NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
COORDINADOR

28

ABRIL ■ MAYO ■ JUNIO

AÑO VII • Abril • Mayo • Junio • 1985 N° 28

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.

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

DERECHO PENAL

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

FORO HISTÓRICO

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

DIRECTRICES PARA UNA REFORMA PROCESAL

El aumento de la criminalidad ha sido invocado siempre como fundamento para modificar las instituciones procesales. Ejecutivo y legislativo han relacionado en forma reiterada la creciente ciminalidad con el desprestigio de la rama judicial y con la inoperancia de los textos procedimentales. El incremento delictivo y la impunidad dimanan, entonces, según ese criterio, de la deficiente labor de los jueces y de lo obsoleto de los códigos. Procesalistas de sólida formación académica, revestidos con los viejos atavíos del formalismo, sostienen, incluso, que entronizando en nuestro medio el sistema acusatorio, se fortalecería la judicatura y se frenaría el alud delincuencial. En la antesala de una reforma que debe responder a las tendencias de la criminalidad contemporánea conviene clarificar algunos aspectos.

En verdad, no se da la correlación que se pregona entre alto índice de criminalidad y deficiencia del aparato judicial. La correlación auténtica se da en otros ámbitos. El problema del delito en nuestro país hay que centrarlo en la relación desarrollo-criminalidad. Un desarrollo desequilibrado en la esfera socioeconómica, es un marco estructural que condiciona cuantitativa y cualitativamente los fenómenos delictuales. A más bajo nivel de vida, más alto índice de criminalidad. A más desempleo, más deprivación absoluta. A más deprivación absoluta, más atentados contra el patrimonio económico. El modelo de desarrollo que pauperiza la periferia y enriquece al epicentro capitalista, generando, en lo interno de cada país, abismales diferencias económicas, es factor criminógeno de primer orden. En la evolución de la criminalidad global de Colombia, el atentado contra el haber patrimonial presenta la cifra más elevada en las estadísticas criminales. Más del 60% de los delitos cometidos pertenecen a ese género. ELÍAS CARRANZA, subdirector del Ilanud, con sobrada razón advertía con claridad:

"Para planificar una política realista de prevención del delito para nuestra región es muy importante partir de un panorama claro y veraz de la situación del desarrollo y de sus perspectivas futuras, pues es muy previsible que las actuales condiciones de criminalidad, en tanto tengan relación con la presente estructura socieconómica, se mantengan o se agraven si dicha situación se agrava; a menos que cambien las condiciones de base y se alcance una mejor justicia distributiva dentro de un nuevo orden económico internacional".

Las elevadas tasas de criminalidad en Colombia tienen su origen en los criminógenos programas de desarrollo. El aserto es una de las enseñanzas más cruciales de la investigación criminológica en América Latina.

Para ilícitos que no se originan en las circunstancias de deprivación absoluta, como el tráfico de drogas estupefacientes, el delito aduanero, las grandes defraudaciones contra el sistema financiero, toda la gama de criminalidad económica, etc.,

la correlación se presenta así: a más deficiencia de la administración pública, más alto índice de criminalidad. Los deficientes sistemas de control público, de tipo administrativo, explican las grandes expoliaciones de la banca y del sector financiero. Todos los fines de año las entidades bancarias del país expiden constancias sobre créditos inexistentes, para burlar el pago de impuestos. Las transnacionales, amparadas en la corrupción administrativa, lesionan fraudulentamente el sistema impositivo nacional.

La ausencia de control fiscal es más ostensible aún. En los últimos años ha correspondido a la judicatura la penosa misión de sentar en el banquillo de los acusados al Procurador General de la Nación, al Contralor General de la República, al Superintendente bancario y a los más destacados magnates del sector financiero. Todos los órganos de fiscalización estatal vinculados al proceso penal. No es la administración de justicia la que está en crisis: es todo el andamiaje de la administración pública. Pondérese bien, en las zonas limítrofes y en las oficinas de la Aerocivil creció el gigante del narcotráfico; las licencias a las aeronaves, concedidas en forma complaciente, fortalecieron las pistas clandestinas; el Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada, instituciones encargadas de vigilar las fronteras, guardaron un silencio cómplice y la novísima industria de la droga se expandió por todo el orbe. El narcomilitarismo no es extraño en América Latina.

Lo anotado, hasta el presente, reafirma las siguientes conclusiones, repetidas en innúmeros seminarios de criminología comparada:

a) Las causas fundamentales del delito, en nuestro ámbito, son la desigualdad social, el bajo nivel de vida, el desempleo, el analfabetismo.

b) El proceso de desarrollo capitalista periférico genera, inexorablemente, altas tasas de criminalidad.

c) La estructura de la administración pública y los modelos de desarrollo con desigualdad social, son fuente criminógena por excelencia.

La etiología descrita permite escudriñar el cañamazo ideológico de la reforma procesal. Si los encargados de hacerla centran toda la problemática de la criminalidad en la deficiencia de las instituciones procesales, propugnarán reformas de tipo mecánico, represivas, autoritarias, elaborando un proceso de "desinfección social", al servicio de una injusta estructura socioeconómica. Si, por el contrario, los reformadores son conscientes del origen socioecónomico del problema, que excede el estrecho marco de los textos rituales, prohijarán reformas de hondo contenido democrático.

Si coincidimos en la necesidad de expedir un nuevo Código ritual, lo hacemos con claros fundamentos. El proceso siempre es un íter que debe responder a las cambiantes circunstancias de la sociedad, perfeccionando constantemente sus instituciones. El proceso, como relación jurídica, como garantía de la libertad, nunca es una obra acabada porque su desarrollo se confunde con la lucha misma de los pueblos. A menudo se olvida que la norma procedimental, si bien instrumenta el control social, es, a la par, una limitante del uso arbitrario del poder. El hilo conectivo que debe existir entre la normación sustantiva y la adjetiva, explica la necesidad de la reforma, dada la vigencia de un nuevo Código Penal expedido

en el año de 1980, cuyos postulados filosóficos y figuras novísimas, deben plasmarse en la nueva estructura procedimental.

El nuevo estatuto debe responder a la mesología del país. La geografía incide sobre manera en la organización judicial y en la efectividad de los institutos procesales. Por ello deben mantenerse las formas fundamentales del proceso diseñadas por el legislador de 1936, y perfeccionadas, en múltiples reformas, durante casi cincuenta años.

Debe conservarse la estructura jueces de instrucción, jueces penales municipales, jueces de circuito, jueces superiores, tribunales superiores, Corte Suprema, que responde a la geografía misma del país y a la organización piramidal de la justicia. La eliminación de cualquiera de esos órganos, subvertiría la unidad misma del sistema. Debe desconstitucionalizarse la temática de la organización judicial, tornándola más dinámica y más adaptable a los fenómenos del flujo poblacional. En la Corte debe fijarse la facultad de distribuir competencias entre los distintos titulares del poder jurisdiccional.

El legislador del 36 consagró el procedimiento ordinario con y sin intervención del jurado, operante en la providencia, en las ciudades intermedias y en las grandes capitales. La proliferación de procedimientos especiales, valederos en los Estados federales o en países donde hay una clara distinción entre delitos de acción pública, acción privada y acción mixta, la consideramos perjudicial en demasía, en cuanto subvierte la unidad del esquema, burlando o haciendo más complejos los sistemas de control jurisdiccional. El procedimiento que creó la ley 2ª de 1984 para la investigación y juzgamiento de los hechos punibles de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, deshilvanó el recurso de casación al eliminar el auto de proceder. En ese procedimiento no se puede invocar el motivo de casación que describe el art. 580, en su num. 2°, cuerpo primero.

La reforma debe centrar su atención en los puntos álgidos del problema, evitando introducir modificaciones sin un claro cimiento objetivo. Ni en la existencia del jurado, ni en la existencia de los jueces de circuito, ni en la existencia de los jueces superiores, ni en la existencia del auto de proceder, ni en el trámite de la segunda instancia, estriba el mal de la justicia. El mal se anida en la indagación preliminar, en los deficientes sistemas de investigación, en el exagerado uso de la prisión preventiva, en la etapa de la ejecución de la pena, y, principalmente, en la ausencia de recursos técnicos y financieros.

El estado de sitio permanente militarizó los cuerpos armados, militarizó el proceso, militarizó la indagación preliminar, militarizó las cárceles. Ello explica la inexistencia de la policía judicial independiente de los cuerpos armados, auxiliar exclusiva de los jueces. La cárcel dirigida por exmilitares castró todo proceso de resocialización. Jurisdiccionalizar el proceso penal, en todas sus fases, incluso en la etapa de la ejecución de la pena, es asunto de la mayor trascendencia. El proceso de resocialización del penado no puede dejarse en poder de los guardianes. En este siglo se han humanizado las instituciones procesales pero a la par se han deshumanizado los establecimientos carcelarios.

Dotar a la judicatura de una sólida infraestructura, crear grupos polifuncionales de investigación criminal, especializar a los jueces de instrucción, es tarea imprescindible. Todo ello requiere de un fuerte aporte presupuestal. Las palabras del doctor TIMOLEÓN MONCADA, miembro de la Comisión redactora del Código del 36, proferidas en esa ocasión, conservan en la actualidad toda su vigencia:

"Si hemos de detenernos ante la cuestión fiscal, resulta que el trabajo que vamos a emprender es baldío, como es baldío el Código Penal aprobado por el Congreso. El poder judicial es el que menor costo le ocasiona a la República, y debería ser el que tuviera asignada mayor erogación. Cualquier suma que se gaste en el poder judicial está bien gastada. Si se crean numerosos jueces de trabajo, como se han creado por el pasado Congreso, no hay razón alguna para no hacer lo propio con los jueces de instrucción, que son todavía más importantes. El nuevo Código Penal le ha traído, por su nueva orientación, una fortísima erogación a la República. Y si la República no está dispuesta a gastar todas las sumas que demande la reforma, es mejor que siga el Código actual. El problema fundamental en la organización judicial del ramo penal, es el de los funcionarios de instrucción. Ahí está lo esencial. Todo lo demás bien podríamos dejarlo como está".

Jesús María Valle Jaramillo

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

(Segunda parte)*

Dr. ANTONIO BERISTAIN, S.J.

IX. *NATURALEZA JURÍDICA. DELITOS DE PELIGRO*

El art. 344 describe un delito, no de lesión, sino de peligro. Y no de peligro concreto ni de peligro hipotético, sino más bien un delito de peligro abstracto, por diversas consideraciones a la luz de la moderna dogmática cada día más completa en este campo[1]. Aquí ha de tenerse en cuenta la complejidad del bien jurídico protegido (que no es solo la salud individual ni solo la salud pública), la dimensión cultural de algunas drogas en determinados países y ambientes, la plurivalencia de los efectos de muchas drogas según las circunstancias personales y sociales del usuario, las conquistas doctrinales sobre el fin de la norma juridicopenal y sobre la mayor aceptación de la concreta valoración judicial acerca de las conductas socialmente adecuadas así como las adquisiciones teóricas acerca de la previsibilidad objetiva del resultado y del curso causal en cuanto elemento común de todo delito de resultado (aunque no todo peligro equivale a resultado), no solo en los delitos de imprudencia[2].

Son delitos de peligro abstracto por la probabilidad de una situación de peligro para la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia (paralelismo con los delitos de falso testimonio, §§ 153 y ss. del Código penal alemán), y en cuanto la posible subsecuente pérdida de autodirección personal o la posible supresión del poder de inhibición en los actualmente drogodependientes (por paralelismo con la embriaguez), y también —aunque secundariamente— por la probabilidad de una situación en peligro de la seguridad de los ciudadanos en

* La primera parte de este trabajo apareció en el núm. 27 de nuestra publicación.

[1] ÁNGEL TORIO, "Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal* (1981), págs. 825-847; ídem, "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. 491 y ss. y 520. JOSÉ Mª ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, especialmente págs. 69 y ss.

[2] OTTO TRIFFTERER, "Die «objektive Voraussbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs) —unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?", en *Festschrift für Paul Bockelmann*. Compiladores: A. KAUFMANN, G. BEMMANN, D. FRAUSS, K. VOLK, München, C. H. Beck, 1979, págs. 201 y ss.

cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas estos, a su vez, de la drogodependencia)[3]. No consideramos el tráfico de drogas en el Código Penal español actual como delito de peligro hipotético (por ejemplo, el falso testimonio en la forma del tipo básico del art. 326, párrafo último, o el tipo de corrupción de menores en los arts. 452 bis b del C. P., y el art. 211 del Proyecto de Código Penal de 1980), pues no parece preciso acreditar —*hic et nunc*— la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de la acción) y la potencialidad peligrosa del resultado o la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* del resultado) como exigencias del tipo objetivo[4].

De lege ferenda parece deseable tipificar estos delitos como de peligro hipotético para que los jueces puedan y deban aplicar criterios inmediatos de antijuridicidad material.

En los delitos de protección del medio ambiente el legislador quizá[5] no puede prescindir de regularlos como delitos de peligro abstracto, de manera que el juez debe y puede establecer un juicio axiológico para decidir (según los conocimientos *generales*) si tal acción es capaz —*in genere*— para contaminar el medio ambiente, y si el imputado poseía ese conocimiento o, al menos, podía y debía tenerlo. Pero, *de lege ferenda*, en el campo del tráfico de drogas y sus efectos parece que el tribunal podía y debía formular una apreciación valorativa para decidir (según los conocimientos *concretos*) si la sustancia en discusión es capaz —*en concreto*— para dañar, y si el acusado en el caso particular poseía ese conocimiento o debía tenerlo aquí y ahora.

A tenor de lo dicho anteriormente, se comprende que el núcleo del tipo puede formularse con el verbo traficar en cuanto significa negociar, enriquecerse... a costa de un peligro posible contra la salud pública y contra el monopolio de control estatal, etc. El verbo traficar, en sentido amplio, que incluye también el cultivo, la propaganda, etc., puede ser el común denominador de la formulación típica de todas las diversas figuras básicas. El ataque contra el bien jurídico (múltiple) no es necesario que se materialice en una lesión concreta determinada, pues basta el peligro de que tal perjuicio llegue a producirse realmente. Múltiples sentencias del Tribunal Supremo (del 10 de octubre de 1982, del 28 de marzo de 1983, por ejemplo) califican los delitos de este art. 344 como delitos de peligro abstracto, que no precisan para su consumación el resultado lesivo concreto, pues basta que se den los dos elementos: el externo, representado por la ejecución de actos de tráfico de drogas, y el interno o psicológico, constituido por el conocimiento del agente de carecer de autorización legal para realizar las conductas llevadas a cabo. No faltan sentencias (como la del 22 de octubre de 1982) que manejan otra terminología y, después de considerar estos delitos como de peligro abstracto, dicen que no se necesita resultado alguno. Por el contexto se comprende que consideran como resultado solo el perjuicio o la lesión real y el peligro concreto. Otros especialistas estiman preferible hablar de delitos de resultado, incluyendo tanto los de lesión como los de peligro, en oposición a los de mera forma o de simple actividad, v. gr. el delito de conducir sin el debido permiso (art. 344, bis c, derogado por la ley orgánica 8 de 1983).

Se considera aquí, siguiendo a BETTIOL y a JESCHECK, que el concepto de delito de peligro implica cierta valoración axiológica, más o menos genérica, pues

[3] HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1978, págs. 211 y ss., § 26, II, núm. 2. Trad. española de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, t. I, pág. 358 s. También *op. cit.*, pág. 356, § 40, III, 2. Trad. española I, pág. 603.

[4] ÁNGEL TORO, "Los delitos de peligro hipotético...", 1981, pág. 827. M. POLAINO NAVARRETE, *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, Edit. Bosch, 1982, págs. 28 y ss.

[5] OTTO TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos Paperback 6, 1980, págs. 36 y ss.

se entiende como peligro en el campo jurídico penal algo real, no el mero juicio de probabilidad, que coincide con un estado situacional que posiblemente termine en la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto los indicios de la peligrosidad se hallan fijados de forma vinculante en la propia ley, mientras que en los de peligro concreto la causación del resultado ha de comprobarse por el juez como elemento del tipo[6].

Desde esta perspectiva, parece acertado incluir la mayoría de (no todos) estos delitos entre los de consumación anticipada, como aparece al estudiar la consumación y las formas imperfectas de ejecución, de manera que la consumación objetiva no se anticipe a la subjetiva, de modo semejante a como sucede en la utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, del art. 516 bis[7].

Sería aconsejable, *de lege ferenda*, que el tráfico de drogas sea tenido como peligroso para el bien jurídico protegido (múltiple), en grado mayor o menor, según que el legislador formule estos delitos como de peligro abstracto o de peligro hipotético.

X. *TIPO SUBJETIVO*

La caracterización dogmática de estos delitos nos conduce a negar la posibilidad (salvo en casos muy excepcionales) de supuestos de delito culposo, pues esta clase de delitos, por su misma naturaleza, llevan en sí mismos el dolo[1]. En este sentido se manifiestan CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ DEVESA, entre otros[2]. Dicho con otras palabras, solo pueden ser delitos dolosos porque la propia definición típica emplea términos de sentido final, característicos de los delitos de intención. Por lo tanto quedan fuera del tipo el cultivo, la fabricación o el suministro de los productos de que nos ocupamos si el sujeto actúa creyendo, con error invencible de tipo (elemento esencial), que no estaban destinados al consumo ilegal. Si el autor ignora o yerra sobre la peligrosidad de la sustancia (resulta a veces difícil precisar el límite que separa algunas drogas blandas de las medicinas permitidas), el tribunal deberá valorar su capacidad axiológica al respecto en el supuesto concreto para juzgar si el error era invencible o vencible[3].

Brevemente se puede decir con MUÑOZ CONDE[4] que, además del conocimiento del perjuicio para la salud de los usuarios de la droga (salud de la colectividad),

[6] ANTONIO BERISTAIN, "Resultados y delitos de peligro", en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núms. 34-35-36 (1969), págs. 445-464; y *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Edit. Reus, 1979, págs. 261-279. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, págs. 211 y ss., trad. española, págs. 358 s.

[7] JOSÉ Mª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial, 9ª ed., 1983, pág. 451.

[1] Puede aplicarse aquí la doctrina acerca de los delitos ecológicos de OTTO TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos Paperback 6, 1980, págs. 35 y ss.

[2] J. CÓRDOBA RODA, "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, 1981, págs. 30 y ss. J. Mª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*. Parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, pág. 1024.

[3] Caben supuestos excepcionales de error en cuanto al objeto material (calidad de la droga).

[4] *Derecho penal*. Parte especial, 5ª ed., Sevilla, publ. Universidad, 1983, pág. 429.

se necesita el conocimiento y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo *ilegal* de los compradores y/o de otras personas. De tal manera que cuando se pretenda únicamente favorecer el consumo propio, entonces falta el dolo.

XI. *CONSUMACIÓN Y FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN*

Nuestro Tribunal Supremo, a veces, considera estos delitos como incluibles entre los llamados de consumación anticipada por creer que acogen en la descripción típica una serie de verbos nucleares cuyo cumplimiento, aunque no lleva todavía aparejado el daño —perjuicio de la salud o bienestar de la sociedad, etc.—, sin embargo perfecciona el delito, eliminando así sus formas imperfectas, como son la tentativa y la frustración (sentencias de 8 de abril y 4 de junio 1980).

En sentido contrario se manifiestan el Convenio Único de 1961 y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, que hablan de posibles formas de tentativa y frustración en sus arts. 36, 2.9) II) y 22.2 a) II), respectivamente. Un sector minoritario de la doctrina considera los delitos de peligro abstracto como delitos de resultado en los cuales cabe tanto la tentativa como la frustración.

En general, pues, no parecen posibles las formas imperfectas de ejecución porque estos tipos se consuman por la mera actividad de tráfico. Pero, como indica CÓRDOBA RODA[1], algunas modalidades del art. 344 exigen la producción de un resultado en la esfera fenoménica de la realidad objetiva, y en tales modalidades (elaboración y fabricación) cabe exigir la producción de este resultado y, por lo tanto, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución.

XII. *FIGURAS CUALIFICADAS DE PRIMER GRADO*

El párrafo segundo del artículo que comentamos establece una cualificación de primer grado que obliga al tribunal a imponer las penas superiores en grado, en cuatro supuestos:

1°) "Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años,
2°) "En centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios,
3°) "Cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas,
4°) "Cuando la cantidad poseida para traficar fuere de notoria importancia".

Ninguno de estos supuestos figuraba en la legislación vigente antes de junio de 1983. La agravación en los supuestos primero y tercero aparece ya en el art. 326 del Proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1980. Ambos se mantienen, acertadamente, en la Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal, aunque cuando el autor pertenece a una organización la pena tiene una agravación especial; desaparecen los otros dos casos (2° y 4°).

[1] "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, Universidad, 1981, pág. 31.

Cuando el culpable pertenece a una organización que tenga como finalidad distribuir la droga se dará concurso de delitos con el tipificado en el art. 173, 1°, que sanciona como asociaciones ilícitas a las "que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituídas, promuevan su comisión".

La agravación por razón de cantidad de droga (cuando la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia) deja un margen a la discreción judicial. El tribunal deberá tener en cuenta aquí no solo la cantidad voluminosa y/o ponderable de la droga sino también su calidad, así como las circunstancias sociales y personales. Así, la sentencia del 7 de noviembre de 1983 destaca que para determinar la notoria importancia de la cantidad se ha de tener también en cuenta, además de la cantidad, su calidad en relación con el ámbito que es susceptible de tener el tráfico a que está destinada dicha sustancia; considera la tenencia de 13 kilos de hachís y 100 gramos de aceite de la misma sustancia como cantidad notoria. En el mismo sentido, la sentencia del 10 de noviembre de 1983 estima que la cantidad ocupada al condenado, de dos kilos y medio de hachís, debe estimarse de notoria importancia, dado el crecido número de cigarrillos que con ella pudiera fabricarse. La sentencia del 16 de noviembre de 1983 estima que la cantidad de 42,60 gramos de hachís no es susceptible de considerarse de notoria importancia.

La cantidad mayor o menor de droga incautada sirve también para distinguir el propósito final de la tenencia: para el propio consumo o para el tráfico (sentencia 14 de noviembre 1983).

La determinación de si la cantidad concreta de droga supera el límite del delito básico tipificado en el párrafo 1° exige un juicio axiológico del tribunal. Ese juicio valorativo parece compatible con el principio de legalidad, pues la individualización judicial resulta imprescindible en supuestos como este.

El aumento de la sanción cuando se difunden las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en centros docentes, en unidades militares o en las cárceles, no parece respuesta inteligente ni práctica, a la luz de la moderna política criminal. Especialmente trágico es el problema de las drogas en las instituciones penitenciarias de España y de muchísimos otros países; pero la cuestión debe plantearse en términos distintos.

Nuestras prisiones albergan muchos internos en mayor o menor grado drogadictos, pues según la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1980, el 80% de la población reclusa española se droga[1]. La mayoría de nues-

[1] Cfr. *Comentario Sociológico* núms. 35-36, jul.-dic. 1981, vol. II, pág. 650. En los Países Bajos y en el Japón el sistema penal de las drogas aumenta excesivamente la población penitenciaria según L. HULSMAN y H. VAN RANSBEEK, "Evaluation critique de la politique des drogues", en *Déviance et Société*, núm. 3 (1983), págs. 271 y ss. especialmente la 280. Véase, en el homenaje a López-Rey y Arrojo, mi artículo "Las drogas en las cárceles como problema social" (en prensa). ELÍAS NEUMAN, *La sociedad de la drogra*, Buenos Aires, L. E. A., 1979, págs. 254 y ss. *Ministero di grazia e giustizia*, "Indaginé su 371 tossicodipendenti detenuti trattati nella Casa Circondariale di Regina Coeli (Roma)", en *Quaderni dell'Ufficio Studi, Ricerche e Documentazione della Direzione Generale per gli Istituti di prevenzione e pena*, Roma, 1983.

tras cárceles carecen de personas y de medios especializados para atender a esos miles de drogadictos.

Entre los internos españoles predomina el consumo de hachís, siendo casi excepcionales los barbitúricos, LSD-25, morfina y anfetaminas. El número de recuperaciones obtenidas en las penitenciarías en cuanto a trastornos somáticos quizás sea completo; pero, por desgracia, en las recuperaciones psicológicas, al contrario, se considera la reincidencia como lo normal[2]. En el estudio del profesor CARLOS GARCÍA VALDÉS sobre los sujetos que la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social denomina como toxicómanos, y sobre la medida penal (de seguridad) de aislamiento curativo en casas de templanza, se comprueba lo poco que se atiende a este problema en España en comparación con la totalidad de personas internas que consumen droga. Transcribimos a continuación algunos de sus elocuentes cuadros estadísticos.

Porcentajes comparativos de toxicómanos sujetos a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social por toxicomanías

Años	Población reclusa al 31 de dic.	Sometidos a medidas de seguridad	En tratamiento por toxicomanía (%)
1974	14.764	982	1,93
1975	84.440	826	4,00
1976	9.937	736	4,33
1977	9.392	459	5,45
1978	10.463	171	13,26
1979	13.627	49	15,08
1980	18.253	39	11,76

[2] CARLOS GARCÍA VALDÉS, *La droga y la institución penitenciaria*, Curso Seminario 1983-84, Univ. de Alcalá de Henares, Dpto. Derecho penal, 1983, págs. 40, 57.

Existencia, al finalizar los años que se indican, de los sometidos a medidas de seguridad, consistentes en tratamiento de alcohólicos y drogadictos (hasta 1972) y tratamiento de toxicómanos, exclusivamente, a partir de 1973 hasta la actualidad *

	AÑOS								
	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970
Hombres	25	24	25	14	13	10	10	23	19
Mujeres	5	8	1	1	-	-	1	1	5
Total	30	36	26	15	13	10	11	24	24

	AÑOS									
	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980
Hombres	32	68	27	17	32	31	24	50	25	16
Mujeres	3	2	5	2	1	2	1	2	2	-
Total	35	70	32	19	33	33	25	52	27	16

* Hasta el año 1972 las cifras comprenden alcohólicos y drogadictos.
A partir de 1973 las cifras que se aportan son exclusivamente de toxicómanos.

En la mayor parte de los países europeos y en los Estados Unidos el número de delincuentes condenados a sanciones privativas de libertad por delitos contra la legislación penal de las drogas aumenta de manera muy notable en los últimos años. Merecen transcribirse los datos siguientes respecto a la República Federal de Alemania[3].

Años	Total	Hombres	Mujeres
1974	7.086	6.205	881 - 12.4%
1976	8.798	7.429	1.369 - 15.6%
1981	17.054	14.211	2.843 - 16.7%

Según afirma el director general adjunto de la administración penitenciaria y de los servicios de la probación, WILLIAM RENTZMANN[4], si la administración penitenciaria danesa puede responder a las metas humanas propuestas en este campo, es principalmente porque dispone de suficientes fondos para aumentar el número de cárceles (más pequeñas) destinadas a los delincuentes en el mundo de las drogas, y porque los efectivos personales han aumentado intensamente. Esta solución parece muy costosa por el momento, pero en un futuro se manifestará menos onerosa

[3] H. EINSELE y U. KRÜGER, "Frauen im Strafvollzug", en H. J. KERNER, H. KURY y K. SESSAR, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Band 6/3, Köln. Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns, 1983, pág. 2049.

[4] WILLIAM RENTZMANN, "Mesures administratives pour lutter contre l'abus des drogues dans les établissements pénitentiaires", en *Conseil de l'Europe, Bulletin d'information pénitentiaire*, núm. 2, diciembre 1983, págs. 8 y ss.

para la sociedad que los regímenes de máxima seguridad y las medidas de control degradantes contra los toxicómanos y traficantes.

A la luz de las modernas doctrinas y experiencias quedan anticuados los arts. 2, 7° y 8° y 6, 5° y 6° de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Según estos artículos, los toxicómanos y los traficantes en drogas, si concurren ciertos requisitos, pueden ser declarados peligrosos y se les pueden aplicar serias medidas sancionatorias que, tal como se ejecutan, merecen más bien el calificativo de penas. En concreto, a los toxicómanos, según el art. 5°, se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes sanciones[5]:

"a) Aislamiento curativo en casas de templanza.
"b) Tratamiento ambulatorio.
"c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.
"d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados.
"e) Además, incautación de los efectos ocupados".

A los que se consideran peligrosos por promover o realizar el tráfico ilícito de drogas, fomentar el consumo; y a los dueños, empresarios o gerentes de los establecimientos correspondientes, se les impondrán simultáneamente las tres sanciones siguientes:

"a) Internamiento en un establecimiento de reeducación o trabajo.
"b) Incautación del dinero y efectos procedentes.
"c) Multa.
"Sucesivamente se les aplicará la prohibición de residir en el lugar o territorios que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados. Además, se decretará la clausura del establecimiento o local".

Urge reformar radicalmente esta legislación. Para la futura reforma puede ayudar conocer los estudios del Consejo de Europa. En Estrasburgo, del 14 al 16 de marzo de 1983, el grupo Pompidou, es decir el *Grupo de cooperación en materia de lucha contra el abuso y el tráfico ilícito de drogas*, celebró el Simposio sobre la asistencia social a los toxicómanos graves[6], que, reunió a los representantes de los países miembros (Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia y Turquía)[7]. Posteriormente, las autoridades competentes han formulado las conclusiones y recomendaciones de ese Simposio. De ellas nos interesa aquí recordar, al menos las siguientes:

[5] ANTONIO BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporáneo. Teoría legislación positiva y realización práctica*, Madrid, Edit. Reus, 1974, págs. 105 y ss. A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el derecho español* (Estudio doctrinal y jurisprudencial de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-1970), Madrid, Edit. Civitas, 1976, págs. 228 y ss. *ídem*, "La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social", en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. II, Madrid, Edit. Ederşa, 1983, págs. 483 y ss.

[6] CONSEIL DE L'EUROPE (Group Pompidou) *Symposium sur la prise en charge des toxicomanes lourds* (Activité 6), *Restricted* P-PG (83) 31 rév.

[7] España no pertenece todavía al Grupo Pompidou, por desgracia.

—No hay toxicómanos de los que se pueda decir que su caso es tan "desesperado" que la única solución sea seguir drogándose, aunque pertenezcan al grupo de los llamados toxicómanos fuertes, *toxicomane lourd (hard-core addict)*.

—En los centros de tratamiento para toxicómanos debidamente dotados puede lograrse, más o menos, el 30% de resocialización.

—Cada país debe estudiar y adoptar las modalidades más acordes con sus circunstancias socioculturales. (Las comunidades autónomas deben tomar parte activa y diferencial).

—Más que tratar de solucionar el problema de la toxicomanía en general, conviene procurar resolver el problema de cada toxicómano, teniendo ante todo en cuenta sus circunstancias familiares, profesionales y comunitarias.

En parecido sentido se expresan los asistentes a la 7ª reunión de la comisión permanente del Grupo Pompidou, del 27 al 29 de abril de 1983, en Estrasburgo[8], y la 6ª Conferencia bienal de directores de instituciones penitenciarias, celebrada en el Consejo de Europa, en Estrasburgo, del 1° al 3 de julio de 1983.

XIII. *FACULTATIVOS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS*

El párrafo tercero añade una pena (la inhabilitación especial) cuando los culpables son facultativos o funcionarios públicos que realicen los actos punibles con abuso de su profesión. No tendrá efecto esta pena si realizan la conducta en su condición de simples ciudadanos. El término *facultativo* comprende a los médicos y a las personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

Este párrafo mejora parcialmente el correspondiente párrafo vigente hasta la Ley Orgánica de junio de 1983, al detallar el ámbito del facultativo. Pero parece criticable la reforma en cuanto amplía el campo de la agravación, pues incluye también al funcionario público.

Esta pena de inhabilitación se puede añadir probablemente a todos los supuestos, tanto a los básicos como a los cualificados, aunque el texto legal no habla con la deseada claridad, pues se refiere a "los actos anteriores", es decir, los regulados en los párrafos primero y segundo.

Además, adolece de cierta ambigüedad pues da pie a dos interpretaciones: una, entendiendo que la posterior agravación del párrafo cuarto (en los casos de extrema gravedad obliga al tribunal a imponer la pena superior en grado) se refiere a toda la pena, y por lo tanto también a esta de inhabilitación, de manera que se puede llegar a la inhabilitación absoluta[1]; otra entenderá que la agravación del párrafo cuarto se refiere tanto a la pena de libertad como a la pecuniaria, pero no a la inhabilitación, que siempre permanecerá especial.

[8] COUNCIL OF EUROPE, Co-operation group to combat drug abuse and illicit trafficking in drugs (Pompidou Group). *Draft report of the 7th meeting of the permanent correspondents* (Strasbourg, 27-29 april 1983). P-PG (83) 41.

[1] Si se aplica el principio "donde la ley no distingue tampoco debe distinguir el juez", parece que la inhabilitación especial debe agravarse e imponerse la inhabilitación absoluta.

En resumen, si se opta por la primera interpretación, cuando el autor sea facultativo o funcionario público la pena que le corresponde puede ir desde arresto mayor e inhabilitación especial de seis años y un día a doce años en los casos más leves, hasta reclusión menor y multa de 30.000 a 3.750.000 pesetas e inhabilitación absoluta de seis años y un día a doce años, en los casos más graves. La inhabilitación absoluta privará al condenado de los derechos que indican los arts. 35 a 40 del Código Penal.

Si se prefiere la segunda interpretación —que nos parece la más justa a la luz del texto legal, de sus antecedentes, de la jurisprudencia y del derecho comparado—, la inhabilitación será siempre especial. Durante el tiempo que le corresponda (de seis meses y un día a doce años) el penado no podrá ejercer su profesión u oficio; y si es eclesiástico se limitarán los efectos de la pena a los cargos, derechos y honores que no tuviere por la Iglesia, y a la asignación que tuviere derecho a percibir por razón de su cargo eclesiástico (C. P., arts. 40 y 41).

La Propuesta de anteproyecto de 1983, en su art. 332, omite lo relativo al funcionario público, y solo mantiene lo referente al facultativo; es decir que vuelve a la legislación de los años setenta, casi literalmente. La única diferencia consiste en que se aclara que la inhabilitación se extiende a los médicos y a las personas con título sanitario, al farmacéutico y a sus dependientes. El art. 332 no se expresa con la debida claridad, pues en el núm. 5° también obliga al tribunal a imponer "la pena superior en grado" pero no especifica si se refiere solo a la pena privativa de libertad y a la pecuniaria, o si también se extiende la agravación a la inhabilitación especial. Parece que esta última permanece sin agravación, puesto que, cuando se trata de sustancias que no causen grave daño a la salud, se establece la pena de prisión de dos a cuatro años y la multa de 12 a 24 meses, sin decir nada acerca de la inhabilitación (en el mismo núm. 5°).

De lege ferenda nos parece que la agravación (la inhabilitación especial) debe aplicarse siempre que intervenga un facultativo con abuso de su profesión, incluso cuando se trate de drogas leves, pero nunca debe llegar a inhabilitación absoluta.

XIV. *ESTABLECIMIENTO PÚBLICO Y LA EMPRESA COMO TIPOS CUALIFICADOS*

El párrafo cuarto describe varios supuestos agravados, con una segunda cualificación, mediante una técnica poco afortunada en cuanto al fondo y en cuanto a la forma. No aparece claro ni cuáles ni cuántos son los diversos supuestos, pues pueden entenderse por separado o en diversos conjuntos. En la primera lectura serían tres supuestos: 1°) los de extrema gravedad; 2°) cuando los hechos se realicen en establecimiento público; 3°) si se trata de jefes, administradores o encargados de una organización.

Si la "y" del comienzo del párrafo debe entenderse copulativamente —pues ha desaparecido la coma que había en el proyecto de 1982—, los supuestos serían dos: 1°) casos de extrema gravedad y que los hechos se realicen en establecimientos

públicos; 2°) casos de extrema gravedad y que se trate de jefes, administradores o encargados de una organización.

Qué supuestos deban considerarse como casos de extrema gravedad, queda al arbitrio de los tribunales. Y no hay jurisprudencia al respecto en España, ya que hasta ahora estos supuestos quedaban reducidos (dada la formulación del artículo hasta 1983) a los hechos que se ejecutaban en establecimiento público. La finalidad de este párrafo era el poder decretar la medida de clausura del establecimiento, de un mes a un año.

El Código, al incriminar a los jefes, los administradores y los encargados de esas organizaciones, intenta cubrir el ámbito de las personas que, de una u otra manera, dirigen la actividad principal de promoción o favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante los actos que se especifican en el párrafo primero (actos de cultivo, fabricación o tráfico o posesión para traficar).

Como jefes deberán considerarse en algunos casos los dueños o gerentes, en otros aquellos que dirigen la organización correspondiente; los administradores serán tanto los miembros del Consejo de Administración como quienes de hecho administran total o parcialmente la organización referida; los encargados serán los que controlan —en cualquier sentido— tal o cual parte de la organización. Esta ha de estar dedicada total o parcialmente a la actividad arriba indicada de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. El legislador ha pretendido aquí, desde un inteligente punto de vista, llegar a los centros neurálgicos en donde y desde donde se trafica, es decir, ha pretendido llegar a los grandes "padrinos". La finalidad parece acertada, pero el camino escogido no tanto.

Actualmente, en estos dos o tres supuestos a que se refiere el vigente párrafo 4°, la pena puede ser muy grave, y el tribunal tiene obligación de imponerla (no así en el proyecto de 1982). Cuando se trata de drogas que causen grave daño a la salud la pena en el caso mínimo será de prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 pesetas, pero puede llegar a reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 pesetas.

Los tribunales, además de imponer esa pena superior en grado, podrán si lo consideran justo, decretar alguna de las medidas siguientes:

"a) clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.
"b) suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a 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".

Estas tres medidas se transcriben literalmente del Proyecto de ley de reforma del Código Penal (orgánica) de 1982.

En opinión de algún comentarista estas tres medidas que el tribunal *puede* decretar merecen la calificación de medidas *penales* o medidas de *seguridad*, aunque no consten como tales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ni en el otro artículo del Código Penal, pero sí están reguladas en este art. 344. Parece más acertado verlas como medidas de tipo administrativo cuya inobservancia constituirá un delito de quebrantamiento de condena.

La reforma de junio de 1983 ha añadido un párrafo —el 5°— con el deseo de salvaguardar los derechos de los trabajadores. Para ello establece que, cuando cualquiera de esas medidas sea aplicada, el tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa.

Acertadamente indica RODRÍGUEZ DEVESA que estas medidas difícilmente podrán ser controladas por la administración de justicia, y no es fácil imaginar qué género de intervención puede tener el Estado para salvaguardar los derechos de los trabajadores si estos pierden su puesto de trabajo a causa de la clausura de la empresa o disolución de la sociedad[1].

Merece poner en relación esta norma del Código Penal con la que establece la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social en su art. 5°, num. 8°, cuando habla de la "Clausura del local o establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a las obligaciones laborales de la empresa con el personal que preste servicios en el establecimiento".

El Proyecto de ley de reforma parcial del Código Penal (orgánica) de 1982[2] formulaba estos tipos agravados también en su art. 344, párrafo 4°, con casi el mismo texto; las únicas diferencias consistían en que la agravación era facultativa tanto respecto a la pena como respecto a las medidas, y en que ahora se ha suprimido la coma que separaba el supuesto primero del supuesto segundo. Decía: "en los casos de extrema gravedad, y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes" (...). ENRIQUE RUIZ VADILLO verifica que el proyecto de 1982 formula en este párrafo 4° tres supuestos: los casos de extrema gravedad, cuando los hechos sean realizados en establecimiento público, y cuando se trate de jefes administradores encargados, etc.[3].

Una fórmula más técnica de los supuestos actualmente regulados en el párrafo 4° del art. 344, nos la ofrece la Propuesta de anteproyecto (1983), en su art. 332, nums. 5° y 6°, que retornan básicamente —aunque con matices nuevos— a los párrafos 5° y 6° del art. 326 del Proyecto de reforma de 1980[4]. El num. 5° conmina con penas más graves a los autores cuando pertenecen a una organización que tenga como finalidad difundir las drogas. Y, en el num. 6°, cuando los hechos se ejecutan en establecimiento público, el tribunal, teniendo en cuenta lo regulado en el art. 168 acerca de las medidas de seguridad, podrá decretar la medida de clausura del establecimiento por tiempo de dos meses a seis años. Esta medida podrá tener carácter definitivo si el establecimiento guarda relación con organización que tenga como fin la explotación y difusión de drogas tóxicas o estupefacientes

[1] JOSÉ Mª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, págs. 1029 y ss.

[2] El texto completo puede verse en el *Anuario de Derecho Penal*, fasc. II, mayo-agosto 1982, págs. 409 y ss. y en el BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, 26 febrero de 1982, núm. 249-I.

[3] ENRIQUE RUIZ VADILLO, *Algunas observaciones al Proyecto de ley de reforma parcial del Código Penal* (orgánica), Madrid, Ministerio de Justicia, 1982, págs. 38 y 81.

[4] Véanse los arts. 326 y 153 del proyecto de 1980. El texto completo en el B.O.C. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A. Proyectos de ley, núm. 108-I, de 17 de enero de 1980, págs. 657 y ss., y también en *Anuario de Derecho Penal*, 1980, págs. 101 y ss.

o sicotrópicos. En el art. 138, num. 2°, ante el peligro de que se derive perjuicio para los trabajadores, se autoriza al tribunal para "proponer a la administración que disponga la intervención de la empresa".

XV. *DERECHO PENAL INTERNACIONAL. REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y EXTRADICIÓN. CONTRABANDO*

El párrafo último del art. 344 mantiene (salvo en una palabra insignificante) la fórmula del texto anteriormente vigente, y establece que (como el art. 452 bis f, referido a los delitos de prostitución) las condenas de tribunales extranjeros en estos delitos se tendrán en cuenta en lo que se refiera a la reincidencia, lo mismo que si hubieran sido condenas de tribunales españoles. Si se acepta el criterio tradicional acerca de la reincidencia como agravante, debe considerarse acertado el mantenimiento de este precepto, aunque desde el punto de vista de la eficacia su aplicabilidad en la práctica parece muy discutible, ya que esta depende de las instituciones policiales y judiciales supranacionales; especialmente se echa en falta los oportunos registros internacionales. Los modernos estudios dogmáticos y criminológicos insisten en la incongruencia de considerar la reincidencia como agravante genérica, en el sentido y alcance tradicionales[1].

En la Propuesta de anteproyecto de 1983, al omitirse en el libro primero la reincidencia como agravante, desaparece también en este párrafo la referencia a la misma. Pero, en cambio, se establece que esas condenas surtirán los mismos efectos que si hubieran sido dictadas por tribunales españoles "a los fines de apreciar en el reo la habitualidad". Esta —la *habitualidad*— se tiene en cuenta en el art. 100 (de la Propuesta) para que el tribunal imponga a los delincuentes habituales el internamiento en un centro de terapia social, en algunos casos, por un tiempo inferior a 5 años.

Lamentablemente, el art. 344, tal como fue reformado en 1983, no se hace eco del Convenio Único de 1961 que, en su art. 36 num. 2°, supera el principio de territorialidad, y establece el principio de *universalidad* de la ley penal para los delitos de tráfico de drogas. Dicho num. 2° determina que "a reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva... cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1°, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto". Hubiera sido de desear y de esperar que el legislador hubiese introducido en nuestro art. 344 un párrafo que estableciese, poco más o menos, lo que ya consta en el art. 288 de nuestro Código Penal respecto a los delitos de falsificación de moneda, donde se dice que "Las sanciones establecidas se aplicarán aun cuando los hechos hayan sido ejecutados en el extranjero, considerándose como infracciones independientes las realizadas en distintos países". Si no se establecen y cumplen estas normas, un traficante puede vivir en España y desde aquí

[1] Cfr. ADELA ASÚA, *La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1982, SANTIAGO MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*. Análisis de los arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3 Barcelona, Edit. Bosch, 1974.

coordinar el mercado ilegal de drogas en otros países sin ser perseguido por la justicia. Esos países pueden, a lo más, pedir su extradición.

Con mejor técnica, la Propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, en su art. 10, acoge este criterio supranacional y establece que las leyes penales españolas serán también aplicables a los españoles o extranjeros que hayan cometido fuera del territorio nacional delitos de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

De modo semejante, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, en su art. 22, num. 2°, pide que se aplique a estos delitos el principio de universalidad de la ley superando el principio exclusivo de la territorialidad, pues el art. 22,2 establece que:

"si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1°, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto".

El mismo art. 22 num. 2°, pide también que estos delitos se incluyan entre los que dan lugar a la extradición en los tratados correspondientes. Dice textualmente:

"b) Es deseable que los delitos a que se refieren el párrafo 1 y el inciso II) del apartado a) del párrafo 2 se incluyan entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado o que pueda concertarse entre las Partes, y sean delitos que den lugar a extradición entre cualquiera de las Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado o acuerdo de reciprocidad, a reserva de que la extradición sea concedida con arreglo a la legislación de la Parte a la que se haya pedido, y de que esta Parte tenga derecho a negarse a proceder a la detención o a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave".

También el Convenio Único de 1961, en su formulación vigente (BOE., 4 nov. 1981), en su art. 36,2, IV, b) I), pide que esos delitos, consumados o no (confabulación para cometerlos, tentativa, actos preparatorios, operaciones financieras a tales delitos) se consideren incluídos en los tratados de extradición ya celebrados o que se celebren entre las partes.

Nuestro Tribunal Supremo, en algunas sentencias (S. 20-XI-1981), recuerda las dimensiones internacionales de estos delitos.

El Proyecto de Código Penal Internacional de CHERIF BASSIOUNI[2] dedica su art. XV de la parte especial a los "Delitos relativos a las drogas", y en él incrimina "el hecho de, a sabiendas cultivar, fabricar, importar, exportar, vender, distribuir o poseer cualquier *sustancia controlada*[3] sin licencia o autorización del Estado, conforme a las leyes y reglamentos dictados en ejecución de las disposiciones de los *convenios internacionales aplicables*".

[2] M. CHERIF BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional, trad. y notas de J. L. de la Cuesta, Madrid, Edit. Tecnos, 1983, págs. 152, 211 y 233.

[3] Por sustancias controladas se entiende, en el proyecto de BASSIOUNI, las drogas u otras sustancias o sus productos no terminados, incluídas las sustancias controladas o reguladas por los convenios internacionales aplicables. Es decir, el Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, el Protocolo de Ginebra de 1972, enmendante del Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, y el Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas.

El Tribunal Penal Internacional será competente a la luz del art. III, de la parte general, del mismo *Proyecto de Código Penal Internacional*, para conocer todos los delitos relativos a las drogas, y si dicho tribunal declina su competencia, serán competentes:

"a) la Parte Contratante en cuyo territorio se haya cometido el crimen o delito en todo o en parte;
"b) cualquiera de las Partes Contratantes de las que el acusado sea nacional;
"c) cualquiera de las Partes Contratantes de las que sea nacional la víctima;
"d) cualquier otra Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre el acusado".

Así se evita que cualquier traficante quede impune. El art. 9° (sección 8) establece las medidas oportunas para salvaguardar el principio de *non bis in idem*.

Los actos de tráfico de drogas con frecuencia entrarán en relación con los actos de *contrabando*. Estos últimos están incriminados en la nueva Ley Orgánica 7/13 de junio de 1982 (BOE, núm. 191, de 30 de julio)[4], por motivos cuantitativos y/o cualitativos. Las infracciones previstas en el apartado 1 del artículo primero se considerarán delitos (no meras infracciones administrativas) si el valor de los géneros o efectos (en nuestro caso las drogas) supera el millón de pesetas.

Aunque no alcancen ese tope económico, también se considerarán delito "cuando el objeto de contrabando sean drogas, estupefacientes..." (art. 1°, 3). Como ya sabemos, cualquier droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica se considera géneros o efectos estancados, según el art. 1°, 1, 3°, de la Ley de Contrabando, en relación con el art. 2°, 1, de la ley de 8 de abril de 1967.

La Guardia Civil incautó durante el año 1983 mercancías de contrabando por valor de 14.500 millones de pesetas. De ellos, 4.558 millones correspondieron a drogas[5]; fueron detenidas 9.465 personas por contrabando, en tanto que el año anterior lo habían sido 14.584 personas.

La sanción por delitos de contrabando será de prisión menor en su grado medio o máximo y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos, si son géneros estancados (drogas) sin autorización, de valor igual o mayor a un millón de pesetas. En cambio, a los hechos constitutivos de delito por *el objeto* (droga, en nuestro caso) —prescindiendo de su valor— les corresponderá la pena de prisión menor en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de las drogas[6].

Por lo indicado se deduce que algunas de las conductas tipificadas como delito en el art. 344 del Código Penal merecen también esta calificación, según la Ley de Contrabando. La práctica de la doble sanción en este campo parece "contraria

[4] JUAN E. VILLA MAYO, "Cuestiones sobre el delito de contrabando", en *La Ley*, núm. 798, nov. 1983, págs. 1 y ss. JOSÉ Mª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*. Parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, págs. 1195 y ss.

[5] *Tiempo*, 19 marzo 1984.

[6] Los tribunales pueden rebajar las penas en un grado "en atención a las circunstancias del hecho y del culpable" (art. 2°, 3). Prescindimos de otras cualificaciones de esta ley.

a una correcta interpretación de los preceptos legales", como prueba VIVES ANTÓN[7]. Surge, pues, un concurso ideal heterogéneo de delitos, pues de una sola acción brotan dos delitos diferentes: el delito del art. 344 y el de contrabando. En el único hecho material de introducir drogas sin cumplir los correspondientes trámites legales se distinguen los dos elementos formales de una conducta: en cuanto posesión de sustancias para traficar (al introducir clandestinamente), que pueden perjudicar (poner en peligro) el bien jurídico protegido en el art. 344 (la salud pública, etc., según hemos indicado)[8] afecta al Código Penal, pero en cuanto elude el pago del impuesto afecta al erario (sentencia 20 de enero de 1982)[9] y a la Ley de Contrabando que lo protege.

Por lo tanto se debe acudir al art. 71 del Código Penal, que regula el concurso de delitos. En estos casos, el tribunal impondrá la pena correspondiente al delito en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos. En el supuesto de que esta pena superase tal límite, deberán sancionarse los delitos por separado.

No se aplicará el art. 68 que se refiere al concurso de leyes, a hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código Penal, aunque algunos autores con serios argumentos consideran que aquí estamos ante un concurso de leyes, pues el bien jurídico protegido en la sanción de contrabando es, en el fondo, el mismo que en el artículo del Código Penal[10].

XVI. *PENALIDAD DE LAS FIGURAS BÁSICAS Y CUALIFICADAS*

En este campo, la reforma de 1983 ha dado un paso adelante acertado al intentar superar la excesiva discrecionalidad que la formulación hasta ahora vigente concedía a los tribunales que, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podían imponer una pena (compuesta) que oscilaba entre seis meses de privación de libertad y 10.000 pesetas de multa, y veinte años de privación de libertad y millón y medio de pesetas de multa (más la inhabilitación correspondiente, si el autor era facultativo y actuaba con abuso de su profesión).

Las penas van ahora desde arresto mayor (un mes y un día de privación de libertad) hasta reclusión menor (veinte años de privación de libertad), más la multa de 30.000 a 3.375.000 ptas, las posibles medidas penales y la inhabilitación que prescribe el párrafo tercero y que hemos comentado en su lugar. El abanico

[7] T. S. VIVES ANTÓN, "Problemas constitucionales de la prevención...", Valencia, 1977, pág. 564.

[8] Convendría estudiar en este punto los argumentos en pro de considerar como único bien jurídico protegido en el art. 344 el control del monopolio del Estado, tal como lo propugna COBO DEL ROSAL.

[9] El hecho de introducir clandestinamente estupefacientes o drogas tóxicas puede constituir contrabando, pero no por la eventual prohibición de introducir tales sustancias... sino en cuanto la referida introducción se haya realizado sin pagar el impuesto de importación correspondiente. Cfr. J. M. STAMPA BRAUN y E. BACIGALUPO, *La reforma del derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, págs. 53 y ss.

[10] T. S. VIVES ANTÓN, "Problemas constitucionales..." págs. 556 y ss.

abarca más amplitud que antes de la reforma de junio de 1983, pero el actual art. 344 introduce más elementos de determinación legal y, por lo tanto, deja menos campo a la determinación judicial[1]. Antes, los únicos criterios legales eran "las circunstancias del culpable y del hecho" para la cuantía de la pena, por una parte, y por otra, para la posible medida (clausura del establecimiento) el Código exigía que los casos fueran de extrema gravedad y se ejecutasen los hechos "en establecimiento público" y que se tuvieran en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable. En cambio, ahora han aumentado los criterios legales que de alguna manera vinculan al juez: la distinción de drogas blandas y duras, la distribución entre menores de 18 años, en centros docentes, en unidades militares o en establecimientos penitenciarios, que el culpable pertenezca a una organización, que la cantidad poseída sea de notoria importancia, que el caso sea de extrema gravedad, que los hechos se realicen en establecimiento público, y en fin, que los autores sean jefes, administradores o encargados de una organización.

En el cuadro que se adjunta se indican las penas que corresponden a los diversos supuestos en la legislación actualmente vigente. Hay dos tipos básicos, dos cualificados de cada uno de estos tipos, y una pena adicional posible en todos ellos.

A los supuestos descritos en el párrafo 1° del art. 344 corresponde como pena el arresto mayor, si las drogas no causan grave daño a la salud. En cambio, si las substancias causan grave daño a la salud, la pena es de prisión menor y multa de 30.000 a millón y medio de pesetas.

Los tipos cualificados en el párrafo siguiente (2°) obligan al tribunal a imponer penas más graves por motivos de la víctima, de la cantidad, del sujeto activo y/o de las circunstancias. En estos casos se impondrán las penas superiores en grado. Cuando las drogas, estupefacientes y substancias psicotrópicas se difundan entre menores de 18 años o en centros docentes, unidades militares, establecimientos penitenciarios, o cuando el culpable pertenezca a una organización que tenga como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, si se trata de substancias que causan grave daño a la salud, la pena será de prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 pesetas. Si se trata de substancias que no causen grave daño a la salud, la pena será de prisión menor.

La segunda cualificación, descrita en el párrafo cuarto, obliga a imponer las penas superiores en grado. Este párrafo cuarto está formulado con poca claridad. Al decir "los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado...", quizás quiera indicar "además de imponer la *misma* pena superior en grado" de que habla el párrafo segundo; o quizás, en otro sentido, desea significar "además de imponer la pena superior" a la del párrafo segundo... Me inclino por la última exégesis. Pero, quizás pueda pensarse que este párrafo cuarto únicamente añade la posibilidad de decretar alguna de las medidas que se enumeran. Los jueces, lógicamente, deberán generalmente acogerse a esta interpretación más benévola y que parece la deseable,

[1] Sigue vigente la regla 7ª del art. 61, que, si concurren dos o más circunstancias atenuantes, permite al tribunal imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada. La Propuesta de anteproyecto conserva esta regla en el art. 63,4ª.

ESQUEMA 1

Artículo 344	Tráfico de drogas { duras / blandas	Pena	Facultativo Funcionario
TIPO BÁSICO	A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico. B. Posesión para traficar	Daño grave { Prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 ptas. Daño leve — Arresto mayor	
CUALIFICACIÓN DE PRIMER GRADO	A. Lugar { centros docentes / unidades militares / establ. penitenciarios B. Cantidad: importante C. Sujeto pasivo { Menor de 18 años D. Sujeto activo: { Miembro de una organización con finalidad difundirlas	Daño grave { Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas. Daño leve — Prisión menor	Más inhabilit. especial
CUALIFICACIÓN DE SEGUNDO GRADO			
Relativos a tipificación de 1er. grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	Daño grave { Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas. Daño leve { Prisión menor	*Más posibles medidas* — Más inhabilit. absoluta
Relativos a tipificación de 2° grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	Daño grave { Reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 ptas. Daño leve { Prisión mayor	*Más posibles medidas* — Más inhabilit. absoluta

Art. 344	TIPOS	
TIPO BÁSICO	A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico B. Posesión para traficar	...
CUALIFICACIÓN DE PRIMER GRADO		
	A. Lugar { centros docentes / unidades militares / establ. penitenciarios B. Cantidad: importante C. Sujeto pasivo { Menor de 18 años D. Sujeto activo: { Miembro de organización con finalidad difundir	...
CUALIFICACIÓN DE SEGUNDO GRADO		
Relativos a tipificación de 1er. grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	...
Relativos a tipificación de 2° grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	...

ESQUEMA 2 (b)

Tráfico de drogas blancas

DAÑO	PENA	FACULTATIVO FUNCIONARIO
...Leve .... Arresto mayor	Más inhabilitación especial	
...Leve ... Prisión menor		
...Leve ... Prisión menor	Más posibles medidas	Más inhabilitación absoluta
...Leve ... Prisión mayor		

ESQUEMA 3 (a)

Tráfico de drogas duras

Art. 344	TIPOS	
TIPO BÁSICO	A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico B. Posesión para traficar	...
CUALIFICACIÓN DE PRIMER GRADO	A. Lugar: centros docentes; unidades militares; establ. penitenciarios B. Cantidad: importante C. Sujeto pasivo: Menor de 18 años D. Sujeto activo: Miembro de organización con finalidad de difundir	...
CUALIFICACIÓN DE SEGUNDO GRADO		
Relativos a tipificación de 1er. grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	...
Relativos a tipificación de 2º grado	A. Casos de extrema gravedad B. En establecimiento público C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización	...

ESQUEMA 3 (b)

Tráfico de drogas duras

DAÑO	PENA	FACULTATIVO FUNCIONARIO
... Grave ... Daño grave	Prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 ptas.	Más inhabilit. especial
... Grave ... Daño grave	Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas.	
... Grave ... Daño grave	Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas.	Más inhabilit. absoluta
... Grave ... Daño grave	Reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 ptas.	

de lege ferenda. Tampoco queda claro si esta cualificación se establece en relación con el párrafo primero únicamente o si también se extiende al párrafo segundo. Parece más probable la última interpretación, porque de lo contrario resultaría el absurdo de no poder decretar las medidas (de seguridad) en ninguno de los supuestos tan importantes que se tipifican en el párrafo segundo, por ejemplo, cuando se distribuyan las sustancias psicotrópicas entre menores de 18 años. Por lo tanto, creo que —como se indica en el esquema adjunto— hay que establecer esta cualificación en sendos grupos, según se refieran al párrafo primero o al párrafo segundo. Por lo tanto, a quien trafique con drogas fuertes le corresponde la pena de reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 pesetas; y a quien trafica con drogas leves se le impondrá la pena de prisión mayor (privación de libertad de seis años y un día a doce años). En los dos casos de esta segunda cualificación, los tribunales podrán, además, decretar las medidas que y como se ha indicado antes.

En todos los supuestos cabe una tipificación particular cuando el delito lo lleva a cabo un facultativo o funcionario público con abuso de su profesión. Entonces el tribunal le deberá imponer, además de la pena privativa de libertad que le corresponda y en su caso económica, la pena de inhabilitación especial o quizás la pena de inhabilitación absoluta en algún caso, según indicamos al comentar el párrafo tercero. Se considera "facultativo" a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes. En la Propuesta de anteproyecto desaparece —acertadamente— esta cualificación especial para el funcionario público.

El actual art. 344 prescinde del párrafo 3°, tal como se formulaba en la legislación vigente hasta junio de 1983, que tomaba en consideración las circunstancias del culpable para que los tribunales pudiesen imponer la pena inferior o superior en un grado. Era excesivo tanto arbitrio judicial —aunque, según FERNÁNDEZ ALBOR y algunas sentencias del Tribunal Supremo, cabía en ciertos supuestos el recurso de casación[2]—, pero era acertado tomar en consideración las peculiaridades del autor (y del hecho). Esta omisión en el texto actual parece lamentable, dada la especial calidad del injusto personal en estos delitos[3].

Como hemos visto, quedan varios puntos negativos y/u obscuros todavía en la legislación actual respecto a la penalidad. Parece incorrecto que al traficante con drogas blandas en ningún supuesto se le imponga una sanción pecuniaria mientras que al que lo hace con drogas duras se le impone en todos los casos, y en algunos hasta 3.375.000 pesetas. También parece criticable que en algunos supuestos la privación de libertad pueda llegar a reclusión menor, lo mismo que en el art. 407 al reo de homicidio (aunque en algunas legislaciones extranjeras se llega incluso a la pena de muerte, como en Turquía).

Con mejor técnica, la Propuesta de anteproyecto de 1983, en su párrafo 4°, autoriza a los tribunales para que "atendidas las circunstancias del sujeto, la canti-

[2] AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, "Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, Universidad, 1977, págs. 191 y s.

[3] A TORIO lo resalta desde su punto de vista, en "Problemas político criminales en materia de drogadicción", en *Delitos contra la salud pública...*", Valencia, 1977, págs. 513 y s.

dad de droga poseída para traficar o que el tráfico se realiza para atender el propio consumo...", puede imponer la pena inferior en grado a las señaladas en los párrafos 1° y 2°. La personalidad de muchos traficantes debe considerarse, a la luz del criterio de autorizados especialistas, como la propia de delincuentes profesionales, difíciles de corregir, refractarios al trabajo[4]. La personalidad de otros muchos traficantes, y minitraficantes, drogadictos o no (que a través de este comercio consiguen droga para sí), también merece ser tomada en consideración para atenuar su pena y/o para aplicarles la suspensión condicional de la condena, como indican los convenios internacionales y el Consejo de Europa[5]. Finalmente, la Propuesta "reincide" aquí en la severidad de las penas privativas de libertad, pues, a tenor del núm. 5° del art. 332, la pena puede alcanzar una duración mayor que la imponible a los reos de homicidio (de 8 a 15 años, en el art. 139), ya que puede llegar a nueve años de privación de libertad, y según una interpretación más rigurosa llegaría hasta trece años y seis meses. Ya hemos indicado que estas penas abundan en la legislación de bastantes países cercanos culturalmente a nosotros.

XVII. *CONCLUSIONES. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO*

El art. 344 en su nuevo texto, introducido por la Ley Orgánica de 1983, satisface algunas de las exigencias que la política criminal había pedido coincidentemente por boca de especialistas patrios y extranjeros: por ejemplo, al distinguir dos clases de drogas logra reducir el, hasta junio de 1983, excesivo arbitrario judicial, formula los elementos objetivos y subjetivos con menos confusión, etc. Pero, consigue solo en parte los fines deseados, pues su texto adolece de ambigüedad en la descripción de los tipos, "olvida" las sanciones pecuniarias para los supuestos de drogas leves, no establece suficientes medidas penales (de seguridad y de repersonalización), etc.

Más afortunada parece la Propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal, en su art. 333 (y los artículos con él relacionados), pues consigue mayor precisión en general, establece los tipos objetivos y subjetivos con más concreción, y logra reducir hasta el justo límite el poder discrecional del tribunal al obligarle a motivar la imposición de una pena inferior, etc. Además, las reformas que propone la Parte general de ese Anteproyecto respecto a las sanciones pecuniarias, a las medidas penales, a las circunstancias atenuantes y agravantes, inciden de manera positiva en este campo de las drogas.

A pesar de estos aciertos, es de esperar que, a corto o largo plazo, se regulen todos los problemas politicocriminales de las drogas fuera del Código Penal, en una *ley especial*, como lo hacen varios países, por ejemplo la República Federal de Alemania. Una razón más para preparar esta ley especial (general) es que nuestra

[4] SEELIG, *Tratado de criminología*, trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1958, págs. 123 y ss.

[5] Cfr. Convenio de 1961, art. 36, 1. b. Convenio de 1971, art. 22, 1. b. *Consejo de Europa*. Resolución (73) 6, Comité de Ministros, sobre los "Aspectos penales del abuso de las drogas", D. 2 y 3. En el mismo sentido el Proyecto de Código Penal Internacional, de CHERIF BASSIOUNI. Cfr. CH. BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*, trad. de J. L. de la Cuesta, artículo XV, Sección 13 y pág. 301 y notas.

ley del año 1967 y nuestro art. 344 resultan ya anticuados para resolver este *problema social* tan complejo.

Esa futura ley debe elaborarse con la ayuda interdisciplinaria de las diversas ciencias, con mayores datos empíricos (como indican LÓPEZ-REY y otros especialistas) y con metas menos represivas y más preventivas, más terapéuticas y repersonalizadoras; que distinga al traficante profesional (no solo al contrabandista) merecedor de pena draconiana, al transportista merecedor de pena menor, al minitraficante-drogadicto al que se le puede suspender la pena, asistirle y vigilarle con la probación, y al simple drogadicto al que se le brinda un tratamiento terapéutico ambulatorio, de ser posible. Debe tener en consideración no solo las opiniones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, sino también las opiniones y las peculiaridades de las comunidades autónomas del Estado español, al momento de la elaboración y después al poner en práctica sus normas. Dentro de esta ley se incluirá toda la temática (radicalmente reformada) de la todavía vigente ley de 1967, sin minusvalorar el problema del inteligente control policial.

Para la preparación de esa futura ley deben entrar en acción ya desde hoy la labor y la voz de los institutos de Criminología. Con su colaboración se irán preparando lo antes posible, sin prisa pero sin pausas, la dotación de instituciones y de personas debidamente formadas para atender a tantos millones de ciudadanos más o menos víctimas de las drogas ilegales, no solo del tabaco y del alcohol.

Las ciencias penales, dentro de su limitada función pedagógica, pueden cooperar a la educación de los ciudadanos para que usen las drogas y comercien con ellas sin rebasar los límites que, para cada país y cada tiempo, señalen las modernas investigaciones médicas, jurídicas y sociológicas, sin olvidar que las drogas poseen también propiedades positivas para el desarrollo y la realización de la persona. Y sin olvidar que uno de los motivos más influyentes en este problema es, quizás, el insuficiente (no digo menor) eco que hoy suscitan los valores humanos y religiosos.

Si, como hemos visto repetidamente, y lo pone de relieve la Resolución del Consejo de Europa de 1973, el problema internacional de las drogas pertenece al campo social, no menos que al campo médico y no menos que al campo jurídico, conviene concluir que la solución —en cuanto quepa— ha de buscarse no menos en las ciencias y en las técnicas humanas que orientan las tareas del poder legislativo y del judicial, que en todos los ciudadanos individual e institucionalmente[1]. Quizás una de esas instituciones —la Universidad— deba planificar la reeducación armónica de la sociedad entera para el servicio generoso y la creación ociosa, aprendiendo de minorías helenas, renacentistas... y ecológicas.

[1] Los delitos del tráfico de drogas evidencian una vez más la necesidad de considerar la criminalidad principalmente como fenómeno sociopolítico inherente a toda sociedad, cuya prevención, control y tratamiento requieren un nuevo sistema social penal, según indica LÓPEZ-REY. Cfr. "Drug addiction as a Sociopolitical problem", en *Journal of Drug Issues*, Winter 1975, págs. 1-11. IDEM, *Criminología. Criminalidad y planificación de la política criminal*, t. II, Madrid, Edit. Aguilar, 1978, págs. 35 y ss. ARTHUR KREUZER ("Drogenpolitik und strafrechtliche Drogenkontrolle in der Bundesrepublik Deutschland", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, t. 3, Köln, 1981, págs. 1168 y ss.) destaca la necesidad de armonizar la estrategia politicocriminal y la estrategia politicosocial.

Para terminar, transcribimos el art. 332 de la *Propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, que dice:

"1. Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o substancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeren con este último fin, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses si se tratare de substancias que causen grave daño a la salud, y de arresto de ocho a catorce fines de semana o multa de seis a doce meses en otro caso.

"2. Se impondrá la pena superior en grado a las anteriores cuando la droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica se difundiere entre menores de dieciocho años.

"3. Si los actos anteriores fueren realizados por facultativos con abuso de su profesión, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación especial por tiempo de seis a diez años. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

"4. Los tribunales, atendidas las circunstancias del sujeto, la cantidad de droga poseída para traficar o que el tráfico se realice para atender el propio consumo, podrán, razonándolo en la sentencia, imponer la pena inferior en grado a las señaladas en los párrafos 1° y 2°.

"5. Cuando el responsable perteneciere a una organización que tuviere como finalidad difundir las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, y no actuare para atender a su propio consumo, se le impondrá la pena superior en grado si se tratare de substancias que causen grave daño a la salud, y la de prisión de dos a cuatro años y multa de doce o veinticuatro meses en los demás casos.

"6. Cuando los hechos se ejecutaren en establecimiento público, los tribunales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 138, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y la participación o tolerancia del propietario o responsable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento por tiempo de dos meses a seis años. La clausura podrá tener carácter definitivo si el establecimiento guardare relación con una organización que tuviere como fin la explotación y difusión del uso de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas.

"7. Las condenas de tribunales extranjeros impuestas por delitos castigados en este artículo surtirán los mismos efectos que las de los tribunales españoles a los fines de apreciar en el reo la habitualidad".

BIBLIOGRAFÍA

AJURIAGUERRA, J. DE: *Manual de Psiquiatría del niño*, Barcelona, Toray-Mason, 1973.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: "La próxima ley mixta de contrabando", en *La Ley* (rev. jurídica española), núm. 519, 1982.

ALONSO FERNÁNDEZ, F.: "Tratamiento de los heroinómanos basado en la regulación del estado de ánimo", en *Drogodependencia*. Actas del IX Cong. Inter. sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1980; *Alcohol-dependencia*, Madrid, Ed. Pirámide, 1981.

ARANA, J., CARRASCO, J. L. y VICENTE, P. DE: *Psicología de la juventud drogadicta*, Madrid, Instituto Ciencias del Hombre, 1981.

AYESTARAN, SABINO: "Problemática existencial del drogadicto", en A. BERISTAIN, *Estudios vascos de criminología*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1982, págs. 187-200.

BARREAU, JEAN-CLAUDE: *La prière et la drogue*, Paris, Ed. Stock, 1974.

BASELGA, E.: *Los drogadictos*, Madrid, Guadarrama, 1972; *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974.

BERISTAIN, A.: "Internamiento", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII, Barcelona, F. Seix, 1968; "Las drogas y su legislación en España", en *Anuario de Derecho Penal y C. P.*, enero-abril 1973; *Medidas penales en derecho contemporáneo*, Madrid, Edit. Reus, 1974; *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Edit. Reus, 1979.

BLINICK, G., E. JEREZ y R. WALACH: "Methadone Maintenance Pregnams and Profecy". JAMA, 225; 477 (1973).

BRAZALE, J. J., ALCARAZ, E., MUNICIO, M.: "Alcohol, tabaco, algunos fármacos o drogas y embarazo", en *Gaceta Médica de Bilbao*, núm. 12 (dic. 1983, págs. 751-761).

BRIGADA CENTRAL DE ESTUPEFACIENTES (Grupo de orientación): *La droga en la edad escolar*, Madrid, 1980.

BRUGGER, SIEGFRIED: "Strategische Planung als polizeiliches Instrument am Beispiel der Drogendelinquenz", en KÜBE/STORZER/BRUGGER, compiladores, *Wissenschaftliche Kriminalistik*, Teilband 1, 16, Wiesbaden BKA Forschungsreihe, 1983, págs. 281-295.

CÁRDENAS DE OJEDA, O.: *Toxicomanía y narcotráfico. Aspectos legales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

CASABO RUIZ, J. R.: "El fundamento de las medidas de seguridad", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad* (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970), Valencia, Publ. Universidad, 1974.

CHIOZZA, MARÍA BEATRICE: "La comunità per tossicodipendenti «La Loppa»: una esperienza di osservazione partecipante", en *Rassegna di Criminologia*, Fasc. 1 (1983), págs. 41 y ss.

CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho penal español*, Parte general I, Introducción, Madrid, Edit. Tecnos, 1976.

COBO DEL ROSAL, M.: "Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, Universidad, 1977.

COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J.: "Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración civil", en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, "Derecho penal y Constitución", Madrid, Edit. Rev. Derecho Privado, 1982.

CONSEJO DE EUROPA: Groupe de coopération en matière de lutte contre l'abus et le trafic illicite des stupéfiants (Groupe Pompidou), *Symposium sur la prise en charge des toxicomanes lourds*, Strasbourg, 14-16 mars 1983, *Conclusions et recommandations*; *Comité Européen pour les problèmes criminels* (CDPC), *Seminaire sur "Les drogues et la prison"*, Messine, 6-10 décembre 1982, Conclusions Générales.

CÓRDOBA RODA, JUAN, "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Santiago de Compostela, publ. Universidad, 1981, págs. 9-34.

CRUZ MONTES, A., CANDINA, A., OSES, C., ZUBIRI, M.: "Datos sobre consumo de alcohol y otras drogas en la población juvenil del Duranguesado (Vizcaya)", en *VII Jornadas Nacionales de Socidrogalcohol*. Ponencias y comunicaciones, Pamplona, Excmo. Ayuntamiento, 1979, págs. 415-444.

CUADERNOS CIENTÍFICOS CEMESAM 10: "*Simposio Internacional sobre actualización en marihuana* (México, 28-30 agosto 1978), México, Centro Mexicano de Estudios en Salud Mental, julio, 1979.

DIRECCIÓN GENERAL DE JUVENTUD Y PROMOCIÓN SOCIOCULTURAL: *Juventud y droga en España*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1980.

DOCUMENTACIÓN SOCIAL: *La población española ante las drogas*, Madrid, Caritas Española, 1971.

DRUGS and politics, compilador PAUL E. ROCK. Transaction Books, New Brunswich, New Jersey, 1977.

DRUG problems in the sociocultural context: a basis for policies and programme planning. G. Edwards y A. Arif. Public Health Papers núm. 73, World Health Organization, Geneva, 1980.

ESPINAZO GARCÍA, JUAN: *La droga. Perspectiva criminológica*, Madrid, Publ. Instituto Criminología, 1980.

FERNÁNDEZ ALBOR, A.: "Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, Universidad, 1977.

FERNÁNDEZ ALBOR, A., MARTÍNEZ PÉREZ, C.: "Droga, delincuencia violenta e implicaciones económicas", en IDEM, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, ed. Universidad, 1983, págs. 135 y ss.

FERNÁNDEZ NIETO, MARCELO: "Problemática jurídico-penal y social de las drogas en España", en *Poder Judicial*, núm. 7, junio 1983, págs. 93-100.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: Nota a diversas S. del TS sobre el reenvío del orden jurídico interno al orden jurídico internacional", en *Rev. Española de Derecho Internacional*, 1976.

FORNARI, UGO: "Il tossicomane e il sua trattamento", en *Rassegna di Criminologia*, Fasc. I, 1983, págs. 113 y ss.

FRANCESCHI, JOSEPH: "Bilan de la lutte contre le trafic de stupéfiants. Communication devant le conseil des Ministres du 15 Février 1984", en *Revue de la Police Nationale*, núm. 120, Février 1984, págs. 4 y s.

GALLI, SILVANA, "Droga: nessuna speranza? Riflessioni su cause e possibili rimedi", en *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, 3-4, julio-diciem., 1982, págs. 655 y ss.

GARCÍA ANDRADE, JOSÉ ANTONIO: "Violencia, droga, alcohol y cárcel", en *Revista Española de Medicina Legal*, núms. 34-35, enero-junio, 1983, págs. 27 y ss.

GARCÍA MAS, MARY-PEPA, *Quién es quien en el mundo de las drogas* (Directorio de los profesionales dedicados al estudio, prevención, tratamiento y reinserción social de los toxicómanos), Salamanca, ed. Servicio Publ. de la Caja de Ahorros y M de P., 1983.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO: *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, 3ª ed., México, Trillas, 1977; "El nuevo régimen penal y administrativo sobre estupefacientes y psicotrópicos en México", en IDEM, *Criminología, marginalidad y derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1982, págs. 33 y ss.

GARCÍA VALDÉS, C.: *La droga y la institución penitenciaria*, Alcalá de Henares, Universidad, 1983-84.

GENNARO, GIUSEPPE DE: *La droga. Controllo del traffico e recupero dei drogati*. Commento alla legge 22 diciembre 1975, n.685, sulla disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, 2ª ed., Milano, Giuffre, 1982.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Univ. Complutense, 1979; "La reforma del Código Penal de noviembre de 1971", en IDEM, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Edit. Civitas, 1980, págs. 61 y ss.

GISBERT CALABUIG, JUAN ANTONIO: "Las drogas y su problemática actual. Drogas, estupefacientes y alucinógenas", en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Santiago de Compostela, 1981, págs. 35-59; "Toxicomanías y peligrosidad social", en *Peligrosidad Social y Medidas de seguridad*, Valencia, Universidad, 1974.

GOBIERNO VASCO: *La educación sobre drogas en la escuela*, Guía del profesor. Vitoria, Departamento de Sanidad y Seguridad Social. Centro Coordinador de las drogodependencias, 1983.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: "La embriaguez como causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en el Código vigente y en el Proyecto de 1980", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982.

GONZÁLEZ ZORRILLA, CARLOS: "Drogas y cuestión criminal", en R. BERGALLI, J. B. RAMÍREZ, C. GONZÁLEZ ZORRILLA y otros, *El pensamiento criminológico II, Estado y control*, Barcelona, Edit. Península, 1983, págs. 179-220.

GUERRIERI, R., PINELLI, P., ZAFIRO-POULUS, M.: "Infractions à la législation sur les stupéfiants: analyse des interpellations des étrangers en France", en *Déviance et Société*, núm. 3 (sept. 1982), págs. 259-279.

GUIMON, J.: *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974, con E. BASELGA, A. BERISTAIN, J. SEGARRA., J. L. GOTI.

GUTIÉRREZ, M., ELIZAGARATE, C., BALAGA, C., HERRERA, A. y otros: "Reflexiones en torno al desarrollo de programas terapéuticos de las drogodependencias", en *Gaceta Médica de Bilbao*, núm. 12, dic., 1983, págs. 713-718.

HOBBING, PETER: *Strafwürdigkeit der Selbtstverletzung: Der Drogenkonsum im deutschen u. brasilianischen Recht*, Frankfurt, Peter Lang, 1982.

HULSMAN, L. y RANSBEEK, H. VAN: "Evaluation critique de la politique des drogues", en *Déviance et Société*, núm. 3, 1983, págs. 271-280.

IBÁÑEZ LÓPEZ, PILAR y ALFONSO SANJUÁN, MARIO: *La droga. Razones de su consumo por la juventud*, Madrid, Edit. Mezquita, 1983.

JACOBSON, C. B.: "Posible reproductive detriment in LSD users". J.A.M.A., 222: 1367 (1972).

J.A.M.A. Ed.: "Effects of drug on the fetus", 225:60, 1973.

KOHN T. T. B.: "Drug abuse and community response in Singapore", en *Inter. Journal of Criminology and Penology*, 2: 51, 1974.

KÖRNER, HARALD HANS: *Betäubungsmittelgesetz*, München, Beck V., 1982.

KREUZER, A.: "Las drogas en la República Federal de Alemania. Problemática y aspectos político-criminales", en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Instituto Alemán, 1982.

KUYPERS, U. (Compilador): *Werte und Normen in der Hilfe für Suchtkranke*, Freiburg, Lambertus, 1983 (Memoria del Congreso de 1983).

LEVENE, RICARDO: "Las drogas en la legislación argentina y en los países sudamericanos más inmediatos", en *Revista Argentina de Ciencias Penales*, oct.-dic., 1977, págs. 10-24, con anexos: Legislación de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú.

LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, 450 págs.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: "La toxicomanie: un problème socio-politique", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police technique*, 1975; "Drug Addiction as a Sociopolitical Problem", en *Journal of Drug Issues*, Winter, 1975.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.: "Tratamiento legal de la drogodependencia en España", en *Drogodependencia. Actas del IX Congreso Inter. sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias*, Madrid, Servicio de Publ. del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1980.

LUZON PEÑA, D. M.: "Tráfico y consumo de drogas", en *La reforma penal. Cuatro cuestines fundamentales*, Madrid, Instituto Alemán, 1982.

MANGAS MARTÍN, A.: "Cuestiones de derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en *Rev. de la Facultad de Derecho Univ. Complutense*, Madrid, 1981.

MARÍAS, J., VICENTE MONJO, P. DE, Grupo de Orientación (Brigada Central de Estupefacientes) y otros: *La droga en la juventud*, Madrid, Inst. de Ciencias del Hombre, 1981.

MARTÍNEZ BURGOS, C.: *Las drogas ante la ley*, Cía Bibliográfica Española, Madrid, 1973, "Valoración jurídica del síndrome de abstinencia", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1264, 1267 y 1268, Madrid, 1982.

MATO REBOREDO, JOSÉ Mª.: "Droga y criminalidad en España", en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Santiago de Compostela, 1981, págs. 61-113.

MIR PUIG, S.: "Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980", en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, Universidad, 1980.

MONOGRAFÍAS MÉDICAS: *XVIII Congreso Internacional de alcoholismo y toxicomanías*, Dir. Prof. Dr. F. ALFONSO FERNÁNDEZ, Sevilla, junio, 1972.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M.: "Peligrosidad y medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal", en *Anuario de la Escuela Judicial*, XIII, 1980.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal*. Parte especial, 5ª ed., Sevilla, publ. Universidad, 1983.

NATIONAL COMMISSION ON MARIHUANA AND DRUG ABUSE: *Drug use in America: Problem in perspective*, U. S. Government Printing Office, Washington, marzo, 1973.

NEUMAN, ELÍAS: *La sociedad de la droga*, Buenos Aires, L.E.A., 1979; *Evolución de la pena privativa de la libertad y regímenes penitenciarios*, Buenos Aires, 1971; "Drogas: búsqueda de mitos y evasión", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*. Estudios penales en homenaje al doctor Quiroz Cuarón, núm. 3, julio 1979-junio 1980, págs. 247 y ss.

OCTAVIO DE TOLEDO, E.: "Tenencia para consumir, tenencia para traficar y «cooperativa de consumo» de drogas (comentario a la STS de 30-IX-1974)", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, núm. 52, 1978.

OLIVEIRA MEDICI, SERGIO DE: "Aspectos da pova na lei de tóxicos", en *Justitia*. Orgão de Ministerio Público, São Paulo, núm. 115, 1981, págs. 103-117.

QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, 1983.

RIVACOBA Y RIVACOBA, M. DE: *Delitos sobre estupefacientes*, Valparaíso (Chile), Col. Legislación Comentada, 1974.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *La drogadicción de la juventud*, Méjico, Edit. Botas, 1974.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Medidas de seguridad y estado de derecho", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, Universidad, 1974.

ROSAL BLASCO, B. DEL: "Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas", en *La Ley*, 6 enero, 1983.

RUIZ VADILLO, E.: *"Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Cuadernos de Documentación"*, 13, Madrid, Inst. Nacional de Estadística, 1980.

SÁNCHEZ GALINDO, ANTONIO: *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

SCHNEIDER, H.-J.: "Kinder- und Jugendkriminalität", en IDEM (compilador) *Kriminalität und Abweichendes Verhalten*, Band 1, Weinheim und Basel, Beltz, 1983, págs. 442 y ss.

SCHEERER, SEBASTIAN: "Rauschmittelmissbrauch. Juristisch-kriminologischer Beitrag", en *Handwörterbuch der Kriminologie*, t. II, hrg. VON RUDOLF SIEVERTS y HANS JOACHIM SCHNEIDER, Berlin, 1977, págs. 480-494.

SEGARRA DOMENECH, J., J. VILA, A. ORTS, J. SANTAFÉ, V. CHULIA, M. GÓMEZ BENEYTO, J. MENGUAL y J. ESPLUGUES: "Effect of Methadone on uterine smooth muscle contractility". En Drug Addiction, vol. I: Experimental Pharmacology. Futura Publishing Co., New York, 1972.

SULLIVAN, I. A.: "Criminal Responsability and the Drug Dependence Defense. A Need for Judical Clarification", en *Fordham Law Review*, 42: 361, 1973.

TALÓN MARTÍNEZ, "Tráfico de drogas", en *Actualidad Jurídica*, 1981.

TERÁN LOMAS, A. M.: "El problema jurídico-penal de las drogas: Consumo, tenencia y tráfico", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 121, Santa Fe, 1979, págs. 177 y ss.

TORIO LÓPEZ, A.: "Problemas político-criminales en materia de drogadicción", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, Publ. Universidad, 1977.

TORO MARZAL, A.: "Tráfico de drogas", en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980.

TRÁFICO ilícito internacional de drogas en 1981, en *Revista Internacional de Policía Criminal*, núm. 363, (dic, 1982), págs. 274-276.

VEGA FUENTE, ARMANDO: *Las drogas ¿un problema educativo?*, Madrid, Edit. Cincel, 1983; *La droga a l'escola*, Barcelona, Edit. Ceac, 1983; *Delincuencia y drogas*, Barcelona, Publ. Universidad, 1982.

VIGIER CLARIÁ, L. F.: "El alcohol y el tráfico. Problemática de la apreciación judicial de la prueba de alcoholemia", en *Revista de Derecho de la Circulación*, núm. 3, mayo-junio 1983, págs. 147-148.

VIVES ANTÓN, TOMAS S.: "Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes", en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 545 y ss.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1982, págs. 265 y ss.

INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Dr. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER *

I. *EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL, BASE DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOL*

Es afirmación comúnmente aceptada por la doctrina española[1] la de considerar a la LECRIM de 1882 como la última expresión de la evolución legislativa[2], que transformó al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen en el proceso penal acusatorio formal o mixto, de origen francés[3]. Hasta llegar a este último peldaño, tres sistemas ha conocido el derecho procesal penal, que no solo han estado vigentes en España a lo largo de la historia, sino que además tienen notable influencia, bien por construcción sistemática, bien por aislados preceptos, en el derecho vigente. Esos sistemas han sido el acusatorio puro, el inquisitivo y el actual sistema acusatorio formal.

a) *Sistema acusatorio puro:*

En efecto, históricamente, el primero que se conoció fue el sistema acusatorio puro, vinculado en su origen a una valoración del delito tan solo desde el punto de vista privado[4], si bien paulatinamente fue sufriendo transformaciones que le desvincularon de su origen. Es el sistema más antiguo que se conoce[5], y se hallaba caracterizado por los siguientes principios[6]:

* El autor es profesor titular de derecho procesal de la Universidad de Valencia (España).

[1] *Vide*, por todos, a E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, Barcelona, Edit. Bosch, 1947, pág. XXI de la Introducción.

[2] En el siglo XIX hay que señalar, como fuentes legislativas que paulatinamente han ido acondicionando el camino hacia el sistema acusatorio formal, además de las constituciones de 1812, 1869 y 1876, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, la Ley provisional reformada prescribiendo reglas para la aplicación del Código Penal de 1850, la Ley de la Casación de 1870, la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, la Compilación General de Enjuiciamiento Criminal de 1879, y la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882.

[3] La LECRIM tomó como modelo el *Code d'instruction criminelle* de 1808, véase a GÓMEZ ORBANEJA, *op., tom. y loc. cit.*

[4] V. FAIRÉN GUILLÉN, "La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español", en *Temas del Ordenamiento Procesal*, t. II, Madrid, Edit. Tecnos, 1969, pág. 1205.

[5] V. FAIRÉN, *op., tom. y loc. cit.*, y nota 18.

[6] FAIRÉN, *op. y tom. cit.*, págs. 1205 y 1206.

El presente trabajo ha sido escrito especialmente para la Revista por el Dr. GÓMEZ COLOMER y se publica con la pretensión de contribuir a la discusión que se adelanta en nuestro país a raíz de la proyectada reforma procesal penal. Queremos agradecer la deferencia que para nuestra publicación ha tenido el distinguido profesor y amigo de la Universidad de Valencia. (Nota de la Coordinación).

1) *La necesidad de una acusación que estuviese propuesta y sostenida por persona distinta del juez, órgano este encargado únicamente de la decisión:* este principio subsiste hoy en el proceso penal español, pues, al lado del ofendido por el delito y del no ofendido (arts. 101 y 270 LECRIM), existe un órgano específicamente creado para acusar, en defensa del interés social y de la legalidad, el ministerio fiscal (arts. 124.1 CE., 1 EMF de 1981 y 105 y 271 LECRIM).

2) *Publicidad de todo el procedimiento*: el principio se cumple en nuestro proceso en la fase de juicio oral, en todo caso respecto a las partes y, si no dispusiera lo contrario el presidente del tribunal, por motivos de moralidad, orden público o de respeto al ofendido o a su familia, también para los terceros, es decir, para el público en general (art. 680 LECRIM). En la redacción originaria de la ley, la regla general en la fase sumarial era precisamente la contraria: el secreto[7]. Pero tras la reforma introducida por la ley de 4 de diciembre de 1978 en el art. 302 de la LECRIM, es ahora la publicidad para las partes la regla general del sumario (art. 302, I), pudiéndose no obstante declarar secreto el sumario por el juez para las partes, excepto para el ministerio fiscal, por un tiempo no superior a un mes, aunque el secreto debe alzarse en todo caso con 10 días de antelación a la conclusión del sumario (art. 302, II).

3) *Oralidad.* Principal consecuencia del de publicidad; no se cumple la oralidad sin embargo en nuestro proceso penal más que en la fase de juicio oral y, dentro de ella, en el acto de la vista (art. 680, I, LECRIM). La fase sumarial y parte de la del juicio oral es casi por completo escrita.

4) *Paridad absoluta de los derechos y los poderes entre acusador y acusado.* Este principio se intenta cumplir idealmente en la fase del juicio oral, si bien el ministerio fiscal en general tiene trato de favor en determinadas actuaciones, v. gr., si ha solicitado el sobreseimiento (arts. 642 y 644 LECRIM), aunque estas manifestaciones son relativamente poco importantes, pudiendo concluirse perfectamente que en dicha fase de cognición la igualdad entre ambas partes se cumple[8]. Ello no sucede así, por contra, en la fase sumarial, pues en ella el ministerio fiscal, como defensor del interés social, tiene facultades superiores, no solo respecto al imputado, sino también respecto al acusador particular o al acusador popular, pues, por ejemplo, a él no le afecta en absoluto la declaración del secreto del sumario (art. 302 LECRIM) y, en cuanto a la intervención en la práctica de las diligencias sumariales, es accesoria la citación de las partes para el día de la práctica de las mismas y, sin embargo, el art. 646 de la LECRIM ordena al juez instructor que remita testimonio especial al ministerio fiscal, y no a las demás partes, de la práctica de las diligencias periciales o de reconocimiento que le interese conocer para el ejercicio de su derecho como parte acusadora. A ello debe añadirse que así como es posible un proceso penal sin que el ofendido o cualquier español se hayan persona-

[7] La razón se halla expuesta perfectamente en la Exposición de Motivos de la LECRIM, firmada por el entonces Ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ, párrafo XXII.

[8] Es el deseo, además, del legislador. *Vide*, párrafo XIX de la Exposición de Motivos de la LECRIM.

dos como parte en los procesos por delitos públicos o semipúblicos[9], es imposible un proceso para conocer de esos delitos en los que el ministerio fiscal no sea parte. En los procesos por delitos privados[10], el ministerio fiscal no es parte (art. 105 LECRIM), aunque puede intervenir ocasionalmente[11].

5) *Exclusión de cualquier libertad del juez en la búsqueda de las pruebas, tanto de cargo como de descargo.* La necesidad de este principio viene asimismo fundamentada en la Exposición de Motivos de la LECRIM[12]. Sin perjuicio de las facultades que tiene el juez de instrucción para ordenar la práctica de las diligencias sumariales en aras del mayor esclarecimiento de la verdad, debe practicar todas las diligencias que le propusieren el ministerio fiscal y las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales (arts. 311, I y 312 LECRIM), pero no libremente, sino con sujeción a los preceptos legales (arts. 326 a 485, y 545 a 588 LECRIM, fundamentalmente). Igual ocurre con las pruebas en el juicio oral, pues son las partes quienes proponen la prueba en sus escritos de calificación provisional (art. 656 LECRIM), no pudiendo el tribunal practicar otras pruebas que las propuestas por las partes (art. 728 LECRIM), si bien el tribunal puede acordarla también de oficio, precisamente en aras de ese fin de descubrimiento de la verdad material (art. 729-2°), en todo caso, con sujeción a los preceptos legales (arts. 701 a 731, fundamentalmente).

6) *Alegación de las pruebas de parte del acusador y del acusado.* Este principio se manifiesta en la LECRIM no solo en el derecho de las partes a proponer las pruebas, como acabamos de ver, sino también en la concesión del recurso de casación por quebrantamiento de forma ante la denegación de pruebas pertinentes (art. 850-1°). La valoración de las mismas es libre por el tribunal (arts. 717 y 741), no existiendo

[9] Son delitos públicos todos aquellos que no son semipúblicos o privados. Delitos semipúblicos son los que requieren previa denuncia del ofendido o de otros familiares suyos para poder ser perseguidos de oficio: violación, abusos deshonestos, estupro y rapto (art. 443, I, C. P.), si el agraviado por esos delitos es menor de edad pueden denunciarlos también el MF, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores (art. 443, II, C. P.), y si es de todo punto desvalida la persona ofendida, el MF (art. 443, III, C. P.); abandono de familia, pudiendo denunciar solo la persona agraviada o el MF (art. 487, IV, CP); daños o disposición ilegal de la cosa mueble vendida a plazos (art. 12 de la ley de 17 de julio de 1965, sobre compraventa de bienes muebles con precio aplazado); y delitos de injuria o calumnia contra particulares cometidos con publicidad, que son perseguibles previa denuncia del ofendido o de su representante legal (art. 4.1 de la ley de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona).

[10] Son delitos privados los que requieren para poder ser perseguidos querella previa del ofendido, hoy solo los de injuria y calumnia dirigidos a particulares, pero causadas sin publicidad (art. 4.1 de la ley de 26 de diciembre de 1978, arts. 467 III, C. P. y 104 I y 804 LECRIM). A estos delitos se equiparan las faltas previstas en el art. 104, II, de la LECRIM. Se diferencian en cuanto a su tratamiento procesal respecto a los públicos en que estos pueden ser perseguidos mediante la mera denuncia presentada por cualquier persona, mientras que los privados solamente mediante querella del ofendido; y de los semipúblicos en que no basta la denuncia del ofendido para poder perseguirlos. Además, solo en la persecución de los delitos privados se requiere el previo acto de conciliación (art. 278, I, LECRIM).

[11] Por ejemplo, si se plantea una cuestión de competencia (art. 32, LECRIM, entre otros) aunque interviene entonces como defensor de la legalidad.

[12] *Vide* su párrafo XX.

en el proceso penal español, a diferencia del civil, ninguna prueba que tenga valoración legal.

7) *Libertad personal del acusado hasta que se produjere la sentencia.* El principio es escrupulosamente seguido por la LECRIM, pues se prohíbe radicalmente la posibilidad de que el acusado pueda cumplir una pena privativa de libertad antes de ser condenado a ella por sentencia firme (art. 988), con la sola excepción del art. 861 bis, b) de dicha ley, al que nos referiremos más adelante. La posibilidad de asegurar su presencia en el juicio oral se realiza mediante específicas medidas cautelares, como la prisión provisional, que implica privación de libertad durante un tiempo determinado (arts. 502 a 519, modificados sus arts. 503 y 504 últimamente por una ley orgánica de 1984), pero los efectos de la pena no se anticipan jamás, sino que la ejecución comienza con la firmeza de la sentencia condenatoria. El Código Penal abunda en ello además (art. 80). Naturalmente, no viola el principio el hecho de que el tiempo pasado en prisión provisional se abone completamente si el imputado resulta luego condenado a pena privativa de libertad (C. P., art. 33).

b) *Sistema inquisitivo:*

El sistema acusatorio fue sustituído progresivamente a lo largo del tiempo por el sistema inquisitivo. Originariamente tenía un carácter extraordinario, pues debía ceder el campo al acusatorio cuantas veces se presentara la acusación[13], pero, debido a las aportaciones fundamentales del derecho canónico en esta materia, y también a otros elementos germánicos y consuetudinarios[14], se implantó definitivamente en el Reino de Castilla en la Edad Media (siglos XIII, XIV y XV), sustituyendo al proceso penal acusatorio[15]. Su vigencia se extiende hasta 1872[16], quedando definitivamente desterrado en la fase de juicio oral con la ley vigente, pero no en la fase sumarial, la cual contiene elementos netamente inquisitivos. Los principios que caracterizan a este sistema son los siguientes[17]:

[13] Véase FAIRÉN, *op. y tom. cit.*, pág. 1202, nota 5.

[14] M. LÓPEZ ALARCÓN, "Derecho procesal canónico", en *Derecho canónico*, cap. XVII, Pamplona, Edit. Eunsa, 1975, págs. 558 y 559; y J. MALDONADO, *Curso de derecho canónico para juristas civiles*, Parte general, Madrid, Edit. Gráficas Hergón, 1967, págs. 338 y ss.

[15] Por vigencia de las *Partidas*, que pueden consultarse en la edición de *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Madrid, Ed. Hafrey, 1691, y, últimamente, en la edición del BOE de 1974. Hay que tener en cuenta sin embargo que el sistema inquisitivo no estuvo vigente en todos los reinos de España, pues en Aragón rigió el acusatorio; véase sobre ello a FAIRÉN, *op. y tom. cit.*, págs. 1203 y 1204 y nota 11; y del mismo autor, *El proceso aragonés de Manifestación y el británico de "Habeas Corpus"*, t. I, págs. 131 y ss.; *vide* asimismo a F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, Edit. Tecnos, 1969, pág. 15.

[16] Naturalmente, con la aparición entre esos años de textos legales importantísimos, como la *Novísima Recopilación* de 1805. Téngase en cuenta que las partidas III y VII, reguladoras del proceso, recogen ideas que son netamente inquisitivas, como la "pesquisa" o la "inquisitio", pero continuó regulando la acción popular y la acusación, lo que hace que no pueda considerarse al proceso penal de partidas como totalmente inquisitivo. Véase a J. L. GÓMEZ COLOMER, *Origen y evolución de la declaración indagatoria*, RDPI 1980, II-III, pág. 375.

[17] FAIRÉN, *op. y tom. cit.*, págs. 1202 y 1203.

1) *La intervención "ex officio" del juez.* Es característica esencial del sistema inquisitivo la reunión en una sola persona de las facultades de acusador y juzgador, procediendo el juez, no por iniciativa particular, sino *ex officio*. Ello está hoy constitucionalmente prohibido (art. 117.3 C. E., y también art. 2° LOPJ de 1870). Sin embargo, queda alguna manifestación del mismo en cuanto a la iniciación del sumario, puesto que el órgano jurisdiccional tiene la facultad, si se trata de un delito perseguible de oficio, es decir, de un delito público, de incoar el sumario (arts. 303, 308, 318 y 638, III, LECRIM), generalmente por haber presenciado el delito o haber tenido conocimiento directo de su comisión, pero, entiéndase bien, esta facultad es consecuencia del principio de necesidad penal en lo que hace referencia a la iniciación. Estrictamente entendida, tendría sentido hablar de iniciación de oficio en un proceso penal cuya iniciación no estuviera sujeta al ejercicio de la acción penal, lo cual no ocurre en nuestro proceso penal; de ahí que se afirme doctrinalmente que la iniciación de oficio no es contraria al sistema acusatorio formal, pues no funda la sentencia sino que tan solo condiciona la iniciación de la fase sumarial[18].

2) *El secreto del procedimiento, no solo en relación con el público en general, sino también respecto al propio imputado.* Ya sabemos que, con respecto al imputado, hoy la regla general es la publicidad del sumario, excluída para terceros, al igual que la del juicio oral, en la que rige el principio tanto para las partes, como para los terceros, salvo las excepciones vistas respecto a estos.

3) *Procedimiento y defensa totalmente escritos.* La escritura es una aportación canónica[19], cuya influencia en el sumario es prácticamente total, y en la fase de juicio oral en buena parte, pues salvo la práctica anticipada de las pruebas testifical o pericial en el sumario, y el acto de la vista en el juicio oral, el resto del procedimiento penal es escrito, regulando la ley detalladamente escritos de acusación y de defensa de tal importancia como la querella (art. 277 LECRIM), el auto de procesamiento (art. 384), las conductas procesales subsiguientes a la conclusión del sumario (art. 627), los artículos de previo pronunciamiento (art. 668), la calificación provisional (art. 650), la proposición de prueba (art. 656), la calificación definitiva (art. 732), la sentencia (art. 142), el recurso de casación (art. 874), etc. Sin embargo, ello es hoy claramente inconstitucional, pues el art. 120.2 de la C. E. dispone que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal".

4) *Unicidad de posición entre el juez y el acusador.* Este principio se halla desterrado de nuestra legislación. Se afirma doctrinalmente[20] que queda algún vestigio en los arts. 630 y ss. de la LECRIM, puesto que, se dice, para poder confirmar

[18] Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal* (2ª ed.), Madrid, Edit. Tecnos, 1978, pág. 157.

[19] MALDONADO, *op. cit.*, pág. 396,

[20] Véase a M. SANMARTÍN, *¿Pueden las Audiencias Provinciales revocar de oficio los autos de terminación del sumario?*, RGLJ, 1925, pág. 467; y también a M. IBAÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *Curso de derecho procesal penal*, Madrid, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1969, págs. 219 a 223. Consúltese en este punto asimismo las Memorias de la Fiscalía del T. S. de 1907 y 1908.

o revocar el auto de conclusión del sumario, requiere haber estudiado previamente el tribunal si existe o puede existir acusación; o en el art. 733 de la LECRIM, en el que se concede al tribunal la facultad de desvincularse de la acusación, si estima que los hechos han sido calificados por el acusador erróneamente. La comprensión de este precepto significa a su vez comprender la correlación entre acusación y sentencia, es decir, la congruencia de la sentencia penal, puesto que el sistema acusatorio exige que el tribunal no pueda calificar el delito en la sentencia de modo que resulte pena más grave que la que legalmente corresponda al delito por el que se acusa[21]. Sin embargo, ello no es una excepción al sistema acusatorio, como cree la Exposición de Motivos de la LECRIM[22], sino una aplicación del principio de contradicción, pues la ley exige, cuando el tribunal utiliza el art. 733, poner a debate todo el dato, jurídico o fáctico, susceptible de influir en la sentencia[23]. No afecta a la congruencia porque el tribunal, utilice o no la facultad, siempre tendrá el límite objetivo de los hechos esenciales y el límite subjetivo de la persona del acusado, para dictar la sentencia[24].

5) *Plena libertad del juez en la búsqueda de las pruebas.* Este principio no tiene vigencia alguna, pues tanto las diligencias sumariales, que no son pruebas, sino actos de investigación tendentes a la averiguación de los hechos, cuanto las pruebas que se practican en el juicio oral, vienen sometidas al principio de legalidad, siendo la valoración de las pruebas totalmente libre por el juzgador.

6) *El imputado no tiene ningún derecho para promover las pruebas.* Principio totalmente desterrado de nuestro proceso penal, dado el derecho absoluto a la defensa que el imputado tiene, pudiendo proponer tódas las diligencias sumariales que sirvan a la constatación de su inocencia (art. 316 LECRIM), cuanto las pruebas tendentes al mismo fin (art. 656 LECRIM), siempre que no sean inútiles o perjudiciales al buen fin de la instrucción (art. 311, I, *in fine*, de la LECRIM), o de la causa (art. 659, I, LECRIM).

7) *Prisión provisional del imputado.* Aunque la regla general es la libertad provisional (art. 528 LECRIM), lo cierto es que el presupuesto del *fumus boni iuris* y el del *periculum in mora*, a pesar de las reformas efectuadas en los arts. 503 y 504 en 1983 y en 1984, hace que la prisión provisional sea una excepción frecuente a aquella regla general, puesto que basta con que, siendo los hechos aparentemente constitutivos de delito y existiendo motivos bastantes para creer responsable de

[21] Sobre el problema de la congruencia penal, véase a D. VIADA, *Correlación entre acusación y sentencia*, RDP, 1959, págs. 421 y ss.; a M. SERRA, "Incongruencia civil y penal", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Edic. Ariel, 1961, págs. 424 y ss.; y a E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "La correlación entre acusación y sentencia", en *Estudios de derecho procesal"*, Pamplona, Edit. Eunsa, 1974, págs. 509 y ss.

[22] *Vide* su párrafo XXVII.

[23] GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, pág. 294; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación...*, cit., pág. 521; véase también a FAIRÉN GUILLÉN, *Sobre el pasado, presente y posible futuro del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, RDPI, 1983, 2-3, págs. 271 y ss.

[24] Problema que está en relación con los elementos identificadores de la acción penal y con los límites de la cosa juzgada penal; véase a V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Bolonia-Zaragoza, Ed. Real Colegio de España, 1975, págs. 50 y ss. y 116 y ss.

tal delito a la persona contra la que se haya de dictar la prisión provisional, ese delito tenga señalada en el Código Penal pena superior a la de prisión menor (art. 503, LECRIM), es decir, de 6 años y un día en adelante (penas de prisión mayor, reclusión menor y reclusión mayor, véase art. 30 C. P.). Sin embargo, la duración con base en el art. 17.4 de la Constitución y a la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional de ese precepto[25], fue sensiblemente acortada por el art. 504 III, de la LECRIM en la reforma de 1983, y algo más ampliada por la reforma de 1984, hoy vigente.

c) *Sistema acusatorio formal:*

La persona jurista que haya leído atentamente estas páginas, habrá podido observar inmediatamente que muchos caracteres, tanto del proceso penal acusatorio puro, como del proceso penal inquisitivo, están hoy vigentes en nuestro proceso penal, pero no confundidos, sino que se aplican respectivamente a cada una de las dos fases en que nuestra ley ha dividido al proceso penal, si bien no rigen en toda su pureza, lógicamente. Esa cualidad configura al sistema seguido por nuestra ley de 1882, denominado sistema acusatorio formal o mixto.

En general, puede decirse que los principios que caracterizan a este sistema, son los siguientes[26]:

1) *Las funciones de acusar y de juzgar están separadas.* Juzga el órgano jurisdiccional y acusa un órgano público, el ministerio fiscal[27] y a su lado, si lo desean, el ofendido por el delito, sea español o extranjero, llamado acusador particular y, puesto que la ley le concede también acción, el español no ofendido por el delito, denominado acusador popular. Se corrige así el principio del sistema acusatorio puro con base en el cual solamente los particulares tenían derecho de acción. Más característica es, sin embargo, la consagración en nuestro sistema de la acción pública o popular, pues todos los españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden ser parte acusadora en el proceso penal (arts. 101 y 270 LECRIM). Por tanto, no hay un organismo público en nuestro país que detente exclusivamente la facultad de acusar en el proceso penal. Es, además, un derecho constitucional (C. E., art. 125).

[25] S. T. C. núm. 41 de 1982, de 2 de julio (BOE del 4 de agosto), que se ha basado en la resolución del Consejo de Europa 11 (65), así como en las SS del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en los casos *Neumeister, Wemhoff, Stoegmueller* y *Matznetter*. Véanse, sobre la prisión provisional, a MORENO CATENA, *En torno a la prisión provisional. Análisis de la ley de 22 de abril de 1980*, RDPI, 1981, IV, págs. 637 y ss.; y a A. PÉREZ GORDO, *Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los textos legales y jurisprudenciales*, Justicia 84, I, págs. 7 y ss.

[26] FAIRÉN, *La disponibilidad...*, cit., págs. 1207 a 1218.

[27] El ser un órgano público plantea no pocos problemas dada su relación con el gobierno. Véase a FAIRÉN, "La reorganización del Ministerio fiscal español", en *Temas...*, cit., t. I, págs. 488 y ss.; también a J. V. GIMENO SENDRA, "El Ministerio Fiscal y la Constitución: su naturaleza jurídica", en *Comentarios a la legislación penal*, t. I (Derecho Penal y Constitución), Madrid, Edit. Eunsa, 1982, págs. 327 y ss.; a M. SERRA DOMÍNGUEZ, "El Ministerio Fiscal", RDPI, 1979, págs. 609 y ss.; y a M. DOLZ LAGO, "Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Poder Judicial*, núm. 9, págs. 77 y ss.

2) *No puede existir juicio sin acusación.* Es un principio clave de la LECRIM, puesto que no puede haber juicio oral sin que lo pida al menos uno de los acusadores (art. 627, IV), pues la alternativa es necesariamente el sobreseimiento (art. 627, IV, *in fine*, LECRIM).

3) *El proceso penal español por delitos graves está dividido en dos fases*, la sumarial y la de juicio oral, sometidas a principios distintos cada una de ellas, como veremos oportunamente, debiendo adelantar ahora que en la primera predominan los caracteres inquisitivos y en la segunda los acusatorios.

4) *La vista o acto del juicio oral se rige por los principios de oralidad, publicidad y contradicción.* Sin perjuicio de ahondar en ellos más adelante, la consecuencia más importante es que con base en las aportaciones que en este acto se realicen, y no en la fase de sumario, debe el órgano jurisdiccional dictar la sentencia.

5) *Connatural al sistema acusatorio formal es el juicio por jurados.* Así se entendió históricamente (LECRIM de 1872, Ley del Jurado de 1888) y está previsto en nuestra Constitución (art. 125). Sin embargo, por un lado, el jurado, debido al apasionamiento y a las connotaciones políticas que esta institución ha tenido siempre en España, fue suspendido en cuanto a su aplicación por real decreto del 21 de septiembre de 1923, restablecido durante la II República por decreto de 27 de abril de 1931, y nuevamente suspendido en plena guerra civil por medio del decreto de 8 de septiembre de 1936, suspensión que, a pesar del mandato constitucional, continúa en estos momentos[28]; y, por otro, es discutido doctrinalmente si el jurado es esencial al sistema acusatorio formal, pues se dice que basta con los otros caracteres[29]. En nuestra opinión, es una institución que refuerza notablemente al sistema acusatorio formal, pues no significa si no la participación del pueblo en la única función que hasta ahora le es negada: la de juzgar, pero ciertamente su inexistencia no viola los principios esenciales de ese sistema.

II. *TIPOS PROCEDIMENTALES REGULADOS POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL*

Bajo estos caracteres del sistema acusatorio formal, la LECRIM reguló dos tipos procedimentales básicos, de acuerdo con la clasificación que de las infrac-

[28] Las discusiones históricas habidas en torno al jurado, que demuestran el apasionamiento político que dicho tema suscitó, pueden verse en la obra de J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, t. III (*Procedimiento penal*), Ed. Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Madrid, 1970, págs. 210 a 231 y 279 a 294.

[29] *Vide* sobre ellos a FAIRÉN GUILLÉN, "La participación de los ciudadanos en la administración de justicia: los tribunales de jurados y de escabinos", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. I, Madrid, Ed. Edersa, 1983, págs. 109 y ss.; Ídem, "La figura del juez", en *Temas...*, cit., t. I, págs. 474 a 479; a ALCALA ZAMORA, "A propósito del jurado", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 3 de 1980, págs. 3 y ss.; a GIMENO SENDRA, "La acción popular, el jurado y los tribunales de escabinos", en *Comentarios a la legislación penal*, cit., págs. 343 y ss.; y a G. LÓPEZ MUÑOZ Y LARRAZ, *La justicia penal por jurados*, RDPI, 1980, I, págs. 105 y ss., con opiniones no siempre coincidentes.

ciones estableció el Código Penal de 1870: delitos y faltas. En consecuencia, instituyó un proceso para conocer de los delitos, regulando sus fases (Libros II, para el sumario; III, para el juicio oral; V, para los recursos; y VII, para la ejecución) y otro para conocer de las faltas (Libro VI) y unas especialidades procesales según la naturaleza de la infracción o el aforamiento del imputado, denominadas por la ley procedimientos especiales (Libro IV, en el que se regulan además otras instituciones procesales, como veremos).

La situación ha cambiado radicalmente hoy, pues, dejando de momento los procesos especiales, al lado de los procesos ordinarios ya existentes se han creado, por ley de 8 de abril de 1967 y ley orgánica de 11 de noviembre de 1980, otros tres más.

a) *Procesos penales ordinarios:*

La determinación de la competencia objetiva y de su procedimiento adecuado es ciertamente difícil. Reuniendo ahora también los supuestos de competencia objetiva *ratione personae*[30], la competencia objetiva *ratione materiae*[31], ambas competencias objetivas a la vez[32], los supuestos de conexión[33] y, por último, aquellos delitos de los que conoce la Audiencia Nacional[34], la competencia objetiva, a la que llamaremos "ordinaria", combina, para su determinación, estos cuatro conceptos: 1) la gravedad del delito y las faltas; 2) la forma de la culpabilidad; 3) la flagrancia; y 4) las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Según estos conceptos, los procesos ordinarios son, como hemos dicho, cinco: a) el proceso penal ordinario por delitos graves (el original de la LECRIM); b) el proceso de urgencia en el que falla la Audiencia Provincial (creado por la ley de 8 de abril de 1967, que modificó los arts. 779 a 803 LECRIM); c) el proceso de urgencia en el que falla el juez de instrucción (creado por dicha ley); d) el proceso para el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes (creado por la ley orgánica núm. 10 de 1980, de 11 de noviembre); y e) el proceso por faltas (con las modificaciones realizadas en la regulación original de la LECRIM por las bases 9ª y 10ª de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y el decreto de 24 de enero de 1947, que desarrolla aquella base 9ª y el decreto de 21 de noviembre de 1952, que desarrolla la base 10ª).

[30] Por ejemplo, del enjuiciamiento criminal del presidente del gobierno y de los ministros conoce el Tribunal Supremo (art. 102.1 C. E.).

[31] Por ejemplo, de los delitos de terrorismo conoce la Audiencia Nacional (art. 11 L. O. 9 de 1984, de 26 de diciembre).

[32] Es decir, los casos en que una persona aforada comete un delito cuyo enjuiciamiento no viene atribuido según las reglas ordinarias de la competencia.

[33] Por la conexión, la falta es conocida por el órgano competente al que se acumula aquella. Así, v.gr., el tribunal que falla en el proceso penal ordinario por delitos graves conoce también de las faltas incidentales al delito (art. 142-5°, I, LECRIM).

[34] La Audiencia Nacional conoce de los delitos mencionados en el art. 4° del real decreto-ley 1 de 1977, de 4 de enero, varias veces modificado o adicionado posteriormente (últimamente por L. O. 9 de 1984, de 26 de diciembre); véase sobre ello a A. MONTÓN REDONDO, *La Audiencia Nacional, los juzgados centrales de instrucción y su competencia objetiva en materia penal*, RDPI, 1979, págs. 341 y ss., y 535 y ss.

La competencia objetiva ordinaria y el procedimiento penal adecuado según la penalidad del delito o falta, de acuerdo con ambos criterios, es la siguiente:

1) *Pena de arresto menor (de 1 a 30 días):*

—Competencia: juez de distrito o de paz, según el tipo de falta, quienes además fallan (art. 14-1° LECRIM, decreto 21 noviembre 1952 y art. 4° ley 3 de 1967, de 8 de abril).

—Procedimiento adecuado: juicio de faltas (arts. 962 y ss. LECRIM).

2) *Pena de arresto mayor (de 1 mes y 1 día a 6 meses)*:

a) Delitos culposos, perseguibles de oficio, castigados con pena de arresto mayor y, además, pena de privación del permiso de conducir o pena de multa de hasta 300.000'-pts. (art. 14-3° LECRIM, reformado en cuanto a la cuantía de la multa por la disposición adicional de la L. O. 8 de 1983, de 25 de junio, BOE del 27, de reforma urgente y parcial del Código Penal).

—Competencia para instrucción y fallo: juez de instrucción del partido en el que el delito se haya cometido (art. 14-3° LECRIM).

—Procedimiento adecuado: proceso de urgencia por delitos cuyo fallo compete a los jueces de instrucción (diligencias preparatorias: arts. 790 y ss. LECRIM).

b) Si el delito perseguible de oficio es de los que tienen las penas señaladas en el supuesto a), pero doloso:

—Competencia para instrucción y fallo: juez de instrucción del partido en el que el delito se haya cometido (art. 2°, I, L. O., 10 de 1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes, en relación con su art. 1°, I).

—Procedimiento adecuado: el establecido en dicha L. O. 10 de 1980.

3) *Penas distintas de las privativas de libertad, bien únicas, conjuntas o alternativas, siempre que no excedan de 6 años:*

—Competencia para instrucción y fallo: juez de instrucción del partido en el que el delito se haya cometido (art. 2°, I, L. O. 10 de 1980).

—Procedimiento adecuado; el establecido en dicha L. O. 10 de 1980.

4) *Pena de prisión menor (de 6 meses y 1 día a 6 años) o cualquier otra pena no privativa de libertad, cuya duración no exceda de 6 años*:

a) Si el delito es flagrante (concepto de flagrancia: art. 779 LECRIM), conforme al art. 1.1-2° L. O. 10 de 1980:

—Competencia para instrucción y fallo: juez de instrucción del partido en el que el delito se haya cometido (art. 2°, I, L. O. 10 de 1980).

—Procedimiento adecuado: el establecido en dicha L. O. 10 de 1980.

b) Si el delito no es flagrante y, además, está castigado con pena de privación del permiso de conducir o multa, cualquiera que sea su cuantía, o con todas o alguna de ellas, con independencia de la que pueda corresponder al presunto reo por razón de sus antecedentes penales (pero téngase en cuenta que por la L. O. 8 de 1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, art. 10-15ª, en relación con el art. 61-2 y 4, los antecedentes penales, es decir, la reincidencia, no supone nunca la obligación de imponer la pena inmediatamente superior,

sino la establecida en el tipo en los grados medio o máximo, con lo cual la expresión del art. 779-2° LECRIM carece de contenido) siempre que para su persecución no sea necesaria querella (art. 779-2° LECRIM).

—Competencia: instruye el juez de instrucción y falla la Audiencia Provincial (arts. 779 y 793 LECRIM).

—Procedimiento adecuado: proceso de urgencia por delitos cuyo fallo compete a las audiencias provinciales (sumario de urgencia: arts. 793 y ss. LECRIM).

5) *Pena de prisión mayor (de 6 años y 1 día a 12 años):*

a) Si el delito es flagrante:

—Competencia: instruye el juez de instrucción y falla la Audiencia Provincial (arts. 779 a 793 LECRIM).

—Procedimiento adecuado: proceso de urgencia por delitos cuyo fallo compete a las audiencias provinciales (sumario de urgencia: arts. 793 y ss. LECRIM).

b) Si el delito no es flagrante (doloso o culposo):

—Competencia: instruye el juez de instrucción y falla la Audiencia Provincial (arts. 14-2° y 4° LECRIM).

—Procedimiento adecuado: proceso penal ordinario por delitos graves (sumario ordinario: Libros II y III LECRIM).

6) *Pena de reclusión menor (de 12 años y 1 día a 20 años) y reclusión mayor (de 20 años y 1 día a 30 años):*

—Competencia: instruye el juez de instrucción y falla la Audiencia Provincial (arts. 14-2° y 4° LECRIM).

—Procedimiento adecuado: proceso penal ordinario por delitos graves (sumario ordinario: Libros II y III LECRIM).

7) *Supuestos especiales:*

a) En los casos del art. 2° de la ley de 26 de diciembre de 1978 (BOE del 3 de enero 1979), de protección de los derechos fundamentales de la persona modificado por el real decreto legislativo 342 de 1979, de 20 de febrero (BOE del 27), cuando el conocimiento y fallo corresponda a la Audiencia Provincial, el trámite será el del sumario de urgencia (arts. 793 y ss. LECRIM), con las especialidades que el propio art. 2.3, 1° y 2° establecen.

b) En los casos del art. 3 RD-L 3 de 1979, de 26 de enero (BOE del 1 de febrero), sobre protección de la seguridad ciudadana, se sigue el sumario de urgencia, conociendo en los casos 1, 2 y 6 la Audiencia Nacional, y en el resto el juzgado de instrucción y la Audiencia Provincial, conforme a su art. 4°.

b) *Procesos penales especiales*

La denominación del Libro IV de la LECRIM es muy criticada por la doctrina española, puesto que al lado de los procesos especiales (Títulos I a V), se regulan, en un verdadero "cajón de sastre"[35], la extradición (Título VI) y la rebeldía (Título VII). Pero, además, es discutido por la misma si estamos ante verdaderos procesos especiales o, por el contrario, ante especialidades procesales:

[35] PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., 2ª ed., págs. 370 y 371.

1) Un sector doctrinal entiende que se trata de verdaderos procesos especiales, que se aplican con preferencia a los ordinarios, los cuales pueden obedecer a razones subjetivas, fundándose la especialidad en la especial garantía que ha de observarse en el enjuiciamiento de determinados inculpados, particularmente por la especial función que desempeñan, o a razones objetivas, con base en el tipo de delito[36].

2) Otro sector califica a todos los procedimientos especiales como "procedimientos con garantía reforzada", en atención a la persona del imputado, y como "procedimientos acelerados", en los que, por la índole y características de la infracción delictiva, por los medios mecánicos con los que el hecho punible se ha cometido, o por ser infracciones de carácter masivo y de menor transcendencia en el orden punitivo, se aligeran las reglas del procedimiento ordinario[37].

3) Por último, se afirma doctrinalmente que se trata de especialidades procesales, ya que no figuran en los respectivos lugares sistemas de normas completos para regular procesos específicos, sino normas que introducen especialidades en el proceso ordinario por delitos[38].

Aun teniendo en cuenta que, efectivamente, muchos procesos especiales no son sino especialidades procedimentales, generalmente relativas a la competencia o a medidas cautelares, parece más adecuado seguir el criterio expresado en primer lugar[39]. De acuerdo con él, los procesos especiales vigentes hoy en España, cuya regulación legal es asimismo en ocasiones extraordinariamente compleja, son los siguientes:

1) *Por el sujeto:*

a) Procedimiento contra diputados y senadores (arts. 71 C. E., 750 a 756 LECRIM, ley de 9 de febrero de 1912, arts. 10 a 14 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982 y 21 y 22 del Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982)[40].

b) Procedimientos contra miembros de asambleas legislativas y comunidades autónomas (regulado en los respectivos estatutos de autonomía, v. gr., arts. 25.6

[36] VIADA y ARAGONESES, *Curso de derecho procesal penal*, t. II, Madrid, Ed. Prensa Castellana, 1971, págs. 4 y 5; J. V. GIMENO SENDRA, "Los procedimientos contemplados por el Anteproyecto de LECRIM y sus posibles alternativas", en *Justicia* 83, II, págs. 320 y ss.

[37] M. FENECH NAVARRO, *El proceso penal*, Madrid, Ed. Agesa, 1982, pág. 219.

[38] PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., 2ª ed., pág. 371.

[39] Tienen razón estos autores cuando afirman textualmente que "una regla general de hermenéutica nos indica la aplicación preferente de los procesos especiales respecto de los comunes, y el carácter atractivo de los procesos comunes sobre los especiales, por lo que en los supuestos de dudosa aplicación ha de prevalecer el ámbito del proceso común sobre el proceso especial y, por último, que dentro de los procesos ordinarios o comunes, la distinción se establece por el criterio cuantitativo de la pena, que en el momento de su iniciación en cada caso concreto es puramente provisional, por lo que puede darse una transmutación en el enjuiciamiento de la pretensión iniciada con arreglo a cualquiera de los tipos de proceso común, que puede ser degradado o ascendido en su tratamiento procesal, según el resultado que la averiguación pueda producir". Véase a VIADA y ARAGONESES, *Curso...*, cit., t. II, pág. 5.

[40] Véase, sobre este proceso, a J. S. MARTÍN OSTOS, *El enjuiciamiento de diputados y senadores en la Constitución española de 1978*, RDPI, 1981, págs. 619 y ss.

Estatuto País Vasco, 31.2 Estatuto de Cataluña, 11.3 Estatuto de Galicia, 19 Estatuto de la Comunidad Valenciana, etc.)[41].

2) *Por el objeto:*

a) Procedimiento por delitos de injuria y calumnia (arts. 804 a 815, 816 a 823 LECRIM, 3 y 4 ley 26 de diciembre de 1978 y ley orgánica de 4 de mayo de 1981)[42].

b) Procedimiento por delitos de terrorismo (ley orgánica de 26 de diciembre de 1984)[43].

c) Procedimiento por delitos contra los derechos fundamentales de la persona (ley de 26 de diciembre de 1978 y decreto de 20 de febrero de 1979)[44].

d) Procedimiento por delitos comprendidos en el real decreto-ley sobre protección de la seguridad ciudadana (RD-ley de 26 de enero de 1979)[45].

e) Procedimiento por delitos monetarios (arts. 4.1, a) y disposición transitoria 1ª del RD-ley de 4 de enero de 1977, y 9 de la ley orgánica de 16 de agosto de 1983 sobre régimen jurídico del control de cambios[46].

3) *Por razones objetivo-subjetivas:*

a) El antejuicio para exigir responsabilidad criminal a jueces y magistrados (arts. 757 a 778 LECRIM, 245 a 259, 276-3°, 280 y 284 LOPJ)[47].

b) Procedimiento contra autoridades y funcionarios. Los supuestos son muy numerosos. Así, contra el presidente del gobierno y los ministros (art. 102.1 C. E.); contra subsecretarios, directores generales, gobernadores civiles y funcionarios con categoría de jefes superiores de la Administración (arts. 46.2 LRJAE de 26 de julio de 1957, y 8 del Estatuto de los Gobernadores Civiles de 22 de diciembre de 1980); contra delegados del gobierno en las comunidades autónomas (art. 3.2 real decreto de 10 de octubre de 1980); contra el Defensor del Pueblo (art. 6 L. O. 3 de 1981, de 6 de abril); contra los miembros del Consejo General del Poder Judicial (art. 22, III, L. O. de 10 de enero de 1980); contra presidentes de los gobiernos autónomos y miembros de los mismos (estatutos de autonomía citados anteriormente); contra consejeros de Estado, miembros del Tribunal de Cuentas, embajadores, ministros

[41] Véase a J. ALMAGRO NOSETE, *El derecho procesal en los estatutos de autonomía*, RDPI, 1980, I, págs. 15 y 16.

[42] SERRA, M., *El procedimiento especial por los delitos de injuria*, en "Estudios...", cit., págs. 792 y ss.

[43] Véase a T. DE VEGA GÓMEZ, *Estudio comparativo y vigencias de las disposiciones legales en materia de terrorismo desde el año 1975*, RDPI, 1981, págs. 449 y ss.; y Apéndice del mismo autor en RDPI, 1982, págs. 207 y ss.; y a M. BORONAT TORMO y R. MANZANA LAGUARDA, *Constitución, legislación antiterrorista y marginación del juez*, BIMJ, núm. 1318 de 1983, págs. 3 y ss.

[44] Sus previsiones deben contemplarse con lo señalado en la disposición transitoria 2ª.2, de la ley orgánica de 3 de octubre de 1979. Sobre el proceso, véase a FENECH, *El proceso...*, cit., págs. 240 y ss.

[45] Concretamente, sus arts. 3° a 7°.

[46] Véase especialmente el art. 9.2 de dicha ley orgánica.

[47] Sobre este proceso, consúltese a C. DE MIGUEL Y ALONSO, "Antejuicio", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. II, Barcelona, 1950, págs. 692 y ss.

plenipotenciarios y encargados de negocios (art. 281-2° LOPJ); contra miembros del ministerio fiscal (arts. 284-4°, 281-3° LOPJ, 4, VI, ley adicional a la orgánica del poder judicial de 1882 y 60 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981); contra otras autoridades y funcionarios de la Administración Civil del Estado (art. 46.3 LRJAE); contra funcionarios del Cuerpo General de Policía, Policía Nacional y Guardia Civil (art. 4, III, ley adicional a la orgánica del poder judicial). Los aforamientos personales a audiencias provinciales y territoriales se entienden hechos a la Audiencia Nacional, si el delito imputado estuviera comprendido en la competencia objetiva por razón de la materia de aquella Audiencia (art. 3.2 real decreto-ley de 4 de enero de 1977)[48]. Sus especialidades se limitan generalmente a la competencia.

III. *CARACTERES DEL PROCESO PENAL ORDINARIO POR DELITOS GRAVES; PRINCIPIOS RESPECTIVOS*

Comprobada por el jurista lector la gran problemática que plantea en España no solo la comprensión, sino también la descripción de los procesos penales ordinarios y especiales, resulta sin embargo mucho más fácil explicar los caracteres del proceso, si este es el proceso penal ordinario por delitos graves, es decir, el regulado por la ley para conocer de los delitos que en el Código Penal, en principio tengan señalada pena de reclusión menor (de 12 años y 1 día a 20 años, art. 30, III) o pena de reclusión mayor (de 20 años y 1 día a 30 años, art. 30, II), pues con base en él construyó la LECRIM su sistema. Para ello, dividiremos dicho proceso en las fases de instrucción o sumarial, intermedia, juicio oral, recursos, ejecución y revisión, sentando los principios que a cada una de ellas afectan, sin perjuicio de señalar los principales caracteres de los demás procesos.

a) *Fase sumarial:*

De acuerdo con el art. 299 de la LECRIM, "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Esta fase, a diferencia de otros sistemas europeos, como el alemán, está en manos de un juez, denominado en España Juez Instructor (art. 14-2° LECRIM).

Conforme a aquel precepto, pues, en la primera fase del proceso penal ordinario por delitos graves se practican todas las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos delictivos, el aseguramiento de los posibles responsables, así como de su responsabilidad civil. No solo sirve como dice la ley para preparar el juicio oral, es decir, para evaluar meritoriamente si se puede acusar

[48] En cuanto al enjuiciamiento de estas autoridades, véase a FENECH, *El proceso...*, cit., págs. 233 y ss.

a una persona de los hechos delictivos investigados, sino también para determinar si no procede acusación, pues el sobreseimiento toma su base también del sumario[49].

Es una fase fundamentalmente de instrucción. No existe cognición por parte del órgano jurisdiccional o, al menos, esta no es completa o exhaustiva[50], pues el juez instructor, sin perjuicio de practicar las diligencias propuestas por las partes (arts. 311, I y 312 LECRIM), no está obligado a una investigación que sea conducente al buen fin del sumario (v., en este sentido, el art. 315, II, LECRIM). Tampoco se emplea la expresión en relación a la celeridad que pretenda imponérsele, pues aunque idealmente aspira el legislador a que los sumarios duren un mes (art. 324, I, LECRIM), no impone su duración y, de hecho, en la práctica se sobrepasa con creces dicho lapso de tiempo[51].

Las diligencias que en el sumario pueden practicarse son, según la LECRIM, las siguientes: de inspección ocular (arts. 326 a 333); con respecto al cuerpo del delito (arts. 334 a 367); encaminadas a averiguar la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales (arts. 368 a 384); de declaración de los procesados (arts. 385 a 409); testifical (arts. 410 a 450); de careo entre testigos y procesados (arts. 451 a 455); pericial (arts. 456 a 485); de entrada y registro en lugar cerrado, de registro de libros y papeles y de detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (arts. 545 a 588)[52].

Dichos actos de investigación practicados en el sumario no son actos de prueba, entre otras razones importantes, por la fundamental de que la diligencia sumarial no funda en la sentencia la declaración de culpabilidad o de absolución[53]. El art. 741 I, de la LECRIM, dispone expresamente que el tribunal debe dictar sentencia apreciando en conciencia las *pruebas* practicadas en el juicio[54]. La única posibilidad de que la diligencia sumarial se convierta en prueba sin haberse practicado en el juicio oral, es en los presupuestos restrictivos del art. 730 de la LECRIM[55].

Esta primera fase está fuertemente caracterizada por principios del sistema inquisitivo[56], pero, o bien se aplican a aspectos concretos del procedimiento, o bien no se dan en toda su pureza, hallándose influídos por los opuestos principios del sistema acusatorio. De entre ellos, hay que destacar los siguientes:

1) *La escritura de las actuaciones procesales:* Multitud de preceptos hacen referencia al principio de la escritura, entre los que se destaca el art. 321, I, de la LECRIM, conforme al cual "los jueces de instrucción formarán el sumario ante sus secretarios".

2) *El secreto del sumario:* A pesar de la declaración del art. 301 de la LECRIM, sabemos que desde 1978 el secreto es la excepción, dándose los presupuestos del art. 302.

3) *Iniciación de oficio:* Este carácter es netamente inquisitivo, pero ciertamente dura poco tiempo, ya que inmediatamente el juez haya incoado el sumario, debe ponerlo en conocimiento del ministerio fiscal, para que este se constituya en parte (art. 308 LECRIM).

4) *Derecho de defensa:* Queda alguna manifestación del sistema inquisitivo en la LECRIM, porque el nombramiento de abogado solamente es obligatorio, y en caso de que no lo designe, se le nombrará de oficio, tras la notificación del auto de procesamiento (arts. 384, II, y 118, III, y IV LECRIM, resolución judicial en la que se imputa un hecho delictivo a una persona), pero téngase en cuenta que el auto de procesamiento puede dictarse perfectamente al final de la fase sumarial[57]. En la redacción originaria de la LECRIM, el nombramiento era obligatorio en la fase de juicio oral, en trámite de calificación provisional (art. 652, II). Pero tras la reforma operada en los arts. 118 y 520 de la LECRIM por la ley de 4 de diciembre de 1978, y sobre todo en los arts. 520 y 527 por la L. O. 14 de 1983, de 12 de diciembre, que ha configurado un cuasi absoluto derecho de defensa, este principio inquisitivo ha quedado fuertemente mitigado, ya que el nombramiento de letrado es obligatorio, con una excepción, desde la detención policial y para toda su duración (art. 520, 2, c), 4 y 5) —de forma tal que si no lo designa se le nombrará de oficio—, o desde cualquier acto de imputación judicial (art. 118, I y III). En los procesos por faltas no se requiere letrado (art. 856-5° LOPJ).

Se considera doctrinalmente que estos caracteres inclinan la balanza a favor del sistema inquisitivo. Pero toda afirmación absoluta al respecto es en nuestra

[49] Véase a M. FENECH NAVARRO, *Derecho procesal penal*, t. II, 3ª ed., Barcelona, Edit. Labor, 1960, pág. 940; a SERRA, "La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario", en *Estudios...*, cit., pág. 717; a M. PASTOR LÓPEZ, *El proceso de persecución*, Valencia, Ed. Universidad de Valencia, 1979, págs. 127 y ss., y a F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, Edit. Bosch, 1978, págs. 304 a 306.

[50] E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, 1984, pág. 141; y PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 285.

[51] Las últimas estadísticas de que disponemos sobre la duración de los sumarios dan los resultados siguientes. En 1978 se tramitaron 13.925 sumarios, siendo su duración la siguiente: De 1 mes, el 11.2%; entre 1 y 3 meses, el 15.9%; entre 3 y 6 meses, el 20.2%; más de 6 meses, el 31.9%; y sin datos, el 11%. Fuente: *Estadísticas Judiciales de España*, 1978, Ed. Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 1982, pág. 52. Unas completas estadísticas sobre todos los procesos penales, aunque sin considerar el problema de su duración, se pueden consultar en A. GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, "La eficacia de la justicia penal", en *Poder Judicial*, núm. 12, págs. 105 y ss.

[52] Sobre las diferentes diligencias sumariales, consúltese, breve, pero claramente, PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., págs. 217 y ss.; y GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 156 y ss.

[53] GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 156 y 157.

[54] *Vide*, sobre la interpretación del precepto y su desvirtuación en la práctica, J. MONTERO AROCA, "El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Justicia* 83, II, págs. 273 y ss.

[55] Sobre la problemática que plantea este precepto, *vide*: M. ORTELLS RAMOS, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM*, RDPI, 1982, págs. 392 y ss.

[56] Véanse los párrafos VII, VIII, IX, XIII, XVII, XVIII y XIX de la Exposición de Motivos de la LECRIM.

[57] Es obligatorio el nombramiento antes del auto de procesamiento, independientemente del supuesto visto de la detención policial, si intenta recusar al órgano jurisdiccional (art. 57 LECRIM), o para asistir a la práctica anticipada de la prueba testifical (art. 448 LECRIM). Sobre el derecho de defensa, véase a GIMENO SENDRA, *La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción*, RDPI, 1977, págs. 103 y ss.; y a V. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, págs. 49 y ss.

opinión falsa. Una idea del deber de matizar que se nos impone nos la da la mera enumeración de los más importantes derechos que el imputado tiene en esta fase sumarial[58]: a que se consignen sus circunstancias favorables y se le instruya en sus derechos (arts. 17.3 C. E. y 2 LECRIM); derecho de defensa, pre y procesalmente (arts. 17.3 y 24.1 y 2 C. E. y 118 y 520 LECRIM); derecho a tomar conocimiento de las actuaciones sumariales en tanto no esté declarado formalmente el secreto (art. 302 LECRIM); derecho de *habeas corpus* (arts. 17.4 C. E., 286 LECRIM, y L. O. 6 de 1984, de 24 de mayo, reguladora de este derecho); derecho a que se le dicte auto de imputación formal, es decir, auto de procesamiento (art. 384, I, LECRIM); derecho a que se le tome primera declaración —indagatoria— dentro de las 24 horas de su detención (art. 386 LECRIM); derecho a no declarar o a no declarar contra sí mismo (arts. 17.3 y 24.2 C. E.); drecho a que no se le obligue a decir verdad (art. 387 LECRIM); derecho a que no se le hagan preguntas capciosas ni sugestivas (art. 389, II LECRIM); derecho a no ser sometido a coacción o amenazas para declarar (arts. 389, III, 391, III y 394 LECRIM); derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C. E.); derecho a recusar a los peritos (art. 469 LECRIM); derecho a ser oído cuando se le impute un acto punible (art. 486 LECRIM); derecho a ser detenido con las formalidades exigidas por las leyes (arts. 17.1 C. E. y 489 LECRIM); derecho a que se eleve la detención a prisión o se le deje sin efecto en el plazo de 72 horas (arts. 17.2 C. E. y 497 y 499, I, LECRIM); derecho a que el auto de prisión sea ratificado o revocado dentro de las 72 horas siguientes al acto de la prisión (art. 516); derecho a que se le ponga en libertad inmediatamente conste su inocencia (art. 528, II, LECRIM); derecho a que no se entre en su domicilio sino en los casos en que así lo establezca la ley (arts. 18.2 C. E. y 545 LECRIM), derecho a que se le notifique el auto de conclusión del sumario (art. 623 LECRIM)), etc.

Una vez el instructor haya practicado todas las diligencias pertinentes y entienda que el sumario está concluído, dictará el auto de conclusión del sumario y elevará los autos a la Audiencia Provincial competente para conocer de la fase de juicio oral (art. 622, I, LECRIM), entrándose en lo que doctrinalmente se conoce como fase intermedia.

b) *Fase intermedia:*

Es debatido por la doctrina no solo si existe realmente esta fase intermedia, pues la LECRIM no la prevé expresamente, sino también —aun admitiendo que exista, que es la postura mayoritaria en nuestro país[59]— qué actos forman dicha fase:

[58] Hemos contabilizado más de 120 derechos en esta fase. En el texto recogemos tan solo los más importantes. Véase especialmente sobre el *habeas corpus*, a FAIRÉN GUILLÉN, "Habeas Corpus" y "Manifestación", en *Estudios de derecho procesal civil...*, cit., t. I, págs. 313 y ss.; y, últimamente, J. V. GIMENO SENDRA, "Naturaleza jurídica y objeto procesal del procedimiento de *habeas corpus*", en *Poder Judicial*, núm. 11, págs. 75 y ss.

[59] M. FÁBREGA CORTÉS, (*Lecciones de práctica forense*, 2ª ed., Barcelona, Edit. Bastinos-Bosch, 1921, pág. 591) la denominó "de transición del sumario al juicio".

1) Un sector doctrinal, a su vez mayoritario[60], entiende que la fase intermedia comprende: a) las actuaciones realizadas ante la Audiencia Provincial referentes al auto de conclusión del sumario dictado por el Juez Instructor (arts. 622 a 631 LECRIM); y b) las actuaciones referentes a la procedencia del sobreseimiento o apertura del juicio oral (arts. 632 a 645 LECRIM).

2) El sector minoritario entiende que solo las segundas actuaciones forman la fase intermedia[61].

Autores de gran prestigio[62] niegan sin embargo la existencia de la fase intermedia, fundados en que el sobreseimiento o el auto de apertura del juicio oral es una resolución específica sobre la acción penal. En el sumario se trata de saber si existe o no acusación, luego el sumario termina con el auto de sobreseimiento, es decir, negando la acusación[63], o con el auto de apertura del juicio oral, es decir, afirmándola.

De admitirse su existencia y de poderse hablar de principios en una fase tan breve y no prevista legalmente, habría que distinguir los dos tipos de actuaciones que según la doctrina mayoritaria la conforman:

a) Respecto a las actuaciones relativas a determinar si el sumario está bien concluído, no puede decirse que rijan por completo los principios del sistema inquisitivo, pues, aunque el tribunal puede revocar el auto de conclusión y ordenar la práctica de las diligencias sumariales que tenga por oportuno (arts. 630 y 631, I, LECRIM), las partes intervienen en este trámite en forma directa (art. 627 LECRIM)[64]. Sí es ciertamente inquisitivo el hecho de que el art. 627, I y IV solo haga referencia al ministerio fiscal y al querellante, pero no al procesado[65]. Sin embargo, tras la ley de 4 de diciembre de 1978, tantas veces meritada ya, y con base en la redacción literal que dio a los arts. 118, I y 302, I ("las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en *todas* las diligencias del procedimiento"), el procesado debe intervenir en esta fase, con lo cual aquel carácter inquisitivo se ve fuertemente disminuído.

[60] GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 226 y 227; FENECH, *Derecho...*, cit., págs. 989 y ss.; y PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., págs. 299 y ss.

[61] VIADA y ARAGONESES, *Curso...*, cit., t. II, pág. 86.

[62] GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, pág. 190; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada...*, cit., págs. 81 y ss.

[63] En el caso de que sea libre el acordado, es decir, por alguna de las causas del art. 637 de la LECRIM, pues en este caso se produce la cosa juzgada material si es confirmado en casación, recurso que tan solo es procedente por no ser los hechos constitutivos de delito (arts. 848, II, en relación con el 637-2° LECRIM), equivaliendo el auto a una sentencia absolutoria en cuanto al fondo. Si el sobreseimiento es provisional (art. 641 LECRIM), tan solo se produce el archivo provisional de la causa hasta que desaparezcan los obstáculos que impiden la celebración del juicio oral.

[64] Existe, sin embargo, una corruptela netamente inquisitiva, con cuyo respaldo los tribunales revocan de oficio la conclusión del sumario, sin petición de las partes y sin base legal alguna que lo autorice. Véase a IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., págs. 219 a 223 y a SANMARTÍN, *¿Pueden las Audiencias...?*, cit., págs. 480 y ss.

[65] FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 989; en contra, PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 301. Sobre la reforma de 1978, véase a F. GUTIÉRREZ ALVIZ Y CONRADI, "La ley 53 de 1978, de 4 de diciembre y la instrucción sumaria penal", en *Justicia*, número especial, págs. 95 y ss.

b) Exactamente igual, pero en sentido contrario, puede afirmarse respecto a las actuaciones relativas al sobreseimiento o apertura del juicio oral, puesto que son actuaciones netamente sometidas a los principios del sistema acusatorio[66], actos de parte (v. los arts. 627, IV y 642 LECRIM). Ello no obstante, el tribunal goza de facultades propias en estas actuaciones, puesto que siendo el ministerio fiscal el único acusador personado en la causa, si pide sobreseimiento libre, el tribunal, antes de acordarlo, si es de opinión contraria, podrá ofrecer las acciones al ofendido por el delito que no haya ejercido su derecho de acción (art. 642, I, *in fine*, LECRIM), para que se persone en autos y acuse, o acudir al superior jerárquico del fiscal de la causa para que resuelva sobre si procede o no sostener la acusación (art. 644 LECRIM). Si estas actuaciones dan resultado negativo, el tribunal debe sobreseer necesariamente[67]. Sin embargo, en nuestra opinión, más que una facultad inquisitiva, se trata de una manifestación del principio de legalidad que rige en la persecución de los delitos (arts. I, LECRIM)[68].

Desde otro punto de vista, si las partes piden la apertura del juicio oral, el tribunal puede sin embargo decretar el sobreseimiento, en el solo caso de que entienda que los hechos son atípicos (art. 645, I, en relación con el art. 637-2° LECRIM)[69].

No estimándolo así, el tribunal debe dictar auto de apertura del juicio oral (art. 645, II, LECRIM), entrándose en la siguiente y más importante fase del proceso penal ordinario por delitos graves.

c) *Fase de juicio oral:*

La fase de juicio oral reúne una serie compleja de actos procesales, cuya descripción pormenorizada haremos más adelante al exponer la dinámica del proceso penal ordinario por delitos graves. Ahora corresponde destacar fundamentalmente que en esta fase es en la que se interpone por primera vez la pretensión procesal por la acusación y la resistencia por el acusado, provisionalmente en las calificaciones provisionales (art. 650 LECRIM), y definitivamente, tras la práctica de las pruebas, en las calificaciones definitivas (art. 732 LECRIM), si bien previamente existe, eventualmente, un trámite de depuración de determinados defectos procesales, denominados por la ley "artículos de previo pronunciamiento" (arts. 666 a 679 LECRIM). En esta fase tiene lugar la práctica de las pruebas (arts. 701 a 731 LECRIM), con base en las cuales el tribunal dictará la sentencia absolutoria o condenatoria. Se concede asimismo una cierta facultad de disposición del proceso al acusado, quien en dos momentos distintos puede conformarse con la pena solicitada por la acusación, bien en calificaciones provisionales (art. 655 LECRIM), bien al inicio del juicio

[66] GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, pág. 202.

[67] Un buen resumen sobre el sobreseimiento puede verse en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 228 y ss.

[68] Véase, sobre este principio, a GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. I, págs. 26 y ss.

[69] Lo cual no es sino otra manifestación del sistema acusatorio, puesto que el tribunal puede decretar el sobreseimiento (absolver, en suma), dentro de la legalidad, si estima que los hechos imputados por la acusación no constituyen delito. Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 310.

oral (art. 688; II, LECRIM), dentro de unos muy concretos presupuestos y con unos efectos asimismo claramente determinados por la ley (arts. 655 y 689 y ss. LECRIM)[70].

Se afirma unánimamente por la doctrina que es en la fase del juicio oral cuando alcanzan su máxima realización los principios del sistema acusatorio. En palabras de GÓMEZ ORBANEJA[71], "lo esencial es que el juicio ofrezca a las partes, con iguales armas, la ocasión de desplegar sin restricciones sus medios de ataque y de defensa, y al juzgador, la posibilidad de adquirir el conocimiento completo y objetivo de los hechos que ha de valorar"[72].

La ley regula en unas ocasiones explícitamente aquellos principios y en otras implícitamente. De entre ellos, el fundamental es el principio de oralidad y los que de él se derivan, pero existen otros igualmente importantes.

1) *Contradicción*[73]: Queda asegurado el cumplimiento del principio desde el momento en que la parte tiene conocimiento de todos los actos procesales de las demás partes, y por la presencia conjunta de todas ellas en el acto de la vista (véanse, entre otros muchos, los arts. 649, 651, 652, 653, 656, 657, 681 II y el importantísimo art. 841, puesto que el juicio oral no puede celebrarse si el acusado se encuentra en rebeldía)[74].

2) *Igualdad:* Las posibilidades de ataque y defensa son idénticas para las partes. Todas pueden alegar, proponer pruebas, intervenir en su práctica, etc. Este principio procesal tiene hoy su más amplia tutela en el art. 14 C. E.[75].

3) *Principios relativos a la prueba:* Rigen el de investigación oficial y el de libre apreciación de la prueba:

a) Dado que en el proceso penal se persigue "el mayor esclarecimiento de los hechos" y "el más seguro descubrimiento de la verdad" (arts. 701 VI y 726 LECRIM), es decir, la verdad material, rige el principio de investigación oficial. De ahí que el tribunal pueda aportar prueba de oficio (art. 729-2° LECRIM), sin

[70] Sobre este importante acto procesal, véase a FAIRÉN, *La disponibilidad...*, cit., t. II, págs. 1221 a 1239. Muy esquemáticamente, la conformidad del acusado significa que este está de acuerdo con la pena de prisión menor o inferior solicitada por la acusación. Si así lo manifiesta, y dándose los demás presupuestos exigidos por esos preceptos, el juicio termina, procediéndose a dictar sentencia, que nunca podrá imponer pena mayor a la conformada, aunque sí absolver.

[71] GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 251.

[72] La Exposición de Motivos de la LECRIM, fundamenta asimismo esa igualdad de armas, *vide* su párrafo XIX.

[73] Véase, sobre el concepto y significado del principio de contradicción, a J. MONTERO AROCA, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1979, págs. 238 y ss.; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, Edit. Civitas, 1981, págs. 181 y ss.

[74] Sobre la rebeldía, véase a FAIRÉN, "El «encausado» en el proceso penal español", en *Temas...*, cit. t. II, págs. 1264 a 1267; a A. M. ORTELLS RAMOS, *La ausencia del imputado en el proceso penal*, RDPI, 1978, págs. 433 y ss.; y a J. MONTERO AROCA, *La ausencia del imputado en el proceso penal*, RDPI, 1977, págs. 581 y ss. Para el supuesto de ausencia en el extranjero, véase a B. PASTOR BORGOÑON, *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, págs. 71 y ss.

[75] Acerca del principio de igualdad, consúltese a MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., págs. 243 y ss.; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamento...*, cit., págs. 183 y ss.

perjuicio del derecho de las partes a proponerla en sus calificaciones provisionales (art. 656 I, LECRIM)[76].

b) A diferencia del proceso civil, en el proceso penal rige el principio de la libre valoración de la prueba (arts. 717 y 741, I), debidamente conjugado, respecto a la cuestión de la carga de la prueba, con el principio de la presunción de inocencia (principio *in dubio pro reo*) ante la duda o falta de prueba de los hechos delictivos imputados (C. E., art. 24.2). El principio de la libre valoración no significa en absoluto que la valoración sea arbitraria, irracional o ilógica. Todo lo contrario, pues además de justa, racional y lógica, debe ajustarse a reglas científicas y experimentales[77]. Sobre este problema ha tenido ya ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional español. En efecto, ha sentado la doctrina de que el principio de la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba puedan ser valorados libremente por el tribunal de instancia, al que corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, se requiere una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el T. C. el que ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso[78].

En consecuencia, cuando los hechos en que se base la acusación no puedan ser probados o exista duda sobre ellos, rige el principio de la presunción de inocencia o *in dubio pro reo* del art. 24.2 *in fine* de la Constitución, que es una presunción *iuris tantum* que, como tal, puede ser destruída por la prueba en contrario[79]. El T. C. ha dicho claramente también que el derecho a la presunción de inocencia no surge, ciertamente, con la C. E., sino que ya se reconocía en la Exposición de Motivos de la LECRIM[80]. La constitucionalización no es simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicado, sino la plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los tribunales ordinarios (C. E., art. 53.2) y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento[81].

No rigen, pues, a diferencia del proceso civil español, ni el principio dispositivo ni el principio de aportación de parte.

4) *Principio de oralidad*: Para la LECRIM[82], la vigencia de este principio es casi perfecta, puesto que la sentencia tan solo puede basarse en el material proferido oralmente ante el tribunal que tenga que dictarla en el acto del juicio oral (v. art.

[76] En cuanto al principio de la verdad material, *vide* MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit. pág. 216.

[77] FENECH, *El proceso...*, cit., pág. 328.

[78] S. T. C. de 28 de julio de 1981, recurso de amparo núm. 113 de 1980 (BOE del 13 de agosto).

[79] S. T. C. de 24 de julio de 1981, recurso de amparo núm. 25 de 1980 (BOE del 13 de agosto).

[80] *Vide* sus párrafos VII, XXVII y XXVIII.

[81] S. T. C. de 26 de julio de 1982, recursos de amparo números 60 y 110 de 1982 (BOE del 18 de agosto).

[82] Y también para la Exposición de Motivos, *vide* por ejemplo su párrafo XI.

741 I)[83]. No obstante, existen excepciones, pues son escritas, como sabemos, las calificaciones (art. 650), parte de la tramitación de los artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y ss.), la práctica de las pruebas por auxilio judicial o por delegación (v. gr., art. 719), la propia sentencia (art. 142), etc.

En relación con el principio de oralidad y estrechamente vinculados a él, se encuentran los principios de inmediación, concentración y publicidad:

a) Inmediación[84]: La ley se refiere a él al ponerlo en relación con las pruebas, puesto que en el juicio oral se aplica respecto a los medios personales de prueba. Concretamente, la declaración en el juicio del testigo no puede ser sustituída por la lectura de su declaración sumarial. Más generalmente, no pueden leerse otras diligencias de las practicadas en el sumario, salvo que no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de la parte que lo solicitare (art. 730 LECRIM). La lectura pública en el juicio oral es condición inexcusable para su utilización en la sentencia[85].

b) Concentración[86]: Con la finalidad de evitar la pérdida de memoria que supondría dilatar en el tiempo la vista, dispone la LECRIM que las sesiones de la vista serán consecutivas (art. 744), puesto que las largas interrupciones suponen la anulación de todo lo actuado (art. 749).

c) Publicidad[87]: De acuerdo con el art. 680, I, de la LECRIM, "los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad". De los dos aspectos del principio, la publicidad para las partes no es susceptible de restricciones (art. 681 II), pero para terceros sí puede serlo dados los motivos a que se refiere el art. 680 II y III. Las deliberaciones y votaciones del tribunal son en todo caso secretas (art. 150 LECRIM).

Estamos, en consecuencia, ante una fase en la que los principios del sistema acusatorio se cumplen predominantemente sobre los principios del inquisitivo. A los ya mencionados debemos añadir, por último, tres fundamentales principios acusatorios, base del sistema: a) el fallo es dictado por un órgano jurisdiccional distinto del que instruyó la causa (arts. 14, 306 y 741 I, LECRIM) en el proceso penal ordinario por delitos graves, y en el proceso de urgencia en que falla la Audiencia Provincial, pues en los demás procesos ordinarios instruye, conoce y falla el mismo órgano, lo cual es una grave violación de este principio acusatorio; b) para que el tribunal pueda dictar la sentencia es necesario que haya precedido acusación de

[83] Sobre el significado del principio de oralidad, *vide* FAIRÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, Ed. Artes Gráficas Soler, 1975, págs. 375 y ss.; MONTERO, *Introducción...*, cit., págs. 252 a 256; ídem, *El principio de oralidad...*, cit., pág. 266 y ss.; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, cit., págs. 221 a 227.

[84] *Vide*, acerca del principio de inmediación, MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., págs. 256 y ss.; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, cit., pág. 227 y ss.

[85] *Vide* el art. 120.2 de la Constitución.

[86] Véase, sobre el principio de concentración, a MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., págs. 261 a 264; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, cit., págs. 235 y 236.

[87] Acerca del principio de publicidad, puede consultarse a FAIRÉN, "Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso", en *Temas...*, cit., t. I, págs. 565 y ss.; a MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., págs. 266 y ss.; y a J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos...*, cit., págs. 236 y 237.

parte (arts. 627 IV, 649, 651, 652 y 732 LECRIM); y c) las sentencias, fundadas en lo alegado y probado en el juicio (art. 741, I), deben ser siempre motivadas (arts. 120.3 C. E. y 142 LECRIM), debiendo leerse además en audiencia pública (arts. 120.3, *in fine*, C. E. y 160 LECRIM, preceptos que, sin embargo, no se cumplen en la práctica).

Celebrada la vista, el tribunal dicta sentencia, condenatoria o absolutoria, conforme a las reglas del art. 142 de la LECRIM (art. 741 I), que está sujeta, lógicamente, a impugnación.

Este esquema no resulta siempre igual en los demás procesos ordinarios, aunque la distinción entre una fase instructoria y una fase de juicio oral siempre está latente. Acabamos de ver que no siempre se cumple el principio acusatorio de separación entre el órgano instructor y el órgano decisor; en otras ocasiones no se emplea la palabra "sumario" para designar la fase instructoria, sino v. gr. "diligencias preparatorias" (art. 790 LECRIM, en el proceso de urgencia cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción), etc.

d) *Medios de impugnación*

Contra la sentencia dictada por la Audiencia en juicio oral y única instancia, es decir, las dictadas en los procesos penales ordinarios por delitos graves, cabe, como único medio de impugnación, tan solo el recurso de casación (art. 847 I, LECRIM), del que conoce la Sala II del Tribunal Supremo (art. 859 LECRIM)[88].

La casación española es un recurso extraordinario, pues tan solo se da por los motivos que tasa la ley (arts. 849, 850 y 851 LECRIM[89], en el que generalmente queda prohibida la alteración de la base fáctica de que parte la sentencia introduciendo hechos nuevos (art. 849-2° LECRIM)[90], no existiendo, por último, reenvío en una de sus modalidades, puesto que además de la sentencia rescindente, el T. S. dicta nueva sentencia si estima el motivo de casación por infracción de ley (art. 902 LECRIM)[91].

Existen, a diferencia del proceso civil, en el que se ha unificado el recurso de casación por ley de 6 de agosto de 1984, dos modalidades del recurso de casación:

[88] Establecido por la ley de 18 de junio de 1870, *vide* J. F. LASSO GAITE, *Aportación a la historia del Tribunal Supremo de España,* RGLJ, 1969, págs. 24 y ss.; y a FAIRÉN, "La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)", en *Temas...*, cit., t. I, págs. 195 y ss.

[89] Análisis particulares sobre los diferentes motivos de casación puede verse en M. FENECH NAVARRO, *El concepto de documento auténtico a través de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo,* RGLJ, 1941, págs. 216 y ss.; E. GÓMEZ ORBANEJA, *Error de hecho en la apreciación de la prueba,* RDP, 1945, págs. 461 y ss.; ídem, *Quebrantamiento de forma. Conceptos que predeterminan el fallo,* RDP, 1946, págs. 113 y ss.; M. NAVARRO HERNÁN, *El documento auténtico y la casación civil y penal,* Madrid, Ed. Montecorvo, 1977, págs. 251 y ss.; U. RUIZ GUTIÉRREZ, *La no resolución de todos los puntos objeto de acusación y defensa (art. 851, núm. 3° de la LECRIM),* RDP, 1958, págs. 123 y ss.; ídem, *Los conceptos predeterminantes del fallo en la casación penal,* RDP, 1963, págs. 253 y ss., y 421 y ss.

[90] Acerca de los hechos en casación, véase a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 1123 y ss.

[91] Véase a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 1118; y a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., págs. 394 y 395.

a) por infracción de ley (art. 847 I, LECRIM): se anula el fallo por no corresponder a la voluntad de la ley sustantiva[92], viniendo explicados los motivos en el art. 849 LECRIM, y las resoluciones recurribles en el art. 848, si bien parcialmente[93]; y b) por quebrantamiento de forma (art. 847 I, LECRIM), en el que se anula la resolución porque habiéndose infringido las formas prescritas por la norma procesal para la actuación de esa voluntad, no puede saberse si aquella corresponde o no a ella[94], siendo las resoluciones recurribles tan solo las sentencias dictadas en juicio oral y única instancia (art. 847 I, LECRIM), y estando los motivos legalmente divididos en infracciones procesales cometidas en el juicio oral (art. 850 LECRIM) y en infracciones procesales cometidas en la sentencia misma (art. 851 LECRIM)[95].

El procedimiento de las dos modalidades es, desde 1949, único (arts. 855 a 906 LECRIM), siendo la sentencia de casación, cuyo contenido se determina en el art. 900 de la LECRIM, irrecurrible (art. 904). La Constitución (art. 15), al abolir la pena de muerte, ha derogado tácitamente el recurso de casación cuando la sentencia de instancia hubiera impuesto la pena de muerte (arts. 947 a 953 LECRIM)[96].

Naturalmente, la LECRIM regula asimismo la impugnación de las resoluciones interlocutorias. Dicha impugnación es doble. Por un lado, se concede remedio de reforma[97] contra todos los autos del juez de instrucción (art. 217) y remedio de súplica[98] contra todos los autos de los tribunales de lo criminal, salvo que se niegue expresamente o se conceda otro recurso (art. 237). El procedimiento de ambos remedios es muy sencillo y se regula en los arts. 211, 217 y 219 y II de la LECRIM, y conoce de ambos el mismo órgano que dictó la resolución impugnada (arts. 219, I y 220, I, LECRIM)[99]. Por otro, se conceden asimismo dos recursos ordinarios,

[92] Los motivos de casación por infracción de ley pueden estudiarse detenidamente en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA *Derecho...*, cit., págs. 306 a 308; y en FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 1123 y ss.

[93] Además de las sentencias citadas, son recurribles en casación por infracción de ley los autos de sobreseimiento libre dictados al amparo del art. 637-2° (art. 848, II), los autos definitivos dictados por las audiencias en los casos en que la ley lo autorice de modo expreso (art. 848, I, LECRIM), los autos de sobreseimiento libre en el que se estimen artículos de previo pronunciamiento (arts. 675 y 848 LECRIM), el auto de inadmisión de la querella cuando se obste definitivamente la iniciación del proceso (v. art. 313 y 848 LECRIM), determinados autos resolutorios de cuestiones de competencia (arts. 25, II, 31, II, 35, 37, II, 40, II, 43, II y 676, III), los autos de las audiencias sobre recusación de un magistrado o de un juez de instrucción (art. 649), y, por último, las sentencias dictadas por las audiencias resolviendo negativamente el beneficio de pobreza (art. 137 LECRIM). Ello plantea innumerables problemas. Véase a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 305 y 306 y a FENECH, *El proceso...*, cit., págs. 356 a 359.

[94] *Vide* FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 1121.

[95] Sobre los motivos de casación por quebrantamiento de forma, véase a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 1136 y ss.

[96] El procedimiento puede consultarse en PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., págs. 401 y ss.; y en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 310 y ss.

[97] Llamado así porque la resolución impugnada ha sido dictada por un órgano jurisdiccional unipersonal.

[98] Llamado así por haber dictado la resolución un órgano colegiado.

[99] De ahí la distinción entre remedios y recursos; véase sobre ello, por todos, a J. MONTERO AROCA, *El proceso laboral,* t. II, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 17.

el de apelación y el de queja: a) Apelación: es procedente tan solo cuando la ley lo autorice[100], v.gr., contra el auto de procesamiento (art. 384, II, III y V, LECRIM), siendo la ley asimismo la que determina si la apelación tiene dos efectos (devolutivo y suspensivo) o solo uno (el devolutivo) (arts. 223, 224 y 225 LECRIM). Conoce de él el tribunal competente para el juicio oral (art. 220, II) y el procedimiento viene establecido en los arts. 225 a 232 de la LECRIM no pudiéndose practicar más prueba en la segunda instancia que la documental (art. 231 LECRIM)[101]. En los procesos de doble instancia, es decir, en aquellos en los que además de las resoluciones interlocutorias son susceptibles de apelación también las sentencias dictadas en primera instancia, se concede un más amplio *ius novorum* (art. 792-2ª, I LECRIM)[102]. Son resoluciones recurribles en los procesos de doble instancia las sentencias dictadas por los jueces de instrucción en el proceso de urgencia o en el enjuiciamiento de los delitos dolosos menos graves y flagrantes (arts. 792 LECRIM y 11 L. O. 10 de 1980, de 11 de noviembre), y por los jueces de distrito y de paz en los juicios de faltas (art. 13 decreto de 21 de noviembre de 1952)[103]; y b) Queja[104]: en lo penal existen tres modalidades: en primer lugar, la queja por denegación del recurso de apelación (art. 218 LECRIM); segundo, la queja por denegación del recurso de casación (art. 862 LECRIM); y, por último, la queja simple o sin plazo que se da contra todos los autos del juez instructor que no sean impugnables mediante recurso de apelación (art. 218 de la LECRIM)[105].

La impugnabilidad como medio de conseguir un nuevo examen, total o parcial, del proceso, no es una cuestión, en nuestra opinión, que afecte al sistema acusatorio, sino a la estricta justicia, dada la falibilidad humana[106].

e) *Fase de ejecución:*

Una vez la sentencia condenatoria goce de los efectos de la cosa juzgada formal, y no antes, se entra directamente en la fase de ejecución penal (arts. 803 y 988 LECRIM). Presupuesto de ella es el título ejecutivo, es decir, la sentencia de condena, que en la LECRIM se denomina "ejecutoria" (arts. 141, VI y 143), en la que

[100] En pocos casos, dado que el recurso de apelación es incompatible con el principio de oralidad en el juicio oral y de única instancia. Véase a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 294 y 295.

[101] De ahí que se conceptúe como una segunda instancia limitada. Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 386.

[102] Este precepto permite la petición de práctica de las pruebas que no pudo proponer el recurrente en la primera instancia, de las que propuestas le fueron indebidamente denegadas y de las que admitidas no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

[103] *Vide* PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, pág. 387 a 390.

[104] El recurso de queja puede estudiarse en FAIRÉN, "Los recursos de queja", en *Temas...*, cit., t. I, págs. 605 y ss.

[105] Se trata de un expediente sanatorio del proceso. Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 391.

[106] Acerca del fundamento del derecho de impugnación, véase a VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal", en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Ed. Edersa, 1955, págs. 328 y 329.

rige el principio de oficialidad, pues basta con el título para que el órgano jurisdiccional proceda de oficio a la realización de la sanción penal[107]. No obstante, el art. 861 bis, b) de la LECRIM, recoge una situación anómala respecto a lo indicado, puesto que se permite la ejecución provisional de la pena que afecte a los condenados no recurrentes, que luego pueden resultar absueltos o condenados a una pena menor por el efecto extensivo del recurso de casación.

Una vez formado el título ejecutivo, que debe expresar la cantidad de pena, es decir, debe ser líquido[108], el órgano jurisdiccional competente procede, de oficio, a dar cumplimiento a los actos legal y reglamentariamente previstos para la ejecución de las penas impuestas[109].

Fijándonos en concreto en las penas privativas de libertad, el órgano jurisdiccional debe realizar las siguientes *conductas:* 1ª) adoptar sin dilación las medidas oportunas para el ingreso del condenado en el correspondiente establecimiento, requiriendo el auxilio de las autoridades administrativas[110]; 2ª) remitir, en cualquier caso, al director del establecimiento donde haya de ingresar el condenado o se encuentre en situación de prisión provisional, testimonio de la ejecutoria y la liquidación de la condena[111].

La *legislación* relativa a esta materia ha sufrido una profunda transformación últimamente, con el fin de acomodar la vieja normativa a los principios constitucionales. La ejecución penal se rige fundamentalmente por las siguientes disposiciones: 1) art. 25.2 de la C. E., que sienta los principios de reeducación y reinserción social en el cumplimiento de las penas; 2) arts. 803 y 983 a 998 de la LECRIM; 3) arts. 80 a 100 del C. P.; 4) Ley General Penitenciaria, de 29 de septiembre de 1979; 5) Reglamento Penitenciario (real decreto de 8 de mayo de 1981, modificado sustancialmente por el real decreto de 28 de marzo de 1984); y 6) acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio y 22 de julio de 1981, relativos al juez de vigilancia[112].

A semejanza de otros ordenamientos, como el italiano, la LGP de 1979 ha introducido un órgano específico, encargado de la observancia del cumplimiento

[107] GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 376.

[108] Dos salvedades debemos hacer en este punto: 1ª) en el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes, la sentencia puede no ser líquida si se aplica el beneficio de suspensión de la condena bajo los presupuestos del art. 10-7ª de la L. O. 10 de 1980, de 11 de noviembre; 2ª) La Propuesta de anteproyecto de Código Penal de 1983, art. 74, recoge la figura anglosajona de la "probation", pudiendo el Tribunal suspender motivadamente el fallo de la sentencia si se dan los requisitos de los arts. 75 y 76.

[109] No está prevista, por tanto, ni se requiere acción ejecutiva alguna.

[110] La competencia del órgano jurisdiccional hasta el momento de ingreso es exclusiva (art. 990, II y III, LECRIM).

[111] Art. 21 del Reglamento de Prisiones de 1956, hoy derogado, pero cuya disposición se aplica en la práctica ante la ausencia de referencias en la legislación vigente respecto a este extremo.

[112] La bibliografía en torno a la ejecución penal es amplísima, sobre todo tras la Constitución y la nueva legislación, habiéndose ocupado de ella, por encima de los procesalistas, fundamentalmente los criminólogos, penalistas e incluso los administrativistas. De ella, hay que destacar principalmente a C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1982.

de las penas: *El Juez de Vigilancia*[113]. Su misión es, pues, fiscalizadora de la actividad penitenciaria[114], gozando para ello de las siguientes *atribuciones*[115]:

a) Llevar a cabo la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 76.1 LGP).

b) Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar el cumplimiento de la pena con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos (art. 76.1 LGP).

c) Garantizar los derechos humanos y constitucionales no afectados por la sentencia del penado (art. 76.1 LGP, en relación con el art. 25.2 C. E.).

d) Visitar los establecimientos penitenciarios conforme al art. 526 de la LECRIM (art. 76.2, h, LGP).

e) Resolver las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan (art. 76.2, b, LGP).

f) Aprobar las propuestas de beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena (art. 76.2, c, LGP).

g) Autorizar los permisos de salida de duración superior a 2 días (art. 76.2, i, LGP).

h) Ser notificado de la intervención de las comunicaciones entre los penados y sus abogados y procuradores (arts. 91.1 y 98, II-4ª RLGP), etc.

En cuanto a la *concreta ejecución* de las penas, hay que distinguir según su naturaleza:

1. *Penas privativas de libertad:* De acuerdo con el art. 84 del C. P., la pena privativa de libertad se ejecuta con base en el sistema progresivo de cumplimiento, concretamente según una variedad del mismo denominada "sistema de individualización científica" (arts. 72.1 LGP y 250 RLGP), es decir, se ejecuta conforme a una gradual disminución de intensidad que experimenta la pena, según vayan produciéndose cambios favorables en la actitud y comportamiento del recluso, clasificando al interno en uno de los grados del sistema progresivo. Este sistema presenta cuatro grados: de régimen cerrado, de régimen ordinario, de régimen abierto y libertad condicional[116], precedidos de una fase de clasificación del interno, tras la necesaria observación del mismo, destinándole al establecimiento[117] cuyo régimen sea el más

[113] Es el órgano principal de la ejecución, pero a su lado intervienen también otros órganos jurisdiccionales, puesto que la ejecución corresponde en principio al órgano que hubiera dictado la sentencia firme (art. 985 LECRIM), excepto si es en casación, en cuyo caso ejecuta el órgano que hubiera dictado la sentencia casada (art. 986 LECRIM); en los procesos de urgencia ejecuta el órgano que hubiere conocido en primera instancia (art. 803-1ª LECRIM), al igual que en el enjuiciamiento de delitos dolosos menos graves y flagrantes (art. 11.3 L. O. 10 de 1980, de 11 de noviembre) y en el de faltas (art. 984, I, LECRIM). Estos órganos son los que dictan la orden de ingreso en prisión (arts. 15.1 LGP y 25 RLGP), conocen del traslado de penados a establecimientos penitenciarios especiales (art. 57.1 RLGP), etc.

[114] Véase a GARCÍA VALDÉS, *Comentarios...*, cit., pág. 241.

[115] Debe tenerse en cuenta que las funciones que a continuación se enumeran en el texto son provisionales, en espera de lo que la futura Ley Orgánica del Poder Judicial y el nuevo Código Penal, en la actualidad en trámite parlamentario y de anteproyecto respectivamente, determinen.

[116] Que han sustituído a los antiguos de reeducación del interno, readaptación social, prelibertad y libertad condicional.

[117] Los establecimientos penitenciarios, destinados a la ejecución de penas privativas de libertad, son de dos tipos (arts. 7°, b y 9° LGP): 1) de régimen ordinario; y 2) de régimen abierto; si bien también existen establecimientos de régimen cerrado (art. 10.1 LGP). A ellos hay que añadir los establecimientos

adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquel (art. 241, I, RLGP). La clasificación debe tomar en cuenta los datos que enumera el art. 241, II y III, RLGP (v. arts. 63 y 64 LGP).

El paso de un grado a otro no es fijo, pudiendo ser ingresado directamente en el tercer grado, no en el de libertad condicional (v, art. 72.3 y 4 LGP)[118]. Se admite asimismo, si bien el futuro Código Penal quiere derogar esta institución, la redención de penas por el trabajo (un día por cada dos laborales) (C. P., art. 100, I)[119]. Por último, la pena de arresto no se cumple siguiendo las anteriores reglas, dado que su corta duración impide realizar un proceso reeducador, sino o bien en el domicilio del penado (C. P., art. 85), o bien en establecimientos preventivos (arts. 8 LGP y 23 RLGP), equivaliendo entonces su *status* al de preso provisional[121].

2. *Penas pecuniarias:* A pesar de la aparente sencillez, de la anterior redacción del art. 91 del C. P., se discutió si para poder proceder al arresto subsidiario era necesario agotar previamente la vía de apremio[122]. Tras la nueva redacción dada al art. 91, I, por la L. O. 8 de 1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, según el cual "si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisfaciere la multa impuesta...", no hay lugar a dudas, pues tras el impago de la multa, debe procederse inmediatamente conforme a las normas sobre ejecución por obligaciones dinerarias (vía de apremio, arts. 613 y 563 LECRIM y, en virtud de la remisión del art. 614 LECRIM, conforme a las normas de la LEC), con el fin de extraer de su patrimonio los bienes necesarios para pagar la multa y, en caso de ser insolvente, proceder a la ejecución subsidiaria por medio del arresto.

3) *Otras penas*: Tanto el C. P. como la LECRIM, prevén específicamente, si bien no en todos los casos, la ejecución de los restantes tipos de pena. Dada su poca importanica en estos momentos, nos remitimos a su regulación[123].

---

preventivos, en donde se retiene a los detenidos y presos provisionales (arts. 7°, a y 8.1 LGP), y los establecimientos especiales, en los que prevalece el carácter asistencial, y que son de los siguientes tipos (arts. 7°, c y 11 LGP): a) centros hospitalarios; b) centros psiquiátricos, y c) centros de rehabilitación social.

[118] *Vide* GARCÍA VALDÉS, *Comentarios...*, cit., págs. 230 y 231.

[119] Sobre este instituto penitenciario puede consultarse a F. BUENO ARUS, "La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1002, págs. 3 y ss.

[120] Dos penas de arresto regula el Código Penal: la de arresto mayor, de 1 mes y 1 día a 6 meses (art. 30, VIII), y la de arresto menor, de 1 a 30 días (art. 30, IX).

[121] Véase a GARCÍA VALDÉS *Comentarios...*, cit., págs. 41 y 42.

[122] *Vide* la S. T .S. de 21 de octubre de 1948 (RA 1232), con base en la cual, ante el impago de la multa había que proceder a la vía de apremio antes de ejecutar subsidiariamente por medio del arresto; en contra, DEL TORO MARZAL (con CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASABO RUIZ), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1972, pág. 471, para quien basta con que no pague el condenado, aunque sea solvente, para ejecutar el arresto.

[123] Respecto a la ejecución de penas privativas o restrictivas de derechos distintos del de libertad, desaparecida la pena de interdicción civil: a) privación del permiso de conducir (art. 803-2ª LECRIM); b) privación de la nacionalidad a extranjeros naturalizados, inhabilitaciones absoluta y especial y suspen-

La ejecución *termina* por las siguientes causas[124]:

a) Normalmente, por el cumplimiento de la condena, caso en el cual se requiere, en las penas de prisión, la aprobación de la libertad definitiva por el tribunal sentenciador (arts. 67.1 y 2, 68 y 69 RLGP), y en las inferiores a 6 meses se entiende aprobada la libertad definitiva con la remisión de la liquidación de la condena en que figure el día en que aquella quedará cumplida (art. 67.1, *in fine*, RLGP).

b) Anormalmente termina: 1) por muerte del reo (C. P., arts. 112-1° y 115 LECRIM); 2) por amnistía (C. P., art. 112-2°) 3) por indulto (C. P., art. 112-4°); 4) por perdón del ofendido en los delitos privados (C. P., art. 467, IV), y en los semipúblicos cuando se configuran los presupuestos de los arts. 443, IV y V y 487, IV C. P.[125]; y 5) por anulación de la sentencia firme de condena mediante el proceso de revisión (art. 958 LECRIM)[126].

f) *Revisión:*

Hasta aquí hemos visto la estructura del proceso penal español ordinario por delitos graves. Antes de dar por finalizado su análisis, hay que hacer mención, siquiera sea brevemente, de un último instituto que regula nuestro ordenamiento, mediante el cual la cosa juzgada formal producida por la sentencia, que incluso puede haber sido ya ejecutada, puede ser impugnada: el proceso, que no recurso[127], de revisión.

La revisión procede del *Code d' instruction criminelle* francés de 1808 (arts. 443 a 445), introducida en España por la ley de 18 de junio de 1870, de donde pasó a las diferentes leyes de enjuiciamiento[128].

Su *fundamento* reside en la estricta justicia. El fin del proceso penal, como medio para la fijación de la verdad real, no tolera que el efecto preclusivo de la sentencia, al ganar firmeza, pueda prevalecer contra esa verdad. La derogación

siones, mediante actos del órgano jurisdiccional consistentes en declaraciones de voluntad emitidas por escrito y dirigidas a órganos administrativos, registros públicos, colegios profesionales, etc., con el fin de que adopten las medidas oportunas para impedir al condenado el ejercicio de los derechos de los que ha sido privado, durante el tiempo de la condena. Respecto a la ejecución de penas restrictivas del derecho de libertad de residencia: a) extrañamiento: el órgano jurisdiccional decide el país al que el condenado ha de ser expulsado, conduciéndole la policía judicial hasta la frontera española); b) Confinamiento (C. P., art. 87); y c) destierro (C. P., art. 88). Por último, respecto a la pena de reprensión, véase el art. 89 C. P., y respecto a la de caución, el art. 44, I C. P. Sobre ello, puede consultarse a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 1421 y ss.

[124] VIADA y ARAGONESES, *Curso...*, cit., t. II, págs. 291 y ss.

[125] *Vide* FENECH, *El proceso...*, cit., págs. 441 y 442.

[126] FENECH, *op. cit.*, págs. 442 y 443.

[127] No es un recurso porque la revisión se concede contra sentencias firmes, mientras que contra las sentencias firmes no cabe recurso alguno, entre otros decisivos argumentos. Véase a FAIRÉN GUILLÉN, *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito,* Madrid, Ed. Tecnos, 1972, págs. 185 y 186; y a MONTERO AROCA, *El proceso laboral,* cit., t. II, pág. 171.

[128] *Vide* acerca de su evolución histórica, brevemente, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 316 y 317.

que el "recurso" de revisión produce en el principio de la cosa juzgada responde a motivos diferentes, y tiene consiguientemente un alcance más amplio en el proceso penal que en el civil[129]; de ahí que, a diferencia de lo civil, no exista límite temporal para interponer la demanda de revisión.

La *competencia* para conocer de este proceso la tiene la Sala II del T. S., para decidir si se admite la revisión (juicio rescindente, art. 957 LECRIM), y si la admite, el nuevo juicio se realiza ante el tribunal que dictó la sentencia anulada (juicio rescisorio, art. 958 LECRIM).

Están *legitimados* para promover el proceso, si vive el condenado, las personas mencionadas en el art. 955 de la LECRIM; y si ha fallecido, las del art. 961[130], los cuales deben acudir al Ministerio de Justicia[131] para solicitar la revisión, formándose un expediente administrativo (arts. 955 y 956 LECRIM)[132]. Si el Ministerio de Justicia encuentra fundamento para acceder a la petición, ordenará al fiscal del T. S. que interponga la demanda (art. 956 LECRIM), el cual es, *strictu sensu*, el único legitimado. El fiscal puede interponerla directamente, sin necesidad de dicha orden, si tiene conocimiento de algún caso en que proceda (art. 957 LECRIM).

Puede ser *objeto* de revisión la sentencia por delito[133], definitiva[134], firme[135] y condenatoria a una pena[136], de cualquier índole, dictada en un proceso ordinario o especial[137].

[129] Véase a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 315 y 316.

[130] En este caso se denomina al proceso de revisión "Proceso o recurso de rehabilitación", dado que tiende a rehabilitar la memoria del fallecido. Véase a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 322.

[131] Evidentemente ello supone un filtro al derecho de acción, con las serias dudas de constitucionalidad que plantea por ir contra el art. 24.1 de la Constitución. Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 413, quienes consideran "inexplicable" esta regulación.

[132] El Tribunal Constitucional ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre este expediente, pues ha otorgado amparo en supuestos en los que la formación del mismo se alargaba más de lo debido en el tiempo. Véase S. T. C. 30 marzo 1981 (BOE del 14 de abril).

[133] Se excluyen de la revisión, por tanto, las sentencias dictadas en los procesos por faltas, y también las dictadas por tribunales extranjeros. Véase a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II págs. 1202 y 1203.

[134] Es sentencia definitiva la que pone fin al proceso haciendo imposible su continuación (art. 141, IV, LECRIM).

[135] Es decir, la sentencia que sea ya inimpugnable (art. 141, V, LECRIM).

[136] Se afirma por ello que no es revisable la sentencia dictada en el proceso preventivo imponiendo una medida de seguridad (véase a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 1204). Sin embargo, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, arts. 23, VI y 27 a 32, concede recurso de revisión contra dichas sentencias, configurándolo en cuanto a su naturaleza de forma muy similar a la de la LECRIM, lo que hace decir a FAIRÉN (*Problemas del proceso por peligrosidad sin delito,* Madrid, Ed. Tecnos, 1972, pág. 187) que "la revisión penal, interpretada analógicamente, no está excluida de aplicabilidad en el proceso de peligrosidad por el art. 34 de la ley, y es compatible con el juicio de revisión de contenido y motivaciones más restringidas, de la Ley de Peligrosidad, pudiendo optarse, según los casos y presupuestos, por la una o por el otro". Es decir, que cabe tanto la revisión de la LECRIM contra las sentencias del proceso preventivo, cuanto una de las dos según la opción efectuada.

[137] Es problemático asimismo si cabe revisar sentencias absolutorias. Para GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 317 a 319, la posibilidad de revisar sentencias penales debe limitarse, por razones de seguridad jurídica, puesto que entre el interés de dotar de fijeza y seguridad al acto jurisdiccional y el interés contrapuesto de que no prevalezcan las sentencias que contradigan ostensible-

Los *motivos* por los que puede interponerse la demanda y concederse la revisión son los siguientes[138]:

1. Contradictoriedad de sentencias (art. 954-1° LECRIM).
2. Supervivencia de la víctima de un homicidio (art. 954-2° LECRIM).
3. Condena por falsedad u otro delito (art. 954-3° LECRIM).
4. Nuevos hechos o pruebas (art. 954-4° LECRIM).
5. Duplicación de sentencias (art. 954-5° CJM)[139].
6. Inconstitucionalidad de la ley penal, declarada por el T. C., en base a la cual se fundó la condena (art. 40 LOTC)[140].

El *procedimiento* viene regulado en el art. 959 LECRIM[141], viniendo determinados los *efectos* de la sentencia rescindente en el art. 958 LECRIM, y los de la rescisoria en el art. 960[142].

IV. *ÍTER PROCEDIMENTAL Y DINÁMICA DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL ORDINARIO POR DELITOS GRAVES*

De acuerdo con lo expuesto, el proceso penal español ordinario por delitos graves se desarrolla, desde su inicio hasta su finalización, de acuerdo con el siguiente esquema:

1. *Fase sumarial*

Descubierta la comisión del delito, el sumario puede iniciarse mediante denuncia (art. 259 LECRIM), a la que equivale el atestado policial (art. 297 LECRIM), querella (art. 270 LECRIM), o de oficio (arts. 303, 308, 318 y 638, III, LECRIM), que son los supuestos normales[143]. Habiéndose iniciado por alguno de estos medios, el JI dicta inmediatamente auto de incoación del sumario[144], por medio del cual manda abrir el sumario y realizar, bien de oficio, bien a petición de parte, los actos de investigación o cautelares que la naturaleza del hecho aconseje (arts. 269, 311 y 312 LECRIM), regulados, como hemos dicho al principio, en los arts. 326 a 485 y 545 a 588 de la LECRIM).

Con anterioridad al inicio de la fase sumarial puede haber existido una fase, llamada preliminar, en la que se comprende la actividad investigadora de la policía judicial o incluso la investigación preliminar realizada por el órgano jurisdiccional[145]. También pueden haberse cumplido unas diligencias conocidas en la práctica como diligencias indeterminadas, no reguladas legalmente, pero que han surgido con el fin de evitar concretos problemas que se plantean en estos momentos iniciales del proceso penal[146].

Las primeras actuaciones del sumario tienden a asegurar la persona del presunto culpable y a dar auxilio a los perjudicados (art. 366 LECRIM). Conforme a ese mismo precepto, deben seguir, si son procedentes, las diligencias sumariales de inspección ocular y las referentes al cuerpo del delito. Tras ellas, el JI practicará las diligencias necesarias conducentes al buen fin de la instrucción (arts. 311 y 312 LECRIM).

Hallada la persona sospechosa de haber cometido el delito por el que se ha incoado o se incoará sumario, será detenida por la Policía Judicial (art. 284 LECRIM), supuesto normal[147], la cual, antes del plazo de 72 horas la llevará a presencia del JI competente (arts. 17.2 C. E. y 496 LECRIM)[148]. Desde la detención, el inculpado ha de estar asistido por abogado de su elección o nombrado de oficio[149],

---

mente la verdad, y a través de ella, la justicia, el legislador tiene que elegir; de ahí que la más obvia de todas las soluciones sea fijarse entonces en la diferencia profunda que existe entre una condena injustamente impuesta y una absolución errónea. Como manifestación del *favor defensionis*, no debe poderse, en consecuencia, revisar las sentencias absolutorias.

[138] *Vide*, ampliamente, FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 1204 y ss.

[139] Este motivo no se halla en la LECRIM, sino en el Código de Justicia Militar de 1945, ello debido a que el art. 961 CJM atribuye el recurso de revisión al T. S. del fuero común, cuando las sentencias hubieran sido dictadas por un tribunal del fuero común y otro del especial, pero añadiendo a la Sala de lo Criminal dos consejeros togados.

[140] El art. 40.1 LOTC dispone que "las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes... no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes... inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales... en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena... o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad".

[141] El procedimiento puede consultarse en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 322 a 324.

[142] Acerca de los efectos de la revisión, según la naturaleza del motivo por el que se haya interpuesto la demanda, véase a FENECH, *El proceso...*, cit., pág. 418.

[143] Es de consulta imprescindible sobre el acto de iniciación de querella, J. V. GIMENO SENDRA, *La querella*, Barcelona, Edit., Bosch, 1977. El sumario puede iniciarse también mediante mandato de proceder, que expide el tribunal, por acusación o denuncia falsa (art. 325, II y III, C. P.), mediante instancia de la Administración para proceder por el delito fiscal (art. 37.1 de la ley de 14 de noviembre de 1977, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, y apartado III de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1978), o mediante excitación especial del gobierno para proceder por injuria o calumnia contra jefes de Estado y otras altas autoridades extranjeras (C. P., art. 467, V y VI).

[144] No regulado legalmente, pero que se deduce inequívocamente de los arts. 306 y ss. de la LECRIM.

[145] En esta fase se comprenden también las llamadas diligencias previas y preparatorias, (arts. 789-4ª y 791-4ª y 5ª LECRIM), es decir, cuando antes de formarse sumario se incoaron estas diligencias por entenderse o existir dudas al principio sobre si el proceso sería de urgencia. En la práctica, los supuestos dudosos se indican siempre por diligencias previas, transformándose, cuando sobreviene la certeza, mediante auto, al procedimiento adecuado o manteniendo el existente.

[146] Véase sobre ello la Circular de la Inspección Central de Tribunales, de 24 de octubre de 1977, BIMJ, núm. 1112 de 1977, de 5 de noviembre, pág. 100.

[147] Los particulares también pueden detener, véase art. 490 LECRIM.

[148] Obsérvese que, según la CE, el plazo es de 72 horas, mientras que según la LECRIM es de 24. Lo cierto es que no hay tutela jurídica, si la detención dura más de 24 horas pero no excede de 72. Este problema puede solucionarse entendiendo que la CE opera aquí como marco, pudiendo perfectamente la ley ordinaria reducirlo, pero nunca alargarlo. No obstante, véase a GIMENO SENDRA (con VIVES ANTÓN), *La detención*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, págs. 100 a 117.

[149] Sobre la designación de oficio en este caso, véase a GÓMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*, Barcelona, Edit. Bosch, 1982, págs. 202 y ss.

conforme al art. 520, III y V de la LECRIM. Asimismo si la detención ha sido ordenada judicialmente (arts. 494 y 118, I, III y IV LECRIM). Antes de ordenar su detención, siempre que no concurran en principio motivos suficientes para ordenarla o esté previsto legalmente otro acto, puede el JI citar cautelarmente para ser oído al presunto sospechoso (art. 486 LECRIM) y, bien por no haber comparecido, bien por las fundadas sospechas tras su audiencia, ordenarla después (art. 487 LECRIM).

Una vez detenido, el JI interrogará al imputado cuantas veces sea necesario (art. 385 LECRIM), y si luego de la práctica de las diligencias oportunas y oídas las partes, incluído naturalmente el imputado, considera que existen indicios (sospechas) racionales (lógicas) de criminalidad en su contra, dictará auto declarándolo procesado (art. 384 I, LECRIM). A partir del auto de procesamiento es obligatoria la defensa técnica (art. 384, II). En dicho auto, el JI ordenará, si no lo ha hecho ya antes, dado que la detención ha de convertirse en prisión en el plazo de 72 horas, pues de lo contrario debe procederse a dejar sin efecto la detención (art. 497 LECRIM), la prisión provisional (art. 502 LECRIM) o la libertad provisional (arts. 528 y ss. LECRIM) del procesado[150], según se den los presupuestos para una u otra medida (arts. 503 y 529 LECRIM)[151], además de tomarle, dentro de las 24 horas siguientes a su procesamiento, declaración indagatoria (arts. 386 y 388 LECRIM)[152]. En el auto de procesamiento pueden decretarse asimismo las medidas cautelares conducentes al aseguramiento de las responsabilidades penales pecuniarias (pena de multa) y de las responsabilidades civiles derivadas del delito y costas procesales, consistentes en el afianzamiento de las mismas y, en caso contrario, en el embargo preventivo de sus bienes (art. 589 LECRIM).

Con ello quedan formadas las tres piezas del sumario o conjunto de documentos genéricos distintos y procesales que lo forman, y una eventual. En efecto, al lado de la pieza principal, que parte del auto de incoación del sumario, en la que se comprenden las diligencias sumariales realizadas con el fin de averiguar el delito y la participación del imputado en la comisión del mismo y que termina con el auto de conclusión del sumario, existen las piezas de situación personal y la pieza de responsabilidad civil. La pieza de situación personal comprende las medidas cautelares personales (prisión o libertad provisional) tomadas respecto al imputado y, en su caso, las fianzas prestadas para responder de su comparecencia en el juicio oral (art. 544 LECRIM). La pieza de responsabilidad civil toma constancia de las medidas cautelares patrimoniales (fianzas y embargos) adoptadas para asegurar las

[150] La ley no obliga a adoptar estas medidas cautelares en el auto de procesamiento, pero es práctica constante de nuestros tribunales el hacerlo así. Véase a J. V. GIMENO SENDRA, *El auto de procesamiento,* RGLJ, 198 , pág. 338.

[151] La libertad provisional puede decretarse discrecionalmente por el JI con o sin fianza, siendo acompañada además de otras medidas de garantía, como la obligación de comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional, normalmente los días 1° y 15 de cada mes (arts. 529, I y II y 530 LECRIM), o, en su caso, la privación provisional del permiso de conducir (art. 529 bis LECRIM).

[152] Esta regulación de la declaración indagatoria es, desde el punto de vista sistemático, la consecuencia de un error histórico. *Vide* sobre ello, extensamente, GÓMEZ COLOMER, *Origen y evolución...*, cit., págs. 390 y ss.

responsabilidades pecuniarias (multas, costas y responsabilidad civil propiamente dicha) del procesado, que la sentencia definitivamente determinará (art. 590 LECRIM), o, en caso contrario, se hará constar la insolvencia total o parcial del procesado. Eventualmente, como hemos dicho, puede formarse la pieza de responsabilidad civil de tercero, cuando de las investigaciones aparezca la responsabilidad de un tercero conforme a las reglas del C. P., arts. 20 y 21 fundamentalmente (art. 619 LECRIM).

Practicadas las diligencias necesarias para lograr el buen fin de la instrucción (la averiguación del delito) y procesada la persona o personas sobre las que recaen los indicios racionales de criminalidad, el JI dictará auto declarando concluso el sumario (art. 622 I, LECRIM), que deberá ser notificado a todas las partes, emplazándolas para su comparecencia ante el tribunal competente para conocer de la fase de juicio oral, es decir, competente para dictar la sentencia (art. 623 LECRIM).

Pero si el JI considera que el hecho investigado es falta y no delito, mandará remitir las actuaciones al juez de distrito, consultará esta decisión con el tribunal competente para el juicio oral (art. 624 LECRIM), y emplazará a las partes para su comparecencia ante el JD una vez sea firme el auto aprobatorio de dicho tribunal (art. 625 LECRIM). Si considera que es delito, remitirá las actuaciones, junto con las piezas de convicción recogidas, es decir, las "pruebas" materiales de la comisión del delito, al tribunal juzgador (art. 622 I, *in fine*, LECRIM), participando al mismo los recursos que quedasen pendientes de resolución (art. 622 III y IV, LECRIM). Comienza así[153] la fase intermedia.

2. *Fase intermedia*

Recibidos los autos y piezas de convicción, el presidente del tribunal mandará pasarlos al ponente[154], abriendo antes los pliegos y demás objetos cerrados y sellados que hubiere remitido el JI (art. 626, I, LECRIM). Una vez hecho esto, si hubiera pendiente de resolución algún recurso de apelación en un efecto (o de queja), se suspenderán las actuaciones hasta que se resuelva. La resolución puede tener un doble contenido: a) si estima el recurso, se revocará el auto de conclusión y se devolverá el sumario al JI, con testimonio del auto resolutorio de la apelación expresando las diligencias que hayan de practicarse (art. 622 IV, *in fine*, LECRIM); b) si lo desestima, en cuanto que la resolución en que se acuerde así sea firme, continuará la sustanciación de la causa conforme a los arts. 627 y ss. (art. 622 IV, LECRIM).

Si no existen esos recursos, o se desestiman, se pasan los autos para instrucción a las partes acusadoras, primero al MF si interviene en la causa (art. 627 I y II,

[153] Recuérdese la polémica doctrinal acerca de su existencia y actos que comprende, anteriormente vista.

[154] En toda causa criminal, en su fase intermedia y de juicio oral (también en casación), figura, como miembro del tribunal, un magistrado ponente (art. 146, I, LECRIM), cuya misión fundamental, entre otras muchas (v. art. 147 LECRIM), es redactar la sentencia (art. 147-4°).

LECRIM). Al entregar la causa, el tribunal dispondrá lo necesario para que los acusadores puedan examinar las piezas de convicción (art. 629 LECRIM). La ley no se refiere al procesado, pero ello no puede interpretarse literalmente[155], puesto que, como sabemos desde la reforma, efectuada por la ley de 4 de diciembre de 1978 la solución debe ser positiva a la intervención del imputado en esta fase del proceso, con base en la expresión literal de los arts. 118 I y 302 I, de la LECRIM: "Las partes personadas podrán intervenir en *todas* las diligencias del procedimiento".

Las partes, al devolver los autos, acompañarán un escrito manifestando alguno de los siguientes extremos:

a) Pedir la confirmación del auto de conclusión (art. 627 III, LECRIM), en cuyo caso, además, por mora del principio acusatorio, vienen obligados a pedir, bien el sobreseimiento, libre o provisional, bien la apertura del juicio oral (art. 627 IV, LECRIM).

b) Pedir la revocación del auto de conclusión del sumario (art. 627 III, *in fine*, LECRIM), por entender que no es completo o que es defectuoso.

Devueltos los autos, el tribunal dictará auto confirmando o revocando el del JI (art. 630 LECRIM). Si lo confirma, el tribunal debe resolver acerca de la apertura del juicio oral o del sobreseimiento (art. 632 LECRIM). Si lo revoca, mandará devolver las actuaciones que forman el sumario al JI y expresará las diligencias que hayan de practicarse, así como devolverá también las piezas de convicción que considere necesarias para la práctica de nuevas diligencias (art. 631 LECRIM).

Si el tribunal acuerda la apertura del juicio oral, a la que viene obligado de pedirlo al menos una de las partes acusadoras (art. 645 II, LECRIM), salvo que considere que los hechos no son constitutivos de delito, en cuyo caso decretará el sobreseimiento libre al amparo del art. 637-2° (art. 645 I, LECRIM), termina la fase intermedia y dicta auto de apertura del juicio oral[156].

Si la acusación solicita el sobreseimiento, la ley distingue según la calidad de la parte acusadora. Si es el MF el único acusador personado en la causa, y además el tribunal es de opinión discordante, puede, para evitar su decretamiento, ofrecer las acciones a los ofendidos no personados (art. 642 I, LECRIM) y, si no se personan, puede también acudir al superior jerárquico del fiscal de la causa, para que se pronuncie acerca de su procedencia (art. 644 LECRIM). En caso negativo, el tribunal está obligado a sobreseer (arts. 642 II y 643 II, LECRIM). Pidiéndolo todas las partes acusadoras, el tribunal está obligado a sobreseer, tanto si se ha pedido

[155] Véanse a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 989 y a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 301.

[156] La vinculación del tribunal es, pues, total, con esa sola excepción. Véase a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 310. No obstante, véanse también las certeras afirmaciones de GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, págs. 202 y 203. FAIRÉN, "Procesamiento, sobreseimiento, acusación", en *Temas...*, cit., t. II, págs. 1282 a 1284, ha pedido la ampliación de las facultades del Tribunal en el sobreseimiento, sin que tenga libertad absoluta para decretarlo, sean cuales fueren las peticiones de las partes.

el libre, como si el provisional (art. 641 LECRIM)[157]. No acordándose el sobreseimiento, el tribunal debe dictar inmediatamente auto de apertura del juicio oral.

3. *Fase de juicio oral*

Comienza, pues, con el auto de apertura del juicio oral (art. 649 I, LECRIM, primer inciso), en el que debe acordarse también comunicar la causa a las partes, por su orden, para que califique provisionalmente los hechos (art. 649 I, LECRIM, segundo inciso).

Antes de que las partes califiquen puede suspenderse la tramitación del proceso mediante el planteamiento de un incidente basado en los artículos de previo pronunciamiento (art. 667 LECRIM), por entender las partes que concurre alguna o algunas de las causas mencionadas en el art. 666 de la LECRIM. Si el tribunal admite la causa 2ª (cosa juzgada), o 3ª (prescripción del delito), o 4ª (amnistía o indulto), dicta auto de sobreseimiento libre y termina el proceso (art. 675 LECRIM). Si estima la causa 1ª (incompetencia de jurisdicción), mandará remitir las actuaciones al tribunal que repute competente (art. 674 III, LECRIM)[158]. Desestimándolas, se reabre el plazo para calificar provisionalmente (arts. 676, II y III y 679 LECRIM).

[157] Los efectos comunes del sobreseimiento son el archivo de la causa (art. 634 III, LECRIM), el dar el destino ordenado por la ley a las piezas de convicción (art. 635 LECRIM) y la cancelación de las fianzas y embargos (art. 634 III, *in fine*, LECRIM y Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1902, págs. 52 a 54). El sobreseimiento libre tiene, además, los siguientes efectos: a) respecto al acusador, puede el tribunal mandar proceder contra él con arreglo a lo dispuesto en los art. 325 y 453 y ss. del C. P. (art. 638, III, LECRIM), o reservar al procesado su derecho de perseguir al acusador por calumnia (art. 638 II, LECRIM); b) respecto al imputado, si se ha decretado en base a los números 1 y 2 del art. 637, podrá declarar que la formación de la causa no perjudica a su reputación (art. 638 I, LECRIM); en el caso del núm. 3°, continuará la causa respecto a los demás procesados (art. 640 LECRIM); y c) respecto al proceso, el efecto más importante es la producción de la cosa juzgada material, que equivale a la sentencia absolutoria. Véase a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 229 a 231; a FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 889; a PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Derecho...*, cit., pág. 311; y a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada...*, cit., págs. 142 y ss.; no obstante, la Fiscalía del Tribunal Supremo no siempre ha estado a favor de esta tesis (v. su Memoria de 15 de septiembre de 1908 y FENECH, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 888 y 889). En cuanto al sobreseimiento provisional, no produce el efecto de cosa juzgada material, pues no resuelve definitivamente el proceso, pero existe discusión acerca de sus efectos, dado que para FENECH (*Derecho...*, cit., t. II, pág. 889) y para GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA (*Derecho...*, cit., pág. 231), produce la suspensión de la causa y el archivo provisional de las actuaciones, mientras que para PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*Derecho...*, cit., págs. 311 y 312), además de los efectos anteriores, se produce la devolución de las piezas de convicción cuyo dueño sea conocido, y la cancelación de fianzas y embargos. Por último, si se ha sobreseído por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 637-2° LECRIM), pero lo son de falta, no se archivan las actuaciones, sino que se remiten al JD o de paz competente para la celebración del juicio correspondiente (art. 639 LECRIM).

[158] La causa 5ª del art. 666 (falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a leyes especiales), carece hoy de fundamento, por dos razones. En primer lugar, porque hace referencia a la Constitución de 1876, que no fue desarrollada en este punto; segundo, porque el art. 44.2 LRJAE niega este requisito (v. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., pág. 247). Tan solo operaría, y ello es muy discutible, pues hay disposiciones específicas, para el procesamiento de un senador o diputado, pues se requiere autorización al suplicatorio de la cámara respectiva (arts. 750 y ss. LECRIM, 10 y ss. del Reglamento del Congreso de 24 de febrero de 1982, y 20 y ss. del Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982); en todo caso, su falta puede denunciarse por esta vía.

En las calificaciones provisionales, las partes, primero el MF, luego, si los hubiere, el acusador particular, el acusador popular, el actor civil[159] y, por último, el procesado y, en su caso, el tercero civilmente responsable (arts. 649 I, 651 y 652 LECRIM), complementan las exigencias del art. 650 de la LECRIM, interponiéndose por vez primera la pretensión y la resistencia penales (v. art. 650-5ª LECRIM). Por último, en el trámite de calificación provisional se da la primera oportunidad al acusado para que manifieste, dándose los presupuestos legales exigidos, su conformidad con la pena pedida por la acusación (art. 655 LECRIM).

A este acto procesal subsiguen determinados actos preparatorios de la vista oral y la propia vista, tras cuya finalización el tribunal dictará la sentencia[160]:

a) *Actos preparatorios de la vista:* 1. En los propios escritos de calificación provisional, las partes han de proponer los medios de prueba que les interesen, de acuerdo con el formalismo legalmente establecido (arts. 656 y 657 I y II, LECRIM).

2. El tribunal debe examinar y resolver acerca de la admisión de los medios de prueba propuestos (arts. 658 y 659 I a IV, LECRIM).

3. En su caso, puede promoverse ahora el incidente de recusación de los peritos (arts. 662 y 663 LECRIM).

4. También en el escrito de calificación provisional, si no se hubiere propuesto ya en el sumario, puede pedirse la práctica anticipada de las pruebas pericial y testifical, dándose los presupuestos legales (arts. 657, 718, 719, 720, 725 y 727 LECRIM).

5. En el mismo auto en que el tribunal admita las pruebas propuestas, señalará día para el comienzo de la vista (art. 659 V, LECRIM) y ordenará que se cite a peritos y testigos (arts. 660 y 661 LECRIM) y a las partes (art. 664 LECRIM), y que se proceda a la conducción del acusado al lugar del juicio (art. 664 LECRIM).

6. La fecha de celebración de la vista puede aplazarse en los casos del art. 745 de la LECRIM.

7. Por último, la vista puede realizarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional concurriendo los presupuestos del art. 665, de la LECRIM.

El siguiente escalón, tras estos actos preparatorios, lo constituye ya la celebración de la vista oral o juicio oral *strictu sensu*.

b) *Vista:* 1. Comienza con la declaración formal por el presidente del tribunal de apertura de la misma (art. 688 I, LECRIM).

[159] La pretensión civil fundada en el acto ilícito (delito) puede ser satisfecha de dos formas distintas en nuestro ordenamiento. En primer lugar, en un proceso civil ordinario (el que corresponda por la cuantía); o, en segundo lugar, en un proceso civil acumulado al penal. Esta segunda es la solución normal, requiriéndose acto expreso en contra del perjudicado para que no se produzca la acumulación (art. 112, I, LECRIM). En consecuencia, calificará el actor civil, es decir, será parte en la causa penal, pero parte civil, siempre que no haya optado por reservarse la acción civil (v. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. II, págs. 369 a 372). Una visión de conjunto sobre la acción civil puede verse en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 86 a 102.

[160] Véase, sobre estos actos en general, a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit., págs. 251 y ss.; a P. ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Ed. Rubí, 1981, págs. 444 y ss.; y M. SERRA DOMÍNGUEZ, "El juicio oral", en *Estudios...*, cit., págs. 755 y ss.

2. A partir de la apertura de la vista los actos son públicos; empero, conforme lo visto en los arts. 680, 681 y 682 de la LECRIM, antes de comenzar la vista o en el transcurso de esta, puede ser declarada secreta para terceros.

3. Luego de la declaración de apertura y, en su caso, del secreto o vista a puerta cerrada y si concurren los presupuestos legales, el presidente preguntará si el acusado se conforma con la pena pedida por la acusación (arts. 688 II a 700 LECRIM).

4. A continuación dará cuenta el secretario de los extremos a que se refiere el art. 701 I a III, LECRIM).

5. A continuación sigue el interrogatorio del acusado, trámite inexplicablemente olvidado por la LECRIM, pero que se practica por todos nuestros tribunales siguiendo el principio de contradicción.

6. Tras el interrogatorio del acusado, se procede a la práctica de las pruebas admitidas. El orden legal se determina en el art. 701 IV y V de la LECRIM, pero el presidente puede alterarlo si lo considera conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad (art. 701 VI). Acerca de la prueba testifical, véanse los arts. 704 a 715 de la LECRIM, y de la pericial, los arts. 724 y 725. La prueba de inspección ocular se regula en el art. 727 y, por último, respecto a la prueba documental y la introducción en el juicio oral de las pruebas de convicción, los arts. 730 y 726 respectivamente.

7. Tras la práctica de la prueba, las partes elevarán a definitivas sus calificaciones provisionales o las modificarán (art. 732 LECRIM). En las calificaciones definitivas se interpone definitivamente la pretensión y la resistencia penales.

8. Dándose los presupuestos legales, el tribunal puede proponer a las partes la denominada tesis de desvinculación, haciendo uso de la facultad que le concede el art. 733 de la LECRIM. Con ello el tribunal puede imponer la pena más grave, por ser más grave el delito por él sustentado, impidiendo el recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 851-4° LECRIM).

9. Tras la prueba o la discusión acerca de la tesis de desvinculación, las partes informarán, por su orden, acerca de los extremos a que se refiere el art. 734 II, LECRIM.

10. A continuación de los informes, se concederá por última vez la palabra al acusado (art. 739 LECRIM), que es la manifestación más genuina en la LECRIM del derecho de autodefensa.

11. Por último, con las palabras tradicionales "Visto para sentencia", el presidente del tribunal declarará formalmente concluída la vista (art. 740 LECRIM).

Realizado este acto, el tribunal, dentro del plazo legalmente establecido (tres días, art. 203 I, LECRIM), dictará la *sentencia* condenatoria o absolutoria (art. 741 I, LECRIM)[161].

[161] La duración del proceso penal ordinario por delitos graves es imposible de calcular, porque las estadísticas judiciales no proporcionan datos suficientes (v. gr., no consta la duración de la casación). Aproximadamente sin embargo se puede afirmar que, según fuentes oficiales, la instancia única (juicio oral de única instancia, es decir, el procedimiento ordinario tipo que hemos venido considerando), duró más de 6 meses en el 30-35% de los casos (v. *Estadísticas Judiciales de España, Año 1978*, Madrid, Ed. Instituto Nacional de Estadística, 1982, pág. 52); en la práctica es normal una duración de dos a tres años, a la que habría que añadir un año de la casación.

Este es, a grandes rasgos, y en un muy apretado resumen, nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, en el que se debe adoptar la reforma que el gobierno constitucional en el poder pretende realizar[162]. Todos estos datos expuestos conforman evidentemente un sistema acusatorio formal, en el que se garantizan legalmente los derechos penales democráticos de todo inculpado, salvo naturalmente los que estén en contradicción con la propia esencia del proceso penal, partiendo del principio cardinal, hoy constitucional, de la presunción de inocencia, es decir, de que en España solamente es culpable de haber cometido un delito el que haya sido condenado por sentencia firme, y no antes[163].

[162] El Partido Socialista Obrero Español (PSOE), hoy en el poder, presentó a las pasadas elecciones legislativas del 28 de octubre de 1982 un programa electoral, cuyas líneas fundamentales, respecto al enjuiciamiento criminal y en general respecto a la justicia, eran las siguientes: 1°) establecimiento del jurado (apartado 1.1.3.); 2°) eliminación de los obstáculos que dificultan el ejercicio de la acción popular (apartado 1.1.3.); 3°) elección de los jueces de paz (apartado 1.1.3.); 4°) promulgación de una ley sobre *habeas corpus* (apartado 1.1.4.); 5°) reformar la asistencia letrada al detenido (apartado 1.1.4.); 6°) potenciar el proceso de amparo constitucional (apartado 1.1.4.); 7°) reformar la administración de justicia (apartado 2); 8°) reformar la justicia militar, reduciéndola al ámbito estrictamente castrense y promulgando nuevo Código Penal Militar, una ley que regule los órganos de la jurisdiccional militar y una ley procesal militar (apartado 2.1.); 9°) adecuar el Código Penal a la sociedad española, suprimiendo las penas cortas privativas de libertad y derogando la LPRS (apartado 2.2.); 10) adaptar la organización judicial a la Constitución (apartado 2.3.); 11) organizar una nueva demarcación judicial (apartado 2.4.); 12) agilizar los procedimientos judiciales (apartado 2.5.); 13) dotar a la administración de justicia de más jueces (apartado 2.6); 14) proporcionar a la justicia medios suficientes (apartado 2.7); 15) establecer la gratuidad de la justicia (apartado 2.8); 16) reformar las instituciones penitenciarias (apartado 3) y 17) suprimir las magistraturas tutelares de menores y sustituirlas por juzgados especializados. El programa completo a estos puntos atinente puede verse en "Programa electoral del Partido Socialista Obrero Español", en *Revista Justicia* 83, I, págs. 212 a 220.

[163] Acerca del tratamiento general de los derechos constitucionales del imputado, véase F. RAMOS MÉNDEZ "La situación del enjuiciamiento criminal en España", en *Justicia* 83, III, págs. 549 y ss.; en particular, sobre la presunción de inocencia, véase J. L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal,* Barcelona, Edit. Bosch, 1984, *passim.*

ABREVIATURAS

A.: Auto
AA: Autos
ADC: Anuario de Derecho Civil
ADP: Anuario de Derecho Penal
AE: Abogado del Estado
AN: Audiencia Nacional
AP: Audiencia Provincial
art.: artículo
AT: Audiencia Territorial
BIJM: Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOE: Boletín Oficial del Estado
cap.: capítulo
C. C: Código Civil
CE: Constitución española
cit.: citado
CJCRIM: Colección de Jurisprudencia Criminal
CJM: Código de Justicia Militar
C. P.: Código Penal
CPC: Cuadernos de Política Criminal
D: Decreto
Ed.: Editorial/Edición
EMF: Estatuto orgánico del Ministerio fiscal
esp.: especialmente
Iª: Imprenta
JD: Juez/Juzgado de Distrito
JI: Juez/Juzgado de Instrucción
Lª: Librería
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP: Ley General Penitenciaria
lib.: libro
LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
L. O.: Ley Orgánica
loc.: lugar
LOCGPJ: Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL: Ley de Procedimiento Laboral
LPPNA: Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea
LPRS: Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social
LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado
MF: Ministerio fiscal
NEJS: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
O: Orden
op.: obra
pág. página
RA: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD: Real Decreto
RDJ: Revista de Derecho Judicial
RD-1: Real Decreto-ley
RDP: Revista de Derecho Procesal
RDPI: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana
RDPv: Revista de Derecho Privado
RGD: Revista General del Derecho
RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC: Revista Jurídica de Cataluña
RLGP: Reglamento Penitenciario
RLPRS: Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social
RO: Real Orden
RT: Revista de los Tribunales
S: Sentencia
SS: Sentencias
ss.: siguientes
t.: tomo
TC: Tribunal Constitucional
tít.: título
trad.: traducción
TS: Tribunal Supremo
últ.: último/últimamente
v.: véase
vol.: volumen

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

DEL CONTROL COMO DELITO, AL CONTROL DEL DELITO (NOTAS PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL EN LA ARGENTINA DEMÓCRATICA)*

Dr. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

No parece exagerado afirmar, aunque el tema haya sido prácticamente ignorado por la literatura criminológica nacional, que la denominada "pena" de desaparición (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1984), constituyó *uno* de los puntos centrales[1] de la política de control social en la Argentina durante la dictadura militar 1976-1983. Esta ignorancia de la situación concreta de represión y autoritarismo puede entenderse en muchos casos por razones que se vinculan directamente con la falta absoluta de garantías para quien, en el país, hubiera emprendido un análisis de esta naturaleza. En otras palabras, el "estado de las cosas" impidió el análisis del paso de la democracia a la dictadura, para entender el desarrollo de la cuestión criminal ("el estudio del Estado queda supeditado al Estado que estudio", para decirlo con palabras de N. LECHNER (1977, 28).

En la Argentina actual la situación ha cambiado. Resulta hoy práctica y teóricamente imposible no tomar en cuenta el tránsito de la dictadura a la democracia para entender tanto la dimensión de la cuestión criminal cuanto para discutir las líneas generales de una política criminal democrática.

El análisis de la política de control social durante el período de la dictadura militar, permite afirmar que ciertas formas centrales de la represión institucional constituían de hecho delitos que hubieran sido sancionados por la legislación penal vigente si otra hubiere sido la correlación de fuerzas políticas y la actitud del poder judicial.

Contrariamente, el tránsito de la dictadura a la democracia debería implicar entonces el tránsito de una situación en la que el núcleo del control social constituye

* Ponencia presentada en el seminario "El Control Social en América Latina", organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por los profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ROBERTO BERGALLI, en Sitges, Cataluña, del 17 al 20 de septiembre de 1984.

Investigador del Institut für Rechts und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, República Federal de Alemania.

[1] Otro aspecto muy importante que ha de tenerse en cuenta para el análisis de la política de control social en la Argentina, es el que ha resaltado E. ZAFFARONI (1984), relativo al sistema contravencional. Este sistema, que constituiría el aspecto minúsculo de la problemática del control social, opera con una minimización formal (legal) para lograr una optimización de la represión material. Es de hacer notar, sin embargo, que el funcionamiento de este sistema no se limita solamente a los períodos de quiebra del orden constitucional.

una forma de delito, a otra situación en la que el delito (luego de problematizar su definición) debe ser controlado pero respetando plenamente la totalidad de las garantías individuales y colaborando al mismo tiempo en el desarrollo de las potencialidades positivas de los sectores populares.

Esta mínima precisión inicial no agota, sin embargo, la tarea de delimitar el tema *delito* y *control*. Un posterior esfuerzo en ese sentido debe incluir la explicitación de la perspectiva politicocientífica a partir de la cual considerar el tema del control del delito en la Argentina de la transición de la dictadura a la democracia. En ese sentido, tres son como mínimo las alternativas posibles desde las cuales encarar el análisis:

a) una visión caótica de la democracia y el cambio social, perspectiva que con diversos grados de sutileza es sostenida por los juristas antidemocráticos pertenecientes al ámbito cultural de la oligarquía argentina;

b) una visión positiva pero inmediatista del proceso actual, sostenida por quienes de una u otra forma desarrollan tareas de gobierno y que por ello se ven en la necesidad de producir hechos "concretos" en el corto plazo;

c) una visión positiva pero eminentemente crítica del proceso actual, sostenida por quienes sin ocupar cargos de gobierno coinciden plenamente en la necesidad de consolidación de un orden democrático, en el cual, sin embargo, se acepte y reconozca la necesidad, tolerancia y visibilidad del conflicto social.

El hecho de que la dirección científica que aquí se adopta se mueva dentro del campo de la denominada criminología crítica[2], ayuda a entender que la perspectiva política elegida en este trabajo se vincule a la tercera de las alternativas señaladas. Adoptar una actitud como esta obliga a tratar, así sea en forma breve, un tema que debería convertirse en condición *sine qua non* de la discusión en torno a la política criminal para esta etapa: las relaciones entre la criminología crítica y el orden politicosocial constituído.

La discusión en torno a "ley y orden"

La discusión en torno a las relaciones de la criminología crítica con el orden politijurídico establecido, se desarrolla con cierta intensidad desde hace algunos años en la literatura anglosajona. Bajo el tema *law and oder*, una buena parte de la criminología de izquierda inglesa y norteamericana ha ido revisando gran parte de sus postulados elaborados a fines de la década del 60 y comienzos del 70[3].

De este modo la crítica teórica y el trabajo de desmistificación ideológica ceden el paso en primer término a la autocrítica, y luego a la elaboración de propuestas que se concretan en algo que podría ser denominado como una serie de "mini" políticas criminales surgidas desde "abajo"[4]. Por motivos que seguramente incluyen argumentos tan diversos como un orden de prioridades de diferente y difícil acceso a la literatura en lengua inglesa, el debate en torno al problema del *law and order* no ha comenzado aún explícitamente en América Latina. Sin embargo, creo no equivocarme al afirmar que, cualquiera sea el nombre que el mismo adopte, dicho debate se está produciendo. Esta circunstancia, sumada al hecho de que parece posible predecir la dirección que tomara el debate desde una perspectiva "radicalizada", impulsa a elaborar esta breve reflexión.

Parece importante comenzar por responder a la pregunta, acerca de cuáles son los motivos que impulsan a pasar de propuestas amplias para la acción politicocultural (tareas de crítica ideológica) a mini propuestas de acción concreta destinadas a asegurar "por lo menos" un mini orden alternativo (organización de vecinos para defensas de los barrios contra la criminalidad, etc.). Todo pareciera indicar que frente a la *ley y el orden* establecidos hubiera solo dos alternativas (y esto siempre desde un punto de vista que podría denominarse progresista, crítica, radical, etc.).

a) La alternativa de "por lo menos' elaborar concretamente las mini políticas criminales mencionadas, es decir, de "hacer algo"; en otras palabras, la alternativa de la *acción*;

b) Definida de este modo la primera alternativa, la segunda —aquella de la crítica ideológica— se convierte desde esta perspectiva en la alternativa de la *inacción*.

Llegado a este punto, debe admitirse que la posición sostenida en esta parte del trabajo resulta un tanto incómoda y por lo menos semánticamente complicada. Intentaré demostrar que la denominada perspectiva de la *acción* tiende a transformarse (en determinadas condiciones políticas) en la de la *inacción* y viceversa.

Debo aclarar tal vez —aunque me parece obvio— que no me sitúo dogmáticamente en contra de las posibilidades de actuar que ofrecen determinadas coyunturas politicoinstitucionales. Se trata, sin embargo, de tener presente la necesidad permanente de la función crítica de la ciencia social.

La política de la *acción* y de las mini políticas criminales, en condiciones de una correlación de fuerzas políticas desfavorables, depende de factores altamente arbitrarios e inestables lo que puede hacer concluir abruptamente un trabajo de años en un lapso muy breve de tiempo.

Para quien no tiene claro que la perspectiva estratégica es la de la crítica ideológica, las consecuencias del fracaso de una mini política criminal pueden ser la frustración y por ende la *inacción* definitiva.

De lo anterior pueden sacarse algunas conclusiones de importancia que refuerzan la afirmación inicial relativa a la necesidad de un análisis detallado de la coyuntura sociopolítica, como requisito para la comprensión plena de la dimensión de la cuestión criminal. Viendo el problema en forma retrospectiva, la ignorancia de cuestiones macroestructurales (o microestructurales en el sentido del citado artículo de ZAFFARONI no pueden ser, lamentablemente, atribuídas solo a las condiciones políticas imperantes bajo la dictadura militar. El cambio de la coyuntura política no halla su correspondencia en el plano de la cultura jurídica. *La democratización de la política no ha conducido ni parece conducir a una democratización del derecho.*

[2] Sobre el concepto de *criminología crítica*, remito al trabajo de A. BARATTA (1984).

[3] Para mencionar solo algunos de los trabajos más representativos de esta corriente, véase a B. GROSS (1982), T. PLATT (1983), y J. LEA-J. YOUNG (1984). Esta corriente de la criminología crítica ha sido señalada recientemente entre otras, por D. MELOSSI (1983), como un "nuevo realismo" de izquierda.

[4] El artículo más representativo de esta posición es el de B. GROSS (1982).

Esta situación, por lo menos en buena parte, resulta atribuíble a lo que en otra parte he denominado "hegemonía jurídica del bloque tradicionalmente dominante" (E. GARCÍA MÉNDEZ, 1983), es decir, que el punto de vista de este sector sea aceptado consensualmente por el conjunto de la sociedad. He aquí un motivo más para persistir en la actitud de concebir a la criminología como una teoría social eminentemente crítica destinada específicamente a desmistificar el campo de la desviación y el control social.

Delito y control

Los diversos significados que asume el binomio delito-control, dan cuenta tal vez con más claridad que otros intentos, de las distintas etapas politicocientíficas de la disciplina criminológica. Para enumerarlas brevemente y en una forma no taxativa debe decirse que:

a) para las concepciones tradicionales de la criminología, sostenedoras de un paradigma etiológico y una noción ontológica de la criminalidad, delito y control no tienen entre sí ningún vínculo condicionante. El delito constituye un dato preconstituído, no solo a las definiciones jurídicas y sociales sino que además resulta independiente de las políticas destinadas a su control;

b) para ciertas concepciones que ponen el énfasis sobre los condicionamientos económicos, el control del delito resulta también —aunque por motivos diversos— una variable externa e independiente de este último. Son las fluctuaciones de la economía las que determinan las cifras de la criminalidad en forma totalmente independiente de la política criminal[5];

c) para la teoría del etiquetamiento (*labelling approach*) se produce un cambio fundamental respecto del paradigma etiológico, que afecta precisamente y en forma particular la comprensión del significado del binomio delito-control. No es la existencia de delitos lo que provoca su control, sino que paradójicamente es el control la primera fuente de producción del delito;

d) para la criminología crítica, que junto a la dimensión de la definición (*labelling approach*) incorpora la dimensión del poder (A. BARATTA, 1984. D, PFEIFFER, S. SCHEERER, 1979), el significado de la relación delito-control depende fundamentalmente de un análisis desprejuiciado, tanto de la correlación de fuerzas politicosociales imperantes, como de la calidad y extensión de los bienes jurídicos protegidos o no.

No me interesa reproducir aquí las críticas que ponen de manifiesto los límites de la criminología tradicional y de las concepciones economicistas en el tratamiento del tema *control del delito* (A. BARATTA, 1982). Me interesa más bien subrayar la necesidad de producir una *teoría fundada del etiquetamiento (grounded labelling theory)* que sea capaz de vincular el discurso social sobre la cuestión criminal con el discurso social sobre la economía y la política tal como lo propone MELOSSI (1983, 466). Todo ello para lograr finalmente un discurso sociológico aceptable sobre el *ser*

[5] Me refiero al trabajo de W. BONGER (1905) y muy especialmente al capítulo XII, "Pena y Estructura Social", escrito solo por KIRCHHEIMER, como puede leerse en el prefacio de esa obra.

del delito (D. MELOSSI, 1983, 465). Pero presentar esta última posición como homogéneamente representativa dentro de la criminología crítica, constituiría una actitud abiertamente reduccionista del panorama actual en la materia.

Otras dos son como mínimo las corrientes que se mueven dentro del vasto campo de la criminología crítica:

a) el denominado "nuevo realismo" al que se hizo alusión a propósito de la discusión sobre la ley y el orden, y

b) la perspectiva denominada abolicionista, uno de cuyos exponentes más representativos es L. HULSMANN (1984), perspectiva que ha sido definida —a mi juicio muy acertadamente— por S. SCHEERER (1983) como una crítica negativa y como una teoría sensibilizadora respecto de los mecanismos de control social. El hecho de que esta corriente de pensamiento proponga una abolición radical del sistema penal es lo que la convierte en una provocación politicocientífica, ya que va en contra de muchos de los mitos enraizados en el pensamiento jurídico tradicional y también —es bueno reconocerlo— en el no tan tradicional. Estas circunstancias hacen propicio y conveniente que algunos aspectos del debate en torno a una política criminal para la Argentina democrática tengan como punto de referencia la perspectiva abolicionista.

Política criminal: ¿qué delito? ¿qué control?

En el contexto de la criminología y el derecho penal tradicionales, el control penal tiende a ser considerado como una consecuencia necesaria y eventualmente como un intento de disuasión de una situación que previamente ha sido definida como delito. En este proceso, el lenguaje se comporta en forma opuesta a aquello que puede ser definido como neutral o inocente. Las distintas formas de denominación pueden conducir a los siguientes resultados:

1) *Desdramatizar una situación*. Cómo seguir hablando de delitos cambiarios, cuando ya no se trata de un *mercado negro* sino de un *mercado paralelo* anunciado en todos los medios masivos de comunicación, como el caso de la Argentina.

2) *Dramatizar una situación*. "Existe una conexión de base entre terrorismo y droga" (declaraciones de A. TROCCOLI; Ministro Argentino del Interior, con motivo de una manifestación que solicitaba la legalización de la marihuana).

3) *"Modernizar" una situación*. "La homosexualidad es una enfermedad, de manera que nosotros pensamos tratarla como tal" (declaraciones de A. TROCCOLI).

Esta dependencia del *control*, respecto de la definición del *delito*, explica por qué para la perspectiva abolicionista la crítica a la aceptación pasiva del concepto de delito constituye un punto central de su enfoque. Esta objeción crítica formulada por los abolicionistas se dirige —a más obviamente que contra la criminología tradicional— también contra la corriente denominada como "nuevo realismo" (L. HULSMANN, 1984). Definido un hecho —desde la perspectiva abolicionista— como *situación problemática* y no como *delito*, su control no deberá ser necesariamente de naturaleza penal y podrá encontrar una solución en alguno de los sistemas alternativos o paralelos a este último: compensatorio, terapéutico, conciliatorio, etc. (European Committee on Crime Problems, 1980).

La posibilidad de desarrollo teórico de una perspectiva como la abolicionista descansa también, entre otros motivos, en la comprobación, producto de investigaciones teóricas y empíricas relativas al costo economicosocial del delito[6] de que, por lo menos en relación con aquellos delitos que no pertenecen a lo que se ha denominado "núcleos duros de la delincuencia", (terrorismo, criminalidad organizada, etc.), el sistema penal crea más problemas de los que contribuye a resolver. Una afirmación semejante resultaría imposible en el contexto argentino, a menos que se base en una mera intuición. Sin embargo, el funcionamiento real de la justicia penal argentina permite "invertir la carga de la prueba" en este caso y pensar que efectivamente el sistema penal crea más problemas de los que ayuda a resolver. El hecho de que esta apreciación relativa al sistema penal no pueda trascender el nivel de la presunción, se debe también a la "política criminal" actual, que al no propiciar un plan coherente y estructurado de investigaciones científicas, avala objetivamente el hecho de que las "tácticas" de política criminal se tomen en función de los estereotipos creados, transmitidos y consolidados por los medios de comunicación de masas.

Pero cuáles podrían ser las líneas generales para una política criminal que reflejara la democratización política, es una pregunta que, necesitando el debate más amplio posible, solo puede ser parcialmente contestada aquí.

La reducción de la utilización del sistema penal en relación con delitos menores parece ser una indicación digna de tenerse en cuenta. Por el contrario, en el caso de los denominados "núcleos duros de la delincuencia" no parece que sea posible razonar de la misma forma. Incluso las propias y breves indicaciones de los teóricos del abolicionismo vinculadas con el tema, no parecen ser en absoluto convincentes (L. HULSMANN, 1984, 20-21).

En la Argentina actual, el problema del control del delito no se agota de modo alguno en delinear una política criminal más o menos "moderna" y circunscrita al ámbito tradicional de la desviación. Se trata, en primer lugar, de la creación de un sentido común en torno a la organización democrática de la sociedad (sentido común del cual se encuentran alejados un buen número de los que podemos denominar "hombres del derecho"). La tarea consiste entonces en delimitar cuidadosamente aquellas situaciones que tienden a la subversión del orden institucional de aquella, y que constituyen problemas que casi siempre se manifiestan en un lugar distinto de aquel que les da origen (deficiencias de socialización, violencia estructural, etc.).

Un tratamiento riguroso, pero al mismo tiempo respetuoso de las garantías individuales, sin tratamientos diferenciales ni de hecho ni de derecho, parece ser la política aconsejable frente a los denominados núcleos duros de la delincuencia. Por otra parte, una actitud de apertura y tolerancia para evitar que sean definidas

[6] Cfr. entre los muchos trabajos que se ocupan del tema, el de ÁLVARO PIRES, P. LANDREVILLE y V. BLANKEVOORT (1980).

como *delitos* situaciones que se convierten en problemáticas solo en el momento que se pretende ejercer un *control* sobre ellas.

En definitiva, una actitud de permanente autocrítica que permita corregir sobre la marcha los errores cometidos y desterrar para siempre —tomando como punto de referencia mínimo los derechos humanos internacionalmente reconocidos— el peligro de que el *control* del *delito* pueda convertirse en un delito gravísimo, tal como ha ocurrido en la historia argentina reciente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, ALESSANDRO (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione a la sociologia giuridico penale*, Bologna, Il Mulino.

BARATTA, ALESSANDRO (1984): "Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa", en AAVV *Criminología Crítica*, Medellín, Universidad de Medellín.

BONGER, WILHELM (1905): *Criminalité et conditions Economiques*, Amsterdam, G. P. Tierie.

EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1980): *Report on Decriminalisation*, Estrasburgo, Consejo de Europa.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1983): "Dominación política y hegemonía jurídica en el cono sur", en *Nuevo Foro Penal*, 20, págs. 476-487.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO (1984): "Para releer a Rusche y Kirchheimer en America Latina", Epílogo a la versión castellana de la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social en América Latina*, Bogotá, Temis.

GROSS, BERTRAM (1982): "Some Anti-Crime Proposals for Progressives", in *Crime and Social Justice*, 17, págs. 51-54.

HULSMAN, LOUK (1984a): *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, Ariel.

HULSMAN, LOUK (1984b): "La criminologia crítica y el concepto de delito", Ponencia presentada al Congreso Internacional de Criminología Crítica, Universidad de Medellín.

LEA, JOHN y YOUNG, JOCK (1984): *What is to be done about Law and Order*, London, Penguin.

LECHNER, NORBERT (1977): *La crisis del Estado en América Latina*, Caracas, El Cid.

MELOSSI, DARÍO (1983): "E in crisi la «criminologia critica»?", en *Dei Delitti e delle Pene*, 3, págs. 447-470.

PFEIFFER, DIETMAR, SCHEERER, SEBASTIAN (1979): *Kriminalsoziologie*, Stuttgart, Kohlhammer.

PIRES, ÁLVARO, LANDREVILLE y P., BLANKEVOORT V., (1980): *Le Couts Sociaux du Systeme Penal*, Escuela de Criminología, Universidad de Montreal.

PLATT, TONY (1983): *Criminology in the 1980s: Progressive Alternatives to "Laew and Order"*, Publicación del Institute for the Study of Labor and Economic Crisis, San Francisco, California.

RUSCHE, GEORG y KIRCHHEIMER OTTO (1984): *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis.

TAYLOR, IAN (1982): "Against Crime and for Socialism" en *Crime and Social Justice*, 18, págs. 4-15.

ZAFFARONI, EUGENIO (1984): "Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represión material", en AAVV, *Criminología Crítica*, Medellín, Universidad de Medellín.

FORO HISTÓRICO

CAUSALES CULTURALES DE JUSTIFICACIÓN

Dr. Luis Fernando Vélez V*.

PRESENTACIÓN**

La peritación antropológica que se transcribe en las páginas siguientes de *Nuevo Foro Penal*, fue rendida por el suscrito ante el señor Juez Séptimo Superior de Medellín y en ella se evidencia la complejidad de la problemática a que se enfrenta la práctica del Derecho Penal cuando se trata de aplicarlo a personas de culturas diferentes de aquella que ha producido la norma y que debe aplicarla.

La opinión dominante hoy en día es la de que al tenor del art. 13 del Código Penal, los indígenas están sometidos en todo a dicho ordenamiento, el cual, por vía de excepción, establece una peculiar medida de seguridad solo para una categoría específica de indígenas: los inimputables por inmadurez sicológica, según el art. 96 del mismo ordenamiento. Para ellos, la medida de seguridad aplicable es el controvertido "reintegro a su medio ambiente natural". Para los demás indígenas el tratamiento en cuanto a penas o a medidas de seguridad, sería igual al contemplado para el resto de los colombianos.

Independientemente de lo afortunado o infortunado del término "inmadurez sicológica", tratándose en este caso de los indígenas, e independientemente también del significado que se le atribuya y de las dificultades prácticas que presente para establecer tal "inmadurez" en casos concretos, es evidente que hay situaciones no sicológicas sino culturales en las cuales los sujetos, por estar inmersos en una determinada cultura, con todos los condicionamientos que ello implica, al ejecutar un hecho típico, no tienen "la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión", porque a la luz de *sus* patrones culturales la conducta pueda ser totalmente lícita y socialmente adecuada. Sin embargo, en tales casos no se les podría atribuir el carácter de inimputables, porque el art. 31 del Código Penal, limita el reconocimiento de la inimputabilidad a los casos en que la causa de la imposibilidad de comprender y de determinarse sea el trastorno mental o la inmadurez sicológica.

Lo anterior ha llevado a que jueces y juristas en general extiendan artificiosa, pero justamente, el alcance del término "inmadurez sicológica" a los casos que pudiéramos llamar de "inimputabilidad cultural".

* El autor es Licenciado *Honoris Causa* de la Facultad de Antropología de la Universidad de Antioquia y profesor en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

** A cargo del autor.

A la par con este tema, corre el de las "causales culturales de justificación", que se manifiesta cuando una determinada conducta, usualmente ilícita en una cultura —demos por caso que carente de derecho escrito— es *permitida* y aun social y culturalmente *exigida* en casos excepcionales. Tal sería lo que ocurriría en una cultura que castigara el homicidio y mayormente el homicidio en la persona de los hijos, y más aún si se tratare de recién nacidos, pero que, tratándose, por ejemplo, de mellizos o de criaturas deformes, obligara a los padres a sacrificarlos por razones mágicas o religiosas, o por otros motivos.

El dictamen que se reproduce explica el problema específico de un comportamiento indígena *defensivo-preventivo* ejecutado bajo el influjo de creencias mágicas fuertemente arraigadas. Si nuestra labor no hubiera sido la de perito antropólogo, habríamos explorado la posibilidad de explicar jurídicamente el fenómeno y tal vez lo habríamos calificado de "estado de necesidad cultural", de pronto equivalente a un estado de necesidad subjetivo, de acuerdo con la temática que actualmente investigamos sobre cultura y causales de justificación.

Después de rendido el dictamen que se presenta, obtuvimos otros documentales que confirman lo dicho sobre las creencias de los Emberá-catíos respecto a las actuaciones maléficas de los jaibanáes y los embrujamientos. Tales materiales proceden de un trabajo de campo que tuvimos el agrado de dirigir y que fue realizado por la señorita MARGARITA ROSA GAVIRIA MEJÍA, egresada de Antropología de la Universidad de Antioquia. Dicho trabajo, inédito, se llevó a cabo en 1984 y se presentó bajo el título de *La delincuencia indígena entre los Emberá-catíos del noroeste antioqueño*.

La investigadora GAVIRIA MEJÍA, en diversas páginas de la versión original de su trabajo, anota los siguientes apartes de diversas entrevistas realizadas:

Entrevista con Anita Bailarín, maestra indígina de Rioverde, Nutibara, Frontino, Antioquia, mayo 2 de 1984: "Los chismes son muy graves porque hace poco en una familia que vive en Curadiente se enfermó un niño e inventaron que mi tía Teresita le había hecho un maleficio. Esa familia como no pudo vengarse de Teresita porque la han estado cuidando para que no le hagan nada, se vengó de mi hermano. Lo hirieron en el camino. Ahora mi familia tiene que tomar también venganza". (Venganza de la sangre como imperativo cultural).

Entrevista con Pedro Luis Domicó, promotor de salud indígena, vereda Pegadó, corregimiento de Murrí, mayo 4 de 1984: "Las venganzas también son por los maleficios, hay jaibanáes que hacen maleficios. Cuando hacen muchos, se unen varios indígenas y lo matan. Nadie venga esa muerte, ni lo entierran, lo dejan para que se lo coman los gallinazos. Los maleficios no siempre los hace un jaibaná; hay personas al interior de la comunidad que ojean la persona. En este momento hay uno en Guaguas. Por eso yo no voy allá. Los maleficios también se hacen con yerbas. Cuando uno llega a un tambo con sed y le dan algo de beber, le pueden echar yerbas a la bebida y hasta ahí llega uno. El jaibaná hace los maleficios con rezos. En este momento en un poblado cerca de Pegadó se enfermaron dos niños en un tambo y el jaibaná señaló a la mujer que les había hecho el maleficio. Cuando

en un tambo se enferma toda la familia es por un maleficio que les hizo un enemigo. Se llama a un jaibaná bueno para que diga quién fue el causante y trate de salvarlo".

Entrevista con Pedro Vidales "liebre" (mestizo), casado con una indígena. La Blanquita, Murrí, mayo 6 de 1984: "La razón de las peleas son las venganzas familiares, y la cadena de venganzas comienza con las amenazas del jaibaná: la muerte natural se le atribuye a la influencia del jaibaná".

Entrevista con Enrique Domicó, gobernador del cabildo indígena de El Pital, Dabeiba, mayo 11 de 1984: "Cuando alguien hace una brujería se reúne toda la comunidad para hacer declarar al 'brujo' (jaibaná). Al enfermo lo curan y le advierten al brujo que si le vuelve a hacer un maleficio a otra persona lo matan. Pero no lo mata solo el gobernador sino toda la comunidad porque de lo contrario el brujo le hace el maleficio al gobernador".

* * *

Señor Doctor
Leonel Calderón Cadavid
Juez Séptimo Superior
Ciudad

Respetado señor juez:

Hace más de un mes me distinguió usted designándome auxiliar de la justicia, como perito antropólogo, para conceptuar sobre la condición cultural de los ciudadanos indígenas *Arcesio* y *Martiniano Baniamá Campaña*, hermanos entre sí, hijos de Auxilio y Felicia (fallecida), oriundos al parecer de las regiones del río Andágueda, Chocó, o de Cuaitadó, Lloró, Chocó.

Estos ciudadanos se encuentran procesados por su Despacho, sindicados del delito de homicidio cometido en la persona del también indígena y además, según el expediente, jaibaná, señor Francisco Mecheche Hoborná, en hechos registrados el domingo 15 de abril de 1984 en el caserío de Buchadó (Urrao, Antioquia).

Como hasta el presente no he podido entrevistar a los mencionados ciudadanos, considero mi deber rendir a usted este dictamen meramente documental sobre el caso, sin perjuicio de que si los jóvenes Baniamá Campaña son remitidos a esta ciudad para alguna actuación judicial, yo me entreviste con ellos y pueda ampliar este dictamen en los términos que usted, señor juez, considere del caso. Si me atrevo a rendir el presente concepto, es porque los materiales documentales y teóricos arrojan ya soporte suficiente para hacerlo.

1. QUIÉNES SON LOS SINDICADOS

Según el expediente conformado, los sindicados son Martiniano Baniamá Campaña, de 20 años de edad, natural de río Andágueda, Chocó, residente en el municipio chocoano de Bagadó (márgenes del Andágueda), con unión libre, que también pudiéramos llamar unión cultural, agricultor de oficio y con estudios hasta tercer año de primaria en la escuela de Piedra Honda, en Bagadó. Y, su hermano, Arcesio

Baniamá Campaña, de dieciocho años, como es usual entre sus gentes, sin residencia fija; agricultor de oficio, soltero, analfabeta. Ambos ciudadanos, son cedulados.

En todo el expediente se da por sentado que los sindicados son indígenas. Aunque se les llame con el despectivo de "cholos", se tratará sin duda de indígenas emberá-catíos, porque tales son los pobladores de las regiones mencionadas como las de su origen y residencia y en el lugar de los hechos que se juzgan y porque de tal ascendencia con sus apellidos.

En efecto, Baniamá (aunque en algunas piezas del expediente se escriba Bainama ó Bamaiam), es un apellido indígena emberá-catío que según el padre CONSTANCIO PINTO GARCÍA[1] "puede venir de Batiazagua y Ma, que a veces significa el punto, el lugar donde; o puede ser contracción de Bahía, Amá. Significaría así: Sardina del agua".

Campaña, por su parte, no es un típico apellido catío, pero puede ser una derivación de alguno de los siguientes apellidos propios de tal grupo: Caima, Canapá, Carampaima, Conampia, Cumnabia, Cunampia, Cunamá, Cuñapá.

2. QUIÉN ERA EL OCCISO

El occiso era Francisco Mecheche Hoborná, indígena, al parecer del mismo grupo étnico de los sindicados, con una edad entre 64 y 70 años, según las diversas piezas que forman el expediente. Según Tolentino Ebao, uno de los declarantes, el occiso era "médico". Y según la totalidad de las piezas probatorias era brujo o curandero o hechicero. Culturalmente era el jaibaná.

El vestuario que portaba al momento de su muerte, confirma su procedencia indígena, e igualmente el apellido Mecheche.

Téngase muy en cuenta su edad, porque tratándose de un jaibaná, la edad avanzada le rodea de especiales misterios, de peligrosidad y de poderes entre su comunidad.

3. ¿QUÉ CREEN LOS EMBERÁ-CATÍOS SOBRE LAS ACCIONES MALÉFICAS DE LOS JAIBANÁES?

Diversos autores se han ocupado del estudio etimológico de la palabra *jaibaná*. Según el padre SEVERINO DE SANTA TERESA[2], "La palabra *Jaibaná* se deriva de jai, achaque, daño, reunión o conjunto. *Jaibaná* puede traducirse por conjunto o reunión de achaques o enfermedades". Según la madre MARÍA DE BETANIA[3], "La palabra *jaibaná* traduce literalmente doctor, médico. *Jai* significa enfermedad;

[1] CONSTANCIO PINTO GARCÍA, *Los indios catíos. Su cultura-su lengua,* volumen primero. Compás Ediciones, Medellín, 1978, pág. 392.

[2] SEVERINO DE SANTA TERESA, *Los indios catíos. Los indios cunas. Autores antioqueños*, volumen 7. Imprenta Departamental, Medellín, 1959, págs. 45 y 46.

[3] MARÍA DE BETANIA, *Mitos y leyendas*, Madrid, Editorial Coculsa, 1954, pág. 23.

bana es derivado de *capaná*, que quiere decir manada y de *paná*, que quiere decir conjunto". La doctora Reina Torres de Arauz, según el padre PINTO[4], hace derivar la palabra *jaibaná*, de *jais* que significaría según ella "espíritus" y así el jaibaná sería aquel que puede entrar en contacto con los espíritus. El padre PINTO, ya por su parte, afirma: "Viene de *jai* que significa achaque, enfermedad; y de *Bana* que significa abundancia de algo. Vale decir: el que dispone de muchos achaques"[5]. El suscrito auxiliar de la justicia, en trabajo anterior ha dicho sobre esta palabra: "Pensamos más bien que debería buscarse la explicación en el segundo de los significados que tiene la palabra *jai* y que es: estatuilla, muñeco, ídolo y jaibaná sería entonces, literal y etimológicamente, algo así como «el que maneja las estatuillas» o «el que da órdenes a los muñecos», o «el que sabe ordenarles o pedirles a los jais»"[6].

Fuera de las funciones medicinales y de todas las demás que los jaibanáes cumplen dentro de la estructura cultural del grupo emberá-catío, los indígenas les atribuyen firme y sinceramente una total capacidad para causar males, para destruir, para enfermar a hombres, animales, plantas y aun lugares o casas.

Con las transcripciones textuales de varios autores que han estudiado seriamente la cultura emberá-catía, trataré de ilustrar al señor juez sobre lo que es para sus individuos la percepción maléfica del jaibaná, médico, doctor o dontor. Empezaré cronológicamente:

El padre SEVERINO DE SANTA TERESA manifiesta: "El Jaibaná no solo cura, sino que embrujia, como ellos dicen. De aquí que los que no sean Jaibanáes tengan a estos un miedo espantoso" y agrega en otro lugar: "Cuanto más viejo sea, más fácilmente cura y embrujia a diestra y siniestra sin quedarse burlado. Si, por ejemplo, se le niega un favor o se le molesta en algo, o tiene algún disgusto con la familia, cuando menos piensan se encuentran embrujados". Y luego, hablando de los sueños de los jaibanáes manifiesta: "Si ven en el sueño que un animal está comiendo un indio, deducen de ahí que algún Jaibaná está embrujando o comiéndole el alma. El indio a quien el Jaibaná ha comido el alma, no tiene cura y queda ya desahuciado. Si el alma está solamente escondida sí entran en curación. Dicen que cuando un Jaibaná quiere embrujar, coge uno de los animales que ve en sueños y lo coloca a las espaldas del que pretende embrujar, y este animal le va comiendo el alma. El comienzo de la enfermedad no es más que el primer mordisco de este misterioso animal. Como a los ocho días acaba de comerle. A estos Jaibanáes-brujos llaman nuestros indios, tigres, por el efecto que producen de comer las almas. Otras veces el brujo esconde el alma del que embruja, pero entonces puede venir otro Jaibaná ara (más fino) y arrebatarle el alma encerrada y reponerle en el cuerpo que antes informaba"[7].

Por su parte, la madre MARÍA DE BETANIA, refiriéndose a estos mismos temas indica: "Sugestión será o intervención del demonio, o lo que fuere, el hecho es

[4] CONSTANCIO PINTO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 283.

[5] Ibídem.

[6] LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ, *Relatos tradicionales de la cultura catía*, Medellín, Imprenta Departamental de Antioquia, 1982, pág. 255.

[7] SEVERINO DE SANTA TERESA, op. cit., págs. 63 y 64.

que hemos visto muchos casos y nos han referido mucho los indios, en que familias enteras han sido víctimas de un jaibaná". Y, más adelante agrega: "Para embrujar, muchas veces basta una mirada fija y persistente del jaibaná a la persona a quien quiere perjudicar (a otro indio, se entiende, pues solamente entre sí reconocen valor a sus funciones). Otras veces el jaibaná le da de beber o comer, extiende hacia él el bastón o la mano, le tira a la cara menudas salivas, le da palmaditas amigables en la espalda u hombro, o bien con solo el hecho de quererlos embrujar ya quedan embrujados. Este último caso lo usan los jaibanáes que saben mucho su arte y que son muy viejos. Todas estas pantomimas las hacen sin que lo note el perjudicado. Cuando ataca a los indios súbitamente alguna enfermedad, dicen que están embrujados y señalan de quién recibieron el perjuicio. Sueñan persistentemente con un jaibaná determinado y que este los mira con mirada torva, o que los acecha con lanzas o escopetas, y de ahí toman pie para creer que el doctor con quