septiembre de 1983).

Además, debe reconocerse la incidencia de las drogas en la delincuencia, especialmente en cierta clase de criminalidad, como pueden ser los delitos contra la propiedad; la conducción indebida de vehículos de motor bajo el efecto de la droga; ciertas estafas, frecuentemente para obtener drogas; atracos para conseguir dinero o para robar drogas; lesiones, incluso asesinato, y no pocas infracciones administrativas. La energía criminal y la violencia ciega de muchas personas aumenta cuando actúan bajo los efectos del síndrome de abstinencia.

Las estadísticas nacionales e internacionales confirman la frecuencia y gravedad de los delitos cometidos con vehículos de motor, incluso aeronaves, conducidas bajo la influencia de drogas (o de alcohol).

También conviene tomar en consideración los delitos de contrabando y sus cifras, más o menos conocidas, con tan voluminosas pérdidas para el interés fiscal del Estado.

Entre las consecuencias negativas del tráfico (y abuso) de las drogas algunas inciden en el ámbito del derecho civil y, a veces, alcanzan importancia notable, por lo que conviene recordarlas al hablar del *múltiple* bien jurídico que el art.

se han de añadir los que no pueden "desengancharse" de los analgésicos y tranquilizantes, que constituyen otros dos millones.

Las secuelas más trágicas de este problema se centran en el número de muertos por sobredosis. Durante 1983 fallecieron por este motivo en el Estado Español 93 personas, lo que supone casi duplicar la cifra de 1981 en que se registraron 57 muertes por esta causa, así como también un claro incremento sobre 1982, año en el que la sobredosis mató a 79 drogodependientes. Se calcula en medio millón de personas mayores de 15 años que consumen hachís. Unas 80.000 personas son adictas de opiáceos y LSD, unas 60.000 personas consumen regularmente cocaína.

En el País Vasco, según los datos recogidos por el *Centro Coordinador de las Drogodependencias* (del Departamento de Sanidad y Seguridad Social) hay 176.332 bebedores excesivos; 40.817 sospechosos alcohólicos; 96.319 consumidores habituales de *cannabis*; 42.450 consumidores habituales de alucinógenos; 6.531 consumidores habituales de cocaína (enero de 1984). El consumo de drogas ilegales en el año 1981 osciló entre los 4.500 y los 7.000 millones de pesetas.

El número de fallecimientos por drogas es difícil de averiguar, ya que las familias lo ocultan. Algunos informes indican que el número de fallecidos por drogas en Euskadi durante 1981 pudo llegar a ser de 80; según el estudio del Centro Coordinador de las Drogodependencias, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, del gobierno vasco, titulado *Los jóvenes y las drogas*, (enero 1984). En Francia durante 1983 murieron 190 personas víctimas de la droga (cfr. *Derniers Nouvelles d'Alsace*, 17 marzo 1984, y J. FRANCESCHI, "Bilan de la lutte contre le trafic de stupefiants. Communication devant le conseil des Ministres du 15 février 1984", en *Revue de la Police Nationale*, núm. 120, février 1984, págs. 4 y ss.). Datos acerca del tráfico de diversas drogas en España, PEDRO DE VICENTE, "Los traficantes", en *Sicología de la juventud drogadicta*, Madrid, Ed. Karpos, 1981, págs. 112 y ss.; JOSÉ M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 31 y ss.

⁵ *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1980, págs. 194 y 201. La utilización de un concepto tan amplio de enfermedad parece preferible aquí. Tal vez no en otros campos del derecho penal, como el del aborto.

344 protege. Por ejemplo, el consumo excesivo de la droga puede dar lugar a una declaración de incapacidad de proveer en defensa de sus propios intereses con el subsiguiente y lógico nombramiento de la correspondiente tutela. También cabe una incapacidad por razón de enfermedad mental; incapacidades y tutelas que en algunos casos afectarán no solo al aspecto patrimonial sino también a los actos de la vida civil relativos al cuidado de la persona, así como a sus deberes familiares y sociales. En otros supuestos surgirá una prodigalidad que legitime la declaración de incapacidad y tutela. A tenor del art. 633, párrafo segundo, del Código Civil, pueden quedar incapacitados para testar los que por drogodependencia no se hallen en su cabal juicio. En cuanto a los problemas matrimoniales merece tenerse en cuenta la posible incidencia de la toxicomanía en la nulidad del matrimonio, por falta del consentimiento o por error sobre cualidad personal del otro cónyuge, y en posibles causas de separación y de divorcio⁶. El art. 82 (4^o) dice: "Son causas de separación... el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia".

En el ámbito laboral merece la pena recordar que, según el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, "el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

"2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

"...

"f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo".

Algún autorizado especialista piensa que el bien jurídico protegido, tal como suele formularse, peca de falta de certeza, concreción y utilidad. Él considera en cambio, como el bien jurídico protegido el control estatal sobre el "el ciclo de la droga", porque el Estado tiene un interés directo y específico en torno al problema del comercio ilegal de las drogas, como se evidencia, por ejemplo, en el art. 1^o de la ley 17 de 1967, de 8 de abril⁷.

El bien jurídico es, como se deduce de lo hasta aquí indicado, múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social y económico, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos⁸. Incluye también y de manera especial el monopolio de control del Estado sobre determinadas sustancias (como indicaremos al hablar del contrabando).

⁶ Cfr. L. FERNANDO RUY HUIDOBRO, "Proyección de los estupefacientes en el ámbito del derecho civil", en *Revista del I. Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 14, oct.-nov. 1983, págs. 9 y ss., y en *Boletín Información M^o de Justicia*, núm. 1.337 (5 febrero 1984), págs. 6 y ss.

⁷ MANUEL COBO DEL ROSAL, "Consideraciones generales sobre el denominado «tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes»", en *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, Inst. Nacional de Servicios Sociales, 1980, págs. 191 y ss.

⁸ Preámbulo de la Convención Única de 1961.

VI. OBJETO MATERIAL. CONCEPTO DE DROGAS

Para la interpretación del tipo objetivo del art. 344 del Código Penal la mayoría de los autores¹ insisten en la importancia básica de delimitar y estudiar el concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Ni las leyes ni los estudios teóricos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, han logrado todavía superar la imprecisión y la confusión terminológica y conceptual en este punto. A este respecto pueden y deben aportar bastante luz los médicos, especialmente los farmacólogos y los siquiátras. Adelantando la conclusión a la que abocaremos, podemos decir desde ahora que estos tres términos significan tres especies de una realidad genérica —las drogas— que en derecho penal español son las sustancias incluídas en —y añadidas a— las *listas* de los convenios internacionales. La triple diversificación específica interesa al penalista, pero menos que la división dual entre drogas que el lenguaje popular denomina “duras” y “blandas”.

Como indica MARIANO JIMÉNEZ HUERTA², el concepto, significado y alcance de drogas, estupefacientes y sicotrópicas es genérico y amplio, pues tiene su cuna en las ciencias naturales “adquiere connotación histórica matizada más cada día de un enramado sociológico y de un fondo criminógeno y trasciende al ámbito jurídico, en el que es objeto de preocupación y examen en diversos ordenamientos del mismo: internacional, constitucional, administrativo, penal, procesal y penitenciario”.

En España, como en otras naciones, la legislación y la doctrina carecen de límites precisos al emplear las palabras drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas. Algunos comentaristas³ defienden esta apertura por la naturaleza histórica cambiante del objeto.

Terminología jurídica internacional

Los documentos internacionales, en sus textos —traducciones— oficiales en castellano, suelen emplear principalmente los términos de estupefacientes, drogas, preparados y sustancias sicotrópicas. Más que definir estos términos, los describen casuísticamente detallando en varias *listas* las sustancias concretas que incluyen bajo la rúbrica correspondiente. A este respecto merecen especial atención la Convención Única de las Naciones Unidas de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotró-

¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, pág. 196; JOSE M^a. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1020 y ss.; JOSE M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 96 y ss.

² MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano*, t. v, 2^a ed., México, Edit. Porrúa, 1983, pág. 163.

³ AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR (“Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas”, en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 186 y ss.) considera correcta la postura del legislador español al no dar una definición de drogas, pues así evita la inclusión en el precepto legal de un concepto que está sometido a continuas variaciones.

picas de 1971 y, en su tanto, el Proyecto de Código Penal Internacional, de CHERIF BASSIOUNI.

La Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 no define qué entiende por droga, aunque usa este término en su art. 32. En cambio, sí detalla qué entiende por estupefacientes y por preparados, en el artículo primero: *preparado* es una mezcla sólida o líquida que contenga un estupefaciente; y *estupefaciente*, cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas⁴. La lista I incluye sustancias como la heroína (diacilmorfina), la metadona, la morfina, el opio, la hoja de coca, la cocaína, la *cannabis* y la resina de *cannabis*. La lista II incluye, por ejemplo, la codeína y la etilmorfina.

El convenio de 1971 sobre sustancias sicotrópicas tampoco define la droga; en cambio sí describe qué entiende por preparado: una o más sustancias sicotrópicas en forma dosificada y toda solución o mezcla en cualquier estado físico que contenga una o más sustancias sicotrópicas. Por sustancia sicotrópica entiende cualquier sustancia natural o sintética o cualquier materia natural de las listas I, II o IV, que figuran al final del convenio.

El art. 2º del convenio de 1971 al regular los criterios por los que se ha de incluir cualquier sustancia (no sujeta aún a fiscalización) en alguna de las listas I, II, III o IV, ofrece indirectamente una descripción —bastante lograda— de las sustancias sicotrópicas. Según el numeral 4º del art. 2º, “La Organización Mundial de la Salud ha de comprobar:

”a) que la sustancia puede producir

”1) un estado de dependencia, y

”2. estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo, o

”II) un uso indebido análogo y efectos nocivos parecidos a los de una sustancia de la lista I, II, III o IV, y

”b) que haya pruebas suficientes de que la sustancia es o puede ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia”.

El conjunto de estos requisitos, exigidos por el convenio de 1971, puede ilustrar acerca de cuáles son las sustancias que, de *lege ferenda*, merecen el nombre de drogas.

Terminología española administrativa

La ley 17 de 1967, al adaptar la legislación española a lo establecido en el Convenio Único de 1961, en su artículo dos, entiende por *estupefacientes* las sustancias, naturales o sintéticas, incluídas a las listas I y II de las anexas al convenio de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho convenio, y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca; y tendrán la consideración de “géneros prohibidos los estupefacientes incluídos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas

⁴ Todas estas listas se transcriben en el *Boletín Oficial del Estado* de 4 de noviembre de 1981.

anexas al citado convenio". El artículo primero de la ley española sigue también fielmente las formulaciones del convenio, al entender por *preparado* una mezcla, sólida o líquida, que contenga un estupefaciente⁵.

Terminología penal española

El Código Penal, en su art. 344, en la redacción actual, se refiere a "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas". En la formulación anterior a la reforma de 1983 hablaba de "drogas tóxicas" o "estupefacientes". Anteriormente, en 1944, usaba la misma expresión. El Código Penal de 1932, en sus artículos 346 y ss., trataba de "medicamentos", "sustancias nocivas a la salud", y de "productos químicos que puedan causar grandes estragos". Pero no empleaba las expresiones *drogas tóxicas*, ni *estupefacientes*. El Código Penal de 1928, en su art. 558, se refería al "tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes"; y, en su art. 781, hablaba "de drogas tóxicas y demás estupefacientes".

La *ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social*, de 4 de agosto de 1970, considera las *toxicomanías* como estados que pueden ser índices de peligrosidad. En el mismo sentido se refiere a los que promueven el ilícito tráfico o fomentan el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos (art. 2º, núms. 7 y 8).

En el art. 344 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas), la palabra "estupefacientes" podría entenderse como adjetivo de *drogas*. Algunas sentencias del Tribunal Supremo (sent. del 16 de octubre de 1968, Arazandi 4.311) emplean en este sentido la expresión de "drogas estupefacientes". Pero tal interpretación no parece admisible por múltiples razones: otras fórmulas semejantes del Código Penal, de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, y del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencias de 23 de diciembre de 1966 y de 6 de diciembre de 1970) muestran con claridad que entienden y emplean la palabra *estupefacientes* como sustantivo.

La terminología del Código Penal, de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social y de algunas sentencias del Tribunal Supremo puede interpretarse como trivalente, descriptiva de tres conceptos: *drogas tóxicas* por una parte, *estupefacientes* por otra, y *sustancias sicotrópicas* por otra. El primer término y el segundo significarían las sustancias incluídas en las listas I, II y IV del Convenio Único de las Naciones Unidas de 1961, en relación con la ley española de 1967; y el tercero las indicadas en las listas I, II, III y IV del convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971⁶. Entre otros argumentos, para esta interpretación, pueden aducirse la voluntad del legislador, varias sentencias del Tribunal Supremo, la opinión doctrinal y la legislación comparada, por ejemplo la legislación francesa de 1953 y 1970. Como ya sabemos, el art. 2º, de la ley 17 de 1967, establece que, a efectos de esta ley, "se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluídos en las listas I y II de

⁵ A. BERISTAIN, "Las drogas y su legislación en España", en *Anuario de Derecho Penal*, Fasc. I (enero-abril, 1973), págs. 41-72.

⁶ Cfr. Su art. 1º, e). El texto íntegro en *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974, págs. 186 y ss.

las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas", y "tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluídos, o que se incluyen en lo sucesivo, en la IV de las listas anexas al citado Convenio".

La lista III del convenio de 1961 no se incluye en las drogas (en el sentido jurídicopenal), a diferencia de las otras listas, porque, a tenor del art. 3.4, de dicho convenio, esta lista III incluye los preparados que, "dadas las sustancias que contiene, no se presta a uso indebido y no puede producir efectos nocivos".

Las tres formulaciones de la legislación española designan tres especies de una misma entidad genérica. Apoyamos nuestra exégesis en la terminología de nuestro más alto tribunal, en los nombres que emplean los convenios internacionales y en las fórmulas legales españolas que adaptan y aplican esos convenios o tratados. Desde el punto de vista científico farmacológico, parece que entre drogas tóxicas, fármacos tóxicos, estupefacientes y sustancias sicotrópicas, median diferencias más importantes que para el penalista. En el campo del derecho penal estos términos tienen los principales puntos coincidentes, aunque no todos.

El Código Penal, al hablar de drogas tóxicas, de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas, describe entidades equivalentes, pero no idénticas. Estas diferentes expresiones son, a veces, meros giros estilísticos de los que tanto abusa el legislador español. Por ejemplo, en el art. 340 bis a, párrafo primero, habla de drogas tóxicas o estupefacientes, sin mencionar las sustancias sicotrópicas. Y después, en el art. 344, en cambio, habla de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Algo similar sucede en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, que emplea dos fórmulas distintas en el art. 332: en el número primero habla de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas; en el número cinco habla de "drogas tóxicas, estupefacientes o sicotrópicas" (se omite el "sustancias"). Esta última expresión se repite en el art. 334, 1º (con una errata que no tiene importancia mayor).

Históricamente, antes de la reforma del 15 de noviembre de 1971, el art. 344 del Código Penal era una ley penal en blanco con referencia a los artículos anteriores. Pero, desde 1971 la formulación se ha obscurecido; no está claramente redactada como ley penal en blanco. Pero, muy probablemente, la *voluntas legislatoris* era que en el art. 344 las drogas contuviesen todas y solo las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas enumeradas en las listas del derecho internacional, aunque no lo ha formulado con precisión. Desde que entró en vigor la Constitución de 1978, el juez está vinculado por la ley para incluir bajo el concepto de drogas tóxicas o estupefacientes o sustancias sicotrópicas todas y únicamente las sustancias a que se refieren las normativas internacionales de 1961 y 1971 tal y como han sido publicadas oficialmente en España.

El art. 96 num. 1º, de la Constitución, al consagrar la recepción automática de los convenios internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, como parte del ordenamiento interno, y el art. 1º, 5, del Código Civil, al establecer que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales serán de aplicación directa en España en tanto hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del

Estado, nos obligan a interpretar el art. 344 del Código Penal como ley penal en blanco, en relación con las normas internacionales correspondientes.

La autonomía del derecho penal nacional resulta equívoca en la perspectiva internacionalista si no se admite la distinción entre tratados *self-executing* y tratados *non self-executing*. Los tratados sobre materia penal, generalmente, se consideran *non self-executing*⁷, pero en lo referente al significado del objeto material de estos delitos del art. 344 deben considerarse vinculantes.

Por lo tanto, los tratados y convenios internacionales firmados por España, y las leyes administrativas y fiscales referentes a estas sustancias, así como sus listas anexas, le pueden y deben servir al juez de criterio orientador y vinculante para decidir qué sustancias deben considerarse “drogas”. No son vinculantes respecto a cómo han de ser definidos los delitos. Los textos legales internacionales, concretamente el convenio de 1961, en su art. 36 e, num. 4º, y la convención de 1971, en su art. 22, num. 5º dicen expresamente que debe mantenerse en este punto el principio de la naturaleza “primaria” (autónoma) del derecho penal, pues reconocen que los delitos han de ser definidos de conformidad con la legislación nacional de cada parte y que ninguna de las disposiciones del presente artículo valdrá por encima de la respectiva legislación nacional.

El juez español deberá pues, condenar al que mediante actos de tráfico promueva el consumo ilegal de una droga incluida en alguna de las listas I, II y IV del convenio de 1961, y de la ley de 1967, o en las listas I, II, III y IV del convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971⁸, aunque le conste (como puede suceder) que, según la ciencia farmacológica y los expertos forenses criminológicos, esa sustancia en el caso concreto no produce los efectos nocivos propios de las sustancias incluidas en aquellas listas. Si el consumo de esa concreta droga se considera conducta socialmente adecuada en España, aunque no en otras naciones, el gobierno español debía haber formulado alguna reserva al convenio de 1961, y las reservas que admite el art. 32 del convenio de sustancias sicotrópicas de 1971. La dimensión internacional de este tráfico delictivo impide mantener a ultranza —sin la venia del legislador— las peculiaridades nacionales. Prescindimos aquí de estudiar detenidamente los motivos, más o menos fundados, de no penalizar el uso del alcohol⁹, del tabaco¹⁰ y de otras drogas que cumplen determinadas funciones en nuestro círculo cultural, social, histórico, económico e, incluso, religioso.

⁷ Cfr. L. I. SANCHEZ RODRIGUEZ, “Comentarios a la Sentencia T. S. (Sala 2ª) de 22 de febrero de 1973”, en *Rev. Esp. de Derecho Inter.* vol. XXVIII (1975), págs. 139 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Nota, en Jurisprudencia española sobre Derecho Internacional Público”, en *Rev. Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, págs. 153 y ss.

⁸ Según su artículo primero, Párrafo e), por “sustancias sicotrópicas” se entiende cualquier sustancia (natural o sintética), o cualquier materia natural de la lista I, II, III, o IV. La lista III del convenio de 1961, a tenor del art. 3º, 4º, del mismo convenio, incluye los preparados que, “dadas las sustancias que contiene no se presta a uso indebido y no puede producir efectos nocivos”. Por esto, tales preparados no se consideran drogas en nuestro campo.

⁹ THOMAS SCHWEIZER, “Alkoholkonsum im interkulturellen Vergleich”, en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, t. I, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 134 y ss., 252 y ss.

¹⁰ ELISABETH WALTHER, “Kulturhistorisch-etnologischer Abriss über den Gebrauch von Tabak” en *Rausch und Realität...*, t. I, págs. 374 y ss.

Aunque el convenio de 1961, como el de 1971, pretenden vincular las partes respecto al concepto de droga; sin embargo, ante todo y principalmente, regulan el control no penal del problema de las drogas, y solo excepcionalmente admiten o aconsejan las sanciones penales¹¹.

Además, el convenio de 1961 permite la libertad de producción, fabricación, exportación, importación, comercio, posesión o uso de los estupefacientes de la lista IV, si a juicio de las partes “las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea este el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos”.

El Tribunal, si respeta el principio de legalidad, carece de base para condenar a quien trafica con una sustancia con caracteres similares a las drogas conocidas si tal sustancia no figura en las listas de los convenios internacionales¹².

Tal como está formulado, el art. 344, en el contexto legal español, las listas suponen para el Tribunal una presunción *iuris et de iure* de que sus sustancias poseen las cualidades necesarias para el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado¹³.

Doctrina española

La doctrina dogmáticopenal y criminológica en España estudia detenidamente, como antes decíamos, el contenido del objeto material del art. 344. LUZÓN PEÑA admite como principio general que el Tribunal debe considerar como droga aquella sustancia que está incluida en las listas de los tratados internacionales, pero hay que admitir la excepción cuando se pueda demostrar que alguna sustancia concreta no es subsumible en alguno de los elementos del concepto de drogas tóxicas, o estupefacientes, sin que “ese sea el caso de la *cannabis* y sus derivados, ni siquiera los menos nocivos, como la *griffa* o marihuana: pues tal sustancia es nociva (tóxica), aunque los sea en un grado escaso, su consumo reiterado puede crear dependencia síquica, ya que no física (droga), y puede afectar a la sensibilidad (estupefaciente)”¹⁴.

Según CÓRDOBA RODA, hay que atender a los preceptos internacionales, pero no basta, puesto que es preciso además que la sustancia concreta, en atención al bien jurídico protegido por la norma, resulte idónea para originar una significativa perturbación de la salud¹⁵.

¹¹ Véase el art. 2.5 b) del convenio de 1961 que dice: “Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea este el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos”.

¹² Anteriormente (cfr. *Las drogas*, 1974, págs. 28 y ss) mantenía opinión distinta por varios motivos, entre otros por el diverso contexto legal patrio, antes de la Constitución de 1978.

¹³ SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, págs. 21 y ss.

¹⁴ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, “Tráfico y consumo de drogas”, en BARBERO SANTOS, CEREZO MIR y otros, *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Instituto Alemán, 1982, pág. 66.

¹⁵ JUAN CÓRDOBA RODA, “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, publ. Universidad, 1981, págs. 15 y ss.

Las autorizadas opiniones de estos y otros comentaristas españoles¹⁶ muestran la necesidad de que el Código Penal formule con más claridad el contenido del objeto material de los delitos del art. 344, dada su importancia básica. Además, los autores de la nueva norma penal deben exponer los motivos de *lege ferenda* para incluir tal o cual sustancia dentro del concepto de droga.

A la luz de los especialistas deben declararse drogas en el derecho penal aquellas sustancias cuyo uso y tráfico indebido pueden producir resultados notablemente peligrosos a la salud individual, al modo de comportarse, a la economía pública, a la salud física y moral de la humanidad, de modo semejante a como los producen las sustancias incluidas en las listas de los convenios de las Naciones Unidas.

En sentido parecido se expresa el Consejo de Europa, en su atinada y densa resolución (73) 6, sobre los aspectos penales del abuso de drogas, adoptado por el Comité de Ministros el 19 de enero de 1973, y revisada posteriormente. En esta resolución el término "droga" comprende todas las sustancias que, en razón de sus propiedades psicoactivas y otras, puede abocar a un uso abusivo y algunas veces a un estado de dependencia. Anteriormente, la asamblea consultiva del Consejo de Europa, en la recomendación 609 (1970), relativa a la toxicomanía (texto adoptado por la asamblea el 21 de septiembre de 1970), definía menos científicamente la droga como aquella sustancia que las autoridades competentes consideran susceptible de engendrar un abuso capaz de crear un gran problema para la sociedad y la salud pública.

En conclusión, desde que está vigente la Constitución de 1978, el art. 344 debe considerarse una ley penal en blanco, pues deben incluirse en él las sustancias comprendidas en las listas I, II y IV del convenio de 1961, y las sustancias sicotrópicas de acuerdo con el convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, y las demás que adquieran consideración de estupefacientes o sustancias sicotrópicas en el ámbito internacional con arreglo al convenio respectivo, más las que se declaren expresamente tales dentro de España¹⁷.

De lege ferenda el legislador penal español debía formular una definición de droga con referencia a los tratados internacionales y a la doctrina de los especialistas en las ciencias criminológicas. Mientras no haya un concepto claro y concreto, caben las opiniones divergentes expuestas y razonadas por algunos comentaristas¹⁸.

Opinamos, con MUÑOZ CONDE¹⁹, que en la práctica es difícil establecer este concepto penal objetivo de droga, porque la nocividad de una sustancia depende

(según indican muchos especialistas médicos, farmacólogos, psicólogos, sociólogos) de las más variadas circunstancias personales, ambientales, etc.²⁰. Esto no obsta para que el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud y a la seguridad pública, etc., o que, en todo caso, no causen objetivamente más daño que otras de tráfico permitido, deberían quedar fuera del Código Penal²¹.

Una vez más aparece la conveniencia o la necesidad de relacionar la dimensión dogmático-penal-formal con la empírico-criminológico-material. En este sentido, el Consejo de Europa, en su resolución sobre "Los aspectos penales del abuso de las drogas" (73)6, formula expresamente el concepto criminológico cuando dice: "A los fines de la presente resolución, por el término *droga* se entiende toda sustancia que en razón de sus propiedades psicoactivas, y otras, es capaz de abocar al uso abusivo y algunas veces de producir estado de dependencia". Y, por otra parte, en el capítulo B, "lo que se refiere a la legislación", se manifiesta en favor de un concepto dogmático-penal concreto y claramente determinado por la legislación nacional-internacional, es decir, las *listas*, completadas por cada Estado. Posteriormente, en 1983, consciente de la necesidad de un concepto claro y concreto, en la nota enviada por el secretario general a los gobiernos de los Estados miembros, pide le respondan concretando el concepto de drogas, y así lo hacen una docena de Estados, insistiendo la mayor parte de ellos en un concepto cerrado de listas nominativas de qué debe entenderse en la legislación penal de cada Estado como drogas. Específicamente detallan las listas: Irlanda, Luxemburgo, Noruega y la República Federal de Alemania.

VII. DROGAS DURAS Y BLANDAS

Otro de los aciertos de la reforma de junio de 1983 se refiere, como hemos indicado, a la diversificación radical en todos los distintos tipos, según se trate de drogas que causan grave daño a la salud, por un lado, y las demás por otro. Ya hace tiempo, FERNÁNDEZ ALBOR exigía que en el Código Penal se hiciera referencia a los diversos efectos nocivos de las drogas¹.

Cuando el párrafo primero del art. 344 habla de las sustancias que causen grave daño a la salud está pensando en las generalmente denominadas *drogas duras*, por ejemplo, la heroína. En cambio, cuando en el mismo párrafo dice "en los demás casos", se debe entender los supuestos de las llamadas *drogas blandas* o drogas leves, como la *griffa* o marihuana, la *cannabis* y sus derivados que, generalmente, producen menos daño a la salud. Parece acertada esta diferenciación que sigue parte (solo parte) de la legislación comparada², aunque se reconozca que

¹⁶ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, "La reforma del Código Penal de noviembre de 1971", Madrid, Edit. Civitas, 1976, págs. 46 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, 1983, págs. 196 y ss.

¹⁷ En sentido parecido, JOSÉ M^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1021 y 1023. La Organización Mundial de la Salud, en su comunicado oficial publicado en 24 de febrero de 1984, ha pedido control internacional para treinta y tres fármacos tranquilizantes; por ejemplo, el Diazepam, el Alboral, el Anding, el Anzepam y el Calmapose.

¹⁸ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Tráfico y consumo de drogas", en *La reforma penal*, Cuatro cuestiones fundamentales, Madrid, Instituto Alemán, 1982, págs. 65 y ss.

¹⁹ GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, 1983, pág. 198.

²⁰ L. GUIMÓN, J. SEGARRA, *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974, págs. 143 y ss.

²¹ JOSÉ M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1983, págs. 106 y ss.

¹ Cfr. AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, "Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 187 y ss. y 198.

² FIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogenesetzgebung im internationalen Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, compilado por G. VÖLGER. K. VON WELCH y otros, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss. En Francia las drogas se clasifican en tres clases. En Gran Bretaña se distinguen dos: drogas blandas, por ejemplo, la *cannabis*, y drogas duras; JEAN MICHEL ROUX, D. TOURZEAU y P. HANTZBERG, "Toxicomanies autres que l'alcoolisme", en *Encyclopédie Médico-Chirurgicale*, julio 1983, con amplia bibliografía, págs. 1 y ss.

hay también argumentos en contra. Algunos especialistas los formulan insistentemente. Recuerdan que, con frecuencia, la intensidad y extensión del peligro y/o daño depende, tanto o más que de la droga en sí, de las circunstancias ambientales y sociales, de la complexión física y síquica del usuario, de la dosis y pureza de la droga, de las mezclas con alcohol u otras sustancias, etc. Los efectos psicológicos dependen no solo de la sustancia material de la droga, sino también y en gran proporción del medio ambiente y de las circunstancias sociales. Además, no puede olvidarse el problema de la “escalada”; muchos de los adictos a la heroína y otras drogas fuertes han empezado por la *griffa* o marihuana u otras sustancias leves³.

Recordemos, como ejemplo reciente, el Informe publicado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, en el sentido de que las *drogas blandas*, en concreto la marihuana, si se toman en cantidades importantes pueden producir estados de delirio semejantes a los producidos por las drogas llamadas duras, como el LSD, la silobicina, la mescalina, etc.⁴. Sobre esta base intervino en el pleno del Congreso (con motivo de la discusión del proyecto de 1983) el señor BARRERO LÓPEZ, contra la despenalización de las denominadas drogas “blandas”, de los derivados del *cannabis*.

Desde el punto de vista médico y psicológico, en este problema tan importante, ofrecen amplia información los profesores J. GUIMÓN, J. SEGARRA y GIBERT CALABUIG en España⁵; J. M. ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG en Francia⁶; SIDNEY COHEN en California⁷, y KARL-LUDWIG TÄSCHNER en Alemania⁸.

El Tribunal Supremo recientemente va tomando postura, en algunas sentencias posteriores a la ley orgánica de junio de 1983, acerca de qué drogas deben considerarse duras y cuáles blandas. Por ejemplo, la sentencia del 11 de noviembre de 1983 considera que la cocaína es droga que causa grave daño a la salud; la sentencia de 29 de octubre de 1983 estima la heroína también como droga dura. En cambio,

³ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, “Tráfico y consumo de drogas”, en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Inst. Alemán, 1982, págs. 65 y ss.

⁴ Según informe elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, la marihuana, en altas dosis, puede producir estados de delirio semejantes a los producidos por drogas, consideradas “duras”, como la LSD, la mescalina y la silobicina, apuntándose que los efectos psicológicos dependen, también, del medio ambiente en que se viva y del equilibrio emocional de cada persona. Cfr. el diario “*Ya*”, del 19 de junio de 1983.

⁵ J. GUIMÓN y J. SEGARRA, *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974; JUAN ANTONIO GIBERT CALABUIG, “Las drogas y su problemática actual. Drogas, estupefacientes y alucinógenos”, en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, publ. Universidad, 1981, págs. 44 y ss.

⁶ JEAN MICHEL ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG, “Toxicomanies autres que l'alcoolisme”, en *Encyclopédie...*, julio 1983, págs. 1 y ss.

⁷ SIDNEY COHEN, “Medizinischer Stand der marihuana-Forschung”, en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich...*, 1981, págs. 1390 y ss.

⁸ KARL-LUDWIG TÄSCHNER, “Drogenkonsum Stand der Forschung aus medizinischer Sicht”, en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, págs. 1426 y ss.

la sentencia del 10 de noviembre de 1983 considera que el hachís no causa daños en la salud. En sentido parecido, también las sentencias del 7 de noviembre de 1983 y 16 de noviembre del mismo año.

Como anotamos en otro lugar, esta distinción más bien acertada entre drogas fuertes y leves no debería ser óbice para que el tráfico con las segundas nunca sea sancionado con penas pecuniarias, como —por desgracia— sucede en la legislación vigente española.

Para terminar este capítulo tengamos presente que el bien jurídico protegido en el art. 344 no es solo la salud pública.

VIII. DOS FIGURAS BÁSICAS

Como indicábamos antes, uno de los principales logros de la reforma de 1983 es la clara distinción entre las conductas incriminadas (los tráficos ilegales de drogas), por una parte, y por otra la no tipificación de la mera tenencia de drogas para el propio uso (aunque sea indebido). La posesión solo se incrimina cuando se tiene la droga para traficar con ella. Según el Código Penal actual se sanciona a:

1º) Los que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico).

2º) Los que posean las drogas con el fin de traficar.

De ambas acciones tipificadas el *sujeto activo* puede ser cualquier persona. En algunos supuestos quizás tenga aplicación el nuevo art. 15 bis, cuando el que trafique actúe como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación de ella, aunque no concurren en él y sí en la dicha entidad las condiciones que la figura del delito requiere para el supuesto tráfico. Pero, en general, los sujetos activos serán personas físicas y con frecuencia drogadictos. Detrás de ellos se mueven entre bastidores (algunos muy ocultos) jefes, administradores o encargados de organizaciones nacionales y multinacionales.

1º) *Promoción del consumo ilegal de drogas.*—La conducta que tipifica el legislador consiste —dicho brevemente— en promover, favorecer o facilitar (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico) el consumo ilegal de drogas.

La redacción actual logra describir, con técnica algo mejor que la del texto vigente antes de la ley orgánica de junio de 1983, cuál es la conducta prohibida. Ahora se habla de consumo, cuando antes se hablaba de uso, y se sustituye la enumeración casuística y excesivamente amplia y vaga de ejecutar ilegítimamente actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general o de otro modo, por la expresión de “mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico”.

A la luz de los convenios internacionales, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la legislación y doctrina nacional y comparada, podemos decir que por promoción habrá que considerar cualquier género de propaganda, formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras en los casos

prohibidos por el art. 18, 1, de la ley de 8 de abril de 1967, excepto en los casos en que medie la debida autorización legal. Por favorecimiento o facilitación debe entenderse todos y solo los actos de auxilio que se preste a quienes consumen ilegalmente y/o a quienes promueven el consumo ilegal. Aquí el legislador se refiere a los intermediarios en el tráfico y a quienes cultivan o fabrican tales sustancias para destinarlas al consumo ilegal¹. Estas conductas de promoción, favorecimiento o facilitación han de llevarse a cabo mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o de posesión con el fin de traficar.

La ley de 1967 brinda un fecundo criterio interpretativo respecto al tráfico, en su art. 15, cuando establece que "Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma". Son atípicos los actos de cultivo, fabricación o tráfico cuando no se promueve, facilita o favorece el consumo ilegal, es decir, cuando se cumplen las normas nacionales e internacionales respecto a las drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas para usos médicos, terapéuticos, de investigación, etc. No está, por tanto, incriminado el tráfico, ni el cultivo de drogas con fines industriales, científicos y docentes autorizados, con arreglo a la ley de 8 de abril de 1967².

Según establece repetidamente nuestro más alto tribunal (sentencias de octubre de 1979, 11 febrero 1980), el Código pretende incriminar desde los actos de producción de drogas (cultivo, elaboración, fabricación), pasando por los actos preparatorios o auxiliares del tráfico de las mismas (tenencia, transporte) y los constitutivos o integrantes con carácter principal de dicho tráfico (venta, donación), hasta llegar finalmente a los denominados actos de proselitismo (promoción, favorecimiento, facilitación) mediante los cuales de una u otra manera se inicia, fomenta, estimula o propicia el consumo ilegal de drogas³.

Algunas sentencias han condenado al autor de simple donación y/o de invitación recíproca al consumo de drogas (sentencia 18 marzo 1980) por considerar tales actos incluidos en la promoción o en el favorecimiento, puesto que el donante "promueve, favorece y facilita el uso de dicha sustancia" (sentencia 10 junio 1980). Otras sentencias, en cambio, como la de 20 de octubre de 1980, dan un paso decisivo en otra dirección de interpretación más "progresiva" (y discutible, cfr. el núm. 1 del art. 3º del Código Civil), y declaran que no se incrimina la entrega de drogas que está presidida por la intención de asegurar (por reciprocidad para ocasiones similares inversas) el propio consumo, y no por la intención de favorecer o facilitar su uso⁴. Por lo tanto, este tipo de actos de transmisión que todo consumidor prac-

¹ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESEA, *Derecho penal*, Parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, pág. 1024.

² El art. 22 dice: "No se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley".

³ El art. 18.1 de la ley de 1967 considera "prohibidos cualquier género de propaganda, la formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras de estupefacientes...".

⁴ FRANCISCO TALÓN MARTÍNEZ, "Tráfico de drogas", en *Actualidad Jurídica*, 1981 (I), págs. 59 y ss.

tica, en uno u otro momento, pueden ser calificados también en la nueva redacción del art. 344, no como actos de propio y verdadero tráfico de drogas sino como actos de mero consumo que lleva a cabo (no un delincuente sino) un enfermo.

En este campo, además, la jurisprudencia ha consolidado el criterio tradicional de que el *onus probandi*, la obligación de prueba, recae en el acusador. En caso de duda, el Tribunal debe inclinarse a no sancionar la donación entre consumidores. En realidad, muchas veces el Tribunal se encontrará ante situaciones difíciles de deslindar, pues todos —o casi todos— los consumidores de drogas desembocan, pronto o tarde, en intermediarios o en pequeños traficantes para poder obtener la suma de dinero que necesitan diariamente para conseguir la dosis de hachís o de heroína que consumen.

Entre los simples intermediarios o proveedores (prescindiendo de que sean drogadictos) y los verdaderos traficantes ("los padrinos") no hay solución de continuidad, y resulta difícil establecer cuándo llegan a merecer condena como traficantes quienes inician este pequeño comercio gratuito o casi gratuito.

2º) *Posesión con el fin de traficar*.—La segunda modalidad gira alrededor de la posesión para traficar. Esta formulación del tipo objetivo logra con claridad dejar fuera del Código Penal la mera tenencia de droga para el consumo propio, pues incrimina la tenencia para el subsiguiente tráfico, pero no para la donación o intercambio con otro usuario (drogadicto generalmente).

Gran parte de la doctrina nacional y extranjera, así como buena parte de la jurisprudencia (desde hace algunos años), se inclinan por deslindar claramente la tenencia para el uso propio o para el intercambio entre usuarios, que no debe ser incriminada, por una parte, y por otra, la tenencia para el tráfico que sí debe ser incriminada.

No parece que baste para considerar incluido en tenencia *para traficar* el dato de su gratuidad u onerosidad, pues ciertos obsequios y regalos de droga pueden y deben ser considerados típicos o incriminados en el art. 344 si y porque son conducentes, tendentes a promover, favorecer o facilitar el consumo y/o el tráfico. En cambio, aunque excepcionalmente, puede considerarse justificada (pero no atípica) la entrega onerosa de droga si el precio es bajo y el minivendedor necesita (estado de necesidad) ese dinero con el fin de conseguir droga para su autoconsumo, para evitar o superar su síndrome de abstinencia.

En este sentido se han manifestado algunas sentencias. Con especial claridad trató este difícil y frecuente problema la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la Audiencia Nacional, en la sentencia ya citada de 20 de octubre de 1980 (ponente Luis A. Burón Barba, actual fiscal general del Estado). Considera que el hecho de la trasmisión ocasional de droga, realizada por un toxicómano a otro, no merece la calificación de tráfico ilegal⁵.

El Tribunal Supremo (sentencia 14 noviembre de 1983) comprueba la dificultad para fijar criterios que pueden servir de distinción entre la tenencia destinada al

⁵ F. TALÓN MARTÍNEZ, "Tráfico de drogas", págs. 59 y ss.

tráfico y la tenencia destinada al uso propio, y admite como criterio, entre otros, la condición de drogadicto del tenedor de la droga, el lugar donde sea aprehendido, su domicilio, la calle, bares o lugares de diversión, etc., donde la droga se comercializa y, sobre todo, la cantidad de droga intervenida, como hechos o circunstancias externas que sirven para inducir el propósito final de la tenencia.

Otro indicio de que la droga está destinada al tráfico es encontrar en poder del proveedor instrumentos para la venta o para la medición, como puede ser una balanza de precisión. En caso de duda sobre si la tenencia es para el tráfico, el Tribunal (sentencia del 30 de septiembre de 1983) debe inclinarse en beneficio o en pro del reo.

Algunos autorizados especialistas propugnan que se debe incriminar también la tenencia para el uso (una minoría pide la sanción penal incluso para el mero uso), por motivos médicos y de política criminal. El texto del convenio de 1961 toma una postura ambivalente al respecto, pues, aunque el art. 36.1. a) considera delito la mera posesión, sin embargo en el apartado siguiente [36, 1. b)] declara que las partes podrán, en vez de declarar culpables a las personas autoras de ese delito por mera posesión o de sancionarlas penalmente, someterlas a medidas de tratamiento, educación, readaptación social... De modo semejante, aunque no idéntico, se manifiesta el convenio de 1971, en su art. 22, 1. b)

En parecido sentido ambivalente se declara CHERIF BASSIOUNI en su *Derecho penal internacional*, en el art. 15, "delitos relativos a las drogas"⁶.

En derecho comparado algunos países incriminan, en *cierto sentido*, la mera tenencia⁷. Subrayamos la observación de *en cierto sentido*, no solo porque la sanción oscila entre extremos muy diversos, desde penas graves privativas de libertad o pecuniarias a simples medidas de deshabitación, sino también y principalmente porque las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales distan mucho de ser unívocas (incluso en Estados Unidos).

El Consejo de Europa aconseja que a los usuarios, en caso que la legislación les imponga una sanción penal, se les suspenda la ejecución de la pena si se someten a un tratamiento terapéutico⁸. Muchas leyes nacionales acogen esta posibilidad de

⁶ CHERIF BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional, traducido por J. L. de la Cuesta, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, págs. 152 y ss. y 301.

⁷ FRIEDER DÜNKEL, "Strafrechtliche Drogengesetzgebung im internationalem Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss.

⁸ La resolución (73)6, sobre los aspectos penales del abuso de las drogas, ha sido objeto de complementos y mejoras posteriores, como por ejemplo, las respuestas que Austria, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia y Suiza formularon en contestación al cuestionario que les envió la Secretaría General del Consejo de Europa. Cfr. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS (CDPC). *Suites réservées par les États membres à la Résolution (73)6 sur les aspects pénaux de l'abus des drogues* (España no envió respuesta). Agradezco a don José Ma. Morenilla, miembro del Consejo de Europa para los Problemas Criminales, el haberme facilitado documentación del Consejo de Europa sobre estos problemas.

la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la suspensión condicional de la persecución del delito⁹.

El resultado de estas acciones no necesita llegar a producir una lesión del bien jurídico protegido (múltiple). Basta la acción de traficar (el ataque a la salud y seguridad públicas), pues son delitos de peligro, como indica repetidamente el Tribunal Supremo (sents. 15-XII-82; 29-XI-82; 30-V-81, etc.) y explicaremos en seguida.

⁹ Cfr., por ejemplo, la ley de la República Federal Alemana sobre tráfico de estupefacientes, de 28 de julio de 1981, en sus párrafos 35 y 37.

HOMICIDIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL NUMERAL 5° DEL ARTÍCULO 324 DEL C. P.

Dr. NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

Me corresponde tratar del homicidio cometido valiéndose de la actividad de un inimputable. Antes de entrar a analizar la cuestión con base en el actual Código Penal estimo de importancia referirme a los antecedentes mediatos e inmediatos de la figura, pues ello resulta indispensable para una mejor comprensión de la problemática que tal causal de agravación plantea.

1. TRAYECTORIA DE LA AGRAVANTE EN EL MEDIO COLOMBIANO

1. *Código Penal de 1936*.—La situación estaba regulada en el numeral 6, en virtud del cual el homicidio tomaba “la denominación de asesinato” y la pena era de 15 a 24 años de presidio, si se cometía “valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido”.

No se conocen antecedentes de esta agravante ni en la doctrina ni en la legislación nacional o extranjera, en lo que respecta a la primera parte, pero sí en cuanto a la segunda, o sea en lo referente al abuso de las condiciones de inferioridad que podría caber dentro del amplio marco del concepto de alevosía¹.

Cuando en la Comisión para la redacción del Código Penal de 1936 se discutió la agravante citada, manifestaba CARLOS LOZANO Y LOZANO que “emplear en el delito a personas incapaces o degeneradas también es circunstancia que revela una gran peligrosidad en el agente”². A partir de esta afirmación la doctrina comenzó a fundar la razón de ser de la agravante, de manera más o menos expresa, en el criterio de la peligrosidad. Así, GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA decía que la agravante “se justifica porque el delincuente se aprovecha de la actividad de un tercero que

* El autor es profesor titular de la Universidad de Antioquia. El presente trabajo corresponde a la ponencia presentada durante las Jornadas de la Universidad Externado de Colombia, en Bogotá, en el mes de septiembre de 1984.

¹ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial* t. III, Bogotá Edit. Temis, 1972, pág. 301.

² CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Actas del Código Penal de 1936*, cit. t. I, pág. 169.

por su misma incapacidad o deficiencia presta su concurso sin darse cuenta del hecho en que se compromete, sirviendo de solo instrumento en la realización de los planes del homicidio”³.

LUIS CARLOS PÉREZ, en 1959, comentando el anterior numeral, sostenía que la agravante se fundaba “en el aprovechamiento de una formación personal incompleta, la inmadurez del desarrollo, o la perturbación síquica, para la consumación homicida”⁴; ANTONIO VICENTE ARENAS, al referirse a la razón de ser de la agravante decía que estaba “en que el victimario se aprovecha de la inmadurez o de la enfermedad mental de otra persona para determinarla a cometer el homicidio, aunque no medie interés pecuniario”⁵.

Como puede verse, estos autores no dicen, sin embargo, por qué el hecho de valerse de un menor o un deficiente o enfermo da lugar a la agravante, fuera de hacer radicar la razón de ser de ella en el “aprovecharse”. Por el contrario, SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO sí se refiere expresamente al fundamento de la agravante diciendo que se basa en la “especial peligrosidad social del individuo que para cometer un delito, se vale de la actividad de un tercero, pues ello da muestra de la insensibilidad moral, de la falta de conciencia con que obra. Y mayor maldad, por así decirlo, enseña el que utiliza en el designio criminoso, a menores, a deficientes o enfermos de la mente, a quienes emplea con notorio abuso de las condiciones síquicas de los mismos”; según el autor, en este caso el delincuente “está dando muestras de especial cobardía y de notoria falta de sentido moral”⁶, en lo que concuerda LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, quien alude aquí a “una mayor perversidad y cobardía, una mayor cantidad en el delito, lo cual explica la agravación de la infracción”⁷. Finalmente, para concluir con la principal doctrina que comentaba el Código Penal de 1936, tenemos a JESÚS BERNAL PINZÓN, quien citando las opiniones de RENDÓN GAVIRIA y de ARENAS, concluye que “si la razón de la agravante está en el *aprovechamiento* del subdesarrollo mental del sujeto que sirve de instrumento para el homicidio, es esencial entonces que el homici-

³ GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, *Derecho penal colombiano*, Medellín, edición auspiciada por la Universidad de Medellín, 1953, pág. 38.

⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, parte especial, vol. III, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 105. En el mismo sentido se pronuncia en su *Tratado de derecho penal*, (t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1974, págs. 312 y 313), con el solo agregado de que “el que obra como instrumento no responde penalmente, pero es claro que queda sometido al tratamiento obligatorio para anómalos mentales, fuera del manicomio criminal, de la colonia agrícola especial o de los compromisos inherentes a la libertad vigilada, según las previsiones de los arts. 61 y siguientes”. Esta opinión puede verse a pág. 313.

⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 58.

⁶ SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Medellín, Edit. Bedout, 1965, págs. 90 y 91. En el mismo año escribía LUIS GUTIERREZ JIMÉNEZ que el sujeto que actuaba dentro de esta causal “no solo revela una desmedida perversidad, sino que es causante directo del aumento de la delincuencia, ya que para emplear a tales personas como elementos de esos atentados, tiene primero que iniciarlas en el camino del crimen, y al privar a los menores de su pulcritud de conciencia para atentar contra la vida de sus semejantes, prácticamente se convierten en homicidas en potencia”. *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 444.

⁷ LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal. Delitos contra la propiedad*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1972, pág. 33.

da conozca la situación de inmadurez o de subdesarrollo mental del sujeto de quien se vale para cometer el homicidio".⁸ Para PEDRO PACHECO OSORIO, la agravante se sostenía en dos pilares, a saber, la *mayor peligrosidad* y la *mayor alarma social* que el homicidio así cometido causaba. Con respecto a la primera sostenía que si quien comete un homicidio valiéndose de otro revela gran perversidad y cobardía y por eso resulta ser más peligroso que quien lo comete personalmente. Hay que admitir que resulta serlo aún más "quien recurre a un menor o enfermo o deficiente mental que, por su inmadurez o por los trastornos que sufre, carece de la lucidez intelectual y la fuerza volitiva de las personas normales, por lo cual es más fácil embarcarlo en la empresa criminosa". Respecto del segundo fundamento razonaba así: de un enemigo conocido es más fácil precaverse; en cambio ello resulta más difícil cuando el enemigo se vale de un extraño, caso en el cual "todos sienten considerablemente disminuída su seguridad", lo cual se acrecienta en el evento que se comenta, pues "es mucho más problemático cuidarse de los individuos que enumera la norma, por quienes los asociados sienten simpatía, compasión o lástima"⁹.

2. *El Código Penal de 1980*.—El art. 324 dice que la pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere "...valiéndose de la actividad de inimputable".

a) *Origen de la fórmula actual*.—Repárese cómo mientras que en el Código Penal de 1936 se aludía a "valerse de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente", el nuevo C.P. se refiere al "inimputable". El origen de la expresión puede verse en las *Actas* de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código Penal de 1974. En efecto: el comisionado JULIO SALGADO VÁSQUEZ presentó el texto, que decía en lo relacionado con esta causal: "...5°. Con el concurso de otra u otras personas, o utilizando a menores deficientes o enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados"¹⁰. Planteada la discusión, se resolvió votar negativamente lo relacionado con "el concurso de otra u otras personas" como agravante y la discusión se circunscribió al resto de la propuesta, o sea a la que se refiere a la comisión del delito "utilizando a menores, deficientes o enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados".

El Dr. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, pronunciándose sobre el por qué de la agravante, decía que estas personas "vienen a constituirse en manos del homicida en simples instrumentos, tal como si se utilizaran animales o artefactos mecánicos debidamente organizados para cometer un delito. Cuando el delincuente actúa a través de estas personas que no tienen pleno desarrollo síquico o que su siquismo se ve afectado por la ingestión de drogas o porque han sido previamente sometidos

⁸ JESÚS BERNAL PINZÓN, *El Homicidio*, comentarios al Código Penal colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 195 y 196.

⁹ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cit., t. III, pág. 303.

¹⁰ La ponencia del Dr. JULIO SALGADO VÁSQUEZ, Puede verse en *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, edición oficial dirigida por el Dr. Alfonso Reyes Echandía, 1974, pág. 578.

a sugestión, en realidad ese delincuente está poniendo de presente una mayor capacidad ofensiva contra la sociedad y, naturalmente, esto significa que su víctima está en mayor grado de indefensión por cuanto el agente activo del delito puede echar mano no solamente de uno, sino de varios de estos sujetos, incapacitados psicológicamente para comprender la calidad delictuosa de su misión, y de allí, la explicación de por qué se debe agravar este tipo penal"¹¹.

El doctor HERNANDO BAQUERO BORDA dijo: "En la ponencia del doctor SALGADO se utiliza la expresión «enfermos síquicos». Deberíamos confrontar las disposiciones de la parte general en el capítulo de la inimputabilidad para que, con el fin de guardar plena armonía, se utilice en este causal de agravación la misma denominación jurídica que se les haya dado a aquellas personas que por cualquier circunstancia no gocen de plena madurez mental"¹².

Finalmente, el profesor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ propuso la redacción del artículo tal como figura en la actualidad "Tuve la impresión, de la lectura de este numeral, que se ha querido dar una orientación en el sentido de agravar el homicidio cuando el autor del hecho, digamos, el autor intelectual, se vale o utiliza a un inimputable, porque, como todos sabemos, son inimputables los deficientes mentales, los menores de edad, los enfermos síquicos, los drogadictos. Me parece que para no entrar en todas estas especificaciones que pueden crear algunos problemas o dudas, debiera decirse simplemente «con el concurso de un inimputable»"¹³.

Sin embargo, en el articulado final del *Anteproyecto* el numeral que contempla el agravante aparece así: "artículo 343, num. 6: valiéndose de la actividad de menores o de personas que padecen de trastorno mental"¹⁴. Luego en los *Proyectos* de 1976 y 1978, en los arts. 426 y 466, numerales 5 y 6, respectivamente, aparece la agravante de esta manera consagrada: "Valiéndose de la actividad de un menor o de persona que padezca de enfermedad mental"¹⁵. Tuvo que ser entonces al redactar el Proyecto de 1979 cuando se produjo el cambio perfilándose el artículo tal como aparece en el actual Código¹⁶.

¹¹ DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA, *Anteproyecto*, cit., pág. 624. Más adelante (pág. 626) expresó: "Yo he entendido que las razones de esta agravante están no solamente en la mayor facilidad que presenta la persona que está bajo estas circunstancias para ser utilizada como instrumento del delito, sino también, en la desmoralización que el agente conocía a esa persona al emplearla para la comisión del delito y en el hecho de ponerla en el camino de la delincuencia".

¹² HERNANDO BAQUERO BORDA, *Anteproyecto*, cit., pág. 625.

¹³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Anteproyecto*, cit., pág. 626. Renglones más adelante, decía que algunos problemas resultantes de la enunciación "...pueden ser resueltos simplemente, hablándose de un inimputable, de acuerdo a lo dicho en la parte general".

¹⁴ *Anteproyecto*, cit., pág. 861.

¹⁵ Véase *Proyecto de Código Penal colombiano 1976*, Bogotá, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1976, pág. 76; *Proyecto de Código Penal colombiano 1978*, Bogotá, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1978, pág. 87.

¹⁶ Infortunadamente no se conocen aún las actas correspondientes a los delitos contra la vida y la integridad personal, contra el patrimonio económico. Sin embargo pienso que, *a fortiori*, el cambio se produjo al redactar el *Proyecto de 1979*.

Si fuésemos a resumir lo anterior pudiéramos decir:

1º) La ponencia inicial seguía la trayectoria del Código Penal de 1936, en cuanto señalaba expresamente las personas de las cuales se servía el homicida para cometer el delito: *C. P. de 1936*: “menores, deficientes o enfermos de la mente”; *ponencia inicial*: “menores, deficientes, enfermos síquicos, drogadictos o sugestionados”. O sea que lo que se hacía era adicionar los “drogadictos o sugestionados”;

2º) Las razones que se daban como fundamento de la agravante coincidían con las expresadas por la doctrina que había comentado el Código Penal de 1936: “...ese delincuente está poniendo de presente una mayor capacidad ofensiva contra la sociedad y, naturalmente, esto significa que su víctima está en mayor grado de indefensión...” (VELÁSQUEZ GAVIRIA)¹⁷.

Se sugirió el uso del término “inimputable” como reemplazo de la enunciación que hacía la ponencia original. En estas condiciones, se convino en la utilización de un “término operacional”, en este caso, “inimputable”, cambio que, sin embargo, trae problemas quizá no imaginados por quienes propusieron su utilización, como paso a mostrar en seguida.

b) *La opinión de la actual doctrina*.—Infortunadamente no se han hecho estudios profundos sobre esta causal de agravación del delito de homicidio, pues mientras que con relación a la parte general del Código existen ya densos trabajos, no ha sucedido así, lamentablemente, en relación con la parte especial, sobre la cual apenas comienza a haber alguna producción. En estas condiciones los comentarios a esta causal en la nueva doctrina resultan ser bastante someros. Así, el profesor ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ hace una breve referencia al concepto general de inimputabilidad con cita del art. 31 del Código Penal, pues este sería “un ingrediente normativo del tipo” del art. 324, num 5º.¹⁸

El Dr. ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ se refiere muy brevemente al tema diciendo que “el vocablo actividad, en el texto transcrito, significa acción. La acción en el Código Penal tiene el sentido de hacer, de movimiento corporal o corpóreo. El sujeto activo utiliza la acción del inimputable para realizar el homicidio. Este hacer de inimputabilidad puede consistir en la ejecución de la muerte o tener el

¹⁷ Es más: cuando, según el *acta número 122*, se discutió la agravante del hurto (“valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente”), dijo el Dr. SALGADO VÁSQUEZ que esta agravante “se adoptó porque el agente revela una mayor capacidad ofensiva y una mayor insensibilidad social cuando no actúa de manera directa sino a través de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente. La Subcomisión siguió el criterio del artículo 362 del Código Penal, en cuanto agrava el homicidio cuando el autor utiliza los servicios de personas incapaces para consumar el delito. Especialmente en las grandes ciudades se da con frecuencia el caso de delincuentes habituales o profesionales que organizan sindicatos de inimputables para llevar a cabo su actividad delictuosa contra la propiedad ajena”. *Anteproyecto cit.*, págs. 751 y 752.

¹⁸ ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1982, pág. 123. LUIS FERNANDO TOCORA funda la razón de la agravante en el mayor respeto que mueve el inimputable y en el riesgo que este corre si el atacado reacciona. (*Derecho penal especial*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, pág. 24).

carácter de contribución a la realización del hecho punible”¹⁹. Finalmente, ANTONIO VICENTE ARENAS sin extenderse sobre el particular dice que “no es necesario que el inimputable obre por precio o promesa remuneratoria. La razón de la agravante está en que el victimario se aprovecha de la inmadurez o enfermedad mental de otra persona para determinarla a cometer el homicidio, aunque no medie interés alguno”²⁰.

II. PROBLEMA QUE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA AGRAVANTE PLANTEA

Con todo respeto y la consideración que me merecen los doctrinantes que hasta el momento han tocado el tema, pienso que han comentado la agravante alejando de ella todo elemento problemático, el único fructífero en la actividad intelectual. El numeral 5º del art. 324 plantea algunas dificultades, las cuales podrían presentarse de la siguiente manera: como bien es sabido, el estudio de la parte especial de cualquier Código está determinado por el estudio de la parte general, o, lo que es lo mismo, los análisis que se hagan de los contenidos de los conceptos de la parte especial, dependen del contenido que se haya dado a los conceptos de la parte general. El estudio dogmático del delito pretende ser un análisis que desentrañe el contenido de la ley como expresión del poder punitivo del Estado para saber cuáles son las bases, el contenido y los límites de la punición. No es por ello posible renunciar a la pretensión de alcanzar un sistema coherente que posibilite la aplicación de la ley con unos criterios racionales evitando el caos y la arbitrariedad. De aquí la relación de determinación que encontramos aquí entre los conceptos de la parte general y la parte especial del Código.

El nuevo Código Penal nos ha traído un nuevo concepto de inimputabilidad, sustancialmente diferente del que manejaba el Código Penal de 1936. La inimputabilidad en el momento actual, según la concepción legal, ya no es una manera *permanente* de ser del sujeto que comete el hecho tenido como ilícito; por el contrario, es un predicado del sujeto referido al *momento* de la comisión del hecho y referida a ese concreto hecho. La misma ley así lo dispone: es inimputable quien “en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”.

El problema entonces lo podríamos plantear así: ¿siempre que se utilice como medio para la comisión de un homicidio un inmaduro psicológico o un trastorno mental estaremos en presencia de un homicidio agravado, con una penalidad de

¹⁹ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ. *Manual de derecho penal especial*, Medellín, 1983, pág. 531.

²⁰ ANTONIO VICENTE ARENAS *Comentarios al Código Penal colombiano*, t. II, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 140.

16 a 30 años?. ¿Basta con probar dentro de un proceso que el sujeto medio padecía de algún trastorno en ese momento o que era inmaduro psicológico para que, a renglón seguido, se pueda hablar de homicidio agravado?

Dos casos nos pueden acercar a la comprensión del problema, que no a su solución todavía.

Caso 1: *A*, es paranoico; *B*, tiene animadversión a *C*, a quien quiere dar muerte, y en vez de hacerlo por su propia mano, y sabiendo que *A* se encuentra en el curso de un delirio de persecución propio de su sicosis, le dice a este que *C*, es su enemigo, desde luego que imaginario. *A* mata entonces a *C*.

Caso 2: *A* y *B* están de cacería. *B* padece de una sicosis maniaco-depresiva y, precisamente para ayudarlo, *A* lo ha llevado en vía de distracción. En el bosque ven las ramas moverse; *A* le dice a *B* que dispare que ahí está la presa. *B* dispara, pero mata a una persona, *C*, que cogía por allí bejucos y a quien *A* quería matar.

El primer caso no ofrece mayores dificultades, pues parece claro que aquí el paranoico debe ser sometido a una medida de seguridad y el sujeto determinante debe ser sancionado con la pena agravada. Empero el segundo sí es bastante problemático: ¿es posible someter al sujeto que padece una sicosis maniaco-depresiva a medida de seguridad y al otro sujeto a la pena agravada? El presente trabajo pretende demostrar que, de acuerdo con el criterio tradicional de inimputabilidad con el cual se venía trabajando ello es posible, en tanto que con base en la nueva concepción de tal fenómeno no lo es. Las reflexiones que durante mucho tiempo he hecho sobre la solución del último caso, me llevan a pensar que en caso de que se considere que, tal como se presenta, el determinante debe ser sancionado con la pena agravada, se presenta la siguiente disyuntiva: o bien se cambia el concepto de inimputabilidad con el cual hemos venido trabajando últimamente en la doctrina, o bien se impone un cambio legislativo en este aspecto.

Quiero advertir que esta ponencia no pretende presentar al respecto una posición acabada. Antes por el contrario, ella no es sino el bosquejo o planteamiento de la dificultad misma. No tengo la pretensión de que mi posición al respecto sea inamovible, y solo espero la discusión de ella con ustedes a fin de convencerme de su bondad o de su error para recogerla.

En este orden veremos brevemente: la concepción de la inimputabilidad durante la vigencia del Código Penal de 1936; sistemas de regulación del fenómeno y el sistema acogido por nuestro actual Código Penal; el problema general que da origen al subproblema que nos ocupa: el reconocimiento de las causales de justificación y de inculpabilidad a los denominados "inimputables".

III. LA CONCEPCIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD DURANTE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1936

Como bien se recordará, el Código Penal de 1936 partió de la aceptación del principio de la responsabilidad social o legal y su complementario, el principio

de la peligrosidad. Todos sabemos que según el postulado de la responsabilidad social o legal "el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, *solo porque y en tanto vive en sociedad*"²¹.

Este pensamiento fue ampliamente aceptado desde cuando se comenzó a redactar el Código Penal de 1936 por los doctores ESCALLÓN, CÁRDENAS y LOZANO. Así, se lee en las *Actas*: "el mismo doctor LOZANO: cree precisamente que en todos los miembros de la Comisión hay un criterio homogéneo sobre lo particular y que todos aceptan como criterios básicos del proyecto que se está elaborando la defensa social y la peligrosidad del delincuente como también la responsabilidad legal, sin hacer distinciones en cuanto normales y anormales"²².

Como consecuencia de la aceptación del anterior postulado, se predicó la responsabilidad de todos los sujetos que ejecutaran hechos típicos y antijurídicos, haciéndose sí una distinción entre los autores del comportamiento para aplicar a unos penas y a otros medidas de seguridad. Fue corriente la manifestación doctrinaria en el sentido de que en nuestro sistema de derecho penal no había sujetos inimputables en cuanto todos eran responsables, lo cual resultaba cierto teniendo como mira el hecho de que a todos los sujetos, independientemente de su estado de normalidad o anormalidad, se les aplicaba una sanción. Sin embargo, téngase en cuenta lo siguiente: como bien se sabe, uno de los más importantes postulados de la Escuela Positivista era el de que no había diferencia cualitativa entre penas y medidas de seguridad, siendo ambas sanciones solo diferentes modos de reacción ante el delito, pero en todo caso participando de la misma esencia. Desde este punto de vista, resultaba cuestionable lo que hacía nuestro Código Penal de 1936 en el sentido de considerar primero el *género* (sanción) para luego contemplar las penas y las medidas de seguridad como *especies*. Precisamente esto era atacado por LOZANO y LOZANO en el seno de la Comisión redactora. Sea de ello lo que fuere, sin entrar a discutir lo correcto de una u otra tesis, lo cierto es que al fin de cuentas se salió distinguiendo dos clases de sujetos, los pasibles de penas y los pasibles de medidas de seguridad. ¿Cuándo se imponían estas? Cuando el sujeto al momento del hecho se encontraba en estado de enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, o en estado de grave anomalía síquica. En consideración a las distintas penas aplicables a unos y otros sujetos, con el tiempo se llegó a distinguir entre *responsabilidad e inimputabilidad*, lo cual no fue claro en un principio²³.

La doctrina más reciente y también la jurisprudencia, fueron perfilando el concepto de inimputabilidad como incapacidad de comprender la ilicitud del com-

²¹ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reves, 1933, pág. 225.

²² *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. 1, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, pág. 50. En adelante lo citaré como *Actas del Código Penal de 1936*.

²³ Decía CARLOS LOZANO y LOZANO que "dentro de la filosofía sí acepta la distinción entre inimputabilidad y responsabilidad, pero no en el campo penal desde el momento en que se acepte la tesis de la responsabilidad legal". *Actas del Código Penal de 1936 cit.*, t. 1, pág. 52.

portamiento y/o de determinarse de acuerdo con tal comprensión²⁴. Se llegó, pues, por la doctrina más evolucionada y también por la jurisprudencia, a un punto opuesto a lo sostenido por ellas cuando comenzó la vigencia del Código de 1936, pues mientras que al principio se decía que no había inimputables, en la más reciente conceptualización se aceptaba la existencia de imputables y de inimputables. Pero ¿imputables de qué o inimputables de qué? Si nos aproximamos más a las cosas, veremos que cuando se afirmaba que en Colombia todos los sujetos era imputables lo que se quería decir era que todos los que cometieran un hecho quedaban contemplados por el derecho penal y a todos se les aplicaría una consecuencia, es decir, que a todos los sujetos les sería *atribuible* el hecho que ejecutaran en un nivel de atribuibilidad *sicofísica*. En cambio, cuando en la más reciente literatura se hablaba de los sujetos inimputables del Código Penal de 1936, lo que se quería expresar era que no les era *atribuible* la pena, lo cual no descartaba la aplicación de las mismas medidas de seguridad²⁵.

He señalado la culminación de la evolución del concepto de inimputabilidad, según el cual la inimputabilidad ya no era la enajenación mental, o la intoxicación, o la grave anomalía síquica, sino que llegó a ser un *predicado*, un juicio elaborado por el juez sobre un sujeto que no había tenido capacidad de comprender y/o determinarse, por haber estado perturbado en su comprensión o en su volición. Sin embargo, quedó arraigada, muy arraigada, la creencia, heredera de la teoría positivista, de que para predicar la inimputabilidad de un sujeto bastaba la prueba de su enajenación, intoxicación o grave anomalía síquica, lo cual llegó hasta originar la responsabilidad objetiva de los denominados inimputables al negarse que pudieran actuar dentro de una causal de justificación o inculpabilidad, como más adelante se verá.

IV. SISTEMAS DE REGULACIÓN

Bien sabemos que el fenómeno de la inimputabilidad se encuentra fundamentado en la concurrencia de dos factores, el intelectivo y el volitivo, en una exigencia

²⁴ Así, el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA entendía por imputabilidad "la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión". *La imputabilidad*, Bogotá, publicación de la Universidad Externado de Colombia, 1976, pág. 31. La jurisprudencia llegó a sostener, conforme al Código Penal de 1936, que "es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud o de determinarse conforme a tal comprensión". (Corte Suprema de Justicia, providencia de 14 de octubre de 1980, ponente, Dr. REYES ECHANDÍA. *Revista Nuevo Foro Penal*, número 9, Medellín, Edit. Acosta, 1981, pág. 119).

²⁵ Al menos en principio, pues a veces una situación de perturbación transitoria de las facultades intelectivas y/o volitivas no acarrea tampoco medidas de seguridad como ocurría con el hoy denominado trastorno mental *transitorio sin secuelas*, fenómeno que entonces se ubicaba por la doctrina en el art. 23 como causal de inculpabilidad. Véase mi trabajo *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo Código Penal*, en revista *Nuevo Foro Penal*, número 6, Medellín, Edit. Acosta 1980, págs. 55 y ss.

copulativa, mientras que la inimputabilidad existe ora porque falten los dos elementos mencionados, ora porque falte cualquiera de los dos. Empero, la forma como las legislaciones se refieren al fenómeno varía, y es así como se conocen los sistemas Biológico o Siquiátrico, Sicológico y Mixto.

En el *Sistema Biológico o Siquiátrico* se alude a la *causa* por la cual el sujeto es inimputable, pero no se dice por qué esa causa hace calificar al sujeto de inimputable. Debe advertirse que no siempre se ha dicho que el sujeto no sea imputable, usándose esa expresión. Así, el Código Penal de Napoleón, en su art. 64, decía: "no hay crimen ni delito cuando el sujeto se encontraba en estado de demencia al tiempo de la acción, o cuando ha estado obligado por una fuerza a la cual no ha podido resistir". Obsérvese cómo aquí se dice que no comete delito el *demente* (causa) pero no se explica por qué el demente no comete delito²⁶.

En el *Sistema Sicológico* se alude a la carencia o perturbación de alguna de las componentes de la inimputabilidad, la conciencia y/o la voluntad, o sea a un *efecto* que produce la causa, pero sin mencionar esta. Así el Código Penal toscano de 1854: "Las violaciones de la ley penal no serán imputables cuando el que las cometiere no haya tenido conciencia de sus actos, ni libertad de elección"²⁷. Como puede verse, no se dice por qué causas no se tuvo esa conciencia de los actos o la libertad de elección.

Finalmente, tenemos el *Sistema Mixto* cuando se mencionan tanto la *causa* como el *efecto*. Así, el Código Penal Tipo para Latinoamérica dice: "No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión"²⁸. Este es también el sistema seguido por el Código Penal colombiano cuando dice que es inimputable el que no tuviere la capacidad de comprender y/o determinarse (efectos) al momento de comisión del hecho por inmadurez sicológica o trastorno mental.

Pues bien: teniendo en cuenta los sistemas de regulación y que el Código Penal colombiano opta por el sistema mixto, hay que concluir que el concepto de inimputabilidad entre nosotros es un concepto *derivado*, en el sentido de que la inimputabilidad no se predica con la sola comprobación de la inmadurez o del trastorno mental, sino cuando se llega a la conclusión de que tales fenómenos han producido la incapacidad de comprender y/o determinarse. No es posible hacer una hipostatización en el sentido de confundir la causa que produce el fenómeno con el fenómeno

²⁶ Hoy existe en Francia, sin embargo, la tendencia hacia un sistema mixto. Véase el "Avant Project du Code Pénal", en la *Revue de la Police Française*, núm. 482, París, octubre de 1976.

²⁷ Este Código puede verse publicado en el tomo x del *Programa de derecho criminal*, publicado por la Editorial Temis, Bogotá, 1967. Véase tal volumen, pág. 214.

²⁸ *Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pág. 27.

mismo. Esto tiene grandes consecuencias, como es el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los tradicionalmente denominados "inimputables", pero también plantea dificultades de interpretación en la parte especial, como la que estamos viendo a propósito del homicidio, las lesiones personales y el hurto agravado según el numeral 3° del art. 351.

V. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN E INCULPABILIDAD DE LOS LLAMADOS "INIMPUTABLES" COMO PROBLEMA GENERAL QUE ORIGINA EL SUBPROBLEMA QUE TRATAMOS

Una de las dificultades que plantea el análisis del numeral 5° del art. 324 no es sino un subproblema derivado de otro más general, el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos tradicionalmente denominados "inimputables". ¿Puede reconocerse a estos sujetos las causales de justificación e inculpabilidad? Al respecto es necesario distinguir la diferente situación que se presenta en el actual Código Penal, frente a la que se presentaba en el Código Penal de 1936.

1. *El problema durante la vigencia del Código Penal de 1936.*— Durante ese lapso se perfilaron dos líneas doctrinarias: una que negaba la posibilidad del reconocimiento del que hablamos, y otra que sí lo aceptaba aunque con una sustentación bastante discutible.

a) *Argumentación de la línea doctrinaria que negaba el reconocimiento de las justificantes y causales de inculpabilidad respecto de los sujetos inimputables.* Esta orientación partía del art. 12, que señalaba que las infracciones cometidas por personas que no estuviesen comprendidas en el art. 29, son intencionales o culposas. De aquí se dedujo, *a contrario sensu*, que los que al momento de cometer el hecho estuviesen en estado de enajenación mental o padeciesen de grave anomalía síquica o intoxicación crónica no obrarían ni con dolo ni con culpa; este aspecto subjetivo no habría que averiguarlo respecto de ellos, lo que condujo a decir que con la sola *comprobación material del hecho* se podía predicar la responsabilidad. Así pensaban AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, entre otros²⁹.

²⁹ AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, pág. 217; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948, pág. 151; BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edit. Lerner 1963, pág. 157; LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Medellín, Edit. Universidad de Antioquia, 1962, pág. 76. Sin embargo, este autor había dicho a pág. 74 de la misma obra: "el hecho ilícito puede ser cometido con una coacción síquica normal o anormal, y siempre habrá lugar a la imputación, salvo, claro está, que el agente hubiere obrado por causa o en circunstancias que, según la misma ley, excluyen la acriminación, como ocurre en los casos contemplados en los artículos 23 y 25 del Código Penal". (Las bastardillas no pertenecen al original). De donde se desprende que no bastaba la simple comprobación material del hecho. Véanse también a pág. 232, afirmaciones del autor que contradicen su afirmación de pág. 76, cuando expresaba que tratándose de los actos de los delincuentes anormales "basta la imputabilidad material del hecho para que proceda la afirmación de la responsabilidad y en orden a determinar la medida de seguridad imputable".

También la jurisprudencia razonó así: "Exige nuestro Código Penal que para que haya responsabilidad, en las personas normales mayores de dieciocho años, se requiere la reunión de dos elementos fundamentales: inimputabilidad material del hecho y la intención criminosa o culpa. La misma obra tratándose de menores de dieciocho años, o de personas que sufran enfermedad mental, o intoxicación crónica o grave anomalía síquica, en el momento de cometer el hecho, no exige que el acto haya sido cometido con dolo o culpa. Simplemente que los menores de aquella edad o los anormales hayan ejecutado el hecho y que su acción haya sido fruto de su actividad sicofísica"³⁰. Y más claro: "Los anormales también responden de sus actos delictuosos, pero entonces no se tiene en cuenta el dolo o la culpa con que obren, sino solamente la imputabilidad material"³¹.

Esta línea doctrinaria al parecer cayó en el error de confundir el principio de "responsabilidad legal" —que casi nadie dudó se había consagrado en el Código Penal de 1936³²— con el principio de "responsabilidad objetiva", principios bastante diferentes, ya que mientras el primero, propio de la Escuela Positivista, dice que el sujeto es responsable en la medida en que vive en sociedad, el segundo dice que para poderse hablar de responsabilidad penal basta con que se compruebe el nexo de causalidad material entre el sujeto y el hecho³³.

La doctrina a la cual aludo aquí se dejó influir por alguna afirmación hecha en el seno de la Comisión redactora en el sentido de que "en caso de infracción cometida por anormales basta la simple imputabilidad material para que al actor del hecho se le apliquen las sanciones o medidas de seguridad"³⁴, sin reparar en esta otra: "De la configuración de la responsabilidad legal y de la de cada delito en particular, surge necesariamente el estudio de los *elementos subjetivos*..."³⁵.

³⁰ Casación de 8 de junio de 1943, *Gaceta Judicial*, números 2001 a 2005, pág. 363. Esta decisión la he consultado en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. 1, compilación de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, Bogotá, Ed. Litografía Colombia, 1946, págs. 411 y 412.

³¹ Casación de enero 23 de 1947. *Gaceta Judicial*, págs. 209 y 210.

³² Con excepción de BERNARDO GAITÁN MAHECHA y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, quienes llegaron a sostener que el principio de la "responsabilidad legal", era, en Colombia, "un concepto sin respaldo jurídico alguno, y una entelequia carente de realidad". Véase de estos autores *La responsabilidad frente al Código Penal colombiano*, en la Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional, número 2, Bogotá, 1954, pág. 55. Estos autores fueron refutados, a mi manera de ver con acierto, por JESÚS BERNAL PINZÓN, *Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*, artículo aparecido en la revista *Cátedra Jurídica*, número 1, Bogotá 1956, págs. 192 y ss.; también LUIS CARLOS PÉREZ, en su *Tratado de derecho penal*, t. 1, Bogotá Edit. Temis, 1967, págs. 533 a 535, criticó a GAITÁN MAHECHA.

³³ FILIPPO GRISPIGNI, por ejemplo, manifiesta: "La llamada responsabilidad legal se refiere a los autores del delito, a los sujetos; mientras que la responsabilidad objetiva se refiere al *hecho*, al *acontecimiento*, que se imputa a un sujeto con independencia de toda relación síquica. En cambio con la responsabilidad legal se pretende precisamente lo contrario, es decir, establecer el elemento síquico del hecho, aunque este último sea cometido por un enfermo mental, o por un niño menor de catorce años". (*Derecho penal italiano*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1948, pág. 157. Las bastardillas pertenecen al original).

³⁴ *Actas del Código Penal de 1936 cit.*, t. 1, pág. 87.

³⁵ RAFAEL ESCALLÓN, *Actas del Código Penal de 1936 cit.*, t. 1, pág. 58.

Es más: si se hubiese leído con más detenimiento la obra de ENRICO FERRI, tan citada en más de 40 años de vigencia del Código Penal de 1936, la doctrina hubiera podido seguir caminos diferentes. En efecto, el autor citado admitía la posibilidad del reconocimiento de las causales de justificación a los enajenados y a los menores. Así decía: "Podría, sin embargo, ocurrir, por más que el caso sea rarísimo, que un loco procediera en estado de legítima defensa (para rechazar, por ejemplo, la agresión de un individuo que había entrado a su casa) o en estado de necesidad (para salvarse de un incendio, etc.). Entonces, y como quiera que el hecho no expresa una temibilidad criminal, ha de corresponder a la competencia de las medidas administrativas, al objeto de conseguir la curación del enfermo, bien en su propio domicilio o en el manicomio común. Y lo mismo debe decirse del menor de doce años"³⁶. Y en su *Proyecto de Código Penal de 1921* reconocía la posibilidad de absolver a los sujetos que al momento del hecho obraran "por constreñimiento insuperable por parte de otros o en estado de sugestión patológica o con plena buena fe, determinada por engaño invencible"³⁷, lo cual no era sino un corolario de la afirmación siguiente: "todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, porque el acto es *suyo*, es decir, expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones fisio-síquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho"³⁸.

Pero todavía hay más: el autor colombiano JOSÉ GUTIERREZ GÓMEZ había dicho que "en todos los casos se requiere que el delito sea producto de la actividad física del individuo y de su actividad síquica. Por tal razón, si un loco es hipnotizado o coaccionado, el acto que ejecute así no será suyo, y el concepto de responsabilidad se excluye"³⁹. Infortunadamente no se tomó en cuenta esta orientación, con la consecuencia de que se llegó, ni más ni menos, a la responsabilidad objetiva para los denominados "inimputables".

b) *Argumentación de la línea doctrinaria que reconocía las justificantes y causales de inculpabilidad a los inimputables.* Se debe a los profesores JESÚS BERNAL PINZÓN, ALFONSO REYES ECHANDÍA y FEDERICO ESTRADA VÉLEZ el mérito de haber presentado argumentaciones destinadas a superar la injusticia que implicaba la manera de proceder anterior. BERNAL PINZÓN da el primer paso en este camino al negar que pueda haber confusión entre los principios de "responsabilidad legal" y "responsabilidad objetiva". Aquella no descarta la posibilidad del examen de fenómenos subjetivos en el hecho del autor: "con la responsabilidad legal, se mira propiamente a buscar un elemento síquico en el hecho aunque sí haya sido realizado por un sujeto inimputable", dice⁴⁰. Considerando la imputabilidad como presupuesto de la pena y no como presupuesto de la culpabilidad, concluía que los denomi-

nados sujetos inimputables sí podían obrar con dolo o culpa en el Código Penal de 1936. Si, pues, los inimputables pueden obrar *con* culpabilidad, el paso para decir que también pueden obrar *sin* culpabilidad estaba insinuado, y fue ALFONSO REYES ECHANDÍA quien dio el segundo paso sosteniendo que si "no existe responsabilidad sin culpabilidad", frente a un caso realizado por un menor o un enajenado, había la "posibilidad de demostrar que en el caso concreto no existió ni el dolo ni la culpa" en orden a la evitación de la aplicación de las medidas de seguridad⁴¹.

Finalmente, FEDERICO ESTRADA VÉLEZ decía de manera expresa que es perfectamente posible que un inimputable pueda obrar con dolo o con culpa, "y nosotros añadiríamos que también puede ocasionar un hecho por caso fortuito o por error esencial de hecho, o por coacción insuperable etc."⁴².

He señalado que las ideas de esta segunda línea doctrinaria constituyeron un gran jalonamiento en la solución del problema no obstante que se pueda decir que había una fundamentación en alguna medida cuestionable, ya que se hacía una hipótesis, una confusión entre enajenación, grave anomalía síquica o intoxicación, fenómenos que podían conducir a la inimputabilidad, con la inimputabilidad misma⁴³. REYES y ESTRADA decían que no bastaba con comprobar las circunstancias del art. 29 para poderse hablar de inimputabilidad, pues lo importante era demostrar que el sujeto, debido a esas circunstancias, hubiera sido "incapaz de entender y de querer"; lo importante era demostrar "que el trastorno sufrido por el agente le haya impedido comprender la ilicitud de su conducta o autorregularse de acuerdo con esa comprensión"⁴⁴. Empero, esto que se decía, debía operar para "ambos lados", o sea que si en el hecho de un enajenado se hubiera detectado una causal de justificación o de inculpabilidad, bien hubiera podido reconocerse sin haber tenido que predicar la inimputabilidad del sujeto.

Por otra parte, al sostenerse que los inimputables podían obrar con culpabilidad, se caía en el error de jugar con un doble concepto de dolo, por ejemplo. Así, por un lado se decía que este implicaba la conciencia del hecho y la conciencia

⁴¹ ALFONSO REYES ECHANDÍA (*Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1972), trata el tema de las páginas 290 a la 294. En la misma forma se pronuncia en la tercera edición de 1974 (págs. 289 a 294). Esta idea ya la venía sosteniendo desde la primera edición (1964, misma editorial). A partir de la cuarta edición, en 1976, fundamenta tal reconocimiento de manera diversa: el art. 11 dice que el que cometa una infracción es responsable, "salvo las excepciones legales". ¿Y cuáles serían esas excepciones? Las contempladas en los arts. 23 y 25, las cuales no pueden desconocerse respecto de los inimputables. De modo que estos si bien no pueden obrar culpablemente, sí pueden hacerlo inculpablemente.

⁴² FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *La culpabilidad penal*, en revista *Temas de Derecho Penal*, número 5, Medellín, Ed. Salesiana, 1970, págs. 48 a 56. La cita puede verse a pág. 55. Luego, en su *Manual de derecho penal* (Medellín, Ed. Salesiana, 1972, pág. 343), dice que "también los inimputables son capaces de dolo y de culpa" y respecto de ellos "siempre será preciso la investigación psicológica, por lo menos para eliminar situaciones de responsabilidad objetiva, como sería el sancionamiento de un inimputable, a pesar de haber obrado en legítima defensa o por caso fortuito".

⁴³ Puede verse sobre el particular mi trabajo *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, págs. 59 a 70.

⁴⁴ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Manual de derecho penal*, cit., pág. 343.

³⁶ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 647

³⁷ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 739

³⁸ ENRICO FERRI *Principios*, cit., pág. 225

³⁹ JORGE GUTIERREZ GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá Litografía Colombiana, 1940, pág. 81.

⁴⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*, cit., pág. 193.

de la ilicitud, de donde resultaba problemático el fenómeno del dolo en relación con los inimputables, por obvias razones. Finalmente, a pesar, insisto, de las ventajas (en términos de justicia) que reportaba el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los inimputables, había inconsistencia lógica en la argumentación. Así, el profesor REYES ECHANDÍA en sus últimas obras, comentando el Código Penal de 1936, varió su posición diciendo que los inimputables no pueden obrar con culpabilidad. Entonces la inconsistencia era: ¿cómo, si no pueden obrar con culpabilidad, si pueden obrar sin culpabilidad? Porque va de suyo que, para poderse me quitar a mí algo, primero tengo que tener ese algo.

2. *El problema según el Código Penal de 1980.*—Teniendo en cuenta la forma como regula el actual Código Penal el fenómeno de la inimputabilidad; teniendo presente también lo visto atrás en el sentido de que no basta la comprobación de la inmadurez psicológica o del trastorno mental para predicar la existencia de la inimputabilidad, el reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos que se encuentren en esas circunstancias, no me parece mayormente problemático, a condición de que se hagan algunas precisiones. Particularmente pienso que si un inmaduro psicológico o un trastornado mental obra dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad hay que reconocerla sin vacilaciones y absolver, y de ninguna manera someter a medidas de seguridad. Empero, en este caso no es que se esté reconociendo la justificante o disculpante a un sujeto inimputable, sino, simplemente, que no estamos en presencia de un inimputable. En efecto: para que exista inimputabilidad debe el hecho ser *producto* del trastorno o la inmadurez, o, lo que es lo mismo, el hecho debe ser un *reflejo* de la perturbación o la inmadurez. Si no hay relación entre el hecho y el trastorno o inmadurez no hay que hablar de inimputabilidad. Así, las cosas, si un sujeto obra dentro de una causal de justificación (estado de necesidad o legítima defensa, por ejemplo), o dentro de una causal de inculpabilidad (coacción o error, por ejemplo), en circunstancias tales que un sujeto “normal” hubiese obrado de igual manera, ese sujeto no debe ser tratado como inimputable. La inimputabilidad nada tendría que hacer aquí, y el caso hay que resolverlo independientemente de esta problemática. La inimputabilidad es un fenómeno *derivado* y un fenómeno *residual*.

Cuando digo que la inimputabilidad es un *fenómeno derivado* estoy indicando que no se deben confundir las causas que generan la inimputabilidad con la inimputabilidad misma. La inmadurez psicológica y el trastorno mental pueden hacer que el sujeto sea inimputable pero no son estos fenómenos por sí solos la inimputabilidad. Cuando digo que la inimputabilidad es un *fenómeno residual* expreso que, frente a un caso dado, el juez debe examinar si se dan o no los requisitos de acción, tipicidad y antijuridicidad. Luego debe indagar si existe alguna de las causales de inculpabilidad: si una de estas causales existiere, la debe conceder sin que haya intromisión del tema de la inimputabilidad. En caso de que no exista una causal de inculpabilidad, debe averiguar si el sujeto es imputable, o inimputable, en tanto que hubiese intervenido como decisivo en el hecho una inmadurez psicológica o un trastorno que hubiese perturbado la capacidad de comprender y/o determinarse. De ser ello así, se predicaría la inimputabilidad del sujeto y se aplicaría una medida

de seguridad, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en este evento no habría lugar ni a penas ni a medidas de seguridad. La inimputabilidad sería, pues, un fenómeno *residual* en el sentido de que debe averiguarse, para la imposición de las medidas de seguridad, solo cuando se ha descartado la existencia de alguna de las causales de justificación o de inculpabilidad.

A las anteriores conclusiones me ha llevado el análisis de la inimputabilidad tal como ha sido regulada en el actual Código Penal, y creo que en esta dirección se orienta nuestra actual doctrina⁴⁵.

VI. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL HOMICIDIO COMETIDO VALIÉNDOSE DE LA ACTIVIDAD DE INIMPUTABLES Y SUS ALTERNATIVAS

El concepto de inimputabilidad con el cual se ha trabajado, el no confundir los fenómenos de inmadurez psicológica o trastorno mental con la inimputabilidad, punto de partida que nos ha servido para reconocer las causales de justificación e inculpabilidad a los tradicionalmente “inimputables”, trae consigo, sin embargo, el problema relativo al homicidio cometido mediante la utilización de inimputables según el numeral 5° del art. 324 y al hurto agravado contemplado en el art. 351, numeral 3°. Permaneciendo en el campo del homicidio, cabe preguntar: siempre que en el conjunto del hecho esté implicado un inmaduro psicológico o un trastornado mental, ¿en todos los casos habrá homicidio agravado? Si por inimputable se entiende el sujeto que padece el trastorno mental o la inmadurez psicológica tal como se le entendía por la generalidad de la doctrina durante la vigencia del Código de 1936, se impone la afirmativa. De acuerdo con el criterio aquí sostenido, no podría optarse por la afirmativa de esta manera *a priori*, a pesar de que esa parece haber sido la intención de quienes redactaron la ley. En efecto, era la intención sancionar con agravante la sola utilización del menor, deficiente o enfermo de la mente, como se deduce del siguiente párrafo, ya transcrito, pero que ahora vale

⁴⁵ El profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA en la última edición de su *Derecho penal*, en la novena edición (1984) sostiene que la responsabilidad del inimputable implica la comisión por parte de este de un hecho típico, antijurídico y culpable: “Para que un inimputable pueda responder penalmente, de conformidad con las consideraciones precedentes, han de cumplirse los siguientes requisitos: a) que su conducta sea *típica*; es decir, que se adecue a uno cualquiera de los tipos penales; b) que sea *antijurídica*, y lo será cuando no lo favorezca ninguna causal de justificación, y c) que no haya actuado dentro de una causal de inculpabilidad ajena a su condición de inimputable (por ejemplo, insuperable coacción ajena)” (pág. 256). Me parece que se sigue manejando aquí (al solucionar el problema concreto que tratamos) el sistema conceptual tradicional, identificando el inimputable con el inmaduro o el trastornado, es decir, la misma confusión entre la causa que genera la inimputabilidad y la inimputabilidad misma. En efecto, repárese bien en el párrafo transcrito: “Para que un inimputable pueda responder penalmente...”, es necesario que obre de manera típica; es necesario que la conducta del *inimputable* sea antijurídica, y finalmente, es indispensable que el *inimputable* no obre dentro de una causal de inculpabilidad. *A contrario sensu*, el *inimputable* no es responsable si su conducta no es típica, si su conducta es justificada, si su conducta es inculpable. Empero, ya se ha visto cómo en los casos en los que concurre una causal de justificación o de inculpabilidad, no hay lugar a hablar de inimputabilidad. En resumen: la conclusión a la que el autor llega, es correcta, pero bastante cuestionable su fundamentación lógica.

la pena resaltar: "Tuve la impresión, de la lectura de este numeral, que se le ha querido dar una orientación en el sentido de agravar el homicidio cuando el autor del hecho, digamos el autor intelectual, se vale o utiliza a un *inimputable*, porque todos sabemos, *son inimputables los deficientes mentales, los menores de edad, los enfermos síquicos, los drogadictos*", decía el Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ⁴⁶. Los comisionados que trabajaron en la parte especial del Código hicieron una asimilación del deficiente o enfermo y el menor de edad, por un lado, con la inimputabilidad, por el otro; se hizo una hipótesis que el concepto de inimputabilidad plasmado al redactar la Parte general no permitía.

Las anteriores reflexiones me han llevado a pensar que el problema presenta las siguientes alternativas:

1. Sobre la base de que se considere, desde un punto de vista de política criminal, que siempre que en el hecho de homicidio intervenga un sujeto menor de edad, o deficiente o anómalo síquico deba siempre agravarse la pena, se presentan dos caminos:

a) Cambiar el concepto de inimputabilidad con que se viene trabajando para sostener que es inimputable el inmaduro psicológico o el trastornado, es decir, hacer la identificación tal como se hacía durante la vigencia del Código Penal de 1936. Esta posición nos volvería a llevar a las dificultades para la fundamentación del reconocimiento de las causales de justificación e inculpabilidad a los sujetos de que tratamos⁴⁷.

b) Reformar el Código Penal para volver al sistema del Código de 1936 haciendo la enumeración de las personas cuya utilización haría incurrir en la agravante.

⁴⁶ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Anteproyecto*, cit., pág. 626. Y ahora, desde el punto de vista doctrinario, celebra ANTONIO VICENTE ARENAS que se utilice por el Código la expresión que comentamos, pues resalta en tal redacción "más precisión y menos casuismo". (*Comentarios al Código Penal* cit., t. II, pág. 140). Empero, me parece, el haber evitado el "casuismo" es lo que suscita la discusión planteada aquí.

⁴⁷ El profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA trabaja en su obra *Derecho penal fundamental* con un concepto distinto del que he venido exponiendo antes y ahora. Para él, inimputable es el sujeto cuya manera de ser es tal, que si llegare a ejecutar un comportamiento típico, antijurídico y culpable, por no tener capacidad de comprender y/o determinarse, estaría sometido a una medida de seguridad. Subrayo el aspecto de la culpabilidad, pues en su sistema también los inimputables obran con culpabilidad, deben obrar con culpabilidad, ya que ellos también realizan el *hecho punible*, el cual, según el art. 2º, es conducta típica, antijurídica y culpable. En el nivel de la culpabilidad distingue dos conceptos: la culpabilidad *semiplena*, como nexa psicológico, propia de los sujetos inimputables; y la culpabilidad *plena*, propia de los sujetos imputables, que estaría compuesta por el nexa psicológico, más el reproche por haber obrado teniendo la capacidad de comprender y de determinarse. En estas condiciones, admite las causales de justificación y las de inculpabilidad. Respecto de estas últimas, por ejemplo, si el sujeto obró dentro de una situación de error o por coacción, habrá que absolver al *inimputable* porque obró sin culpabilidad, requisito indispensable para la responsabilidad también respecto de esta clase de sujeto. (Véase *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 313, 359 y 360). Considero que el predicar la culpabilidad también respecto de los sujetos inimputables, resulta bastante problemático por consideraciones que no es del caso hacer aquí. Sin embargo, si se llegare a sostener que desde el punto de vista de la política criminal se debe sancionar con penalidad agravada en los casos en que un sujeto actúe por intermedio de otro que es inmaduro psicológico o que padece trastorno mental, la posición del profesor JUAN FERNÁNDEZ podría ser una salida al problema.

2. Sobre la base de la consideración de la regulación de la inimputabilidad y mientras no se cambie la actual realidad normativa, tendríamos:

a) Si el autor utiliza a un inmaduro psicológico o a un trastornado mental que a causa de alguno de esos fenómenos no puede comprender la ilicitud de su comportamiento o no puede determinarse de acuerdo con tal comprensión, no habría duda de que existe la responsabilidad agravada para el sujeto imputable y *responsabilidad* también para el *inimputable* que, *será sometido a medidas de seguridad*, salvo que se trate de un caso de trastorno mental transitorio sin secuelas, pues en tal eventualidad no hay lugar ni a penas ni a medidas de seguridad;

b) Si el autor utiliza a un inmaduro psicológico o trastornado mental en circunstancias tales que comporten una causal de justificación o de inculpabilidad, a este se debe absolver sin tener en cuenta la problemática de la inimputabilidad. En consecuencia, para el autor que determina al inmaduro o trastornado, no habría lugar a la agravación.

Este último razonamiento implica que cuando en un caso de homicidio interviene un sujeto inmaduro o que padece trastorno mental, no puede decirse *a priori* que siempre debe aplicarse la agravante. Al contrario, se debe distinguir. Cuando en el caso se reconoce la causal de justificación o inculpabilidad al instrumento y se absuelve a este y se responsabiliza al otro pero no de manera agravada, en el fondo estamos diciendo que en tal eventualidad el sujeto estaría en la misma situación de quien se vale de un medio que no padece ninguna inmadurez o anomalía de su síquismo y sin embargo, puede ser utilizado como instrumento: piénsese por ejemplo en quien utiliza a un sujeto "normal" que obra en una hipótesis de error de tipo o en un error de prohibición, o coaccionado.

A la anterior conclusión conduce el análisis de la realidad normativa. Si es una situación que debe modificarse o no, es otro problema, pero mientras esto no suceda otra solución me parece difícil.

LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA DE 1983

(Informe)

Dr. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS*

Desde la reinstauración de la democracia en España en 1977, se ha considerado necesario en todos los sectores sociales la promulgación de un nuevo Código Penal que sustituya al actualmente vigente, cuyo contenido básico, pese a las sucesivas reformas, data de 1848. Fruto de ese estado de ánimo es el proyecto de Código Penal de 1980, que se sometió a la consideración del Congreso de los Diputados a principios del citado año, pero que, debido a otras prioridades políticas, no pasó de la primera fase (presentación de enmiendas en Comisión) de su tramitación parlamentaria. La victoria en las elecciones de 1982 del Partido Socialista Obrero Español tuvo como consecuencia la retirada del Parlamento del citado proyecto de Código, y la iniciación de los trabajos que han de culminar en un nuevo proyecto que se va a presentar en las Cortes; en noviembre de 1983 el Ministerio de Justicia publicó una propuesta de anteproyecto de Código Penal, elaborada por una comisión de expertos, y que ha sometido a la consideración pública tal propuesta se inspira, aunque modificándolo en puntos sustanciales, en el proyecto de 1980.

Al margen de estos trabajos más generales, desde 1978 se produce una serie de reformas parciales del Código Penal vigente, que intentan satisfacer las exigencias más perentorias de política criminal. De entre todas ellas destaca por su gran importancia la realizada por la ley de 25 de junio de 1983: ante todo, las modificaciones cuantitativas y cualitativas que realiza son de tal entidad que puede decirse que es la reforma más importante de nuestro Código vigente, desde 1870. En segundo lugar, cabe considerarla como un anticipo de lo que ha de ser nuestro futuro Código Penal, pues las modificaciones realizadas están todas ellas inspiradas en propuestas realizadas en el proyecto de 1980. Finalmente, dado que ella se ha ocupado de los preceptos considerados como necesitados de una urgente reforma, es de temer que los trabajos encaminados a elaborar un nuevo Código Penal se realicen ahora con más parsimonia.

Pasamos ahora a mencionar algunas de las modificaciones más significativas de la citada reforma. Y en primer lugar en la *Parte General* del Código.

* El autor es profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza. El presente trabajo ha aparecido en lengua alemana en la prestigiosa revista *Juristen Zeitung*, año 39, junio 15 de 1984, núm. 12, págs. 561 y ss. y ha sido cedido por el Dr. DíEZ RIPOLLÉS para nuestra publicación.

Con la nueva redacción del art. 1º y la supresión de los arts. 8º, nums. 8, 64 y 50 se ha logrado por primera vez en nuestra legislación penal eliminar la vigencia general en ella del principio *versari in re illicita*, según el cual quien realizaba un acto ilícito penal respondía a título de dolo de todas las consecuencias de él derivadas, aunque fuesen fortuitas o culposas. Si bien en los últimos años tal principio se interpretaba cada vez más restrictivamente por la jurisprudencia, su eliminación absoluta del Código era exigencia ineludible del principio de culpabilidad. En la misma línea, se ha introducido en el art. 1º una regulación sustancialmente idéntica a la alemana respecto a la exigencia de que el resultado más grave en los delitos calificados por el resultado ha de ser al menos culposo; recientes opiniones doctrinales han estimado que con ello aún se sigue violando el principio de culpabilidad.

De gran significado es igualmente la introducción de reglas sobre el error de tipo y el error de prohibición, este último regulado según la teoría de la culpabilidad (art. 6 bis a). Asimismo se ha penalizado la actuación en nombre de otro, pero de un modo muy limitado pues se abarcan solo actuaciones en nombre de una persona jurídica, lo que contradice la propuesta de regulación contenida en el proyecto de 1980 (art. 15 bis).

El legislador ha considerado igualmente conveniente introducir en nuestro Código de modo explícito la figura del delito continuado (art. 69 bis), que había sido elaborada por la jurisprudencia hacía tiempo, y estaba plenamente aceptada, pues se estimaba que el Código no se oponía a ella. No obstante, se estaban registrando desde hacía cierto tiempo algunas oscilaciones jurisprudenciales relativas a los requisitos precisos para poder hablar de delito continuado, y ha sido el deseo del legislador acabar con ellos, lo que le ha llevado a dar una definición legal, definición que responde a las tesis jurisprudenciales consideradas como más acertadas por la mayoría de la doctrina. En especial se rechaza la necesidad de que la víctima sea la misma en todas las acciones, y que estas no se puedan individualizar; a su vez la unidad de dolo desaparece. En todo caso, se rechaza el delito continuado en bienes eminentemente personales, salvo eventualmente los relativos al honor y honestidad. Las reglas de medición de la pena posibilitan que esta pueda ser más grave que en los casos normales.

En el *sistema de penas* las modificaciones no han sido mayormente importantes. La pena de muerte ya había sido derogada por la Constitución de 1978, excepto en las leyes militares de tiempo de guerra, quedando como máxima pena la privativa de libertad de 20 a 30 años, extensible en casos excepcionales hasta 40. La reforma no solo no ha suprimido la institución de la redención de penas por el trabajo, tal como propone el proyecto de 1980 y presupone la Ley General Penitenciaria de 1979, sino que la ha ampliado al posibilitar su aplicación a los condenados a penas privativas de libertad superiores a un mes, así como a los sometidos a prisión preventiva. Tal institución permite descontar un día de pena por cada dos de trabajo en prisión, cabiendo incluso baremos más beneficiosos. El legislador ha estimado que mientras no se proceda a una revisión general de las penas del Código no puede suprimirse una institución como esta, que palió notablemente la excesiva duración que poseen las penas privativas de libertad en el Código Penal

español. En contra de lo propuesto en el proyecto de 1980, el legislador no se ha decidido a implantar el sistema de días-multa, que lo ha dejado para una futura reforma, contentándose con elevar la cuantía de las multas en todos los preceptos del Código en un 50%. De gran importancia ha sido la introducción de la posibilidad de sustituir la medida de internamiento de los inimputables por un tratamiento ambulatorio u otro tipo de medidas no privativas de libertad, así como del sistema vicarial entre pena y medida, antes inexistente (arts. 8º num. 1 y 3, 9º num. 1, 452 bis c).

En lo que concierne a la *Parte Especial* del Código, el art. 173 posee desde la reforma a la que venimos aludiendo un nuevo numeral 4º, por el que se consideran ilícitas las asociaciones que promueven o incitan a la discriminación racial. Los delitos contra la libertad religiosa han pasado a denominarse delitos contra la libertad de conciencia, y se han reformado de modo que ya no se da un trato expreso y preferente a la religión católica (arts. 205 y ss.). Se ha suprimido el delito de conducción sin permiso, delito de peligro abstracto muy criticado por la doctrina por considerarse un mero ilícito administrativo (art. 340 bis c).

La regulación relativa al tráfico de drogas ha sufrido una modificación sustancial. En primer lugar, se ha establecido una distinción entre las sustancias que causen grave daño a la salud y las que no, siendo notable la diferencia de pena. En segundo lugar, se deja ahora bien claro que solo se castiga el "tráfico", quedando impune no solo el consumo sino también la "tenencia para consumo"; la impunidad de esta tenencia ya venía siendo reconocida por la jurisprudencia, dándole una interpretación restrictiva al tipo anteriormente vigente. En tercer lugar, se establecen nuevos tipos agravados, entre otros casos, para cuando se trafique con menores o en centros docentes, militares o penitenciarios. Importante es asimismo la restricción del ámbito discrecional del juez en la imposición de la pena, ya que, en la regulación derogada, este, a partir de unos puntos de referencia muy vagos, podía imponer penas que iban desde los seis meses hasta los 20 años; ahora las penas van de un mes a 12 años y su imposición está estrictamente condicionada en cada caso a la concurrencia de determinadas circunstancias típicas.

Novedad importante de la reforma es la creación de normas que sancionan los atentados contra el medio ambiente. El art. 347 bis configura un tipo protector de la atmósfera, el suelo y las aguas terrestres y marítimas, siempre que emisiones o vertidos en ellas pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Se establecen tipos agravados en casos de eludimiento de la actividad de control de la Administración, así como si hay un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. A la misma idea fundamental responde la introducción de un nuevo párrafo en el art. 346 con la finalidad de dar una protección más completa a la salud de los consumidores.

De una gran transcendencia es igualmente la introducción de un segundo párrafo en el art. 428. Su primer párrafo señala la irrelevancia del consentimiento en las lesiones. El nuevo párrafo sin embargo exime de responsabilidad penal, siempre que medie un consentimiento libre y expreso, en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a la Ley de Extracción y Trasplante de Órganos de

27 de octubre de 1979, así como en los de esterilización y cirugía transexual realizadas por facultativo. La nueva regulación, sin ir tan lejos como lo propuesto por el proyecto de 1980, de solo sancionar las lesiones consentidas cuando sean socialmente reprobables, y con pena atenuada, supone ya una ruptura del principio, tan cuestionado en nuestra doctrina, de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones.

Los delitos contra la propiedad, y singularmente los de hurto, robo y estafa adolecían en nuestra legislación penal de una regulación muy anticuada. De modo especial resultaba muy insatisfactorio que las penas se impusieran en función de la cuantía sustraída, robada o estafada, con diferentes marcos penales a tenor de ella, que iban de un mes a doce años de pena privativa de libertad. La nueva regulación se limita a establecer la cantidad de 30.000 ptas, como límite entre la conducta constitutiva de falta o de delito para los casos de estafa y hurto, graduando la pena en función, no de las cuantías, sino de los modos de realización de la conducta, o de la gran entidad de los perjuicios, no necesariamente económicos, causados. A su vez, restringe la amplitud de la pena susceptible de imponerse en el hurto, dejándola entre un mes y seis años. Asimismo, la regulación de la estafa poseía el defecto adicional de ser extremadamente casuista, faltando además un concepto general de lo que debiera entenderse por estafa. Ambos defectos han sido subsanados por la reforma, introduciendo un tipo básico de estafa, que contiene una definición legal de ella acorde con la defendida por la doctrina y utilizada en buen número de ocasiones por la jurisprudencia. Con todo, la casuística anterior encuentra ahora un paralelo en el excesivo número de circunstancias agravatorias del tipo básico de estafa que se crean. Entre ellas merece especial mención la consideración como estafa agravada de la estafa procesal, si bien con una redacción desafortunada (arts. 505-506, 514-516, 528-529).

Al inicio de la tramitación parlamentaria de los materiales que luego se convertirían en la ley de 25 de junio de 1983 que acabamos de comentar, se desgajó de ellos, para su estudio como proyecto de ley independiente, lo que hacía referencia a una despenalización parcial del aborto a partir del sistema de las indicaciones. Tal propuesta de ley ha seguido una tramitación parlamentaria más lenta, y solo el 6 de diciembre de 1983 fue aprobada por el pleno del Senado, con lo que solo faltaba la sanción por el jefe del Estado y su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* para su entrada en vigor. Sin embargo, con anterioridad a ello el Grupo Parlamentario Popular había presentado un recurso previo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que ha tenido como efecto la paralización de la tramitación de la ley hasta que se pronuncie al respecto dicho Tribunal. La ley aprobada por el parlamento establece que el aborto realizado por un médico con el consentimiento de la mujer no será punible, si era necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, si el embarazo es consecuencia de una violación y el aborto se realiza en las primeras doce semanas y ha sido denunciada la violación; asimismo si es probable que el feto nazca con graves taras físicas o síquicas, siempre que el aborto se realice en las primeras veintidós semanas y el pronóstico desfavorable lo dictaminen dos médicos especialistas distintos del que realice el aborto.

**SECCIÓN
DE
CRIMINOLOGÍA
Y
POLÍTICA CRIMINAL**

PRESUPUESTOS PARA UNA REFORMA DE LA POLICÍA

Dr. JOSÉ MARÍA RICO*

INTRODUCCIÓN

La policía, tradicionalmente encargada de la aplicación de las leyes y del mantenimiento del orden público, es el organismo del Estado que se encuentra constantemente en contacto directo, no solamente con el crimen y con los delincuentes, sino también con el público en general. Esta característica le confiere una importancia particular. En efecto, estamos asistiendo desde hace unos cuantos años a un incremento de la criminalidad, a cambios e, incluso, a inquietantes agravaciones de sus manifestaciones (criminalidad colectiva, violencia, terrorismo, delincuencia económica y/o relacionada con el abuso de poder, delincuencia juvenil, etc.). Asimismo nuestras sociedades se están transformando de manera considerable y a un ritmo vertiginoso; urbanización, industrialización, movilidad constante, complejidad creciente, descubrimiento y aplicación de técnicas cada vez más perfeccionadas, multiplicación de reglamentos susceptibles de atentar contra las libertades individuales y que la policía debe aplicar (circulación, manifestaciones de masa, etc.). Estos factores de transformación suelen ir acompañados de tensiones, de desequilibrios sociales a menudo generadores de criminalidad.

De esta manera, la policía, que constituye históricamente una forma de cristalización de la reacción social contra el crimen y de mantenimiento del orden social establecido, cumple su misión en una sociedad en constante evolución; representa, por consiguiente, un dato inmediato y concreto de la dinámica social y, al mismo tiempo, una de las instituciones esenciales del Estado.

El hecho policial puede ser abordado de varias maneras. Un enfoque jurídico permite situar a la policía en su marco legal y constitucional; los sondeos de opinión ante el público, los mismos policías y los demás actores del sistema penal pueden ayudar a una mejor comprensión de la percepción que los diversos sectores de la población tienen de las fuerzas de orden público; finalmente, los estudios evaluativos, al analizar cuantitativa y cualitativamente los diferentes servicios solicitados y prestados por la policía, pueden contribuir a una definición más adecuada de la función que dicha institución desempeña en una sociedad moderna.

* Profesor titular del Departamento de Criminología en la Universidad de Montreal. Montreal, Canadá.

El enfoque jurídico constituye una de las formas más tradicionales de encarar el estudio de la policía. Mediante dicho enfoque, se trata de precisar el estatuto constitucional, la jurisdicción y la organización de tal organismo y exponer las disposiciones legales que conceden ciertos poderes a las fuerzas de orden público, les imponen obligaciones y regulan el conjunto de sus actividades. Todos estos aspectos son estudiados en los tratados de derecho administrativo y de derecho penal, la mayoría de las veces en forma descriptiva y superficial. Con raras excepciones, en América Latina siempre se ha seguido este tipo de análisis. En cambio, los trabajos de carácter sociológico sobre la policía son prácticamente inexistentes en este continente.

La evolución sociopolítica de los últimos cinco años —paso de regímenes autoritarios a modelos democráticos, descentralización de las estructuras politoadministrativas, creciente inquietud ante los problemas de seguridad ciudadana, difíciles perspectivas económicas, etc.—, así como los cambios inminentes que dicha evolución ha de suponer, justifican ampliamente la necesidad y la urgencia de estudios y discusiones sobre el sistema policial latinoamericano de los años 80, el cual deberá ser, a nuestro parecer, substancialmente diferente del aparato tradicional.

El principal objetivo del presente trabajo será intentar contribuir a la determinación de las grandes directrices o principios fundamentales en que deberá basarse cualquier reforma de la institución policial latinoamericana¹.

I. PRESUPUESTOS PARA LA REFORMA

Por ser la policía uno de los más importantes organismos sociales y tener asignadas funciones específicas, cualquier reforma de la institución policial y, en particular, la consistente en revisar sus objetivos a mediano y largo plazo, debe tener en cuenta cierto número de consideraciones previas, las principales de las cuales serían las siguientes:

¹ Para la elaboración de dichos principios fundamentales, se han utilizado las recomendaciones de las diversas comisiones de encuesta que han abordado el estudio de la policía, así como los resultados de las investigaciones científicas sobre el mismo tema. Se trata, entre otras, de las obras siguientes: The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (informe Katzenbach), *Task Force Report: The Police*, Washington, US Government Printing Office, 1967; National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals (informe Peterson), *Police*, Washington, US Government Printing Office, 1973; diversos informes e investigaciones del National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice del Departamento de Justicia de los Estados Unidos; Great Britain, *Royal Commission on the Police*, Her Majesty's Stationary Office, 1962; Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (informe Ouimet), *Justice pénale et correction: un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969; Commission d'enquête sur l'administration de la justice en matière criminelle et pénale (informe Prévost), *La société face au crime* (en particular, los volúmenes 1 y 5, así como los anexos 2 y 3), Gouvernement du Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1968 a 1970; J. Choquette, *La police et la sécurité des citoyens*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1971; *Rapport du groupe de travail sur l'organisation et les fonctions policières au Québec*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978; J. Rico, *Les objectifs du S.P.C.U.M.*, documento de trabajo presentado al Consejo de Seguridad Pública de la Comunidad Urbana de Montreal, mayo 1980.

a) ¿En qué tipo de sociedad deberá actuar la policía? ¿Cuál será la evolución previsible de dicha sociedad? ¿A qué tipo de problemas deberá enfrentarse en un futuro más o menos inmediato?

b) ¿Existe en el país —o en la región— una tradición policial dada? ¿Cuáles son sus grandes principios? ¿Deberán conservarse una y otros?

c) ¿Cuáles son las tendencias evolutivas de la policía en los países occidentales y en los Estados latinoamericanos?

d) ¿Cuáles son las tendencias de la criminalidad y de sus principales manifestaciones?

e) ¿Cuáles son los grandes principios y las tendencias evolutivas de los diversos sub-sistemas de la administración de la justicia penal (tribunales, servicios penitenciarios y de rehabilitación)?

Para poder responder en forma adecuada a todos estos interrogantes se necesitan investigaciones previas. Ahora bien, actualmente solo disponemos de algunas reflexiones aisladas procedentes de diversos investigadores y de materiales estadísticos que aún no han sido analizados con la suficiente profundidad. Sin embargo, dichas reflexiones y materiales nos suministran cierto número de indicaciones sobre las cuestiones ya enumeradas. Veámoslas.

1. MODELO DE SOCIEDAD

Si nos basamos en la interacción existente entre la ley, la moral y las costumbres, nuestra sociedad pertenece al modelo de "sociedad parcialmente integrada"². Son características de este modelo: su complejidad, un alto nivel de desarrollo tecnológico, la diversidad de sus costumbres y valores, la tolerancia con respecto a las conductas "desviadas", el rechazo de métodos violentos como medio de conseguir justicia, el poner en tela de juicio ciertos valores fundamentales, la crítica persistente de las instituciones penales y sociales y la dificultad en encontrar un consenso para resolver los grandes problemas sociales.

2. MODELO DE POLICÍA

En 1968, J. Q. WILSON elaboró la siguiente tipología de modelos policiales: modelo legalista, modelo orientado hacia la dispensa de servicios y modelo de vigilancia³.

El modelo legalista se caracteriza por los rasgos que a continuación se enumeran: —aplicación estricta de leyes y reglamentos;

—escasa importancia acordada al mantenimiento del orden público, el cual es tratado como un problema de aplicación de la ley;

² D. SZABO, "La police et le public: images et réalité", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, vol XXXII, núm. 2, avril-juin, 1979, págs. 150-157.

³ J. Q. WILSON, *Varieties of Police Behavior*, New York, Atheneum, 1968.

- uso limitadísimo del poder discrecional de que disponen las fuerzas de orden público (lo cual reduce las oportunidades de corrupción);
- elevado número de arrestos, sobre todo por delitos menores;
- importante control ejercido por los superiores y, por consiguiente, escasas oportunidades para la iniciativa y la creatividad;
- los incidentes de poca importancia son encaminados frecuentemente a los superiores del cuerpo, para que estos decidan;
- división de funciones altamente especializada;
- los agentes son evaluados por el número de arrestos efectuados y contravenciones emitidas.

En cuanto al modelo orientado hacia la dispensa de servicios, sus principales características son:

- la descentralización moderada de autoridad y responsabilidades;
- el acordar mayor importancia al mantenimiento del orden que a la aplicación de la ley;
- considerar que el principal objetivo del cuerpo es el de ser un servicio público;
- la importancia que se da a las relaciones con la comunidad y a proyectar en la opinión pública una imagen positiva de la policía;
- los elevados valores inculcados a los agentes, con vista a alejarlos de cualquier tentación de soborno o corrupción;

—la conciencia que cada miembro del cuerpo tiene de su responsabilidad y la consiguiente potenciación de su espíritu de iniciativa.

Finalmente, el modelo de vigilancia puede describirse de la manera siguiente:

- importancia acordada al mantenimiento del orden público;
- escaso recurso a los arrestos por delitos menores;
- en caso de arresto indebido, los ciudadanos pueden invocar la conducta ilegal del agente de policía;
- amplia discreción a todos los niveles y utilización de técnicas persuasivas;
- pocas oportunidades para iniciativas e innovaciones;
- escaso control del personal por los superiores;
- limitada descentralización de autoridad y responsabilidades;
- grandes oportunidades para la corrupción.

Este último modelo es el tipo tradicional norteamericano, habiéndose creado los otros dos como oposición al mismo. Estos tres esquemas pueden aplicarse, con los ajustes necesarios, a los demás servicios de policía del mundo.

3. TENDENCIAS GENERALES DE LA SOCIEDAD

Diversos aspectos de la evolución de nuestra sociedad pueden tener repercusiones previsibles sobre el conjunto de la administración de la justicia penal y, en particular, sobre la institución policial. Dichos aspectos aparecen, en forma esquemática, en el cuadro siguiente.

Evolución de la sociedad

Cambios en la población (natalidad, migración, etc.).

Industrialización, urbanización

Progreso tecnológico

Creciente complejidad de las relaciones sociales.

Más alto nivel de educación social

Cambios en las relaciones sociedad-ciudadanos

Mayor tolerancia hacia los modos de vida individuales

Repercusiones previsibles

{ Freno o disminución de la delincuencia juvenil;
Incremento de la criminalidad adulta;
Conflicto de culturas y de generaciones.

{ Alza de la criminalidad;
Mayor número de policías y de medios o selección de casos por tratar.

{ Cambios en las formas de la criminalidad (incremento de los delitos de "cuello blanco" y de los relacionados con las computadoras; disminución de robos y hurtos de dinero);
Presiones para mejorar los medios de que dispone la policía para combatir estas nuevas formas delictivas;
Preocupación por la protección de la vida privada.

{ Multiplicación de leyes y reglamentos que la policía deberá aplicar;
Restricciones de las libertades individuales;
Extensión de la función policial;
Dificultades suplementarias en las relaciones con los ciudadanos.

{ Mayor conciencia de los problemas sociales (conflictos laborales, protección del medio, etc.);
Posibilidades de manifestaciones públicas.

{ Mayor respeto de los derechos fundamentales;
Mayor utilización de los recursos comunitarios;
Mayor número de denuncias contra la policía;
Presiones para que la policía dé cuenta de sus actividades.

{ Descriminalización y despenalización de ciertos delitos sin víctima.

Elevado índice de paro y de inflación

Relación incierta con la criminalidad.

Fuertes presiones sobre los gobiernos para reducir los gastos públicos

Importancia creciente de la investigación evaluativa, sobre todo del modelo costos-beneficios;
Búsqueda de los programas menos costosos;
Tendencia a privatizar ciertos servicios públicos.

Cambios políticos estructurales (consolidación de la democracia, descentralización, etc.)

Cambios en las formas de criminalidad (terrorismo, seguridad ciudadana, etc.)
Mayor libertad de prensa (influencia en la inseguridad ciudadana);
Cambios en la estructura de la administración de la justicia penal.

4. TENDENCIAS DE LA CRIMINALIDAD

Toda política criminal sería que se plantee una sociedad moderna conduce necesariamente a una serie de preguntas: ¿cuánta delincuencia hay? ¿Ha aumentado la delincuencia? ¿Cuáles son los delitos que más se cometen? ¿Qué tendencias son las más relevantes? ¿Dónde se concentra la delincuencia? ¿Qué tipo de personas cometen más delitos?

Por supuesto, todas estas preguntas son particularmente relevantes para la institución policial y la reforma de la misma.

Los barómetros de la opinión pública suelen indicar que la seguridad ciudadana es uno de los problemas sociales que preocupan más al público. Se le atribuye generalmente la segunda o tercera posición en el orden de preocupaciones sociales, después del paro y la inflación. Puede decirse además que el miedo a ser víctima del delito ha aumentado en los últimos años, así como también está aumentando la actitud punitiva de los ciudadanos frente al delincuente.

5. TENDENCIAS DE LA JUSTICIA PENAL

Por todas partes se afirma que la justicia penal está en crisis. ¿Sus principales causas? Un desequilibrio notorio entre las necesidades de protección social de las colectividades modernas y un sistema legal y penal cuyas estructuras y contenido fundamentales, determinados hace más de un siglo, no han sufrido alteraciones esenciales, pese a las múltiples reformas efectuadas desde entonces.

La investigación criminológica reciente nos muestra, entre otras cosas, que:

—los códigos y las leyes penales no suelen corresponder a las necesidades contemporáneas, presentan en general un aspecto conservador y las más de las veces son preparados con escasa o nula participación del público;

—no existe ninguna prueba científica del valor intimidante de la pena, a pesar de lo cual legisladores y jueces siguen creyendo en los poderes mágicos de la disuasión;

—las teorías retributivas y expiatorias se basan en ficciones y mitos, así como en una concepción del hombre totalmente desacreditada por la ciencia moderna;
—no se puede afirmar que la experiencia del castigo intimide al delincuente castigado;

—gran número de delitos no son comunicados a la policía o al ministerio público por la víctima;

—los tribunales, inundados de causas, no pueden estudiar con seriedad todos los expedientes, lo que no les impide seguir manteniendo una actitud represiva (“castigar es un deber”);

—la mayoría de los jueces poseen una formación jurídica inadecuada para considerar, sobre todo en el mundo complejo de hoy, las implicaciones económicas, sociales y criminológicas del delito y de la sanción que eventualmente pronunciarán;

—las penas clásicas no parecen haber probado la eficacia que de ellas esperaba el legislador (el porcentaje de reincidentes es bastante elevado, la mayoría de los condenados son insolventes);

—el tratamiento dispensado en los establecimientos penitenciarios ha dado hasta ahora mediocres resultados;

—el tratamiento puede ser eficaz si la administración penitenciaria determina el tipo de intervención que conviene más a cada categoría de delincuentes y de situaciones;

—las soluciones alternativas al encarcelamiento, consistentes en utilizar los recursos de la comunidad, son menos costosas y más eficaces para prevenir la reincidencia;

—los programas tradicionales de prevención de la delincuencia son en gran parte ineficaces;

—ciertas medidas sociales aplicadas para hacer disminuir la delincuencia (desempleo, utilización del ocio) no han conseguido plenamente el objetivo perseguido;

—la imagen pública de la administración de la justicia penal es bastante negativa, reprochándosele en particular su lentitud, su carácter abstracto y vetusto, su desigualdad (sobre todo respecto a las clases más desfavorecidas), su inconsecuencia (demasiada severidad o excesiva indulgencia), a veces su falta de independencia respecto al poder ejecutivo e incluso su carácter crimínogeno.

Por otra parte, según las recomendaciones hechas por diversas comisiones nacionales nombradas en algunos países (Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Francia) para estudiar estos problemas, el sistema de justicia penal debiera tener en cuenta los siguientes objetivos:

—ser accesible a todos, representar verdaderamente la voluntad profunda de la población y tomar rápidamente en consideración la evolución de la sociedad a la que deberá aplicarse;

—profesar en sus principios y practicar en su acción concreta un profundo respeto de la persona;

—considerar únicamente como criminales aquellas conductas que constituyan una amenaza grave para la sociedad y no puedan resolverse mediante el recurso a otros medios legales o sociales;

—reemplazar la acción penal por soluciones más constructivas basadas en la comunidad;

—limitar la utilización del juicio penal tradicional, reservándolo para los casos más graves y serios y sometiendo las demás causas a otras soluciones en las cuales prevalecerá la despenalización;

—restringir el recurso a la pena en general y a la pena de prisión en particular, con vistas a reducir los sufrimientos y costos que tales medidas llevan consigo y potenciar la utilización de sanciones más positivas.

6. TENDENCIAS DE LA POLICÍA

Con respecto a la policía, la investigación criminológica nos ofrece los siguientes datos, de gran interés para cualquier reestructuración de dicha institución⁴:

—los policías “detectives” tratan superficialmente la mayoría de los delitos graves, dedicando la mayor parte del tiempo disponible a repetir las intervenciones ya hechas por los policías “de patrulla”;

—los “detectives” se dedican sobre todo a revisar informes, completar expedientes e intentar ponerse en contacto con las víctimas para interrogarlas en relación con casos cuyas probabilidades de solución son casi nulas;

—el factor más determinante para solucionar un crimen es la información que la víctima o los testigos transmiten al agente de patrulla que se desplaza inmediatamente al lugar de comisión del hecho delictivo;

—la solución de los delitos se debe a menudo a investigaciones policiales rutinarias;

—la mitad de los arrestos efectuados lo son por los agentes de policía;

—el incremento de los efectivos de patrulla no tiene ningún efecto ni sobre la tasa de criminalidad, ni sobre el número de arrestos ni sobre la satisfacción del público;

—el trabajo en equipo (patrulla-investigación) puede representar una estrategia policial eficaz y satisfactoria;

—existe una relación significativa entre el tiempo de respuesta a una llamada y las posibilidades de detener al autor en el lugar de comisión de su delito;

—la opinión pública sobre la policía suele ser bastante favorable;

—aunque el público considera que en general la policía es competente, no le atribuye la misma eficacia en lo que respecta a la solución de delitos específicos;

—las víctimas del delito se arrepienten a menudo de haber hecho intervenir a la policía, a causa del tiempo perdido y de los inconvenientes que para ellas suponen las consecuencias de la acción penal;

—los policías se declaran insatisfechos del sistema judicial y penitenciario, de la colaboración del público, de las relaciones entre la base y las autoridades superio-

⁴ Conviene aclarar que la casi totalidad de dichas investigaciones han sido realizadas en Estados Unidos, Canadá, e Inglaterra, países cuyos servicios policiales están organizados en forma diferente de la que prevalece en España, Francia, Italia y otros países.

res, de la asignación del personal, del sistema de evaluación de su trabajo, de las modalidades de promoción, de la administración del servicio y de la ausencia de mecanismos de consulta y de información con ocasión de la elaboración de las políticas generales de la institución y de los cambios que se efectúan en la misma;

—el público se considera insatisfecho de la falta de representatividad de la policía con respecto a la población, de la utilización del poder discrecional, de los abusos e incluso de las infracciones cometidas por numerosos agentes, del funcionamiento de los comités de disciplina y, en general, de la eficacia de la policía;

—los costos de la policía son elevadísimos y desproporcionados con el rendimiento de la institución.

II. PRINCIPIOS PARA LA REFORMA

Sin un cabal conocimiento de los diversos aspectos que acabamos de sintetizar, no es posible elaborar los objetivos que a corto, mediano y largo plazo deben regir la organización y el funcionamiento de cualquier servicio moderno de policía. Dichos objetivos han de basarse además en cierto número de principios fundamentales, que también se deducen de lo anteriormente expuesto.

Como cualquier otro organismo social, la policía debe además articular sus objetivos específicos referentes a la organización general del servicio, al presupuesto, al personal, a las funciones policiales, etc., alrededor de cierta filosofía general básica, para cuya elaboración parece indispensable un proceso previo de análisis y estudio de los principales indicadores sociales que puedan relacionarse con la misión policial, de consultas regulares acerca del público y de los miembros del servicio, de adopción, aplicación, evaluación y revisión de las principales políticas del cuerpo. Si este proceso previo no se efectúa, la determinación de una filosofía básica aplicable a la policía solo podrá hacerse apelando a meras intuiciones e ideas más o menos vagas y coherentes.

Si nos basamos en las “intuiciones” que hasta ahora nos muestran las investigaciones y experiencias realizadas sobre y en la policía, podemos avanzar —aunque solo sea para fines de discusión— los siguientes principios básicos que debieran regir cualquier servicio de orden público:

A. Principios básicos

1. *La policía debe reconocer que forma parte integrante del conjunto del sistema penal y aceptar las consecuencias de tal principio.* Lo cual supone:

a) la existencia de una filosofía general mínima, aceptada y aplicada por el conjunto del sistema penal;

b) la cooperación efectiva entre policías y demás miembros de dicho sistema penal.

2. *La policía debe estar al servicio de la comunidad, siendo su razón de ser la de garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la ley le reconoce.* Ello implica:

a) una adaptación de los servicios policiales a las necesidades reales de la comunidad;

b) la ausencia de cualquier tipo de ingerencia política indebida en las actuaciones policiales;

c) la colaboración del público en el cumplimiento de ciertas funciones policiales.

3) *La policía debe ser, en sus estructuras básicas y en su funcionamiento, un servicio democrático.* Lo cual lleva consigo:

a) la desmilitarización del servicio;

b) un total respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos;

c) la adopción y rigurosa aplicación de un código de deontología policial;

d) la participación de todos los miembros del servicio y del conjunto de la población en la elaboración de las políticas policiales;

e) la aceptación de la obligación de rendir periódicamente cuenta de sus actividades.

4. *La policía debe ser un servicio profesional.* Son criterios necesarios para un verdadero profesionalismo de los servicios policiales:

a) la limitación de la acción de la policía al sector de la criminalidad;

b) la formación especializada del personal;

c) la aceptación de profesionales civiles;

d) la creación y ejecución de un plan de carrera;

e) la prioridad acordada a la competencia en la atribución de promociones, la cual debe prevalecer sobre la antigüedad en el escalafón;

f) la existencia de un código de ética profesional.

5. *La policía debe reconocer la necesidad de la planificación y de la evaluación de sus actividades, así como de la investigación.* En consecuencia:

a) la planificación administrativa y operativa de la policía, la evaluación de sus actividades y la investigación deben ser funciones permanentes del servicio;

b) las principales etapas del proceso de planificación policial deben ser:

—la identificación de necesidades;

—el análisis y la investigación:

la determinación de objetivos a corto, medio y largo alcance;

—la elaboración de una estrategia para su implantación;

—la consulta regular dentro y fuera del servicio;

—la evaluación periódica de dichos objetivos y estrategias;

c) los objetivos de la policía deben corresponder a las necesidades de la comunidad, ser flexibles, realizables y mensurables;

d) la policía debe participar, en una planificación conjunta, con los demás servicios policiales del país y con las instituciones gubernamentales implicadas o interesadas por los problemas relacionados con las actividades de las fuerzas de orden público.

B. Aspectos particulares

En aplicación de los principios básicos que acabamos de exponer, podrán tomarse en consideración diversos aspectos particulares relacionados con la organización

y el funcionamiento de la policía, los más importantes de los cuales sintetizamos seguidamente.

1. *Estructura.* La policía debe ser esencialmente un servicio municipal, cuyo principal objetivo será dedicarse de manera prioritaria a la satisfacción de las necesidades del municipio. Su organización y administración deben conformarse a los principios modernos y reconocidos de gestión, recomendándose, desde un punto de vista operativo, la descentralización del servicio por distritos.

2. *Presupuesto.* Deberá aplicarse el sistema de costos-beneficios, sometiéndose además el presupuesto anual del servicio a controles flexibles y eficaces, tanto internos como externos.

3. *Recursos humanos y físicos.* Deberán establecerse criterios racionales, precisos y flexibles para el reclutamiento, formación, promoción, destino y evaluación del personal policial. Se recomienda el reclutamiento de un personal representativo de la población (mujeres, minorías) y que posea como mínimo un diploma del nivel secundario, cuya formación deberá efectuarse parcialmente en colegios y universidades y parcialmente en las escuelas de policía, la elaboración de programas de perfeccionamiento y de formación específica para determinadas funciones (gestión, planificación, investigación, sector juvenil, drogas, delitos económicos, etc.), el establecimiento de un plan de carrera estructurado, la mejora de las relaciones entre la base y los superiores, el reconocimiento del derecho a la libre sindicalización y la exclusión del derecho de huelga.

Las características de un buen policía deben ser: la integridad, la disciplina, el espíritu de iniciativa, la imparcialidad, un adecuado equilibrio emocional, el valor, el tacto, la tolerancia y el buen juicio.

La proporción policías-ciudadanos deberá ser de 4 agentes por cada 1.000 habitantes.

En cuanto al equipo material, deberá establecerse un sistema de selección y de prioridades en las llamadas y de comunicación con los demás servicios policiales. También deberá elaborarse una política de limitación del uso de armas.

4. *Funciones policiales.* Las principales funciones policiales deben ser: la prevención y la represión del crimen, el arresto de los delincuentes, el mantenimiento del orden público conforme a los principios del derecho, la aplicación de las leyes y el control de la circulación. Dichas funciones deberán interpretarse en un sentido estricto, de tal forma que en lo que se refiere a la lucha contra el crimen se dará prioridad a las infracciones consideradas como peligrosas a causa del daño infligido a la víctima, y en lo que respecta al mantenimiento del orden público la policía no deberá intervenir sino cuando dicho orden es amenazado por personas que recurren a la violencia o al terror. Se aconseja el establecimiento de comunicaciones estrechas con todos los organismos interesados por la prevención del crimen, así como la creación de un servicio de información pública sobre esta función policial. También se recomienda la elaboración de directrices uniformes sobre la utilización del poder discrecional de la policía y la adopción de procedimientos de control capaces de garantizar que cada miembro del servicio ejerce dicho poder discrecional conformemente a tales directrices.

Parece además oportuno alentar las políticas tendientes a la despenalización y a la aplicación de una estrategia global de intervención acerca de los jóvenes. Debe reconocerse finalmente la necesidad de la publicación de un informe anual detallado sobre las actividades del servicio.

5. *Control.* Con vistas a eliminar, reducir o corregir los posibles abusos e infracciones cometidas por la policía, se impone la promulgación de un código de deontología, el cual, además de ser comunicado a la población, deberá ser incorporado a los programas de formación y a los exámenes de promoción. Con la misma finalidad deberá constituirse un comité de disciplina y de quejas, compuesto por 3 policías y 4 personas no pertenecientes al servicio. También deberá permitirse la presencia de un abogado en cada local de la policía, con la misión de asistir a los interrogatorios, informar a las personas detenidas de sus derechos y garantizar, en suma, que no se comete ninguna ilegalidad en el recinto; deberá asimismo autorizarse el libre acceso a los locales de la policía de los ciudadanos o de los grupos que lo solicitaran.

6. *Policía y público.* Urge finalmente elaborar programas de relaciones públicas y de colaboración de la ciudadanía en la lucha contra el crimen, así como realizar regularmente sondeos o consultas acerca de la población.

Conclusión

Resumamos lo hasta ahora expuesto: a) los servicios policiales latinoamericanos deben ser objeto de profundas transformaciones; b) estas últimas se harán después de haberse realizado un amplio debate sobre el tema; c) los cambios eventuales deberán fundarse en las necesidades previsibles del próximo quinquenio y en cierto número de principios generales, que han de constituir la filosofía de base del nuevo sistema.

Los problemas teóricos y prácticos que quedan por resolver son a la par numerosos y delicados. Mencionemos, a título de ejemplo, los siguientes: ¿cómo se efectuará la repartición de competencias entre la policía nacional, las policías autónomas y los servicios municipales? ¿Cuáles serán los criterios para determinar lo que debe entenderse por “orden público” o “seguridad pública”? ¿Cómo desmilitarizar a la policía latinoamericana?

Finalmente, no conviene olvidar que es la sociedad la que modela a la policía y no la inversa; únicamente una sociedad verdaderamente democrática y “civilizada” tendrá el derecho y el privilegio de poseer una policía con las mismas características.

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO (art. 68 del C. P.) DESDE LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y POLÍTICO CRIMINAL

Drs. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA y
HERNANDO LONDOÑO BERRIO

PRESENTACIÓN

Nuestro Código Penal exige en su art. 68, como uno de los requisitos para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional, que la “personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer *que el condenado no requiere tratamiento penitenciario*”. Con base en tal exigencia, imposible de cuantificar objetivamente, nuestros jueces —convertidos en verdaderos arúspices, pues no se les ha dotado de las herramientas científicas idóneas que les permitan ordenar la práctica de pruebas encaminadas a hacer un estudio de la personalidad del procesado—, de manera maquina, consultando el mero prontuario o atendiendo a la gravedad del hecho, o tal vez a su buen o mal humor, inmersos en expedientes que brotan profusamente como el maná bíblico, vienen negando sistemáticamente la concesión de dicho subrogado, y, como consecuencia de ello, la excarcelación, procedente al tenor del ord. 3° del art. 44 de la ley 2ª de 1984, cuando es aplicable la condena de ejecución condicional.

A los procesados, tras los barrotes, se les niega el derecho a la libertad por requerir de “tratamiento penitenciario” que supuestamente los ha de llevar a su “resocialización”; pero, paradójicamente, ni lo uno ni lo otro existe. Nuestros funcionarios no están en condiciones de hacer el escrutinio de personalidad que ordena el frío texto de la ley. ¡Estamos condenados a la sinrazón! Nuestros jueces condenan a lo imposible: creyendo enviar un hombre a la reeducación, a la resocialización, a la rehabilitación, lo condenan a formarse en la universidad del crimen, en la holgazanería, a la desnutrición, al horror; y de paso, se hace gala de una filosofía peligrosista, que juzga a los hombres no por lo que hacen sino por lo que son; estamos frente a un *derecho penal de autor*, que no logró erradicar nuestro legislador pese a que consagró tajantemente el *principio de culpabilidad* (arts. 5° y 61), y, por ende, un *derecho penal de acto*.

Los dos trabajos que a continuación encontrará el lector y que desarrollan tal problemática, han sido tomados de uno de los tantos expedientes que reposan en nuestros despachos judiciales y corresponden a un concepto emitido por el Dr.

J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, Fiscal Décimo del Tribunal Superior de Medellín, así como a un acápite de un alegato presentado por el Dr. HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, en su calidad de defensor oficioso, en un negocio en el cual se discutía la procedencia o no del subrogado, el cual fue negado en primera instancia por el juez del conocimiento y sobre el que no se pronunció el Tribunal, como quiera que decretó la nulidad de parte de lo actuado¹. A continuación transcribimos las consideraciones criminológicas, que son las que interesan para el caso, formuladas por el defensor del procesado.

I

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Uno de los factores que el despacho argumentó en el vocatorio a juicio para negarle a D. T. el derecho a la excarcelación con base en la procedencia de la condena condicional, es el de que este *requiere tratamiento penitenciario*. Sobre este punto son muchas las cosas que tenemos que decir, pero solo nos referiremos a unas pocas y en forma breve, que se apartan sustancialmente de dicho criterio.

Las instituciones carcelarias del país —y en mayor medida la cárcel de “Bellavista”— por la inidoneidad del personal directivo y de vigilancia (paulatina militarización de la prisión en el país), por la influencia en los reclusos de los valores propios de la subcultura carcelaria (prisionización), por el distanciamiento de las pautas valorativas del hombre “integrado” o “normal” de la sociedad libre (desculturización), por la inexistencia de los recursos para procurar las “terapias de rehabilitación” (en Colombia el trabajo y el estudio carcelario), por la manifiesta y siempre vigente violación de los derechos humanos en dichas instituciones (falta de asistencia médica, subalimentación —para no ser más realistas—, hacinamiento, promiscuidad, violencia oficial e institucional —piénsese en las celdas de castigo, en “Guayana”—, falta de fuentes de trabajo, para no citar sino estas pocas), no están en condiciones de ofrecer el tan mencionado “tratamiento penitenciario”. Esta expresión jurídica, inmersa en la idea de que el derecho penal tiene como función prioritaria la *resocialización del delincuente* por medio de la pena, no constituye más que una función encubierta asignada a la privación de la libertad, consistente en atribuirle toda la responsabilidad del delito al sujeto, sustrayendo así a las instituciones y a la estructura socioeconómica, que inciden en mayor medida en la realización de la conducta antijurídica, de cualquier sospecha y de toda posibilidad de cuestionamiento.

El tratadista italiano VINCENZO ACCATATIS, al referirse a este punto, dice:

“Esto significa, entre otras cosas, que la sociedad de ningún modo es responsable del delito; ella es inocente... la sociedad no es en modo alguno ‘causa’ del delito, ella ‘se defiende’

¹ Cfr. Juzgado Noveno Superior de Medellín, negocio por falsedad, radicado núm. 5176, tomo XIII. La nota de presentación a cargo del Coordinador de la Revista.

del delito, y después toma medidas para ‘redimir’ al reo según los preceptos morales y educativos impartidos por la escuela... *mediante este tipo de operación, no solo las causas sociales del delito (marginación, instigaciones culturales de la sociedad de consumo, desocupación, etc.) son puestas entre paréntesis y anuladas... pero la sociedad se descarga de toda responsabilidad...*” ACCATATIS, “El sistema carcelario italiano: entre represión y mistificación”, en FRANCO BASAGLIA y OTROS, *Los crímenes de la paz*, México, Ed. Siglo XXI, 1977, pág. 221).

El profesor español FRANCISCO MUÑOZ CONDE, al respecto afirma:

“La primera objeción que se formula hoy contra la idea de resocialización se refiere al objeto mismo de dicha idea... es lógico que se pregunte hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia. *No el delincuente, sino la sociedad, es la que debería ser objeto de una resocialización. Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse tiene un orden social y económico que se estima justo*”: “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Universidad Complutense de Madrid, 1979, pág. 93).

Entonces, no solo la idea misma de la resocialización es ampliamente cuestionable cuando se procura que tome vigencia en un marco socioeconómico ostensiblemente injusto como el nuestro, sino que, también, las instituciones a las que se les encomienda este cometido (la prisión), cumplen en mejor forma, pues para ello están diseñadas, la *función de reproducción de la criminalidad*, con la que se procura legitimar el control político de las clases sociales marginales, ya que, como dice MICHEL FOUCAULT, “la prisión no puede dejar de fabricar delincuentes. Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos... la prisión fabrica también delincuentes al imponer a los detenidos coacciones violentas...” (*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Ed. Siglo XXI, 1976, pág. 270. Un tratamiento en extenso sobre el tema, en EMIRO SANDOVAL HUERTAS, “Las funciones no declaradas de la pena privativa de libertad” en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, 1981, págs. 55 y ss.).

Es conocido por cualquier persona vinculada a la judicatura o al ejercicio profesional en el ámbito penal, para no citar sino este tipo de profesionales, que las instituciones carcelarias son “escuelas” o “universidades” privilegiadas del crimen, por el estímulo a la criminalidad extracarcelaria o intracarcelaria (lesiones personales, violaciones sexuales, drogas, asesinatos, robos, con índices de impunidad inconcebibles gracias a la ineficacia oficial y a la ley del silencio —fenómeno subcultural o contracultural—). Si esta es la realidad, no podemos ser conniventes con la farsa, con la mentira e infamia de que son CENTROS DE REHABILITACIÓN (mote que campea en el frontispicio de la cárcel de “Bellavista”); *no podemos legitimar o convalidar la farsa* afirmando que se niega la libertad, sobre la base de que el sujeto necesita o requiere TRATAMIENTO PENITENCIARIO, conociendo que este no existe en el país, y que la “resocialización” solo es una palabra de fachada con la que se trata de encubrir una verdadera política de exterminio de los reclusos (mediante la violencia institucional y la tolerancia de la violencia intracarcelaria),

y que cuando es ineficaz se acude a los ESCUADRONES DE LA MUERTE que han asolado nuestra ciudad y a otras como Pereira, Cali, Turbo, etc. con el silencio criminal de la sociedad “civilizada” y “cristiana”. En esto, es importante recordar lo que afirma FRANCO BASAGLIA, perfectamente encuadrable a la problemática nuestra:

“...la práctica nos demuestra cómo los internados de nuestros manicomios y de nuestras cárceles salen pocas veces rehabilitados: *porque la finalidad efectiva de estas instituciones continúa siendo la destrucción de lo que contienen y su eliminación. En efecto, países con enorme porcentaje de desocupados* (cifras optimistas de carácter oficial señalan el 13% como el índice de desocupación en Colombia) *y semidesocupados, ¿qué interés pueden tener en recuperarse y rehabilitar a los derechos humanos? ... Qué cosa se quiere hacer de los hombres... rehabilitados? ¿Hay lugar para ellos en nuestra sociedad? Es decir, una vez rehabilitados, ¿encontrarán un tratamiento con el cual satisfacer sus necesidades y las de su familia? Los reglamentos sobre los cuales se instalan los institutos de marginación están estructurados de modo que la rehabilitación no sea posible*, porque total estos individuos, una vez rehabilitados, quedarán al margen, expuestos continuamente al peligro de caer nuevamente en nuevas infracciones de una norma (la propiedad privada, el respeto a la misma que está detrás de este caso del bien jurídico de la fe pública, agregamos) que para ellos nunca ha tenido función protectora, porque nunca han logrado consolidar un patrimonio gracias al monopolio de la riqueza por unos pocos, sino represiva...” (“Violencia en la marginalidad: el hombre en la picota”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, núm. 11, 1980, págs. 43 y ss.).

Los antecedentes

Los desarrollos sociológicos han suministrado criterios de análisis diametralmente opuestos a los que venía siguiendo el derecho penal tradicional. Antes de hacer referencia a ellos, tengamos presente que nuestro representado, D. T., a pesar de sus cincuenta y cuatro años de edad no ha logrado consolidar ningún patrimonio y “vive de arrimado con sus hermanas”, por la precariedad económica no obstante encontrarse recién casado (fls. 11 vuelto del primer cuaderno). Su actividad de comisionista a veces le permite sobrevivir, pero hay épocas en que el negocio se dificulta en medida tal que no logra conseguir para sus necesidades básicas. Su prontuario delictivo lo ha marginado de cualquier posibilidad de empleo.

Luego de esta breve exposición de las condiciones socioeconómicas de D. T., pasamos a hacer referencia a la significación jurídica de los antecedentes delictivos.

La realidad sociológica del país nos convence cada día más que el fenómeno de la reincidencia, más que manifestación reiterada de una “personalidad delincuente”, es el producto de un proceso de *estigmatización o etiquetamiento* sufrido por el expresidiario, y a la perpetuación de su condición de marginado. Este estigma de “expresidiario” o “delincuente”, no solo tiene un sentido clasista, y se erige como elemento fundamental de identificación con prolongación indefinida en toda la vida del sujeto, sino también una proyección en la sociedad, en el sentido de que restringe ampliamente las oportunidades de acogerse a los cánones impuestos por el modo de producción propio de dicha sociedad, ya que difícilmente encontrará

trabajo —que no lo hay ni siquiera para el no estigmatizado— y siempre será rechazado, mirado con prevención. En el sentido aquí expuesto se pronuncia en forma casi unánime toda la corriente criminológica de la actualidad, cuanto que el sujeto activo pertenece a los estratos socioeconómicos más bajos y el delito tiene relación directa con su condición de miseria y pauperismo. La criminóloga venezolana LOLITA ANIYAR DE CASTRO, al respecto dice:

“... Se produce la paradoja de que es el mismo proceso de tratamiento —refiriéndose al penitenciario— el que crea la conducta estereotipada (reincidencia)... *una vez que la persona ha sido enviada a la cárcel, sus posibilidades de regresar a la vida social normal son imposibles, o al menos, muy difíciles. Sus antecedentes aumentan su vulnerabilidad y su recaída...*” (*Criminología de la reacción social*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1976, pág. 119).

FRANCO BASAGLIA, al desmitificar y develar la significación real de dicho proceso de estigmatización, afirma que el sujeto es objeto del mismo:

“No hay causas, motivaciones psicológicas, sociales o económicas que expliquen su gesto, sino precisamente la delincuencia misma que se vuelve entonces biológica, connatural a la raza, o al carácter somático. Todo intento de historificar al delincuente proletario o subproletario falla, porque *la suya sería una historia de violencias, de privaciones, de abusos de los cuales no deben existir indicios*” (*Los Crímenes de la paz*, ed. cit., pág. 94).

Podríamos extendernos ampliamente sobre esta perspectiva que ofrece ángulos diferentes sobre la razón de ser de la reincidencia, que es más de tipo sociológico —que en concreto, en el caso de la referencia, son el desempleo, la pauperización, el estigma de “delincuente” que de orden individual, como la obstinada personalidad criminal, como se ha sugerido en el vocatorio a juicio.

Esta manera de ver el fenómeno de la reincidencia —atribuible más a factores de orden institucional y estructural que personal— no puede utilizarse para restringir *derechos de carácter procesal*, como el subrogado de la condena de ejecución condicional. Siguiendo estos derroteros politicocriminales, la Comisión encargada de la elaboración del Código Penal colombiano de 1980, eliminó la reincidencia como circunstancia agravante, por tener la certidumbre de que ella es consecuencia directa de la inexistencia de un verdadero “tratamiento penitenciario”.

No ignoramos que las ideas aquí expuestas habrán de causar extrañeza o engendrar resistencias, pero es evidente que estamos en mora de encuadrar el fenómeno delincencial colombiano dentro de un contexto macro-socio-económico, como responsabilidad de todos nosotros y en mayor medida de nuestra judicatura, y con base en este empezar a hacer un replanteamiento de las instituciones jurídicas y procesales, que, ideológicamente, mistificadamente, se han incrustado en nuestras conciencias, pero que esperamos prontamente sean evacuadas, para darles cabida a las que tengan un verdadero arraigo humanista.

Por último, una idea directriz: ¿Tendría D. T. todos esos antecedentes de estafas por medio de cheques de tan miserables cuantías, si hubiese tenido oportunidad de una educación profesional o técnica, y en la actualidad pudiese vivir de su profe-

sión médica, técnica, jurídica (como juez, como abogado, o como asesor jurídico del "Éxito"), o si hubiese recibido como herencia propiedades inmuebles o muebles, acciones, rentas que le permitiesen atender sus gastos personales y familiares? ¿O si hubiese tenido la oportunidad de ser directivo de los Almacenes "Éxito", o su propietario? En cualquiera de las situaciones aquí expuestas, D. T. sería un hombre "normal", "integrado" socialmente, un "servidor" de la comunidad. En contraste con esta hipótesis de lo que pudiese haber sido D. T., la realidad nos lo muestra requiriendo ayuda de las personas más allegadas para la consecución de un trabajo, ayuda que, sobra decirlo, nadie le prestó.

II

DISCURRIR DE CONFESIÓN, RENIEGO... ACUSACIÓN

Digamos que el art. 68 del C. P. es a la manera de un puente levadizo que permite salir de la torre carcelaria. Desciende este, esmaltado de luz de esperanzas de resocialización, merced a requisitos que, una vez dados, son poleas que dan dinámica al subrogado de gracia que algunos consideramos, más bien, como un derecho que no debiera desconocerse con base en argumentación subjetiva y, por tanto, peregrina. Cuando el puente levadizo se convierte en camino hacia la libertad, esta queda sujeta a condición y por ende deja intacta la detención jurídica que en un momento dado se hace presente y ordena la detención física, como reanudación material de la pena, en razón de la seguridad social que se siente amenazada por violación de algunas de las condiciones impuestas, lo que da lugar a motivada revocación del subrogado.

El prisionero sale, entonces, atado por prohibiciones que siguen ejerciendo el control social. Y el Estado, si de ellas se hace caso omiso, puede atezar de nuevo. Algunos jueces, que tienen vocación de cancerberos, debieran entender lo anterior y tal vez así se curaría su avaricia de libertad.

Además, tan solo acceden al beneficio de la condena de ejecución condicional —por petición de interesado o por conducta oficiosa del juez, que en este instante se cubre de alba equidad y acuciosa vitalidad del derecho— aquellos reos condenados cuyas penas sean de arresto o no excedan de tres años de prisión. Este requisito, visible bajo el numeral 1° del art. 68, es, formalmente, cuantitativo y exacto. Si alguien quisiera ser peyorativo diría que resulta ser: "un enunciado matemático". Sin embargo, ello no es cierto: para poder llegar a la dosificación penológica se ha transitado, previamente, como lo demanda el art. 61 del C. P., por criterios legales; se han medido la gravedad del delito, la modalidad del hecho y el daño social ocasionado; se han hecho esfuerzos para ver el grado de culpabilidad; al par, rindieron exhaustivo testimonio las circunstancias ambientales; y, finalmente se evaluó (en días, meses o años de prisión) esa entidad compleja e inmensamente engañosa, en ocasiones inasible, que intuitivamente llamamos *personalidad*; olvidando, casi siempre, la mudanza de sus datos probados.

En síntesis: la seguridad social, curándose en salud, ha considerado que este subrogado penal solo se puede conceder en delitos sancionados con arresto, cuya naturaleza permite considerarlos de escasa agresividad social, y en los demás cuando el infractor no merece ser sancionado más allá de los tres años de prisión. En casos como estos, nadie puede desgarrarse las vestiduras, ni asumir poses de excesiva benevolencia. Ya el legislador, cuyo deber es consultar el bien común, con criterio prudente y escrupuloso estudio, así lo determinó. No es, pues, gratuidad y, menos aún, angustia de conciencia personal.

Por lo demás, debemos insistir, la graduación de la pena posee intrínseca elocuencia. Tanta que, pudiera decirse con fácil sustentación, que en ese dato aritmético de punición se encuentra la síntesis de todo el proceso penal. Más aún: si alguien desea conocer el grado de civilización en que se encuentra una sociedad, es suficiente ilustración el conocimiento penológico de sus tablas de ley. Ahí está su respeto a la libertad, cuya sinonimia es el Hombre.

Por esto pensamos que el numeral 1° del art. 68 del C. P. era y es suficiente para regular de manera científica la condena de ejecución condicional. Y nos es dable pensar que su numeral 2° (aquel que abre las puertas al arbitrio del juez para *suponer* peligrosidad y ordenar "tratamiento penitenciario") resulta ser, fundamentalmente, un indeseado rezago que no consulta el espíritu del Código del 80, ya que sus ilustres redactores, en todo momento, hicieron pregón de su doctrina culpabilista e increparon como retardatario, nocivo y superado al peligrosismo, que por tanto tiempo fue rabioso resabio y rizoma intelectual del poder judicial. Más aún: si se quiere, fue nuestro pecado de soberbia: sin estar suficientemente preparados para ejercer la ardua, complejísima y bellísima profesión del sicólogo, sin poseer su tacto, sus delicadezas y sus dudas, en cada sentencia, con un sicologismo manejado a ultranza, nos volvimos —¡sabe Dios cuántas injusticias cometidas!— dogmáticos, impiadosos, adivinos intransigentes, en fin, intolerantes e intolerables.

Y parece que quisiéramos seguir siéndolo. Ahora, un gnomo malicioso canturrea el discurso peligrosista en el numeral 2° del art. 68. ¡Y qué acogida ha tenido! Pudiera decirse que el 95 por ciento de los casos que otrora llamáramos condena condicional, naufragan en el piélago insondable de un falso pietismo que, sin ruborizarse, se expresa así:

"He mirado el prontuario que registra las entradas y salidas carcelarias de este muchacho... De ahí que ordeno su resocialización y, fraterno en la justicia, decreto: su tratamiento —palabra médica— penitenciario".

(Casi todos nuestros delinquentes son jóvenes, enfermos de anomia: nacieron en la miseria —como niños latinoamericanos están embargados, desde el momento germinal del milagro de su existencia, por una onerosa deuda externa, en dólares, que se paga suprimiendo: hospitales, orfanatos y escuelas—, fueron amamantados por la inanición física, moral, intelectual y afectiva. Carecen de trabajo y las esperanzas de obtenerlo están sociológicamente secas. La fontana, el río y el mar están muertos. No se respetaron sus garantías civiles y "por sospecha", nacida de su condición de penuria, fueron "etiquetados" como antisociales y conducidos por consecutivos "treintazos" a las cárceles; allí recibieron tratos crueles y violaron

su inocencia y los hicieron blasfemar de su virtud. Ahora son *eccehomos* carcelarios y están desnudos de vestido, de amor y de respeto. Son el estigma. A su lado estamos nosotros: somos la culpa).

A los jueces rutinarios, a los que con solo mirar el prontuario (en giro de hoja raudo, asistemático y acrítico, como vuelo de golondrina), decretan el tratamiento de resocialización, como si fuese una panacea indolora, vamos a formularles (también palabra médica) tres preguntas:

Primera: usted ha mirado el prontuario, ello es verdad. Pero, acaso, ¿miró también a los ojos del reo o consultó las cuitas de su alma?

Segunda: cuando Su Señoría “supuso” que ese muchacho volvería a delinquir, lo más seguro es el acierto. Pero... ¿aquel hábito es natural o social?

Tercera: teniendo como presupuesto las dos preguntas anteriores, consulto a Su Merced: ¿dónde el remedio, en él y en su sufrimiento, o en las estructuras sociales?

Para responder a estos interrogantes, tal vez sea conveniente recibir ilustración de la admirable síntesis de criminología crítica que nos entrega el profesor HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, en buena hora nombrado como defensor de oficio de uno de los detenidos. Él examina en su memorial de veinte hojas, paradigmático y ético, temas como estos:

La *prisionización*: influencia en el recluso de los valores propios de la subcultura carcelaria.

La *desculturización*: el distanciamiento por parte de los reclusos de las pautas valorativas.

La *inexistencia* de terapias de rehabilitación.

La *violación* de los derechos humanos.

Trae en su apoyo a VINCENZO ACCATATIS, para decirnos que las cárceles son “represión y mistificación”; FRANCISCO MUÑOZ CONDE le sirve de altavoz para exclamar: “No el delincuente, sino la sociedad, es la que debería ser objeto de una resocialización”; nos avergüeza cuando dice, con FRANCO BASAGLIA, esta terrible verdad: “La práctica nos demuestra cómo los internos de nuestros manicomios y de nuestras cárceles salen pocas veces rehabilitados: porque la finalidad efectiva de estas instituciones continúa siendo la destrucción de lo que contienen y su eliminación”; con LOLITA ANIYAR DE CASTRO, trae la desesperanza: “... una vez que la persona ha sido enviada a la cárcel, sus posibilidades de regresar a la vida social normal son imposibles...”; con MICHEL FOUCAULT, nos llena de confusión: la función de las cárceles es fabricar delincuentes. “Los fabrica por el tipo de existencia que hace llevar a los detenidos...”; y, finalmente, nuevamente con BASAGLIA, coloca el sello de una lucha de clases que sirve para clarificarnos el fenómeno social: “Todo intento de historificar al delincuente proletario o sub-proletario falla, porque la suya sería una historia de violencia, de privaciones, de abusos de los cuales no deben existir indicios...”.

Así, con ojos relampagueantes de indignación, abandonando su usual timidez, hemos podido ver al profesor LONDOÑO BERRÍO, representante de una juventud que inicia la lucha por una Colombia donde los humildes no pierdan la ingenua inocencia de su llaneza; diciéndonos, con palabra directa: esta es una infamia,

el tratamiento penitenciario no existe, es una farsa; la invocación de las teorías de resocialización pertenecen, en verdad, a LA HIPOCRESÍA.

Humildemente y en el acápite perteneciente a la violación de Derechos Humanos Carcelarios, me permito entregar, a título de coadyuvancia y denuncia, algunas recientes vivencias:

En el mes de agosto la Procuraduría General de la Nación emprendió una lucha, desde siempre olvidada, por los derechos humanos penitenciarios. Era la purificación; el humanismo de la rectificación. Pareció como que, al fin, peones invisibles se atrevieron a colocar campanas en las horcas de los torreones carcelarios, y hombres maltrechos tocaron llamando a somatén.

En este concepto narraré algo de lo que he visto. Diré, también, lo que ahora pienso. Mi estilo tiene que ser directo: es discurrir de confesión, reniego... Acusación.

Mi introito debe ser contra el maniqueísmo. Con LEÓN TOLSTOI puedo decir: “Las personas son parecidas a los ríos. El agua corre igualmente en todos ellos; pero un mismo río puede ser tortuoso y rápido o ancho y manso, limpio o turbio, frío o caliente. Así los hombres; cada cual guarda en sí el germen de todos los vicios y todas las virtudes; tan pronto domina uno como otro. Ocurre que un hombre no es siempre igual, siendo siempre el mismo” (*Resurrección*).

¿Cómo fui yo en el presente-pasado; cómo soy en el presente-presente; cómo será en el presente-futuro?

Y como funcionario —un viejo fiscal de 18 años de servicio que, delirante y sobre pizarrones míticos, creyó, iluso, galopar en Rocinantes de ideal por caminos de La Mancha—, acaso estoy en lejanía, immaculado e incólume, de la sentencia de pertenencia, también encanecida, que se dictó en forma de Pregunta-Respuesta y como problema psicológico que se plantea así: “¿Cómo es posible que hombres de sentimientos religiosos y de buena índole hagan daño sin experimentar remordimiento? La única solución es esta: basta hacerlos militares, jueces, fiscales, gobernadores, alcaides, carceleros, oficiales; basta que crean que existe una condición, la de funcionario de Estado, para dar por sentado que les es lícito tratar como objetos a las personas y para estimar que la responsabilidad no recae sobre un funcionario aislado sino sobre la masa entera” (LEÓN TOLSTOI, *Resurrección*.)

Claro está que lo anterior tiene fuero cuando la rutina, la empleomanía y el egoísmo, organizados como orden y sistema, en beneficio de los poderosos, tienen tan extensa presencia que de ellos puede surgir el predicado final tolstoiano: pertenecen a “la masa entera”. Distinta será la política, el fulgor de las armas mismas y el bello apostolado de la justicia, cuando virtuosamente posean, como única razón de ser, el principio legitimador que tanto amara TOMÁS DE AQUINO: “Servir al bien común”.

Es entonces el rotundo lenguaje de las realidades y la praxis: de cien ojos, mil oídos y una extensa piel que por doquier sensibilice el adormecido y engañoso sentido del tacto, abarcando todas las instituciones y escuchando todas las razones y escudriñando por doquier, tanto lo bello como lo que enferme la estética moral, los que deben servir como verdad de lo social; entonces, fenecen los eufemismos y los mitos, para que el ser consciente se juzgue a sí mismo, como primer paso de rectificación. Es el descubrimiento de un camino de purificación.

Mi camino lo encontré en las cárceles. De ellas voy aprendiendo la autenticidad. Podría decirse que son a manera de colmenas arcaicas que almacenan ácidos disolventes de mentiras jurídicas que hemos dado en llamar con el pomposo e inviolable nombre de *Principios*. Todos ellos están en descalabro a partir de la campaña carcelaria en la cual mi espíritu se ha visto inmerso; ahora he podido transitar, en vivo, por los meandros de aquel cuadro de pesadilla que pintara PIRANESI: "Las cárceles"; y, desde sus umbrales, sentí ráfagas pútridas que hicieron temblar mi antes impávida llamita profesional; azorado, penetré más allá, llevado de la mano por un DANTE francés, MICHEL FOUCAULT, quien susurró, a mi lado, frases de interpretación:

Se encontraba en San Quintín (Cárcel de Bello), colocada en la mitad del patio, una maloliente caneca de basura. Me pareció extravagante, pensé que por algún pudor higiénico su sitio debiera ser un rincón y no aquel lugar que, por ser epicentro, resultaba de máxima exhibición. Así, al desgair, como algo sin importancia, inquirí sobre esta modesta cuestión. Supe, entonces, que en realidad era un objeto destinado a la punición disciplinaria: los infractores del reglamento carcelario tenían que pararse, descalzos, sobre sus bordes, durante media hora. El castigado se torna, así, en espectáculo para sus compañeros de patio y como en ellos la solidaridad ya está degenerada, se abre paso a codazos y en turno de humor negro, la crueldad colectiva: vicerten sobre él, por sus muecas de cansancio o por sus gestos de dolor, la afrentosa cascada de sus befas. Aparecen los bufones del escarnio; los que se ríen de todo sufrimiento y los que saben leer la cobardía, así sea supuesta, en el rictus o en la contracción muscular. Hay quienes se vengan de guardados y mezcunos resquemores que en la convivencia penitenciaria son siempre abundantes cuentecillas de ineludible cobro. En todo caso se cumple allí lección de desunión y aprendizaje de insensibilidad. Tal vez se aguza un mecanismo defensivo: anticipan en el otro su propio destino. No se burlan de nadie, tan solo de sí mismos o de sus presentidas flaquezas futuras, anticipadas en un inexorable pensamiento: "algún día me tocará a mí". Pobrecitos: es como si apostrofaran su propio miedo. No son crueles, ni está enferma definitivamente su conciencia moral; les han distorsionado su manera de amar y de respetarse a sí mismos; les han cambiado el Evangelio de la piedad, por una moneda ordinaria: la befa, la carcajada y la vulgaridad.

Con MICHEL FOUCAULT sé que en aquella caneca estaba agazapada, y negándose a desaparecer en mi justicia de hoy, la picota, que pertenece, históricamente, al oscurantismo de la Edad Media que se sirvió de ella para afrentar y metamorfosear al hombre que desnudo y exhibido como delincuente era expuesto a la burla del populacho que en él vengaba sus propias frustraciones, cosificándolo o bestializándolo.

Lleno de pavor corrí a otro lugar, mis pasos inquisitivos me condujeron a la "Guayana" de Bellavista; por estar en la azotea, se llega a ella ascendiendo por tres escaleras metálicas, herrumbrosas. Al alzar el rostro, como la tarde estaba espléndida y derrochaba luz, el sol me golpeó en los ojos con sus rayos cálidos de oro vital y pensé, ¡oh, iluso de mí!, que estaba ascendiendo por la Escala de Jacobo". ¡Mentiras, descendía a los infiernos!

Un miasma animal, que no humana, me llenó de asco y sentí náuseas, ganas de vomitar: provenía de los trescientos hombres-fieras, enjaulados en celdas de cuatro metros cuadrados; en pantaloncillos, sucios; sin un claroscuro de intimidad; sin tener en donde defecar: afuera hay un balde lleno de heces que van rebosando sirviéndose de tarros sucios; allí, ¡santo cielo!, vi a dos sifilíticos que daban ayes y clamaban atención médica desde hacía 40 días, chorreantes de pus por sus chancros, mientras sus siete compañeros —tan ilusos como yo—, en loca algarabía, reclamaban los sacaran para evitar el obvio e ineludible contagio...; un grito universal salía de todos los calabozos: ¡Queremos sol! ¡Necesitamos sol! Mi alma lloró, encandilada... y me quedé ciego.

En ese estado soñé una pesadilla. Un narrador dijo: "Nos permiten cada 15 días visitas familiares de 15 minutos. Como dizque somos animales violentos, nos van sacando de las jaulas por turnos rigurosos. Sabemos y saben los visitantes que no debemos hablar, porque es necesario hacer cuscas. Todos fumamos y arrojamus al suelo. ¡Ha terminado la visita! Los que siguen... y también 'hacen cuscas', todos las hacemos...".

Al concluir, viene el pago del impuesto a la guardia: "nos quitan el dinero y las cajetillas recibidas. Es perentorio callar callando: si nos manejamos bien; si somos mansos y dóciles; si no escondemos, entonces la guardia permite que los 'ordenanzas' barran las 'cuscas' por el lado de las rejas, para que nosotros, acostados unos sobre otros, formando pirámides y gritando: 'Barra despacio, hijueputa' (el ordenanza es otro preso), a puñadas podamos pescar las 'cuscas' que, luego, desmenuzamos en un papel periódico, son el depósito de picadura, de propiedad colectiva, que nos servirá para fabricar cigarrillos utilizando como envoltura pedacitos de papel higiénico...".

Hubo un largo silencio.

"¿Quiere mirar uno?". Abri los ojos: en la palma de su mano había un chorrillo de papel cuyas puntas estaban retorcidas. Tenía como alma: el tabaco ¿Quién pensara que en aquel humilde envoltorio se escondía el más raro y triste de los derechos humanos?

Pregunté: y si se manejan mal, si no pagan el impuesto, si protestan, ¿qué? Respondió: "Nos quitan, ahí sí, todo. Y ordenan barrer junto al muro: no hay pesca". Y agregó: "Cierto, señor, ¿qué no hay derecho para que nos hagan odiar tanto?". En su pregunta existe y persiste una oxigenada burbuja ética.

Corrí, entonces, entre túneles de crisis profesionales y me he quedado a oscuras, honorables magistrados, sí, ¡qué horror!, se apagó mi llama profesional, ya no puedo ver, por ejemplo, este maldito inciso 2º del art. 68 del C. P. que, manejado con tanta hipocresía académica y pletórico de funcionalismo mecánico, como burlar burlando, me permite decir: "el señor X, o el señor Kafka, requiere tratamiento penitenciario". En esta frase, que apenas ocupa un renglón, cabe todo el mundo. Así lo describió, con palabras que envidiaría SARTRE, en la segunda Asamblea Penitenciaria de Bellavista, don Jaime, un preso inteligentísimo: "Nosotros no tenemos moral, la hemos perdido; tampoco libertad, hasta la esperanza se fue en la larga condena; solo tenemos a nuestras madres, esposas e hijas que aún nos visitan los domingos... Nos perdonan haber sido... y vienen por lo que somos...".

Nuestras togas están llenas de pus. Esta nos inunda: mana de la postema carcelaria. Nuestra ley, como una sonda, drena en ella y gotea, gotea podre, agua-sangre y sufrimiento humano.

Se afrenta a la justicia. Se escarnece a nuestra profesión. Sabemos que debemos controlar el crimen; extinguir los abusos; ejercer parte civilizada del control social... La idea contraria es anárquico-nihilismo. Nuestra utopía la expresó FRANCESCO CARNELUTTI, cuando dijo: "El derecho penal se encuentra hoy en estado de semi-barbarie. Algún día en lugar de quitar la libertad, se la entregará al hombre..." (esta cita, hecha de memoria, pertenece a una bellísima conferencia que fue pronunciada en la colonial Universidad de Lima. Está llena de enseñanza y posee fuerza de antología ética).

Pero... nosotros podemos sancionar reparadoramente; nos está vedado el castigar; más aún: deshumanizar. Obrando en consecuencia tenemos que cualificar jurisdiccionalmente el derecho. Y como no somos magos, ni cubileteros de lo imposible, con realismo y dignidad, parados en el escalón de nuestra época, nos tenemos que tornar en "Jueces Penitentes" y asumir consecuentemente la defensa de los derechos humanos, por doquier y en todos los órdenes, pero muy específicamente en el ámbito carcelario, donde están encadenados algunos remordimientos que nos pertenecen.

De mí sé decir que he jurado. "Acorde a mis circunstancias, destrozaré el estigma de los presos, como si fuese un espejo; y repartiré esos pedazos, así no quieran, entre sus verdaderos dueños, para que miren en ellos sus rostros veteados de un engañoso tatuaje lapislázuli que encarna su propia lepra moral".

Ya estaba terminando el concepto —faltaba apenas la conclusión—, cuando llegó a mi oficina el jurista "Paso de ganso". El mismo que considera inalterable esta justicia coja, zangarilleja y zanquituerta y al enterarse de mi convicción, por alguna frase-mariposa que cazó de ocasión, resolvió aleccionarme, se sintió afectado de "escándalo" jurídico y casi, pudiera decirse, entró en trance epileptoide "normativo"; que, a mi parecer, es el más grave *delirium tremens* que pueda sufrirse. Gritaba aquel malhadado artículo de la ley 2ª del 84 (el 45) que en su numeral 4º; enteco de filosofía y de criminología, porque está enfermo de una dosis exagerada de seguridad, prohíbe la excarcelación cuando el sindicado "registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales"; es decir, en su bocaza negra se tragó las presunciones de inocencia; las dudas que deben favorecer al reo; e hizo su nido un ratón que hace musarañas a la libertad. Cuando al fin cesó, el muy perillustre, en su grito y en su gestear, sosegadamente y con ese desprecio a la arrogancia que proviene, ahora, de mi riqueza o de mi pobreza, no lo sé, estoy confuso, le mostré —y aquí sí palideció— que el mismo art. 45 sirve, expresamente, a mi convicción, porque "Salvo lo previsto en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del art. 453 de este Código, no habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos: ...".

Y sucede que el numeral 3º del art. 453 del C. de P. P., exactamente se refiere a nuestro subrogado: "Cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia".

Ello indica que el rutinario proceder de los jueces que niegan el subrogado con base en condenas anteriores y, más aún, por simple pluralidad de sindicaciones, no se han detenido en la fuerza perentoria que brota del texto transcrito.

Debo confesar que si no hubiese acaecido el incidente narrado, habría olvidado este argumento de naturaleza jurídica; se me perdone, pero pienso que tal vez su valor, por oportuno, para algunos sea grande, pero para mí es pequeñito como una avellana, encariñado con los que he expuesto preferentemente, los sociológicos, ya que para estos presumo una cabida, esa sí enormísima, como que pertenecen, nada menos, que a la cuenca labrada por el agitado océano social.

Ahora sí, debo concluir:

En humilde coadyuvancia con el señor defensor, solicito que se conceda la condena de ejecución condicional, al procesado D. T. Este derecho, con mayor razón, por ser menor su condena (28 meses de prisión), debe extenderse, también, al procesado F. L.

**SECCIÓN
DE
MEDICINA LEGAL**

ASPECTOS MÉDICO LEGALES DEL TRASTORNO MENTAL Y DE LA INMADUREZ SICOLÓGICA*

Dr. ROBERTO SERPA FLÓREZ**

RESUMEN

El autor discute los aspectos médico-legales de los conceptos "trastorno mental" e "inmadurez sicológica". Después de una somera presentación de las principales publicaciones sobre el tema, originadas en los nuevos criterios jurídicos en los que se basa el Código Penal de 1980, analiza el trastorno mental y el acto normal de la mente no trastornada, especialmente en sus aspectos cognitivos y volitivos. Comenta los aspectos jurídico-normativos de la imputabilidad; revisa los principales síntomas sicopatológicos y su relación con el concepto de trastorno mental. Expone la diferencia entre el significado de trastorno mental transitorio, define la "inmadurez sicológica" desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista médico y critica algunas interpretaciones jurisprudenciales en relación con la llamada inmadurez sicológica de los indígenas.

Me ha correspondido tratar ante ustedes, en este IV Congreso Nacional de Ciencias Médico-Forenses, el tema del "trastorno mental" y la "inmadurez sicológica" en sus aspectos médico-legales. Esto implica, como es natural, discutir y analizar estos conceptos desde distintas perspectivas, utilizando dos métodos o caminos distintos, o usando dos códigos diferentes, como lo dije alguna vez¹², para llegar poco a poco, a una posición de síntesis o de convergencia de estas dos grandes disciplinas que aquí nos reúnen: las disciplinas jurídicas y las disciplinas médicas, las ciencias jurídico-normativas y las ciencias médico-biológicas. Desde que, en 1980, entró en vigencia el nuevo Código Penal colombiano, y aun antes, durante

* Ponencia presentada al IV Congreso Nacional de Ciencias Médico-Forenses. Bucaramanga, 17 a 19 de agosto de 1984.

** Profesor de Sicopatología Criminal, Facultad de Derecho, Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga. Profesor titular de Siquiatría, Facultad de Salud, Universidad Industrial de Santander. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.

las etapas preparatorias de la Comisión encargada de su redacción³, se han venido discutiendo y analizando estos conceptos: en las actas de la Comisión redactora del Código Penal de 1980, en los tratados de derecho penal, REYES ECHANDÍA¹¹, ESTRADA VÉLEZ, en monografías y artículos, NÓDIER AGUDELO¹, en las Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia de 1981, a las que quien les habla tuvo el honor de asistir y participar con una ponencia¹². Citemos, entre los siquiátras, los aportes de GAVIRIA TRESPALACIOS⁴ sobre el “trastorno mental como fuente de inimputabilidad” y de MORA IZQUIERDO⁸ sobre la siquiatria forense y en nuevo Código Penal, tema sobre el cual ha hecho algunos aportes¹². El Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL⁵, distinguido abogado y sicólogo, ha elaborado una importante monografía sobre la inmadurez psicológica. En cuanto a jurisprudencia, ya la Corte y los tribunales han comenzado a sentarla sobre los aspectos de la inimputabilidad y el trastorno mental. En la revista *Nuevo Foro Penal* se ha recopilado la jurisprudencia sobre el asunto que nos ocupa; mencionemos entre otras la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de octubre de 1981, con ponencia del magistrado ALFONSO REYES ECHANDÍA sobre inimputabilidad por trastorno mental; La sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 13 de septiembre de 1982, con ponencia del magistrado RODOLFO MANTILLA JÁCOME, sobre los requisitos de la inimputabilidad; y la del Tribunal Superior de Cali, de 14 de abril de 1982 con ponencia del magistrado EDGAR SAAVEDRA ROJAS, sobre trastorno mental transitorio sin secuelas.

I. TRASTORNO MENTAL

La expresión “*trastorno mental*” tiene un significado distinto según se la use en un sentido médico, más restringido y equivalente a enfermedad mental, o en un sentido más amplio y general, el que se le da en el lenguaje ordinario que es el sentido jurídico que quiso darle el legislador cuando utilizó la figura “trastorno mental”. La Comisión redactora del Código Penal colombiano, en sus deliberaciones sobre este tema, prefirió acogerse a un concepto más amplio, menos restrictivo y que no tuviera exclusivamente connotaciones médicas³.

Un método muy adecuado para abordar el problema de los significados de las palabras es acudir a los diccionarios, a los más autorizados que son, a nuestro juicio, el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*¹⁰ y el *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, de don JULIO CASARES².

La Real Academia Española de la Lengua nos define *trastorno* como “la acción o efecto de trastornar o trastornarse”, y *trastornar* como “volver una cosa de abajo arriba o de un lado a otro haciéndola dar vuelta”, “invertir el orden de una cosa confundiendo”, o, en sentido figurado: “inquietar, perturbar, causar disturbios o sediciones”; otras dos acepciones de esta palabra no vienen a cuento para esta discusión. Otra acepción de *trastornar* que trae don JULIO CASARES, además de inquietar, perturbar y causar disturbios, es la de “volver a uno loco”.

Se define la palabra *mente* como “inteligencia, entendimiento, intención, propósito, voluntad”. Y la Academia la define como “potencia intelectual del alma”.

y también como “designio, pensamiento, propósito, voluntad”. Y *mental* es “lo perteneciente o relativo a la mente”. CASARES define la palabra *mental* como “lo perteneciente o relativo a la mente o inteligencia”.

Así, pues, *trastorno mental* significa la acción de “hacer darle vuelta, de inquietar, causar disturbios a la mente, o sea a la inteligencia, al entendimiento, pensamiento propósito o voluntad”.

Pero debemos tener en cuenta que, en último análisis, la denominación “trastorno mental” vamos a tratarla en esta discusión en un contexto jurídico, en la conceptualización jurídica que surge de la doctrina de la dogmática jurídica que orienta y guía al nuevo Código Penal colombiano, según la cual el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, y para la cual el concepto de imputabilidad está íntimamente vinculado a los procesos cognitivos y volitivos relacionados con la comprensión y la volición de lo ilícito. Y el “trastorno mental”, en este contexto, interesa en cuanto perturba las capacidades de comprender la conducta ilícita y decidir la acción respecto a la comprensión de la ilicitud de tal conducta.

De tal modo que, a fin de cuentas, el significado que la expresión “trastorno mental” tiene para el perito siquiátra, desde el punto de vista médico, no puede o no debe utilizarla sino en una de las etapas del proceso mental que lo lleva a sacar las conclusiones o deducciones médicas que deberán ser después vertidas al lenguaje jurídico. El juez, en caso de aceptar el dictamen pericial, les da valor jurídico-normativo a las características del trastorno mental que el perito ha valorado médicamente en su dictamen; decide si tal acto puede serle imputado al agente; decide sobre la imputabilidad y la culpabilidad, sobre las que el perito no puede ni debe pronunciarse porque son privativas de la Judicatura; el perito, con su dictamen, da al Juez elementos para decidir, es decir, para juzgar.

II. EL TRASTORNO MENTAL Y EL ACTO RESULTANTE DE LA MENTE NO TRASTORNADA

Las conductas del hombre, los actos humanos, han sido estudiados por las ciencias de la conducta (ciencias biológicas y ciencias sociales relacionadas con ella), por medio del análisis, recurso indispensable para llegar al conocimiento. Se ha llegado a parcelar, a dividir en cierta manera las conductas humanas en sus aspectos cognitivos, volitivos y afectivos, y solamente a los dos primeros se refiere la norma de nuestro Código Penal en relación con la imputabilidad. Realmente en todo acto están comprendidos los aspectos cognitivos, afectivos y volitivos, y su separación es solamente un artificio, un resultado de la necesidad de separar para llegar a comprender por medio del análisis de las partes. No es sino una abstracción hablar de un acto volitivo puro, o de un acto de cognición pura o de un acto afectivo puro, a lo más podría hablarse de un predominio de uno de estos factores en una conducta. La conducta humana es de una gran complejidad, es el resultado de una constante interacción del organismo humano con su medio ambiente físico y social, es el resultado de muy complicados procesos de información centralizados

en el sistema nervioso, en los que influyen por una parte la dotación genética y por otra parte las experiencias de aprendizaje social del individuo, los factores sociales y culturales, los procesos de adaptación y maduración del organismo. Precisamente por su intrincada complejidad la conducta humana debe ser estudiada a distintos niveles de análisis¹⁴. En lo que sigue trataremos de discutir las conductas y los actos del hombre, sean o no producidos por trastorno mental primero en un nivel de análisis semiológico, después en un nivel sicopatológico.

En los aspectos *cognitivos* la conducta no trastornada se caracteriza por lo que llamamos "razón", "raciocinio", "razonamiento", "argumento", "lógica", "cordura". La conducta trastornada se caracteriza por la "irracionalidad", el "absurdo", la "locura". Más adecuados a nuestro conocimiento actual son conceptos tales como "desorganización de la conducta", o "perturbación de la conciencia", empleados para referirse a conductas trastornadas que no necesariamente son producto de enfermedad (que de hecho no lo son la mayor parte de las veces) y que podrían asimilarse a la figura jurídica de trastorno mental transitorio.

En los aspectos *volitivos* hablemos de "voluntad" y de "volición", o de "libertad" como de conducta libremente escogida. Sin remontarnos a disputas ya superadas sobre el libre albedrío podemos decir que la conducta del ser humano obedece a un conjunto tan grande de factores, de variables distintas, que para efectos prácticos podemos designar como la libertad humana en la decisión de la conducta. Los estudios etológicos de la conducta animal y humana han mostrado que si bien en el hombre influyen en algún grado algunos patrones de conducta preprogramados, predominan notoriamente las conductas no preprogramadas, consecuencia del funcionamiento de estructuras cerebrales superiores (que han estudiado muy bien las neurociencias recientemente) que orientan, dirigen y programan la conducta y la decisión en un grado de libertad. A las nociones de voluntad, volición y albedrío oponemos las nociones de volición, abulia, automatismo, necesidad, fatalidad. Todo ello en el área de la decisión, de la voluntad, de las determinaciones.

III. EL TRASTORNO MENTAL Y LOS PRINCIPALES SÍNTOMAS SICOPATOLÓGICOS

Para esta discusión hemos considerado que metodológicamente puede ser más operativo analizar las conductas delictivas de los individuos en relación más bien con los síntomas sicopatológicos que con las enfermedades mentales, o al menos en relación con síntomas y síndromes. Esto no quiere decir que el concepto "trastorno mental" deba siempre vincularse a síntomas en cuanto manifestaciones de enfermedad, por el contrario, pueden darse síntomas o signos de trastorno sicopatológico que no sean debidos a enfermedad sino a modos de reaccionar de individuos ante situaciones especiales, como reacciones vivenciales anormales, por ejemplo.

Los *trastornos de conciencia*. Las perturbaciones del conjunto del vivenciar y el comportarse, que afectan en general a la conducta, a la claridad, significado y percepción, a la capacidad de respuesta, a la reacción a los estímulos ambientales,

a la orientación y el nivel de vigilancia, corresponden a lo que se llama en sicopatología "trastornos de conciencia"⁶. Pueden ser cualitativos o cuantitativos (disminución, estrechez, ampliación, estrechamiento de la conciencia; u obnubilación, sopor, somnolencia y coma). Estrechamente están vinculados a ellos los *Trastornos de la orientación* (en tiempo, en espacio, en situación y respecto a la propia persona). E igualmente relacionados están algunos *trastornos de la atención* como los trastornos de la aprehensión (captar el sentido y relacionar coherentemente las percepciones), y los trastornos de la concentración (organización de las percepciones).

Este grupo sicopatológico de síntomas se presenta frecuentemente, o casi siempre, en síndromes clínicos originados por disfunción tóxica, bioquímica, traumática o metabólica global del sistema nervioso central, sobre todo en el que LIPOWSKI ha denominado muy acertadamente "Síndrome de insuficiencia cerebral aguda" y que los autores antiguos y clínicos alemanes clásicos llaman *delirium*, los franceses "confusión mental", los alemanes *Akute exogene Reaktionstypus* y los anglosajones *acute brain syndrome*. Estos síntomas y síndromes constituyen "trastorno mental" tanto en sentido médico como en sentido jurídico, pues perturban severamente la función cognitiva y por consiguiente la capacidad de comprender.

Otros grupos de síntomas sicopatológicos tienen mucha importancia y se asocian a síndromes clínicos caracterizados por la llamada pérdida del sentido de la realidad, o falta de conciencia de la enfermedad mental, se acompañan de la conservación del estado de conciencia. Nos referimos al grupo de síntomas que los siquiátrats de las escuelas alemanas denominan *Trastornos de la vivencia del "yo"*, *Trastornos delucivos*, y *Trastornos de las sensopercepciones*. Estos grupos de síntomas comprenden el núcleo de los llamados síntomas sicóticos y se encuentran en las sicosis esquizofrénicas, aunque no exclusivamente en ellas, al menos si se utiliza un concepto preciso y operativo de la palabra "esquizofrenia" para darle un significado unívoco.

Los *trastornos de la vivencia del yo*, como la desrealización, la despersonalización, la disfunción del pensamiento, el robo del pensamiento, la influencia del pensamiento y otras vivencias de influencia, constituyen ciertamente severos trastornos mentales, en sentido médico y en sentido jurídico, porque alteran profundamente la capacidad cognitiva. Tanto en los trastornos de la vivencia del Yo como en los *Trastornos delucivos* y *sensoperceptivos* se puede afirmar, sin lugar a dudas, que hay trastorno mental en sentido jurídico y que hay perturbación seria de la función cognoscitiva. La palabra *Delusión* proviene del latín *delusio* y es igual a la palabra inglesa "delusion"; es equivalente a la palabra alemana "Whan", que los autores germanos usan para referirse al delirio con conciencia clara y distinguirlo del "delirium" o delirio con perturbación de la conciencia. En este grupo de los *Trastornos delucivos* encontramos el humor delirante, la percepción delirante, las intuiciones delirantes u ocurrencias delirantes, y también los distintos tipos de delirios (de referencia, de influencia, de persecución, de celos, de culpa, de ruina, hipocondríaco, de grandeza, etc.).

Entre los *Trastornos de las sensopercepciones*, las ilusiones, pero particularmente las alucinaciones (visuales, auditivas, ópticas, corporales), igualmente son trastorno mental de grado importante que afectan la cognición y el juicio.

Los *Trastornos de la afectividad*, según su intensidad afectan la comprensión y la volición. Entre ellos “la incontinencia afectiva” —explosión de todos los afectos que llegan a ser incontenibles y de gran intensidad⁶— es quizás el más evidentemente perturbador de la cognición y la volición. Pero también la tristeza o depresión, la angustia o ansiedad, la euforia, la disforia y los demás trastornos de los afectos y los sentimientos, pueden alcanzar tal grado de intensidad que desorganicen la conducta hasta un grado incompatible con la libre comprensión y volición.

En los estados de intensa perturbación de los afectos de euforia (como en la euforia maniaca), o de disforia y de melancolía (o depresión melancólica grave) se perturban notoriamente la comprensión y la volición.

Los *trastornos de los impulsos y de la sicomotricidad* tienen mucha importancia en siquiatría forense. “Los impulsos son la fuerza vital que, independientemente de la voluntad, controlan la realización de las iniciativas síquicas, y su velocidad, intensidad y duración”⁶.

“El impulso es el fundamento de la vitalidad, el ímpetu, la iniciativa, la atención, y se traduce en la expresión y en la sicomotricidad”⁶. Entre estos trastornos son importantes el aumento de la impulsividad, la inquietud sicomotora y las parquinesias (movimientos complejos cualitativamente anormales) que pueden en un momento dado hacer que una persona bajo efecto de ellos sea incapaz de inhibirse respecto de la comisión de un acto aun a sabiendas de su ilicitud.

Los *trastornos de la memoria* (de la memoria de fijación, de la memoria de evocación —amnesias, hipoamnesias, confabulación y paramnesias), constituyen graves síntomas sicopatológicos, asociados siempre a enfermedades orgánicas con lesiones estructurales cerebrales, y por consiguiente constituyen “trastorno mental” (tanto en sentido médico como en sentido jurídico) y perturban la comprensión de lo ilícito. Los *trastornos formales del pensamiento*, en muchos casos son síntomas de severo trastorno mental (como en el pensamiento disgregado e incoherente, en el bloqueo e interceptación del pensamiento, las pararrespuestas, los neologismos, el mentismo o aceleración del pensamiento, en la fuga de ideas, o en el pensamiento divagatorio o “circunstancial”. Igualmente en el pensamiento perseverante, en la pobreza del pensamiento en el pensamiento lento e inhibido tenemos ejemplos de trastorno mental, que algunas veces pueden ser también trastorno mental en sentido jurídico.

Los *temores o anancasmos* como las fobias, obsesiones, impulsos obsesivos y compulsiones, pueden dar origen a conductas que lleven a actos punibles, pero quien padece el síntoma llega a ser incapaz de inhibirse de hacerlo.

La enumeración de todos estos síntomas sicopatológicos y su posible asimilación al concepto legal de trastorno mental no es una norma general ni puede serlo. En todos los casos el perito debe estudiar el acto realizado por el individuo y sus características, y aunque el delito haya sido causado bajo efecto de uno de estos estados sicopatológicos no basta esto para considerarlo trastorno mental en sentido jurídico: debe valorarse en relación con la “capacidad de comprender y de querer”, en relación con lo ilícito, con lo que está mal hecho, lo moralmente reprochable,

así esta comprensión no se refiera a la transgresión de una norma, sino a la valoración que haga el agente de lo que está bien hecho y lo que está mal hecho.

Con respecto a si el perito siquiatra debe pronunciarse en cuanto a la capacidad de comprender lo ilícito y de determinarse con respecto a la comprensión de lo ilícito, se ha discutido bastante y quien les habla ha tratado este asunto en las dos monografías publicadas bajo el título *El nuevo Código Penal ante la siquiatría*¹². Basta decir aquí que, en nuestra opinión, cuando el perito siquiatra se pronuncia sobre la capacidad de comprensión de lo ilícito y sobre la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, se sale del campo de experto, se sale de su área científica y está dando solamente un juicio filosófico, un juicio de valor. Solamente si se trata de *actos realizados en estado de enfermedad mental propiamente dicha* al pronunciarse sobre la “capacidad de comprender y de querer” el perito no se está saliendo del campo médico siquiátrico, del terreno en el que es experto. Lo que no sucede en nuestra opinión cuando se da tal concepto en casos no patológicos como en severas conmociones emocionales o perturbaciones de conciencia provocadas por ellas que desorganizan temporalmente la conducta.

IV. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

El Código Penal menciona el trastorno mental transitorio (art. 33). Se entiende por tal una perturbación pasajera del juicio a cuya terminación no queda huella de alteración mental. La jurisprudencia en varios países lo considera como eximente de acuerdo con la ley, de preferencia cuando el trastorno tiene su origen en casos patológicos. Pero igualmente en algunos casos de pérdida de la conciencia.

En este asunto será necesario esperar a que la jurisprudencia colombiana defina algunos puntos que en casos controvertibles puedan presentarse. Sin embargo, y corriendo el riesgo de invadir predios jurídicos que nos son ajenos, nos parece entender que la figura “trastorno mental transitorio” ha sido creada precisamente para comprender perturbaciones graves de la conciencia y de las emociones. O por lo menos se deduce de la lectura de las actas de la Comisión redactora del Código Penal.

No sería lógico considerar como estados de trastorno mental transitorio que no deja secuelas o los casos de crisis agudas de enfermedades afectivas o maniacodepresivas pero de corta duración; es decir, aunque sean de corta duración algunas crisis o episodios son originados por factores etiológicos, genéticos y muy probablemente bioquímicos. Tampoco sería lógico considerar que en un ataque epiléptico, en una descarga de las crisis parciales complejas, que desaparece rápidamente, no quedan secuelas, pues la enfermedad lesional o funcional cerebral persiste y puede repetirse.

Creemos que el concepto de “trastorno mental transitorio” es aplicable solamente a aquellos graves estados de alteración de la conciencia con desorganización de la conducta, provocados por las emociones de gran intensidad, por impulsos anormales que no sean de origen orgánico, o por el efecto de sustancias tóxicas

que actúan en forma aguda y pasajera sobre el cerebro y que trastornan pasajeramente su función. Estos serían casos de trastorno mental transitorio que no deja secuelas.

Finalmente un punto, una inquietud que sería para someter a la jurisprudencia si se llegara el caso: el relativo el significado de la expresión "secuelas", "trastorno mental transitorio que no deja secuelas". Y más aún: a la recuperación de la salud mental de la persona que habiendo cometido un acto típico y antijurídico el juez no se lo imputa por trastorno mental y lo envía a un establecimiento a medidas de seguridad para el tratamiento adecuado. ¿La inexistencia de secuelas significa que los síntomas del paciente desaparecen totalmente si se trata de una enfermedad mental? No parece lógico; y de ahí que esta figura de trastorno mental transitorio sin secuelas sea más aplicable a estados no patológicos.

El perito que dictamina para informar al juez si el tratamiento ha terminado (es decir, dando un concepto médico y no evaluando la peligrosidad como se hacía en el antiguo Código Penal de 1936) ¿debe tener en cuenta que hay una recuperación completa? ¿O basta con que los síntomas principales, o el estado mental incompatible con la comprensión de lo ilícito o la incapacidad de determinar la conducta de acuerdo con dicha comprensión, hayan desaparecido?

V. INMADUREZ SICOLÓGICA

El *Diccionario Ideológico de la lengua española*² trae varias acepciones del concepto "madurez". Una de ellas "sazón de la fruta". Las otras que más nos interesan son: "edad adulta, estado de desarrollo completo de una persona o cosa, madurez del juicio". Inmaduro es lo contrario de maduro, pues es sabido que el prefijo "in" deriva del latín y lo usamos como privativo. O sea que inmaduro es el estado del desarrollo incompleto de una persona, el no haber llegado a la edad adulta, el no tener madurez de juicio.

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* define la madurez como "El buen juicio o prudencia con que los hombres se gobiernan". Y "maduro, madura" (del latín, *maturus*) "que está en sazón, prudente, juicioso, sesudo", "dicho de las personas, entrado en años, edad madura".

Inmadurez sicológica es inmadurez de la mente, inmadurez del juicio, no haber desarrollado completamente las características síquicas, la inteligencia, el juicio, la personalidad.

El concepto de *inmadurez sicológica* no es un juicio exclusivamente cronológico ni estrictamente biológico. Se refiere al desarrollo del individuo "para llegar a tener buen juicio o prudencia por la que los hombres se gobiernan". En este concepto de madurez encontramos varios componentes; en primer lugar madurez o desarrollo de la inteligencia, del juicio, de la capacidad de abstracción; en segundo lugar madurez de los afectos y los sentimientos, en tercer lugar madurez biológica (ponderal, estatural y endocrina)... Los componentes de este concepto de madurez sicológica pueden tener distinto nivel de desarrollo, o al menos no tenerlo igual, es decir, una persona puede tener desarrollo intelectual adecuado para su edad y no haberse

desarrollado suficientemente en cuanto a sus afectos, o viceversa. De todos modos lo esencial, para dictaminar respecto a la inmadurez sicológica es el establecer si existe el suficiente grado de madurez que permita la comprensión de lo ilícito y permita la decisión de la voluntad respecto a la comprensión de lo ilícito.

No vamos a extendernos sobre este tema de la inmadurez sicológica. Remitimos a la monografía del Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL¹⁵. Pero queremos hacer un par de anotaciones importantes. La primera: los estados de retraso mental, prácticamente en todos sus grados, aunque quizás con excepción de algunos de grado muy leve, producen inmadurez sicológica. El retraso mental no solamente significa un menor desarrollo de la inteligencia sino también una escasa diferenciación de la personalidad y, como consecuencia, limitaciones para la adaptación social. La otra anotación consiste en que en el Código Penal de 1980 se ha dado un significado muy equivoco a la expresión "inmadurez sicológica" al emplearla para referirse a las conductas de miembros de comunidades indígenas que infringen las normas tipificadas y valoradas como antijurídicas por la cultura dominante. Realmente aquí no se trata de "inmadurez sicológica" sino de un conflicto de valores, de falta de comprensión de normas y valores de otra cultura. El indígena que comete un delito, que no lo es para las normas vigentes en su cultura (o subcultura, o cultura no dominante) lo hace porque tiene otros criterios de valor. No obstante, la interpretación que ha dado la comisión redactora del código penal y la jurisprudencia, han hecho que, forzando el significado de las palabras, se llama "inmadurez sicológica" a lo que es conflicto de valores culturales", o "falta de comprensión de la ilicitud originada en factores culturales".

Con esto termino la presentación del tema que nos encomendaron los organizadores del Congreso y agradezco la paciencia y la benevolencia de ustedes.

BIBLIOGRAFÍA

1. NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El trastorno mental como causa de inimputabilidad en el nuevo Código Penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, abril-mayo-junio, 1980, págs. 85-91.
2. JULIO CASARES, *Diccionario ideológico de la lengua española*. 2ª ed., Barcelona, Gustavo Gili, 1959.
3. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Relación explicativa del nuevo Código Penal colombiano. Comisión Asesora*, 1979. Bogotá, Imprenta, Nacional, 1980.
4. JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, "Enfoque siquiátrico del trastorno mental como fuente de inimputabilidad", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (16), 1982, págs. 32-44.
5. JAIME GIRALDO ÁNGEL, "Inimputabilidad penal e inmadurez sicológica", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (16), 1982, págs. 7-31.
6. J. J. LÓPEZ-IBOR-ALIÑO, Jr., (ed.), *El Sistema AMDP. Manual para la documentación de los hallazgos siquiátricos de la Asociación para la metodología y documentación en Siquiatría AMDP*. Publicado por el Grupo para el Progreso de la Siquiatría, Madrid, Garsi, 1980.

7. Jurisprudencia. *Nuevo Foro Penal*, núm. 18, marzo-abril, 1983, págs. 203-244.
8. RICARDO MORA IZQUIERDO, "Siquiatría forense y nuevo Código Penal. La imputabilidad", en *Revista Colombiana de Siquiatría*, núm. 1 (1), 1982, págs. 20-42.
9. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La imputabilidad del enfermo mental", *Nuevo Foro Penal*, núm. 19, mayo-junio, 1983, págs. 312-321.
10. Real Academia. *Diccionario de la Lengua Española*, 17ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1947.
11. ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*. Parte general. 8ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.
12. ROBERTO SERPA FLÓREZ. *El nuevo Código Penal ante la siquiatria*. (Colección Monografías Jurídicas, núm. 21, 80 págs.), Bogotá, Edit. Temis, 1980.
13. ROBERTO SERPA FLÓREZ, *Tratado de siquiatria forense*, Bogotá, Edit., Temis, 1979, 222 págs.
14. ROBERTO SERPA FLÓREZ, *Siquiatría biológica*, Bucaramanga, Universidad Industrial de Santander, 1982, 213 págs.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

LAS DECLARACIONES EXTRAPROCESO COMO CAUSAL DE NULIDAD SUPRALEGAL EN SEDE DE CASACIÓN PENAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Corte decreta una nulidad de rango constitucional, invocando los arts. 26 de la Const. Nal., y 522 num. 1, 529, 530, 560 y 561 del C. de P. P., a partir del auto mediante el cual se dispuso el sorteo de jurados, en un proceso por el delito de homicidio en el cual un jurado de conciencia, antes de que interviniera el defensor en la audiencia respectiva, manifestó que el veredicto debía ser condenatorio, prometiendo, en su calidad de abogado penalista, influir en los demás miembros del jurado popular.

Dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ
Julio 12 de 1984.

1º) Sea lo primero sintetizar, una vez más, que el jurado P. D. E., según las pruebas que vienen de relacionarse, durante el lapso de la audiencia pública de juzgamiento de A. R. L. y antes de que ella terminara, expresó concretamente a personas particulares, algunas vinculadas familiarmente al procesado y otras extrañas a él, que a R. L. había que condenarlo, que eso era lo mejor para él, que de eso podía convencer y manipular a los otros dos jurados, puesto que uno era abogado civilista y no sabía penal y el otro no era profesional y que ya había hablado con el juez del conocimiento, G. M. D. para que le impusiera el mínimo de la sanción, puesto que este le manifestó que ya tenía lista la contraevidencia. Antes de terminar la audiencia, fue enfático en que

lo mejor era condenar al procesado y, una vez concluida dijo que se había cumplido lo que se había proyectado.

La Sala quiere destacar esos hechos que fueron anteriores a la veredicción, es decir, cuando aún no se había proferido el veredicto y cuando aún no había empezado su intervención el abogado de la defensa.

La gravedad y trascendencia de las conversaciones anteriores al veredicto, sostenidas por el jurado P. D. E., no puede ponerse en tela de juicio, si se tienen en cuenta las normas legales que regulan las conductas de los jurados y que él, como abogado penalista, según su autocalificación, no podía ignorar; en efecto:

Los jurados deben ser "*honorables y competentes*" (C. de P. P., art. 522 num. 1º);

Están impedidos para serlo “los que en cualquier forma tuvieren interés directo o indirecto en la resolución del asunto” (art. 529); para intervenir como jurado se necesita “ser... persona de reconocida y notoria honorabilidad” (art. 530); “El jurado deliberará colectivamente y sus conclusiones se tomarán en privado por mayoría de votos” (art. 536).

Con las transcripciones anteriores se ha querido destacar por la Sala las muy exigentes condiciones de reconocida y notoria honorabilidad y competencia, virtudes esenciales que deben acompañar a quienes son llamados a la nobilísima misión de jurados de conciencia. A tal extremo, que si se establece que falta una de esas condiciones, al ser sabido por el juez, “aun cuando no fueren alegadas, los declarará impedidos y procederá a reemplazarlos, extrayendo las fichas que fueren necesarias” (art. 543).

Y, recalcase, que la deliberación del jurado debe ser privada y en privado se tomarán sus decisiones (art. 536).

Es decir: en la persona del jurado se exigen las más sobresalientes condiciones de hombre de bien, de hombre recto, de hombre competente desde el punto de vista de conocimientos, de hombre honrado a toda prueba, como que la misión que le corresponde, la más noble, la más sagrada, la más delicada que pueda pesar sobre los hombros de persona alguna, como que en tal función, según se ha dicho, asume terribles funciones propias de la divinidad.

Desde otro punto de vista y en relación con la misma materia, es imperioso recordar las dos disposiciones siguientes:

Art. 560.—Juramento.—Reunido el jurado, puestos de pies todos los concurrentes, el juez exigirá juramento a los miembros de aquel, con la fórmula siguiente: “Juráis y prometéis delante de Dios y de los hombres, examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa que va a hacerse al acusado; no traicionar ni los intereses de este, ni los de la sociedad que

lo juzga; no escuchar en el desempeño de vuestra misión ni el odio, ni el temor, ni el afecto; decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado sin atender voz distinta de la de vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga; no comunicaros con nadie, sino entre vosotros mismos en la conferencia que váis a tener, sobre la causa sometida a vuestro veredicto, y no olvidar que la sociedad os ha confiado la más sagrada de las misiones y la de mayores responsabilidades presentes y futuras, cual es la de administrar justicia entre los hombres (...).

Art. 561.—Prohibición a los jurados.—Desde el momento de ser notificados de la designación, aun cuando las audiencias ya hubieren concluido, los jurados no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces. La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato, sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto.

Quiere la ley que sean excelsas las condiciones de las personas llamadas a formar el jurado y que este, en su integridad, se encuentre así compuesto. Para sellar lo anterior, señala a cada uno de sus componentes rotundas prohibiciones, como aquella de no comunicarse con nadie sobre la materia que debe juzgar, ni antes ni después de la veredicción, llegando a ser tan celosa la ley que esa sola violación “hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato”.

Y en el juramento que se presta con invocación del nombre de Dios, bajo la nobilísima forma, se le ordena “examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa”, “no traicionar los intereses del procesado”; no escuchar “el odio, ni el temor ni el afecto”; “decidir con la

imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado”, oír solo la voz de su conciencia, decidir sobre su propia convicción íntima y, una vez más, bajo la gravedad de ese juramento, le prohíbe “comunicarse con nadie, sino entre vosotros mismos en la conferencia que váis a tener”, recordándoles, por último, que su misión de administrar justicia es sagrada y “la de mayores responsabilidades presentes y futuras”.

El cumplimiento y la sujeción a los mandatos que vienen a destacarse, constituyen para la etapa del juzgamiento en audiencia pública con mediación del jurado, las garantías procesales con las cuales la ley, en desarrollo del art. 26 de la Constitución ha querido broquelar. De manera que observándolas y no violándolas ni dejándolas violar en materia grave, es como se cumple el debido proceso y como se garantizan los intereses tanto de la sociedad, como de la parte civil y de la defensa del procesado. Si hay vulneración de todo o parte de lo anterior en materia grave, pues habrá de concluirse que se está en presencia de una nulidad de índole constitucional, por violación del debido proceso y, según el caso, también del derecho de defensa, todo lo cual se encuentra garantizado en el art. 26 al cual se ha hecho referencia.

Aplicando lo anterior al caso sometido a consideración, se tiene:

De los mandatos legales transcritos, casi no hubo uno solo que no violara el jurado P. D. E., abogado penalista de profesión, según sus propias palabras. En efecto:

No se sabe qué recóndito “interés directo o indirecto” tuviera dentro de este proceso o en relación con la suerte del procesado A. R. L., puesto que desarrolló la actividad que se ha venido destacando. Y ello, de existir, le constituía causal de impedimento (art. 529); tampoco podía abrigar temor o miedo de ninguna naturaleza, como fue a comunicarlo (art. 560); ni le era lícito, sino que le estaba rotundamente prohibido, escuchar

las voces de afecto (art. 560). Violó su juramento en cuanto no solamente estuvo tratando sobre el tema con el jurado L. en la calle y en la noche comprendida entre las dos sesiones de la audiencia, sino que ampliamente lo debatió esa misma noche con personas extrañas al cuerpo del jurado y, además, sin haber oído ni examinado “con la más escrupulosa atención” los argumentos de la defensa, puesto que esta aún no había hecho uso de la palabra, afirmó, aseguró y repitió que el caso era duro, que a R. L. había que condenarlo y, yendo aún más adelante, que ya había convencido de eso a uno de los jurados y había conversado sobre el particular con el juez del conocimiento, G. M. D., quien se comprometió con él a imponerle al procesado el mínimo de la pena, o sea diez años, pues de ser absuelto, ya tenía lista la providencia de contraevidencia del veredicto.

Obsérvese que la Sala ha querido destacar y está insistiendo en la actitud del jurado D. en la noche del 23 de junio, es decir, la comprendida entre los dos días que duró la audiencia pública.

Esta Sala, ante un caso de menor gravedad del ahora planteado, pues en aquel se trataba de un jurado que habló con anterioridad a la audiencia con el juez del conocimiento, sin que se supiera sobre qué versó lo tratado entre ellos, expuso:

“La prohibición que consagra el art. 561 del C. de P. P., evidentemente responde a una tutela de imparcialidad y desprevenida en los jurados. Se busca preservar la neutralidad apreciativa en estos juzgadores de hecho y evitar desequilibrios (formación de intereses, preconceptos, animadversiones, etc.) que pueden afectar o favorecer al procesado, o a otra de las partes intervinientes. Guarda esa regla una íntima y armónica relación con el contenido y fines de la hermosa fórmula de juramento que consagra el art. 560 de la misma obra, compendio de los excelsos deberes que contraen los jurados

y orientación segura y justa del ejercicio cabal de sus funciones. No es, pues, aspecto de poca monta la naturaleza y alcance de estas disposiciones. Sin temor al yerro bien puede decirse que su quebranto, en materia grave y dentro de los límites ponderados que su contexto insinúa, como se advertirá más adelante, desquicia los aspectos básicos del juicio criminal correcto. Esto debe afirmarse categóricamente si se quiere mantener este especial sistema de juzgamiento en sus exigibles moldes.

"No acatar esta prohibición, entendida con sus necesarias y justas limitaciones, es incurrir en nulidad de rango constitucional, la misma que de por sí determina el surgimiento de invaluable riesgos y daños. Acierta el memorialista cuando trata el asunto dentro de la comentada órbita pero desvía el criterio al dilatar sus generalizaciones y no admitir distingos en esta clase de comportamientos".

Más adelante:

"Cuando se observan las tradicionales particularidades del jurado (libertad de forma en su pronunciamiento, no sujeción a tarifas probatorias, su condición social e intelectual, debilidad de los controles legales para contener sus desvíos, transitoriedad del ejercicio de sus funciones, etc.), se tiene que destacar la importancia de previsiones legales que se dirigen a preservar su imparcialidad mediante un propósito y un resultado de reserva y aislamiento. Y esto se consigue, indudablemente, caracterizando la inobservancia del art. 561 como nulidad constitucional, cuando la misma traduce un sensible alejamiento de esta ordenación". (ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Jurisprudencia penal*, 1980, págs. 247, 248 y 249).

Luego prosigue la Sala en su discurso:

"Esto indica que la Corte se muestra más flexible y menos crítica en la apreciación de los contactos de los jurados con los funcionarios, que entre aquellos y los particulares, debiéndose agregar como cobijados den-

tro de esta absoluta desconexión que recomienda la corporación, los procesados, sus defensores y la parte civil.

"Conforme a lo escrito tiene que desecharse la censura porque no se suministró una información atendible, sin exigir certeza sino probabilidad del hecho prohibido, sobre la naturaleza de la aproximación producida entre la jurado Luz Betty Jiménez de Borrero y el fiscal y el juez de la causa.

"Nada se sabe sobre la índole de ese acercamiento y menos sobre sus efectos. Pudo excluirse toda referencia al juicio o tocar este en aspecto permitido, v.gr. la solicitud de copia de un concepto fiscal, al facilitamiento del expediente, etc." (Casación 29-11-80. Magistrado ponente, Dr. GÓMEZ VELASQUEZ).

Obsérvese que el fallador de primera instancia, quien recuerda, al igual que el de segunda, la sentencia de la cual algunos de sus apartes vienen de transcribirse, no decretó la nulidad supralegal invocada por el defensor, a pesar de manifestar que los hechos sí darían lugar a ello, porque dijo que no estaban probados.

Y el Tribunal, porque, siguiendo la pauta de un salvamento de voto en esta Sala, se "abre la puerta para que se demande y reconozca nulidad constitucional cuando quiera que el jurado hubiere sostenido conversación sobre el proceso en que interviene o haya intervenido, cualquiera que sea su interlocutor, la clase de conversación o la finalidad que se hubiere propuesto, como que la norma en cuestión no establece límite alguno al respecto. Por esta vía podría llegarse al absurdo de declarar la nulidad de un proceso en el que los jurados conversaron sobre él después de haber absuelto al condenado, siendo jurídicamente impecable su determinación y aceptada por los falladores de derecho en ambas instancias".

Quiere la Sala explicar que no es cualquier clase de conversación, sostenida en cualquier tiempo, la que puede engendrar

la nulidad de carácter constitucional, por inobservancia de las formas propias del juicio. En absoluto. La primera condición consiste en que esa conversación o cambio de ideas sobre la materia, debe ser anterior al veredicto o, en ocasiones, simultánea con el momento en que se está profiriendo. De manera que las conversaciones posteriores a la veredicción, apenas tienen el poder, llegado el caso, de hacer funcionar el aparato judicial en la investigación del posible ilícito de prevaricato.

La segunda condición hace referencia a la materia tratada con anterioridad a la respuesta del cuestionario, en el sentido de que el punto o los puntos tratados, deben ser de trascendencia, de relevancia en la contestación de aquel, que implique apreciaciones, por ejemplo, sobre puntos atañedores a la responsabilidad o inocencia del procesado o sobre actuaciones del propio jurado, quien manifiesta expresamente sus sentimientos sobre el caso debatido o sobre graves consecuencias con relación a la veredicción que se dé o sobre su propia imparcialidad o la influencia decisiva que uno solo de ellos pueda tener para imponer un verdadero preconcepto sobre los otros dos.

En el caso que se estudia, se encuentran cumplidas las dos condiciones que vienen de reseñarse: la primera, en cuanto la conversación fue anterior a la veredicción, aun cuando ya se había iniciado la audiencia, pero aún no había hablado el abogado defensor. Y la segunda, en cuanto lo tratado fue de la mayor trascendencia, pues paladinamente dijo el jurado que el caso era duro y que había que condenar al procesado, que ya había hablado sobre el particular con el juez de la causa y que él, debido a sus condiciones de abogado penalista, podía influir sobre los otros dos jurados, ya que si bien uno de ellos también era abogado, no sabía nada de penal puesto que era civilista, y el tercero no era profesional. Y el mismo jurado afirmó que esa misma noche había trata-

do con su colega sobre la necesidad de condenar.

En estas condiciones no solamente se encontraba desde un principio minado el terreno sobre el que iría a actuar la defensa, con lo cual se hallaban gravemente menoscabados sus derechos, sino que tampoco se cumplió la plenitud de las formas propias del juicio, puesto que ya se destacó la notoria y notable violación de las normas legales que garantizan aquella disposición constitucional (art. 26).

De ahí que con toda razón concluya su concepto el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Comprobadas en este caso las manifestaciones del jurado en el término en que se cumplía la audiencia y antes de su finalización, en relación con el fondo de la decisión que debía adoptarse, sus aspectos relacionados y los motivos correspondientes, no cabe duda que se desconoció la norma aludida y la referida garantía, con los efectos respectivos de nulidad".

Por lo expuesto el cargo prospera y, en consecuencia, se casará previamente la sentencia recurrida y se decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se fijó el día y hora para sorteo de jurados, inclusive, a fin de que repuesta esta diligencia se prosiga el procedimiento legal correspondiente.

Habiéndose llegado a la conclusión anterior, se hace inoficioso entrar a considerar el segundo cargo, estructurado en el fondo sobre las mismas razones.

4º) Bien hizo el Tribunal al ordenar la expedición de copias debidamente autenticadas para ser remitidas al juzgado competente "a fin de que se investigue la conducta del doctor P. D. E., quien actuó como jurado de conciencia en esta causa".

Y con relación a la actitud del Juez Tercero Superior, G. M. D., se enviarán sus copias auténticas de la documentación compendiada en el cuaderno del Tribunal de fo-

lio 2 a folio 30, los dos inclusive, una con destino a la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial, con el objeto de que adelante las diligencias correspondientes para averiguar la posible falta disciplinaria en que pudo haber incurrido; y, otra, con destino a la Sala Penal —reparto— del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a fin de que se decidan su debe abrirse o no investigación penal en contra del mismo juez. M. D.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.—Casar la sentencia recurrida de la cual se ha hecho mérito.

Segundo.—Se decreta la nulidad de lo actuado dentro del proceso a partir, inclusive, del auto de 25 de enero de 1982, mediante el cual se dispuso sorteo total de jurados. Se proseguirá la actuación legal correspondiente.

Tercero.—Se ordena que por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena se expidan las copias indicadas en el punto “Cuarto” de esta providencia, para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

COMENTARIO POR EL DR. MIGUEL YACAMÁN YIDI

Profesor de la Universidad de Cartagena.

I. EXAMEN CRÍTICO DE LA DECISIÓN DE LA CORTE

Posiblemente la comprensión de los diversos problemas, entre ellos el que ocupa nuestra atención, no se hubiera dificultado tanto a la hora de legislar si hubiese habido una mejor información de lo que se pretendía regular normativamente. Es explicable que un Código, como cualquier obra humana, presente yerros y vacíos; pero estos problemas no pueden solucionarse por la vía de las declaraciones extraproceso, con desdén de la interpretación o aplicación analógica de normas procesales (art. 8° del C. de P. P., en concordancia con el art. 137 del C. de P. C.), como más adelante veremos en detalle.

El razonamiento de la Corte, en punto a lo planteado en ítem anterior, me parece contraproducente, pues que perturba y desconoce principios probatorios vigentes en todo Estado de Derecho, como paso a demostrarlo:

A) *Principio de publicidad de la prueba.*—Los medios probatorios deben ser conocidos por los sujetos procesales (C. de P. P., arts. 101, 112, 117 y 125), de manera que todo escrito dirigido al juez instructor o competente, así como todo auto que ordene una prueba, deben aparecer glosados en el expediente y, una vez

ordenado, la providencia debe ser conocida bien personalmente o mediante notificación legal (C. de P. P., arts. 208, 209, 219, inciso 2°, y 220; C. de P. C., art. 180). Por lo tanto, no se puede asaltar a las partes interesadas en la prueba con la práctica de la misma a espaldas de ellos.

B) *Principio de igualdad de oportunidad en la prueba.*—Tanto el procesado como el agente del ministerio público y el apoderado de la parte civil, deben tener igualdad de oportunidad para pedir pruebas, sin privilegios a favor de ninguno de ellos, desde luego, dentro de los períodos señalados legalmente (C. de P. P., arts. 102, 219, 317, 318, 319, 472, 134, 500, 503 y 513; C. de P. C., art. 184).

C) *Principio de contradicción probatoria.*—Las partes procesales tienen el derecho de discutir o debatir la prueba, interviniendo en su práctica e impugnándola en alegatos. En caso contrario, se asaltaría a alguna de ellas con pruebas amañadas o previamente arregladas, sin perder de vista que, a más de efectuarse dentro de los términos o instancias procesales, deben efectuarse dentro del respectivo proceso. Dicho principio viene reconocido en las siguientes disposiciones procesales: art. 247 del C. de P. P. (Solo el juez instructor o competente puede interrogar al testigo); arts. 253 y 219, inciso 2° (solo las partes procesales tienen derechos de contrainterrogar al deponente) C. de P. C., art. 228, num. 4° (en el mismo sentido de las normas penales adjetivas citadas atrás), y 229 *ejusdem* (los testimonios extraproceso sin citación de la contraparte, deben ser ratificados, previo interrogatorio por el juez y por quien tenga derecho a hacerlo).

D) *Principio de la inmediación y de la dirección en la producción y práctica de la prueba por el juez instructor o competente.*—Es el juez competente o instructor quien debe dirigir, decidiendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego personalmente en su recepción. De lo contrario se trastoca el debate probatorio en lucha soterrada y clandestina, quitándole a la prueba el carácter de acto procesal de interés público (C. de P. P., arts. 247, 223, 220, 402 y 272; C. de P. C., arts. 18, 202, 228 y 330).

Por consiguiente, es el juez competente o instructor, quien dirige y orienta directa y personalmente todos los actos, diligencias y actuaciones procesales, desde luego que dentro del proceso, jamás fuera de él, a fin de evitar desorden procedimental.

E) *Principio de legalidad de la prueba.*—Está consagrado en el art. 26 de la Constitución Nacional, y desarrollado por el art. 220 del C. de P. P., que ordena que todo medio probatorio debe practicarse “por disposición del juez o funcionario instructor, ya de oficio o a petición de cualquiera de las personas indicadas en el artículo anterior”, esto es, todo dentro del proceso y nada fuera de él.

F) *Competencia a prevención.*—Solamente está prevista legalmente para los jueces municipales y del circuito en lo civil (C. de P. C., art. 18), pero jamás para los jueces penales. La competencia es de orden público y de interpretación restrictiva, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia nacional: “Hay un principio general según el cual las leyes sobre jurisdicción y *competencia son de restrictiva interpretación*, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto

rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente” (autos, 31 mayo 1940; 21 mayo 1959 —Subrayas fuera de texto—).

¿Cómo es posible entonces que la Corte haya dado validez a declaraciones extraproceso practicadas por juez penal, cuando no existe norma procesal que le otorgue competencia para tal efecto?

II. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

Es pertinente la cita de KARL LARENZ, a propósito de la interpretación de la ley, al decir que esta “interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores (*Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1980, pág. 313).

Respetamos la tesis de nuestro máximo tribunal dispensador de justicia, mas no la compartimos, porque prescribe la interpretación como instrumento jurídico, y no podemos ser espectadores mudos cruzados de brazos.

Con acierto anotó GIRALDO MARÍN, comisionado en los años 76 y 79: “...los códigos, por lo general, tienen una vida más larga que las cambiantes teorías de moda, sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes” (carta al ministro de Justicia, en *Proyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, edición del Ministerio de Justicia, 1978, pág. 2).

Como el juzgador no puede alegar silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (Ley 153 de 1887, art. 48), debe, cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, aplicar “las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho (art. 8º, *ejusdem*).

La aplicación e interpretación analógica rige para el procedimiento penal, desde luego cuando es favorable al procesado, mas no para el derecho penal sustantivo (Const. Nal., art. 26; C. P., art. 1º), y por lo tanto, el art. 8º del Código de Procedimiento Penal, autoriza la aplicación de normas procesales civiles al procedimiento penal, en los casos no reglamentados y en cuanto no se opongan a este, este es: si no existe norma precisa que resuelva el caso, se aplica otra que contemple casos análogos.

Debió entonces la C.S. de J. decretar la nulidad constitucional (Const. Nal., art. 26) de la sentencia condenatoria, dejando intacto el veredicto condenatorio, para que el Juez Superior de Cartagena practique las declaraciones juradas de los testigos nombrados, mediante el trámite incidental previsto en el art. 137 del C. de P. C.

Si bien es verdad que en el sumario y en la causa existen términos precisos para pedir y practicar pruebas, no es menos cierto que dichas declaraciones bien pueden recibirse después del veredicto condenatorio y antes de proferirse sentencia (la que debe quedar pendiente hasta tanto se resuelva definitivamente, a través de la actuación incidental, si se anula el veredicto, o, en caso contrario, entonces dictar sentencia condenatoria), porque lo que se trata de acreditar no es el delito y autoría, sino la presunta conducta indelicada de un jurado, que tiene íntima conexión con el veredicto proferido, situación que bien puede solucionarse por la vía del artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, garantizándose los principios y normas legales atrás citados y echados de menos por la C.S. de J.

Desde luego que la decisión de la Corte tiene importancia en cuanto permite, desde distinto punto de vista, una apertura de la polémica. Creo haber expresado mis inquietudes sobre tan espinoso tema, poniendo de manifiesto la ostensible *inseguridad jurídica* que produce la decisión de la Corte, y sería saludable que en otra oportunidad sea reconsiderada, para que la jurisprudencia nacional marche por caminos más racionales y jurídicos.

En punto a las declaraciones extraproceso, dice con acierto JAIRO PARRA QUIJANO, en su obra *Tratado de la prueba judicial. El testimonio*: “La prueba anticipada (extrajuicio, dice la Corte), recibida sin la presencia de la persona contra la cual se pretende hacer valer el testimonio, presenta un escenario psicológico muy distinto para el testigo que cuando se trata de rendir un testimonio en audiencia con presencia del juez y de la presunta contraparte. Sin la presencia del juez y de la contraparte, el testigo no mide las consecuencias de su declaración y puede fácilmente mentir”.

Más adelante apunta: “Al peticionario de la prueba anticipada se le da de antemano una ventaja: tiene ya testigos comprometidos a declarar en un determinado sentido. Todo esto se presenta cuando se recepciona el testimonio anticipadamente sin citación de la presunta contraparte.

Juzgado Quince Superior de Medellín

¿CÓMO DEBE VALORAR EL JUEZ LA ANTIJURIDICIDAD?

—A propósito de un caso de homicidio en estado de ira,
con exceso en la legítima defensa—.

Dr. MARIO SALAZAR MARÍN
Agosto 16 de 1984

PRESENTACIÓN*

Para que el derecho penal cumpla correctamente su misión de garantía, el juez debe valorar la antijuridicidad desde un punto de vista fundamentalmente material y objetivo, comprensión que no implica en manera alguna el descuido del contenido subjetivo de la conducta. Se trata de mover el aparato del Estado solo cuando se aprecien daños sensibles a los bienes o derechos jurídicamente tutelados, en cuyo caso entrará el juez a indagar en toda su extensión el contenido subjetivo del respectivo comportamiento, precisando entonces también los aspectos anímicos que deben caracterizar cada injusto. Significa entonces que la tarea principal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y, en consecuencia, mientras estos no sean realmente dañados no habrá injusto, así se realicen conductas encaminadas a ese fin, no logrado siquiera en parte.

Tarea secundaria del derecho penal es la protección de valores ético-sociales, así estos hayan podido desempeñar papel principal para que el Estado se decidiera por la tutela de unos bienes jurídicos determinados, pues aunque esos valores pueden tener una aceptación más o menos general, no comportan siempre validez absoluta, puesto que los patrones de comportamiento social adolecen en no pocas veces de contradicciones internas dentro de la misma sociedad y por eso el proceso de selección de las conductas criminales se basa en principios con los cuales simplemente se conforma la mayoría. Por otra parte, esos puntos de partida para la definición de los hechos punibles no son inmutables y por el contrario pueden perder el sentido valioso que tuvieron un día, en cuyo caso cesan los motivos que dieron lugar a la tutela y esta debe desaparecer. Luego el derecho penal protege esos bienes en

* A cargo del Dr. MARIO SALAZAR MARÍN.

la medida que lo exija la ley, que a la postre es el instrumento protector de bienes, cuya violación y daño, en su orden, resultan imprescindibles para que se pueda predicar la existencia de injusto.

El desvalor de acción es importante en tanto haya desvalor de resultado, entendido este último como daño objetivo y material del bien jurídico. De manera que cuando se da la existencia del primero, mas no del segundo, será siempre superfluo hablar de antijuridicidad, puesto que puede ser un comportamiento orientado al daño y puede ser antiético, pero no será materialmente antijurídico.

La ética puede dar lugar, aunque no siempre, a la tutela, y en esa medida el derecho penal la protegerá secundariamente y por efecto, precisamente por haber servido en algún grado de soporte para la creación de la norma, protectora del bien jurídico.

Si la misión principal del derecho penal fuera la tutela de valores éticosociales, como lo sostiene WELZEL, se podría sancionar a las personas por meras acciones desvaliosas sin la existencia de la antijuridicidad material; no habría clara explicación para sancionar hechos punibles que no lastiman la ética; se daría lugar a una extrema-da subjetivación del derecho penal; se impondría la etización del derecho penal, o por lo menos se haría más difícil aún la diferencia entre el derecho y la ética y se daría pie a una culpabilidad moral, entre otros males.

Esta providencia es una buena muestra de cómo los planos de la antijuridicidad objetiva y subjetiva no están debidamente superpuestos, pues existe entre ellos un desfase, evento en el cual el juez se ha inclinado hacia la preferencia del injusto fundamentalmente objetivo (dañosidad social e individual de la conducta), sin descuidar el elemento anímico de la antijuridicidad (desvalor de acción e injusto personal), acudiendo a la institución del exceso, como fórmula apropiada para juzgar este caso con arreglo a la ley, la dogmática y la equidad.

Resulta de significativa importancia que los jueces tengan el mejor criterio para valorar el injusto, exigiendo siempre un daño real o potencial, a fin de evitar sanciones penales por meras desobediencias a las normas (antijuridicidad formal), pensamiento que exige mucho cuidado en algunas figuras del Código Penal, particularmente en los llamados delitos de “consumación anticipada”, en los cuales el legislador considera hechos punibles meros actos preparatorios o ejecutivos. En estos casos se exigirá una especial atención en la determinación del daño potencial para dejar establecida la exigencia del injusto material.

Si se piensa que el derecho penal es un instrumento de control social, debe ser efectivamente la última *ratio*, de donde se sigue que ha de cumplir fines político-criminales con el previo examen de los fenómenos criminológicos. Solo así se puede hablar de un auténtico derecho penal liberal y solo de esta manera se consigue que su misión garantista se logre con verdadera eficacia.

VISTOS:

El despacho emprende ahora la tarea de calificar el mérito del proceso, clausurado como está la investigación y cumplidos como aparecen los traslados consecuentes.

El señor fiscal piensa que el procesado L. M. H. debe ser llamado a responder en juicio criminal por la hipótesis delictiva de "homicidio", con el expreso reconocimiento del estado de ira (arts. 60 y 323 del C. P.).

El señor defensor, en cambio, tras un censo detenido del acopio probatorio y un estudio ponderado del episodio, presenta tres alternativas: una, referida a la "legítima defensa subjetiva", con el correlativo sobreseimiento de alcances definitivos. Otra, atinente al exceso en la defensa, evento en el cual habría enjuiciamiento, pero a la postre también libertad provisional. Y finalmente, el reconocimiento de una conducta culposa, también con liberación.

Se pasa a hacer el correspondiente estudio.

RESEÑA HISTÓRICA DE LOS HECHOS:

Alguna vez, un año atrás quizás, L. M. H., de 43 años, y G. T., de 59, sostuvieron un disgusto de borrachos y por eso aquel le dio a este un manotazo, incidente que no tuvo mayor trascendencia, pero que sería al final el motivo de la tragedia que dio lugar a este proceso. Resultó que P. T. A., hijo de don G., de 31 años y necio o pendero en estado de embriaguez, quiso vengar lo ocurrido a su padre y en varias oportunidades le ocasionó situaciones afrentosas a L. M. H. Fue así como le dijo a R. S., recién ocurrido el hecho, que estaba "muy berraco" con L. porque le había pegado a su padre y que si lo encontraba le pegaría "dos o tres puñaladas". Esto lo supo L. M. H. (fls. 21 y 79). Y fue por eso que quince días antes del lance sangriento en la zona urbana de San Pedro (Ant.)—donde sucedieron los hechos—lo trató de hijueputa y lo retó severamente a la pelea, teniendo en su poder

y en forma visible arma blanca (fls. 20-v, 37-v, 65 y 79-v). Y fue, por eso, al fin, que llegó la tragedia el 15 de abril de este año, cuando otra vez P. T. A., en estado de embriaguez—cuando precisamente se tornaba más problemático y agresivo—retó grosera y públicamente a L. M. H. con cuchillo en mano, en momentos en que el hombre ofendido se encontraba conversando plácidamente con unos amigos en la heladería "La Ventana" del citado municipio. En vista de esto, los señores V. G. y H. calmaron un poco la desenfadada conducta de P. T. A. e hicieron que se retirara del establecimiento. Sin embargo, obstinadamente regresó, esta vez con una navaja, pero V. lo vio a tiempo y le impidió su nuevo ingreso al lugar y le hizo la admonición de hacerle detener si volvía, después de despojarlo por segunda ocasión de arma. Pero él, con terquedad insólita, volvió a los pocos minutos otra vez armado de cuchillo y se sentó en la mesa donde se hallaban M. T. y M. M., a quienes les dijo que esa noche iba a matar a ese hijueputa de L. M. H., al tiempo que preguntaba por su paradero, pues hacía poco había salido. (fls. 30-v y 40-v). En esos momentos, *precisamente*, entró él con un revólver y le disparó repetidamente a su pertinaz ofensor, ocasionándole su muerte inmediata.

El juzgado, antes de seguir, hace dos precisiones vitales para agilizar la decisión y evitar monotonías inútiles. La primera es que los dos antecedentes que tuvo con P. T. y que cita el sindicato y mencionan los testigos M. A. A. y R. de los M. S., los debe dar el juzgado por demostrados, toda vez que no dispone de prueba o razón alguna para asegurar lo contrario. Y la segunda, refiere a la no necesidad de detallar todos los pormenores probatorios que demuestran efectivamente que los hechos ocurrieron conforme a las modalidades que corren descritas. Declarantes como J. A. C. (administrador de la taberna, fls. 2), J. R. O. (juez del municipio, fls. 4), V. G. (personero municipal, fls. 25), H. M. (guardián de la cár-

cel, fls. 28), G. M. M. (fls. 30), F. A. A. (fls. 24), R. A. Z. (fls. 35-v), M. A. A. (fls. 37 y 79-v), R. E. (fls. 38), M. T. (fls. 40) y M. O. T., ponen en claro que las cosas sucedieron así, evaluando obviamente sus testimonios en perspectiva de conjunto y con el prisma de la apreciación racional o juicio crítico del juez.

Sin embargo, el señor abogado del procesado sostiene que de las versiones de todos los testigos presenciales no emerge con los trazos de la evidencia que L. M. H. hubiera entrado *con el revólver en la mano*, ni resulta sólida la afirmación de que P. T. A. en verdad no hubiese llevado a cabo algún movimiento de agresión en contra de su cliente, o que por lo menos le haya dado pie a este para haber creído razonablemente tal cosa. Ninguno de los testigos, dice, vio con exactitud los movimientos de uno y otro, a tal punto de ofrecer certeza.

Pero aparte de que el acopio probatorio de un proceso no se puede dividir para evaluarlo, por lo menos dentro de la órbita de la imparcialidad del juez, a quien la ley le ordena que mire las pruebas desde la atalaya para que logre esa visión de conjunto y evite su dañino cuarteamiento, para el despacho y para la justicia resulta a la postre indiferente que L. M. H. hubiese ingresado con el revólver en la mano o que lo hubiese blandido tan pronto llegó al umbral del establecimiento, por algo fundamentalmente cierto y materialmente comprobado en nuestra opinión: que el movimiento de las manos hacia la cara que cumplió P. T. A. fue una actitud instintiva de conservación; que no fue *causa* de los disparos de L. M. H. sino su *consecuencia*; no fue *acción* sino *reacción*; no fue *anterior* a la acción de disparar sino *posterior* a ella; que no fue, en fin, el *motivo* de los disparos, sino el *resultado* de estos.

Luego la *consecuencia* de los disparos fue el movimiento de alarma de P. T. A., de protección instantánea e instintiva, de temor, de cualquier cosa menos de agresión

física o material de parte de este en ese instante. De suerte que no podrá tener éxito la aspiración de hacer ver que esa *consecuencia* fue la *causa* de esa acción mortal de disparar. Semejante inversión no se puede tolerar frente a la idea que pergeña el proceso en torno a las modalidades ya descritas del episodio.

Veamos y comprobaremos que así fue.

"Yo solamente vi que levantó la ruana e hizo los disparos, pero no sé en qué posición llevaría el arma. *Preguntado: ¿Cuál fue la reacción del agredido en este instante? Contestó: No sé, pues eso ocurrió tan intempestivamente, ya que él intentó pararse y luego cayó... no dio tiempo de nada. El hizo los primeros disparos casi desde la puerta*", apunta el administrador J. A. C. (fls. 2-v).

"No le dio tiempo ni siquiera de pararse; sentado en la silla, le hizo tres disparos a quemarropa. Y luego los otros dos...", expresa J. R. O., juez de la localidad y testigo presencial de la ocurrencia.

"Don L. no le dio tiempo de decir nada, porque él llegó directo y le disparó... debió haber entrado con ella lista (el arma) porque inmediatamente pisó la puerta... acercándose le disparó, no dándole tiempo a P. de pararse, ...eso fue instantáneo... lo sorprendió el tiro a P. ...", testifica G. M. M., sentada en ese momento en la misma mesa con el occiso. (fls. 31-v y 67-v).

"... todo ocurrió en un segundo, sinceramente no dio tiempo de reacción, casi ni de levantarse de la silla...", dice R. A. Z., mesero del establecimiento. (fls. 36).

"... de improviso entró una persona y disparó sobre el que después supe que se llamaba P. T. A., ...cuando lo vi ya tenía el arma en la mano, no sé si la llevaba empuñada o no, ... y sin mediar palabra, que yo me haya dado cuenta, hizo las descargas sobre T., primero se sintieron tres rápidamente y luego dos... eso fue de una rapidez *impresionante*, es decir avanza un poquitico y lo ve, avanza un paso, estira más la mano y suenan los disparos, inmediatamente ocu-

rió todo...”, anota el zootecnista R. E. G. a fls. 38-v. 39 y 71 “... don L. entró y entonces... yo inmediatamente grité pues me dio mucho susto porque cuando yo lo vi, lo vi con el revólver en la mano y entonces yo grité y... al momentico sonó el disparo y sucesivamente los otros... yo vi cuando él subía, yo estaba mirando directamente a la puerta...”, apunta M. L. L., cuyo testimonio lo ilustra con la fotografía núm. 22. (ver. fls. 70-v y 105).

Y escúchese qué pormenorizada es la depo- nente M. L. L.: “... cuando sonó el primer disparo P. estaba allí sentado, cuando oí el segundo disparo P. estaba sentado, cuando oí el tercer disparo ya se estaba cayendo sobre la derecha, cuando oí el cuarto disparo P. ya estaba en el suelo, y cuando oí el quinto disparo P. estaba en el suelo...” (fls. 70-v).

La creencia errónea de L. de haber sido agredido físicamente por su enemigo en ese momento, como lo plantea su abogado, no puede tener cabida, dadas las claras modalidades como en verdad ocurrieron los hechos, pues todos los testigos oculares expresan con armonía el unilateral acometimiento que cumplió el procesado, en un instante en que P. no llevó a cabo movimiento alguno, como dato fenomenológico que le dé aliento al error de prohibición invocado en este preciso aspecto.

Cuando el sindicado sostiene que al entrar a la heladería P. le “mandó la mano al cuello” y le dijo “ahora si se te llegó la hora gran hijueputa”, incurre en mentira maliciosa, porque ni la víctima hizo tal cosa, ni tuvo oportunidad de decir nada. El conjunto probatorio demuestra hasta la convicción que L. llegó a causarle la muerte a su ofensor por su persecución y asedio permanente y por la muy grave e injusta provocación que le acababa de hacer.

Ya el despacho lo había dicho y lo reitera hoy en iguales términos: “Nadie en este proceso se atrevería a negar que P. provocó grave e injustamente a L. El reto en público con arma blanca fue sin lugar a dudas deni-

grante para él y el indubitable estado de ira de ahí proveniente fue irrefragablemente la palanca psicológica para que se produjera esa acción de violencia. Esto se entiende con descollante sencillez”.

Por esta vía —y según esta faceta del análisis— no hay lugar al error como causa excluyente de la culpabilidad o de disminución del reproche, por cierto en ninguno de sus dos grados de invencible o vencible, como para hablar, por ejemplo, frente al segundo caso, de acción o conducta culposa, que sería la única hipótesis susceptible de examen ante la ley colombiana, pues recordemos que en Alemania, v. gr., existe la posibilidad del delito doloso atenuado por el error vencible.

Pero así como el juez niega, de tal suerte, por lo menos desde este punto de vista, esa mal llamada “legítima defensa subjetiva”, porque puede ser legítima pero que no es jurídicamente defensa, va a admitir otra alternativa, esta sí obediente a la realidad y respetuosa de la verdad. Más aún, justa en nuestra opinión, no solo desde el ángulo visual del derecho penal, sino también desde el punto de vista criminológico, frente a la reflexión de la filosofía de la pena y de los fines que la inspiran. Será, según nuestro pensamiento, una decisión materialmente justa y dogmática y político-criminalmente correcta.

En efecto. La tradición del derecho penal ha considerado que las conductas injustas deben examinarse desde el punto de vista fundamentalmente objetivo, a fin de evitar que a los destinatarios de la ley se les sancione por comportamientos que no ocasionen daños reales o potenciales a bienes jurídicamente protegidos, así ellos estén encaminados consciente y voluntariamente a tales objetivos. Se trata de que el derecho penal, para decirlo con palabras cortas pero claras, no sea un derecho de puro ánimo que sancione más lo que el sujeto quiso hacer, que aquello que verdaderamente hace en el mundo real. Es decir, que se mire más si material

y objetivamente dañó un derecho para indagar después si lo quiso hacer o no, o si lo ocasionó imprudentemente. Y no al contrario.

Pero el finalismo, en cambio, dice JESCHECK, “defiende la tesis extrema de que el desvalor del resultado (llámese daño) carece por completo de significación para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal es solo, la de que la necesidad de pena ha de vincularse a una manifestación externa del desprecio de la prohibición. En el concepto de delito el desvalor del resultado sería únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad” (Véase *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 322).

JESCHECK, sin embargo, no es propiamente exacto. Si en verdad el mismo WELZEL subraya y pone relieve en el desvalor de acción y con ello en el injusto personal, no se olvida del resultado como parte integral del hecho punible, aunque sea en forma secundaria. Dice él al respecto:

“En la mayor parte de los delitos es, sin duda, *esencial una lesión o peligro de un bien jurídico*, pero solo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene solo relevancia en el derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción)”. (*El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1963, pág. 68.

“La moderna teoría del delito, por el contrario —afirma entonces JESCHECK— parte de la observación de que la antijuridicidad del hecho *no se agota en la desaprobación del delito, sino que también la forma de producción* (del injusto) *debe incluirse en el juicio de desvalor*. De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto”. (Ob. cit., pág. 322).

Esta distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado simplemente es la consecuencia de la doble misión del derecho penal. En el primer caso (desvalor de acción) se refiere a la tutela de valores éticosociales. Y en el segundo (desvalor de resultado) atañe a la protección de bienes o derechos. Luego no se mira solo la acción desvalorosa sino también el daño efectivo y desvalioso.

En punto al desvalor del resultado se ha examinado otra vez el caso *sub judice* y el juzgado encuentra razonable tener en cuenta la permanente agresión de P. hacia L., cuya persistencia ubicó en situación de zozobra a este último ante la probabilidad de seguir amenazado por aquel, o incluso de ser agredido materialmente, como por ejemplo esa noche que P. estaba decidido a darle muerte a L. o que este se la diera a él.

El diligenciamiento acredita que en el momento de recibir los disparos estaba precisamente diciendo y repitiendo esa premonición, prolongando así hasta ese instante su persistente decisión de acometer a L., según estos breves pero concluyentes apuntes probatorios: “... nos mostró un cuchillo que tenía entre la pretina del pantalón, ...entonces yo le dije que dejara tanto problema... entonces él me respondió ‘Yo lo mato o me mata’, fue lo último que él habló, entonces en esas yo vi que él hizo como así (la depo- nente levanta las manos abiertas a la altura de la cara), pero en esas que él hizo así sonaron los disparos...” (fls. 40-v y 66); “yo supongo que lo vio entrar porque ella (M. I. L.) gritó ‘V. lo mató’... nosotros estábamos pilas ya con el problema porque el pelao ya había entrado tres veces... dos que no se sentó y una que se sentó. ...” (fls. 69); “... yo sí lo oí hablando, ...no alcanzaba a oír qué era lo que decía, ...pero oí que decía rico hijueputa, lo mismo que le gritaba al principio...” (fls. 69-v).

Esa hostilidad permanente, empero, no permite que se acoja sin ningún examen crítico el contenido de las decisiones que repro-

duce en parte el libelista en las páginas 89 y siguientes de su extenso alegato, con ponencia del magistrado JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, porque ello en este caso tiene tanto de largo como de ancho. Siempre será necesario que por parte del occiso hubiese existido un movimiento, un gesto, una actitud o en todo caso un dato real o fenomenológico que permita fundar el error o la creencia invencible de que se va a ser atacado, dato real que precisamente aquí se ha negado con los perfiles de la verticalidad, mas no allá que se ha sostenido con unas bases que no interesan en el evento de hoy.

Verdad es que frente a un adversario así tan contumaz y testarudo podría afirmarse con alguna razón, muy humana y comprensible, que tal cosa sería una agresión permanente con las trazas de la inminencia, en cuyo caso sería jurídicamente viable la admisión de la defensa legítima. Pero aquí importa recordar esto que se dijo ya en este proceso:

“Pero como la actualidad o la inminencia tiene que crear la necesidad impostergable de la acción de defensa antes de que sea demasiado tarde, esa actualidad no puede encontrarse en una posibilidad de peligro futuro o en una situación que no cree la angustia de reaccionar momentáneamente”.

Sin embargo, sí cabe por ese asedio y esa conducta humillante para el inculpado, la afirmación de que la citada agresión crónica o permanente era *potencialmente actualizable*, puesto que en cualquier momento se podría repetir la afrenta. Ya estaba entonces en juego su honor y su derecho a vivir tranquilamente sin los abusos de nadie, pues, como expresa MANUEL LUZÓN PEÑA, “es defendible el simple bienestar físico contra los malos tratos de obra aunque no causen lesiones”. (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978, pág. 432).

Pero para que esta agresión llamada por el juez “potencialmente actualizable” no se vaya a entender inminente, conviene reproducir esto que expresa LUIS COUSTINO MAC

IVER: “Pacheco dice que para que surja el derecho a defender *no basta con las amenazas*... Basta para autorizar el ejercicio de este derecho... que sea *inminente* la acción, que de hecho *se nos amague*, que haya en realidad tentativa contra nosotros... no es necesario que se haya consumado pero sí que *se haya intentado el mal*...”. (*Derecho penal chileno*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, 1979, pág. 255).

Por cierto esta afirmación cabe incluso frente a este apunte de CARLOS LOZANO Y LOZANO, muy utilizado en el foro para predicar esa causal excluyente del injusto: “Cuando se reacciona contra un mal ya sufrido, o se trata de prevenir un mal futuro, es decir, un mal para evitar el cual pueden usarse de medios inocentes, se obra por venganza o se usurpan las funciones de la autoridad. Pero es preciso observar que el concepto de actualidad debe entenderse durante todo el espacio de tiempo en que dura o subsiste el peligro el cual puede prolongarse en ciertas hipótesis...” (*Elementos de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Lerner, 1952, pág. 249).

Quien provee no pretende con esto recoger ningún argumento, porque ya había dicho y lo sostiene ahora que la conducta de L. M. es antijurídica, pues la legítima defensa exige un baremo, un requisito irrebalsable, un moderamen, una exigencia insustituible que se llama actualidad o inminencia material de una agresión, que no se presentó aquí específicamente.

Pero esa agresión permanente y *potencialmente actualizable*, se acerca en buen tramo a ese acometimiento real, actual y específico, en cuyo caso la muerte ocasionada sí comporta un desvalor de resultado pero notoriamente disminuido, porque frente al Estado, a la sociedad y al procesado, P. estaba perturbando los derechos del primero y este a su vez estaba adquiriendo en algún grado el derecho a defenderlos.

El problema, con todo, no es tan simple, porque todo indica que el impulso inme-

diato que presidió su acción mortal fue la venganza, en cuyo caso salta a los ojos del juez el desvalor de acción y el ataque al derecho penal en cuanto a los valores ético-sociales que gobiernan la sociedad, cuya protección cumple también —por lo menos de manera secundaria y por efecto—, cuando menos despreñada de su misión principal de tutelar los derechos o bienes de los asociados.

Pero como L. no tiene por qué entender esto de la antijuridicidad fundamentalmente material y objetiva y su conducta debe apreciarla el juez en su exacta dimensión social, lo que verdadera y justamente debe sancionar la justicia es esa defensa *exagerada* de sus bienes sin la existencia previa del estricto moderamen, pues como lo habíamos dicho, esa actualidad no puede encontrarse en una posibilidad de peligro futuro o en una situación que no cree la angustia de reaccionar inmediatamente. Pensar distinto sería permitir una laxitud tal que distorsionaría la filosofía que inspira la institución de la legítima defensa. Por supuesto que el juzgado no tiene que reevaluar idea alguna en cuanto al exceso, ya que sobre ello no había dicho nada antes.

Sucedió entonces que el comportamiento del inculpado tuvo una doble significación en su fuero interno. De una parte, tuvo conciencia de la permanencia de la agresión y de que su acto “de defensa” excedía los parámetros prohibitivos de la ley, puesto que tales excesos no los puede permitir el legislador y eso lo sabía él y sobre tal aspecto tenía conocimiento de lo injusto del hecho. Y de otro lado, actuó por venganza, puesto que siendo antijurídico el exceso, fue precisamente la vindicta el motivo determinante de este último.

Esta manera de evaluar el contenido subjetivo de su conducta no constituye obstáculo alguno, de otro extremo, para comprender que el homicida estuvo al mismo tiempo bajo los impulsos del estado de ira por esas graves e injustas provocaciones de su adversario, pues como decía SÉNECA “la ira está sedienta de venganza”.

Concluyendo, entonces, tenemos un desvalor de acción encaminado a producir un desvalor de resultado a lo mejor más intenso del real y objetivamente producido, por aquello de la venganza que presidió en ese momento de la acción violenta. Pero que en sede de la antijuridicidad, esta debe ser apreciada por el juez en su verdadera extensión y contenido social, como dispensador de la justicia humana, en cuya tarea debe mirar no solo hacia el injusto sino también hacia los fines de la pena y sus proyecciones criminológicas. Por fortuna el juez siempre tiene a su disposición la fórmula insustituible de la equidad.

Vale la pena en este punto escuchar esto que acaba de decir FRANCISCO MUÑOZ CONDE:

“La antijuridicidad es una categoría del delito que puede ser graduada, es decir, admite diversas valoraciones desde el punto de vista de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuridicidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito... Otras veces, la diversa gravedad de la antijuridicidad se refleja en una simple circunstancia modificadora, agravante o atenuante... Las causas de exclusión de la antijuridicidad no admiten, en cambio, estas graduaciones; si excluyen la antijuridicidad es porque se dan *completas* con todos sus elementos, *subjetivos* y *objetivos*. La falta de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación puede incidir, sin embargo, atenuando el juicio de antijuridicidad sobre el hecho” (*Teoría general del delito*, Bogotá, Ed. Temis, 1984, pág. 96).

Pero adviértase: en este caso también juega su papel si en torno a la antijuridicidad se aprecian en un mismo pie de igualdad los factores *objetivos* y *subjetivos* que la integran, o si se le da prevalencia a unos u otros. Si a los primeros, se tratará de una antijuridicidad fundamentalmente objetiva; si a los segundos, una antijuridicidad funda-

mentalmente subjetiva, con el riesgo en este caso de bordear demasiado un derecho penal de puro ánimo, recargándolo de sanciones por meras desobediencias a sus normas, así no dañen efectivamente los derechos. Bastaría entonces la antijuridicidad formal.

Mientras la primera concepción ve como misión del derecho penal la protección de bienes jurídicos, rezagando la tutela de los valores éticosociales, la segunda protege más los valores ético-sociales que los bienes jurídicos. Modernamente un sector de la doctrina propende hacia un equilibrio, pero parece que si se mira principalmente el daño a los bienes como factor primordial para apreciar la antijuridicidad, se protegen de mejor manera las garantías individuales que proclama un derecho demoliberal, pues mientras el destinatario no ocasione un daño no se le sanciona penalmente. No por otra cosa el Código Penal de 1980, por ejemplo, suprimió el delito imposible, anclado en un evidente peligrosismo y en una conducta que explica la criminodinámica.

El calificador, pues, en aras de los beneficios otorgados por nuestro Estado de derecho, acoge en este caso la primera concepción, pero deja indemne su pensamiento de que la misión del derecho penal está no solo encaminada a tutelar los bienes, sino también a proteger los valores éticos, aunque esta última tarea la cumple en forma secundaria y por efecto de la misión principal.

De manera que la conducta del procesado de autos encuentra su encuadramiento dentro de los límites de los arts. 30, 60 y 323 del Código Penal de 1980, cuyos efectos regirán el juicio que como consecuencia se va a iniciar, reunidos como están los presupuestos que para tal fin exige la ley de procedimiento a través de su art. 481. Como que la parte objetiva, además, se encuentra debidamente acreditada con el levantamiento del cadáver, el registro civil de defunción y el dictamen de necropsia, según actas incorporadas a fls. 1, 48-v y 49.

Resulta claro, igualmente, con arreglo al proceso de adecuación típica que se viene de cumplir, que el justiciable M. H. podrá hacer uso de la libertad provisoria, con base en la viabilidad del sustituto penal de la condena condicional, cuyas exigencias reúne a la luz de la ley y conforme a la filosofía que inspira ese subrogado. Pues en el evento de una sentencia de condena, el reo, a pesar de la consiguiente culpabilidad, no necesitaría la pena, dada su personalidad buena y aceptable en el contexto comunitario. (Véase a JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Ed. Bosch, 1967, pág. 56; y arts. 68 del C. P. y 44, num. 3º, de la ley 2ª-84).

Prospera así la solicitud subsidiaria del exceso en la defensa que plantea el señor apoderado, si bien no por la vía del error de prohibición, sino por las razones que corren expuestas.

Finalmente, el juzgado, frente a la satisfacción de los presupuestos consagrados en los arts. 138 y 139 del Código Procesal Penal, va a embargar el inmueble distinguido con la matrícula 001-0128411, de propiedad en parte del procesado, medida que se considera suficiente para garantizar el pago eventual de los perjuicios ocasionados con el hecho. Para ello se prescindirá de exigir la caución de que trata el art. 141 del mismo estatuto, puesto que ni la acción es temeraria, ni el ameritado bien pertenece a terceros. Este criterio lo ha sostenido precisamente el despacho por faltar los presupuestos en que se funda la exigencia de garantía.

Se escucha, así, la petición del señor apoderado de la parte civil.

Por tal virtud, el Juzgado Quince Superior de Medellín, de acuerdo en parte con el señor fiscal, *llama a responder en juicio criminal*, por los trámites que establece el decreto 409 de 1971 —actual Código de Procedimiento Penal— y con la intervención del Jurado de conciencia, a L. M. H., de notas civiles conocidas en el proceso, por

la hipótesis de “homicidio” que define y sanciona el Código Penal de 1980, en su libro II, título XIII, capítulo I, según hechos ocurridos en las circunstancias modales y espaciotemporales descritas en la parte motiva de esta decisión y por cuyo medio perdió la vida el señor P. T. A.

Se ordena el embargo del bien inmueble atrás referido, en la parte que corresponde al inculcado, matriculado en la Oficina

de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín. Oficiése allí para los fines señalados en el art. 681, numeral 1º, del C. de P. P.

El procesado tiene derecho a nombrar defensor para la causa y a disfrutar de libertad provisional bajo caución prendaria de \$ 22.600.00, para lo cual tiene capacidad económica, (art. 46, ley 2-84).

Cópiese y Notifíquese.

**SECCIÓN
DE
BIBLIOGRAFÍA**

ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*. Parte general. Exposición referida a los derechos penales vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

Casi veinte años han transcurrido desde que, por primera vez, el autor de esta obra empezara a figurar en el panorama jurídico penal latinoamericano, con la publicación de una monografía intitulada *La noción de autor en el Código Penal*, con elogioso prólogo del imperecedero LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Hoy, después de la desaparición del ilustre profesor español, refugiado en la Argentina huyendo de la dictadura franquista, BACIGALUPO, uno de sus más connotados discípulos, en idénticas circunstancias políticas que su maestro, paradójicamente desde la "Madre Patria", nos ofrece este extraordinario *Manual*, que refleja no solo el grado de madurez alcanzado, sino la sistematización que de la teoría del delito ha logrado su autor, lo que nos permite manifestar, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos en frente a una de las obras más importantes que sobre la materia se haya publicado en lengua española.

Dos son las novedades que encontrará el lector: de un lado, la exposición está referida a la legislación penal de varios países hispanoparlantes, entre ellos Colombia; y del otro, se trata de una peculiar y ortodoxa sistematización de la materia, que mucho habrá de contribuir a la polémica en círculos especializados.

La obra consta de tres partes, de las cuales pasamos a ocuparnos seguidamente:

En la *primera parte*, referida a las cuestiones básicas del derecho penal, analiza esta disciplina, expone sus conceptos fundamen-

tales (delito, pena y medida de seguridad) y la deslinda de la criminología y de la política criminal.

Lo primero que aborda en esta parte es *la función del derecho penal*, que no puede ser otra que la de ser *instrumento de control social*, cumpliendo así una función reparadora del equilibrio en el sistema social. Este enfoque es el que permite al autor concebir el delito como "una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro del sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello" (pág. 2); al paso que, desde el plano estrictamente jurídico, concibe el derecho penal como "un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas" (pág. 3).

En cuanto al *objeto del derecho penal*, hace una diferenciación atendiendo al interés que guíe el estudio del mismo: si se atiende a la descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales, el objeto será *la jurisprudencia de los tribunales*; en cambio, si se atiende al conjunto de disposiciones legales que estos órganos invocan en la fundamentación de sus decisiones, el objeto será *el Código Penal*. Es, justamente, este segundo objeto el que se desarrolla en la obra, advirtiendo que se parte de un derecho penal enmarcado dentro de una doble función: la protección de los bienes jurídicos y de los valores ético-sociales, de un derecho penal que busca los puntos intermedios y la síntesis de ambos extremos.

Al abordar *la definición del delito*, dice BACIGALUPO que se hace indispensable optar entre un derecho penal de acto y un derecho penal de autor. Si partimos de un *derecho penal de acto*, la definición de delito

puede encararse desde una doble perspectiva: si lo que interesa es saber qué considera el derecho positivo como delito —problema del juez—, la definición se obtiene a partir de la consecuencia jurídica, delito “es todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley” (pág. 8); por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena —problema del legislador—, la definición del delito debe partir del contenido de la conducta. En otras palabras, si lo que se quiere caracterizar son los *comportamientos punibles*, nos enfrentamos a un concepto formal de delito; en cambio, si queremos caracterizar los *comportamientos merecedores de pena*, se tratará de un concepto material, que puede entenderse bien como “hecho socialmente dañoso”, o bien como “hecho consistente en la violación de deberes éticos sociales”, sea que los comportamientos merecedores de pena atenten contra los valores éticosociales o contra los bienes jurídicos (pág. 8). Ahora bien, si el punto de partida es un *derecho penal de autor*, el delito habrá de entenderse como la expresión de un sentimiento depravado. La anterior diferenciación derecho penal de acto-derecho penal de autor, permite a BACIGALUPO hacer una precisión de tipo político:

“Cabe señalar que los puntos de vista del *derecho penal de hecho* —aquellos que ven en el delito la infracción de deberes éticosociales representado por la lesión de un bien jurídico—, no garantizan, pero permiten desarrollar los principios del derecho penal liberal. Por el contrario, el *derecho penal de autor*, sobre todo en la forma en que fue concebido por ERIK WOLF y otros autores, pone seriamente en peligro los principios del Derecho penal liberal, cuando no los anula” (pág. 11).

Para poder definir *la pena*, dice el autor, hay que hacer una consideración previa, optando bien por los puntos de vista que conciben el derecho penal como un instrumento al servicio de *la justicia*, vinculado con la moral, bien por los que lo conciben como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*, vinculado con la

política social. Justamente, la lucha de escuelas es el producto del enfrentamiento de estos dos criterios: las teorías absolutas hacen énfasis en el valor justicia (Escuela clásica), las relativas en el valor utilidad (Escuela positiva), y las mixtas que pretenden ser una síntesis (prevención más retribución, utilidad más idea de justicia).

En cuanto a *las medidas de seguridad*, considera que solo pueden explicarse al lado de las penas (sistema dualista), si se parte de un derecho penal fundado en las teorías absolutas; en cambio, si se parte de uno fundado en las teorías relativas o de unión, la distinción pena y medida de seguridad no se puede hacer nítidamente, a no ser que se diga que la pena supone culpabilidad y la medida de seguridad proporcionalidad. El hecho de que primen en el actual derecho penal las teorías de la unión, dice BACIGALUPO, hace que las diferencias entre unas y otras se tornen más difíciles, retornándose ineluctablemente al sistema monista.

En la *segunda parte*, se ocupa de la teoría de la ley penal, empezando por exponer cuál es la estructura de la norma jurídico penal, para distinguir luego el derecho penal objetivo del subjetivo y bosquejar el esquema histórico de los fundamentos policriminales de las legislaciones penales modernas, desde el Iluminismo hasta los recientes movimientos de reforma, para, finalmente, aludir a los ámbitos de validez de la ley penal.

Advierte BACIGALUPO que gran parte de los problemas que se discuten en la actualidad en la teoría del delito, dependen de la estructura de la norma jurídica, de la que se parta, sea que se defienda la teoría de las normas de BINDING, o la teoría de las normas objetivas de valoración de MEZGER; caracterizándose el actual debate por la búsqueda de una síntesis, la cual se refleja en la concepción del ilícito penal.

Al desarrollar los hitos históricos de las modernas legislaciones penales, es bueno destacar, el autor sostiene que el movimiento de reforma penal de la década del sesenta, nos trajo un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica con base en un “modelo anticuado”, que dejó inalterado el sistema penal, al paso que la década siguiente, caracterizada por ser la reforma de la reforma,

inspirada en el temor a la liberalización del derecho penal, de inspiración hondamente conservadora, impidió verdaderas reformas penales en el continente. Estas reformas, entre ellas la de Colombia “no introducen una verdadera reforma penal, sino que, como el Código Penal Tipo, codifican una serie de conceptos elaborados sobre leyes anteriores y que no siempre son teóricamente correctos” (pág. 45).

La *tercera parte* del *Manual*, dedicada a la teoría del delito consta de cinco capítulos, el primero de los cuales dedicado a la introducción, en la que conceptúa del delito, analiza los aportes del causalismo y del finalismo a la teoría del delito mismo, estudia las categorías fundamentales de la teoría del delito y se extiende sobre la problemática del ilícito penal. En segundo lugar, estudia el delito doloso de comisión, empezando por la nota de la tipicidad, la que concibe objetivo-subjetivamente, pasando por la antijuridicidad, la atribuibilidad y la culpabilidad, hasta llegar a la preparación, la tentativa y la consumación del delito doloso, y la autoría y participación en el mismo. En tercera instancia, expone el delito culposo de comisión, precedido de una introducción a esta temática, para pasar luego a las notas de tipicidad, antijuridicidad, atribuibilidad, y culpabilidad, a las especies de culpa y a los casos mixtos de dolo y culpa. En cuarto lugar, se ocupa de los delitos de omisión, diferenciando acción y omisión, clasificando esta última en propia e impropia, distinguiendo la tipicidad dolosa de la culpa, para pasar luego a la exposición de las restantes notas de delito. Finalmente, se ocupa de la autoría, la participación y la tentativa y del interesante tema de la “omisión por comisión”. El último capítulo lo consagra al estudio de los problemas que suscita la concurrencia de leyes penales y de delitos, para rematar con la concurrencia y el llamado “delito complejo” en el caso del Código Penal español.

De esta tercera parte queremos destacar algunos tópicos:

En la *Introducción*, sostiene que el delito es “un instrumento conceptual” que nos permite determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la ley, lo cual le lleva a

concebir la ciencia del derecho penal como “una ciencia práctica”. Ahora bien, la teoría del delito tiene como cometido “establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado” (pág. 67).

La teoría del delito, según BACIGALUPO, es una *propuesta apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley*, estructurándose a través de un *sistema de conceptos*, relacionados entre sí a través de unas ideas generales ordenadoras, que permiten una aplicación racional de la ley.

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere, obviamente, un punto de partida, que no puede ser otro que un concepto total o sintético del delito; la teoría jurídica del delito se ha debatido siempre entre dos ideas básicas, que a su turno han generado sistemas de delito distintos en cuanto a sus elementos particulares, sea que se lo conciba como la infracción a un valor ético social, o como lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La situación actual del derecho penal, precisa el autor, dista mucho de la planteada por los dos extremos mencionados, como que el contenido de cada uno de los elementos del delito “está determinado por los conceptos totales del delito de los que se parte y eventualmente por la articulación de esos conceptos puros (infracción del deber-lesión del bien jurídico) en función de las necesidades de las respectivas ‘teorías’ de la unión” (pág. 71).

Como *categorías fundamentales de la teoría del delito*, concibe el autor el *ilícito* y la *responsabilidad*. Sobre la primera de ellas, hace resaltar, dos posiciones siguen disputándose la primacía, dependiendo de la concepción de la norma que se asuma, tal como ya habíamos visto lo planteaba.

Clasifica el ilícito en *personal* (que requiere, a más de la comprobación de la causalidad de la lesión del bien jurídico, que se tomen en cuenta elementos que pertenecen a la persona que realiza la acción, esto es disvalor de resultado más disvalor de acción) y en *causal* (consistente en la lesión del bien jurídico causada por un comportamiento, sin que entren a jugar ningún papel

los elementos personales del comportamiento), optando, como es de suponerse, por el ilícito personal.

En cuanto a la responsabilidad, la segunda categoría del delito, hace de ella un análisis independiente como luego se verá.

Cuando se adentra en el estudio de la *tipicidad*, conceptúa el tipo penal como "una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. Es el conjunto de elementos que caracteriza un comportamiento como contrario a la norma" (pág. 80). Los tipos pueden ser de comisión o de omisión (dolosos o culposos), encontrando en todo tipo tres elementos básicos: el autor, la acción y la situación de hecho. Al estudiar el tipo en el delito doloso de comisión expone el autor la problemática de la acción en la parte objetiva, partiendo del concepto final de acción, con lo cual desecha su tratamiento antes del tipo como categoría independiente, pues la función de tal concepto "no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal" (pág. 91). Por lo demás, el estudio que hace del tipo penal en nada dista del enfoque finalista; lo mismo podríamos decir de la antijuridicidad, en la que, partiendo de un ilícito personal, da honda trascendencia a los elementos subjetivos y objetivos de la justificante.

En la categoría que la dogmática tradicional ha denominado culpabilidad, encontramos una de las innovaciones del esquema bacigalupiano, como quiera que siguiendo los pasos de MAURACH y JIMÉNEZ DE ASÚA, distingue la *atribuibilidad* (responsabilidad por el hecho) de la *culpabilidad* (responsabilidad), asignándole a cada una de estas categorías un acápite distinto para su estudio. Esta distinción tiene el efecto práctico de que la atribuibilidad elimina bien la aplicación de la pena o bien la de la medida de seguridad con respecto al autor, y la exclusión de la misma puede extenderse, si su naturaleza lo permite, a los partícipes; ahora bien, los casos en los cuales se excluye esta categoría son los eventos de estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, el exceso en los límites de la causal de justificación y el miedo insuperable, este último en realidad una forma de estado de necesidad.

La nota de la *culpabilidad*, esto es "el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma" (pág. 147), debe ser conceptuada también a partir de la teoría de la pena. Si se parte de las tesis absolutas, el conjunto de condiciones de la responsabilidad, estará dado por elementos que permitan fundamentar una responsabilidad ético-jurídica del autor; si se acude a la prevención especial, se reclaman elementos que permitan un pronóstico sobre la asocialidad futura del autor; si se acude a la prevención general, no se reclama en principio un concepto específico de culpabilidad, pero se requiere una pena de carácter intimidatorio general.

Como hoy priman las teorías de la unión, dice el autor, el concepto de culpabilidad está muy ligado al concepto clásico. En la culpabilidad estudia, entonces, los siguientes elementos: la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídicopenal del acto y la posibilidad de motivación en sentido estricto. En ambos elementos se ve ya un cambio de terminología, como que el primero es algo más que el conocimiento potencial de la antijuridicidad material que se excluye a través del error sobre la antijuridicidad, para comprender también el conocimiento de la punibilidad, descartable a través del error sobre la punibilidad; el segundo, es la tradicional imputabilidad cuyo término, por anticuado, debe desaparecer del lenguaje jurídicopenal según estima el autor.

En cuanto al *delito culposo de comisión*, su estructura al igual que el doloso, consta de dos aspectos: el ilícito y la culpabilidad (responsabilidad), debiéndose distinguir entre disvalor de acción y disvalor de resultado en el primero de ellos.

En cuanto al *tipo*, al igual que el de los delitos dolosos, consta de tres elementos básicos: el autor, la acción y el supuesto o situación de hecho; sin embargo, los elementos del tipo en particular son diferentes. En efecto, no tiene sentido distinguir entre aspecto objetivo y subjetivo, pues en el delito culposo "lo esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor" (pág. 212); esto no significa que no se puedan concebir elementos subjetivos en el deli-

to culposo en el elemento de la tipicidad: la previsibilidad individual o la cognoscibilidad de la lesión negligente del bien jurídico.

La tipicidad del delito culposo requiere, entonces, que *el autor haya infringido una deber de cuidado*, y si se trata de un delito de resultado, deberá constatarse *el resultado*, y este deberá ser imputable a la acción. En lo tocante a la *antijuridicidad*, su tratamiento es básicamente el mismo que en el delito doloso, aunque con la diferencia de que no hay lugar a elementos subjetivos en la justificante, y la configuración de las diversas causas de justificación presenta variaciones en concreto que han de tenerse en cuenta.

La *atribuibilidad*, tampoco presenta diferencias esenciales con el tipo doloso; sin embargo los estados de cansancio y excitación que dificultan en el autor cuidadoso el mantenimiento del cuidado objetivo, deben ser tenidos en cuenta a efectos de excluir tal categoría del delito.

En cuanto a la *culpabilidad* (responsabilidad), no encuentra el autor notas diferenciales que merezcan ser mencionadas.

Novedoso es también el tratamiento que da BACIGALUPO al *delito de omisión*, sobre todo teniendo en cuenta que hace profundizaciones poco usuales, dado el poco desarrollo dogmático de dicha problemática.

Al clasificar la omisión, distingue: a) delitos que solo pueden cometerse omitiendo la realización de una acción, b) delitos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la omisión de otro, c) omisiones que no están tipificadas expresamente en la ley (omisión impropia).

La tipicidad objetiva del *delito de omisión propia dolosa*, está configurado por los siguientes elementos: la situación típica generadora del deber, la no realización de la acción mandada y el poder de ejecutar la acción mandada. Si se trata de un delito de resultado, habrá que agregar la imputación objetiva del resultado.

En cuanto al *delito de omisión impropia dolosa*, incluirá en su tipicidad, a más de los elementos anteriores, la producción del resultado de un delito de comisión, y la definición en el caso concreto de la posición de garante.

Tanto los tipos dolosos en la omisión propia como en la impropia, exigen un dolo de omisión, que el autor prefiere denominar "cuasidolo", como quiera que tiene una estructura propia conformada por dos elementos: a) el conocimiento de la situación generadora del deber, y b) conocimiento de la posibilidad de realizar la acción.

El *delito de omisión culposo* coincide en cuanto a su tipicidad con el de comisión culposo, aunque se diferencia en que aquí se viola el deber de cuidado mediante una omisión. En lo atinente a las restantes notas, se presentan algunas particularidades que la obra destaca claramente, lo mismo puede decirse sobre la tentativa y la participación.

Queremos poner fin a la reseña de esta obra, en la que hemos tratado de hacer una apretada síntesis de los aspectos más salientes de la misma. Se trata de una obra sumamente bien documentada; en la exposición aparecen muy bien hilvanados todos y cada uno de los problemas que preocupan al actual derecho penal. Unido a lo anterior, la estructura de la misma está montada sobre bibliografía original, la mayor parte de la cual es citada por el autor fluidamente en lengua alemana. No dudamos en recomendar el estudio de este *Manual*; libros como este enriquecen el pensamiento jurídicopenal y sirven como toque de alerta a los estudiosos, para que no se anclen en textos revaluados, y digo esto pensando en la doctrina colombiana, muy prolífica últimamente pero exhibiendo una calidad que deja mucho que desear, como que el copismo se ha impuesto por encima de la reflexión seria, para dar cabida a obras mediocres que se editan aceleradamente, o se reimprimen todos los años cada que se quiere llenar un espacio en la biblioteca, contribuyendo así al estancamiento del derecho penal y no a su desarrollo, alejando al lector interesado de obras que, como la presente, aportan algo novedoso y pueden jalonar la doctrina y la jurisprudencia.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
diciembre de 1984.

Tribuna Penal, núm. 3. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia. Medellín, Ed. Lealón, 1984, 143 páginas.

De hondo contenido humanista aparece en el ámbito jurídico la revista *Tribuna Penal* núm. 3. En cada una de sus secciones podemos vislumbrar la pluma preocupada de los colaboradores, quienes procuran desarrollar con ayuda de su herramienta de trabajo, el derecho, una labor que trascienda el campo del exégeta o mecánico-aplicador.

Lo anterior se hace notorio desde el *editorial* de la revista, en el cual el Dr. JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO se pronuncia sobre algunos tópicos que son de necesario tratamiento por la Comisión redactora del nuevo estatuto procesal penal. Se destacan, entre otras, la necesidad de una radical reforma en la etapa de la indagación preliminar; la consignación de la libertad provisional como norma general y la detención preventiva como excepción; la reestructuración del ministerio público, para que pueda intervenir como verdadera parte en el proceso penal; la eliminación de un procedimiento policivo para aplicar penas privativas de la libertad; la eliminación de las jurisdicciones especiales; la regulación taxativa de las causas de nulidad en el proceso penal; etc., poniendo de presente en cada una de ellos la necesidad de que sean garantía de la libertad individual, ya que "si las leyes penales sustantivas reflejan la fisonomía moral de un pueblo, las leyes procesales son un buen retrato de un régimen democrático o de un régimen autoritario" (pág. 10).

La *primera sección*, dedicada al derecho procesal penal, "tiene como objetivo fomentar la discusión y el análisis de los diversos tópicos a los que da cubrimiento la reforma" al Código procesal penal (pág. 11). Comienza con la transcripción de la resolución 1683 de 1984, por la cual se crean comisio-

nes asesoras para la reforma de la administración de justicia, encontrando a continuación, los derroteros que seguramente servirán de guía a los comisionados, a cargo de los Drs. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, JAIME BERNAL CUÉLLAR y MIGUEL A. SÁNCHEZ MÉNDEZ, quienes hacen una exposición general en cada una de las propuestas presentadas, sobre los principales puntos que debe tocar tal reforma.

El Dr. BERNAL CUÉLLAR destaca entre otras cosas, la necesidad de que en la etapa de indagación preliminar intervengan funcionarios diferentes de aquel que tenga la competencia para el juzgamiento, criterio que sostiene igualmente frente a la etapa de instrucción del proceso; la cual, según su estimación, debe terminar con una de estas providencias: formulación de acusación, resolución o providencia de no acusación o auto de sustanciación mediante el cual se reabre la investigación, lo cual implica eliminar el auto de proceder, el sobresiimiento temporal y el segundo emplazamiento y declaratoria de reo ausente cuando no es posible notificar el auto de proceder. "La etapa de juzgamiento debe corresponder a un funcionario diferente de quien hizo la investigación y formuló la resolución de acusación o solicitud de juzgamiento" (pág. 22).

El Dr. SÁNCHEZ MÉNDEZ resalta la necesidad de que los despachos judiciales conozcan solo en primera o segunda instancia, caso en el cual le ofrece serias críticas el sistema de los juzgados del circuito. Clama porque se "delimiten claramente dos justicias, si se me permite tal expresión, una de mayor entidad a cargo de los jueces de distrito o superiores, con intervención del jurado de conciencia y con la segunda instancia ante los tribunales superiores de distrito o de departamento, y una rama de delitos menores con un procedimiento más breve ante los jueces municipales, con la segunda instancia ante los tribunales del circuito" (pág. 27).

Por su parte, el Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ, en sus propuestas, aboga por limitar las facultades de la policía judicial en relación con el sindicado; la actividad de la parte civil reducida a la defensa de sus propios intereses y no con carácter vindicativo; la necesidad de que el ministerio público cumpla de una manera permanente una función fiscalizadora en los centros de reclusión; el derecho del sindicado a entrevistarse con su abogado desde el momento de su captura, siendo ello una manifestación del derecho de defensa, el cual "debe respetarse y considerarse inviolable en todas las etapas del proceso" (pág. 30), etc., siendo imposible reseñarlas todas en esta recensión.

Nos resta, respecto a esta sección, invitar a una cuidadosa lectura de las propuestas, con miras a sentar con sentido crítico nuestra posición frente a ellas; lo mismo que del proyecto de ley 11 de 1984 presentado por el Dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ; al igual que la ponencia para primer debate de dicho proyecto a cargo del Dr. JOSÉ MANUEL ARIAS CARRIZOSA.

La *sección de Criminología y Política Criminal* está compuesta por los artículos "Aspectos sociopolíticos y económicos de las drogas" escrito por la doctora ROSA DEL OLMO; "Liberación religiosa en las cloacas carcelarias" del criminólogo Dr. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA y la entrevista realizada por el Dr. PASTOR ACEVEDO con el criminólogo argentino ROBERTO BERGALLI.

El primero de los trabajos anunciados constituye una fuerte crítica a los sistemas colonizadores-imperialistas que han hecho de la droga no solo un elemento de beneficio económico, sino, además, la mejor arma para el adormecimiento de conciencias. La juventud lejana de la problemática social, no es el *sujeto* que pueda contribuir a sentar bases para un cuestionamiento político serio acerca del origen del sinnúmero de contradicciones que caracterizan el sistema capitalista. El siguiente aparte es, en cierta medida, síntesis esclarecedora de la idea principal: "Si las drogas transforman la conciencia en un ente pasivo, si sirven para que el hombre se evada, al fomentar la alienación —entendiendo por esta: salirse de la esfera que a uno le es propia—, entonces las dro-

gas son contrarrevolucionarias, fomentan la integración, el acriticismo y la dependencia en todos sus niveles, lo cual rinde ya no un beneficio exclusivamente económico sino sobre todo un beneficio político en la etapa actual del capitalismo..." (pág. 58).

El segundo de los trabajos, dedicado a los presos, es una obra maestra de solidaridad del Dr. BERISTAIN IPIÑA. Con ocasión del Año Santo Jubilar de la Redención, proclamado por la Iglesia católica e inaugurado el 25 de marzo de 1983, se anuncia una misión religiosa dirigida a los encarcelados de todos los países del mundo; lo cual crea en el autor la necesidad de hacer algunos pronunciamientos desde el punto de vista de criminología en relación con el hecho religioso, exigiendo actitudes concretas de la iglesia con el hombre-humano-ser religioso que se halla privado de la libertad.

Son varios los *llamados* que se hacen en este artículo:

1. A la Iglesia católica y a otras iglesias para que "dirijan a todos un manifiesto en defensa de los presos, es decir, una encíclica o un documento para que los internos y los condenados estén protegidos más eficazmente contra la tortura, contra los malos tratos, contra la lentitud en la administración de justicia, contra el silencio en los medios de comunicación, contra..." (pág. 61).

2. A las personas vinculadas a la Iglesia para que formen asociaciones para la protección de los presos.

3. A las personas libres para que derriben las murallas de las cárceles desde adentro.

4. A las iglesias para que abran nuevos caminos en el campo de los controles sociales contra la criminalidad.

5. A las iglesias para que declaren un domingo cada año como día de los privados de la libertad.

6. A los hombres y mujeres para la convocatoria a un Concilio Universal, en el cual se discutan los principales problemas de los centros penitenciarios.

7. A todos para que vislumbremos la posibilidad de fundar una Asociación Internacional de Presos.

Es pues un llamado que no cesa, y del cual se exige un compromiso permanente en la fiscalización del derecho del hombre que se halla privado de la libertad.

Por último, de esta sección hemos de referenciar la entrevista al Dr. BERGALLI, el cual en su intervención en el Seminario de Criminología Crítica organizado por la Universidad de Medellín, sentó algunas bases que dieron lugar a inquietudes en el ámbito del pensamiento criminológico. Pregona el Dr. BERGALLI por una teoría política latinoamericana, una teoría crítica de control social y por una sociología del control penal que se ocupe de los sistemas atinentes al derecho y al control penal. Se trata pues de hacer un cuestionamiento sociológico de conceptos dogmáticos que deben ser mirados más allá de su concepción netamente jurídica: "Esa explicación sociológica idónea, de que yo hablo en mi intervención está dirigida precisamente a lograr una revalorización de las categorías clásicas del derecho penal liberal, remozando sus contenidos con los aportes que la ciencia social ha efectuado" (pág. 84).

En la *sección de jurisprudencia*, se destacan la providencia del Juzgado Séptimo Superior de Medellín, en la cual el despacho consideró que "El jurado de conciencia puede pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado"; y el pronunciamiento del Juzgado Quince Superior de Medellín, en el cual puede verse la "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Necesidad de buscar su simplificación" (pág. 97).

La *sección de Derechos Humanos* la compone, en primer término, un balance de la situación de los derechos humanos durante los dos años del gobierno actual, denotando la crítica situación que han atravesado; el problema de los decretos de estado de sitio; los grupos paramilitares; y, lo más grave, los desaparecidos, que infortunadamente aumentan a diario. Se aúna a este primer artículo el discurso del Dr. ALFREDO VASQUEZ CARRIZOSA ante el Congreso Nacional

de Asonal Judicial: "Por la modernización de la justicia, la paz y contra el crimen organizado", el 6 de julio de 1984 en el "Salón Boyacá" del Capitolio Nacional).

La "*Oración por las cenizas del padre Camilo Torres Restrepo*" pronunciada por el Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA en el Congreso Nacional de Asonal Judicial, es, como lo dijera el Sr. Ministro de Justicia, Dr. ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ, al recibir de manos del presidente de Asonal de Antioquia, la urna funeraria del padre Camilo Torres Restrepo "una bellísima pieza oratoria" (pág. 125).

Se destaca en la oración todo el ímpetu de su palabra, y la profundidad del sentimiento que expresaba, como representante de Asonal Judicial de Antioquia y de la clase desprotegida en general. Es pues de obligatoria lectura y reflexión, porque es impulsadora y llamativa.

En la *sección de documentos* se publica un compendio de las diferentes ponencias presentadas los días 6, 7 y 8 de julio de 1984 en el Congreso por la modernización de la justicia, la paz, y contra el crimen organizado, convocado por la Asociación Nacional de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y el ministerio público; y los estatutos del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

En la *sección de Bibliografía* se publica un breve comentario del libro *La prueba indiciaria* del Dr. YESID REYES ALVARADO. Se hace imposible dejar por fuera de la obligatoria lectura el poema de ANTONIO BÉRISTAIN y el escrito de ANTONÍN ARTAUD: *Carta a los directores médicos de los manicomios*.

John Jaime Posada O.
Diciembre de 1984

KARL HEINZ GÖSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá, Edit. Temis, 1984, 68 páginas.

No solo novedosa sino de sumo interés, es la obra que del autor alemán KARL HEINZ GÖSSEL ha publicado recientemente la Editorial Temis; en ella se recogen dos conferencias sobre la moderna teoría del delito, que el autor pronunciara en la ciudad de Medellín. La misma se inicia con una nota biográfica del autor, en la cual se le presenta como uno de los más destacados tratadistas germanos de la actualidad, recalándose que es el continuador de la obra de MAURACH.

Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia, es el título del primer estudio, el cual consta de tres partes que reseñaremos a continuación. En la primera se ocupa del "desarrollo de la teoría del delito desde BELING" arrancando del *sistema clásico* que, según el autor, a comienzos del siglo actual significó una modernización de la teoría del delito "que parecía haber logrado aprehender la problemática del delito culposo" (pág. 3), al ordenar la teoría del delito, en una estructuración, caracterizada por designar a toda la parte objetiva con el término de *injusto*, mientras que todo lo subjetivo era designado como la *culpabilidad*, que a su turno reconocía dos especies: El *dolo* y la *culpa*.

Pronto este sistema hizo crisis, pues "se descubrió que los elementos aparentemente objetivos del delito están entremezclados con elementos subjetivos; y así la diferenciación tan clara entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva no pudo seguir considerándose como viable" (pág. 6), con lo cual entró en escena el *sistema neoclásico*. Pronto, el *sistema finalista* consumaría la obra destructora, al entender el dolo como la característica subjetiva más general del tipo, suprimiendo de la culpabilidad, erigiendo un nuevo concepto normativo de culpabilidad

como reprochabilidad y trasladando la distinción entre dolo y culpa al injusto, aunque dejando todavía en la culpabilidad una parte de la culpa.

Finalmente, señala el autor, la *situación actual* se caracteriza porque "hasta el presente nadie ha logrado asignarle un puesto generalmente reconocido a la culpa" — dentro de los tres pisos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad" (pág. 7). Esto lo motiva a reclamar se le permita iniciar un nuevo camino en el proceso de desarrollo del delito culposo, pero partiendo de la idea de la interpretación de la norma como base sustentadora de toda la sistemática jurídico-penal, idea que promete ser no solo fecunda para una nueva sistemática del delito culposo, sino también para la averiguación de los elementos del mismo.

En la segunda parte del estudio, "la infracción de la norma como base de la teoría del delito", GÖSSEL centra toda su atención en la explicación que BINDING, en su teoría de las normas, da a la antinomia de cómo al realizar una acción que corresponde exactamente a la ley, esta acción vaya a la vez contra el ordenamiento jurídico. O sea, el autor retoma el planteamiento de BINDING en el sentido de que quien realiza un determinado delito, cumple ciertamente la ley penal, pero que con ello viola una norma jurídica que se haya fuera de dicha ley.

Ahora bien, como pauta diferenciadora entre *norma* y *ley penal*, adopta la de su *existencia*: La *norma* tiene una existencia hipotética, suprallegal; mientras que la *ley* tiene una existencia real, ha sido motivada por el legislador; al paso que como punto coincidencial, aparece el *objeto* de protección a que se destinaría una y otra: "El comportamiento contrario a un bien jurídico descrito en la ley penal, se opone al mismo tiempo a la norma. De esto puede colegirse que los delitos descritos por la ley penal y las infracciones a la norma son idénticos en su calidad de contrarios a un bien jurídico" (págs. 12 y 13).

Para terminar esta segunda parte, el autor alude al *comportamiento humano* como única forma de transgredir la norma y de menoscabar los bienes jurídicos, alusión que ha sido unánimemente aceptada: "El orden jurídico, por razones lógicas puede dirigirse solo a quienes están supeditados a él: las normas de derecho no rigen en consecuencia, *verbi gratia*, para las fuerzas naturales, ni para el azar, ni para los animales..., sino únicamente para los hombres" (págs. 13 y 14).

Sentadas las anteriores bases pasa el autor a la tercera parte, donde desarrolla la temática del delito culposo a partir de la teoría de las normas. Es esta la parte más novedosa e importante, ya que la infracción a la norma se erige en fundamento de nueva dogmática del delito culposo.

El análisis empieza con el tipo legal, sentando la premisa básica de que "tan solo pueden tipificarse legalmente aquellos perjuicios a un bien jurídico que resultan *evitables*, por acciones humanas" (pág. 15) con lo cual, a diferencia del sistema clásico, la evitabilidad se convierte en un elemento de la tipicidad del delito culposo y concretamente del tipo objetivo. La *evitabilidad del peligro* es, sin embargo, un elemento que está presente tanto en el tipo doloso como en el culposo, diferenciándose en uno u otro tipo, por la manera como ha de determinarse: mientras que en la acción dolosa la única forma de evitar el perjuicio de un bien jurídico, es la renuncia del mismo dolo tendiente al perjuicio, en la acción culposa, en cambio, la evitabilidad de ese perjuicio se determina mediante la observancia de las reglas de cuidado, por lo cual "se puede calificar de descuidada cualquier forma de conducta contraria a las respectivas reglas del ámbito correspondiente en el trato social; en otras palabras: que es socialmente inadecuada" (pág. 21).

Pero el elemento objetivo de la evitabilidad no se configura por la simple presencia de un *perjuicio dado* y de la *violación de*

una regla de cuidado; es necesario, además, un tercer elemento, la *causalidad*. "La infracción de cuidado debido, nos dirá GÖSSEL, tiene que haber acarreado *causalmente* el perjuicio al bien jurídico... Antinormativa y típicamente actúa solo aquel que ha ocasionado el perjuicio a un bien jurídico faltando al cuidado debido y, en consecuencia, de manera evitable; por consiguiente, al nexo necesario (en esta medida típico) entre conducta descuidada y perjuicio a un bien jurídico, lo calificaría yo de "causalidad de la evitabilidad" (págs. 22 y 23).

Seguidamente, la obra reconoce en los delitos de imprudencia la presencia, al igual que en los delitos dolosos, de elementos subjetivos lógicamente necesarios porque, como es sabido, la falta de uno de estos elementos, traerá como consecuencia la ausencia de *tipicidad culposa* y, por consiguiente, el perjuicio causado aun descuidadamente no será punible. Ahora bien, en los delitos culposos la característica subjetiva del tipo la constituye la *previsibilidad*, que ya no hace parte de la culpabilidad, como se creía, sino del tipo culposo en su parte subjetiva, de esta manera, dice el autor, "se ha logrado un construcción del delito culposo que por primera vez es paralela a la del delito doloso. De la misma manera que el dolo exige el completo conocimiento y con ello la previsión de las características del tipo legal objetivo, así de manera correspondiente, el delito culposo exige como mínimo su *previsibilidad*" (pág. 26).

A continuación se ocupa de la *antijuridicidad de los delitos culposos*. Premisa básica para considerar este estrato del delito es la afirmación de que "todo orden jurídico debe, pues, admitir en casos excepcionales el riesgo de posibles perjuicios a bienes jurídicos por una conducta descuidada; y dichos casos son, por lo mismo, calificados muy acertadamente como de *riesgo permitido*" (pág. 30). El tratamiento que da a la nota del delito en mención, se ve complementado con la creación de una nueva causal de justi-

ficación, hablamos de la "colisión supralegal de bienes", que "por su objeto abarca los casos en que el autor persigue metas de valor social o, independientemente de ello, jurídicamente admitidas, y en su empeño, descuidadamente, perjudica otros bienes jurídicos" (Cfr. pág. ídem.).

Se pregunta luego el profesor GÖSSEL si también las causas de justificación en los delitos culposos admiten el elemento subjetivo de la justificante, esto es, la "voluntad de obrar jurídicamente", a lo que parece responder de manera negativa.

Finalmente, toca el estrato de culpabilidad, caracterizado como el último piso del edificio del delito discutiendo solo lo atinente a la exigibilidad o no de la potencial conciencia de la ilicitud, a lo cual el autor termina respondiendo de manera afirmativa, explicando de paso el contenido y la razón de ser de este elemento de la culpabilidad.

La segunda parte de la monografía corresponde a un estudio sobre el "estado actual de la teoría del delito de omisión".

Aborda el autor dicha temática colocando de manifiesto la importancia que para el derecho penal reviste la omisión para llevarnos, luego de una breve exposición, a la conclusión de que la omisión tiene la misma importancia jurídicopenal que la acción: "El mandato de respetar un bien jurídico puede ser trasgredido en dos formas: Por una parte mediante la realización de una acción que menoscabe el bien jurídico, y por otra, también omitiendo una acción salvaguardadora del bien jurídico" (pág. 40).

Cuatro son los problemas sistemáticos que resuelve la obra: como primera medida se hace una delimitación precisa entre acción y omisión, para lo cual se vale GÖSSEL del concepto final de acción: "la posibilidad de esta necesaria separación surge a mi juicio, del concepto final de acción, que yo estimo pertinente" (pág. 45). Esto, entonces, le permite afirmar que tanto el hacer como el omitir constituyen acciones y que tan solo se diferencian, por su forma, en si el pretendi-

do menoscabo del bien jurídico se alcanza por una actividad corporal, o bien por inactividad corporal. Con ello cree encontrar un nuevo criterio delimitativo no encontrado hasta ahora, trátese de criterios normativos o prejurídicos.

El segundo problema del que se ocupa es el atinente a la clasificación de la omisión, en torno a lo cual se puede decir que el autor se vale de la clasificación tradicional, esto es, omisión propia y omisión impropia, o delitos de comisión por omisión.

Luego de haber delimitado acción y omisión y de haber clasificado la omisión abor- da en tercer lugar el profesor GÖSSEL, la exposición sistemática de los presupuestos de la penalidad de la omisión, limitándose a la comisión por omisión. De particular importancia es el estudio del *tipo legal* de la comisión por omisión y en especial de dos cuestiones: La *causalidad* y la *especial posición de deber*.

Sobre la causalidad, dice que es una *causalidad hipotética* consistente en que la persona que no actúa debe haber estado en posibilidad de realizar la conducta debida y así haber evitado el resultado producido por su inactividad corporal.

En cuanto al segundo problema, valga decir el de la especial posición de deber, el mismo no es otro que el de la *autoría* en este tipo de delitos. Autor es tan solo quien tiene un especial deber de actuar, la "posición de garante". Ahora bien, en la actualidad no se puede acudir a los modos de posición de garante tradicionales, esto es, a la ley, a la asunción voluntaria, a la comunidad de vida y de peligro y a la injerencia; hoy, según GÖSSEL, se impone una *teoría material formal*, de conformidad con la cual "la posición de garante puede consistir, en cuanto al contenido, por una parte en una posición de protección de determinados bienes jurídicos y, por otra, en una posición de vigilancia en relación con determinadas fuentes de peligros para bienes jurídicos indeterminados" (pág. 61). En otros términos, el deber

de garante debe determinarse en cada caso concreto, no solo en su sentido *formal* (según el motivo de su origen), sino en cuanto a su *contenido* (según su nexo con el bien jurídico respectivo).

Finalmente, se ocupa el autor especialmente de dos casos de autoría por omisión, que guardan especial importancia para la punibilidad.

El primero de estos se refiere a la producción de un menoscabo al bien jurídico por falta de una debida y completa actividad

salvadora o de ayuda; al paso que en el segundo se ocupa del problema relativo a la participación en los delitos de comisión por omisión.

En estas condiciones ponemos punto final a esta reseña, invitando al lector a que medite en los interesantísimos plantamientos que sobre las teorías de la imprudencia y de la omisión, se hace el profesor GÖSSEL en su monografía.

José Luis Jiménez Jaramillo
diciembre de 1984.

Esta revista se terminó de imprimir en los
Talleres Litográficos de Nomos Impresores,
el día 21 de mayo de 1985.

LABORE ET CONSTANTIA

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

| | |
|--|-----------|
| BERNAL CUELLAR, J. y OSORIO, Carlos F.: <i>Delitos financieros</i> , 120 páginas. Rústica. (M. J. núm. 41)..... | \$ 320.00 |
| CABALLERO SIERRA, Gaspar: <i>Los consorcios públicos y privados</i> , XVI + 248 páginas. Rústica. | 1.100.00 |
| DE LAUBADÈRE, André: <i>Manual de derecho administrativo</i> , XX + 374 páginas. Pasta | 1.450.00 |
| HOYOS DUQUE, Ricardo I.: <i>La responsabilidad patrimonial del Estado</i> , XIV + 154 páginas. Rústica | 620.00 |
| ORTEGA TORRES, Jorge: <i>Código Contencioso Administrativo</i> , 3ª edición, 150 páginas. Pasta | 400.00 |
| ORTEGA TORRES, Jorge: <i>Código Penal</i> (decreto 100 de 1980), 6ª edición, 152 páginas. Pasta | 400.00 |
| ORTEGA TORRES, Jorge: <i>Código Civil</i> , 10ª edición de bolsillo, 1086 páginas. Pasta | 1.500.00 |
| PÉREZ VIVES, Álvaro: <i>Garantías civiles</i> (Prenda, hipoteca, fianza), XXVI + 486 páginas. Pasta | 2.300.00 |

DE PRÓXIMA APARICIÓN

- ALIMENA, Bernardino: *El delito en el arte.*
- ALVIAR RAMÍREZ, O./ROJAS HURTADO, F.: *Elementos de finanzas públicas en Colombia.*
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Introducción al derecho penal.*
- CAMPOS RIVERA, Domingo: *Derecho laboral colombiano*, 4ª edición.
- COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS: *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 6.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *La acción en el sistema de los derechos.*
- DÍAZ SANTOS, Nicolás: *Curso didáctico de obligaciones patrimoniales.*
- ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: *Los poderes disciplinarios de los jueces en la dirección de los procesos.*
- GÁLVIS G., Fernando: *El municipio colombiano*, 2ª edición.
- GORPHE, François: *La apreciación judicial de las pruebas.*
- LÓPEZ BLANCO, Hernán F.: *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. II. Parte especial.
- MARTÍNEZ RINCONES, J.: *Sociedad y derecho penal en Cuba.*
- PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho penal*. Partes general y especial, t. I.
- PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho penal*. Partes general y especial, t. IV.
- RAMÍREZ CARDONA, Alejandro: *Derecho tributario*. Sustancial y procedimental.
- VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho civil*, t. IV. Contratos.
- VIDAL PERDOMO, Jaime: *Derecho administrativo*, 8ª edición.
- VON LISZT, Franz: *La idea del fin en el derecho.*
- WEILL, Alex/TERRÉ, F.: *Derecho civil*. Introducción.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen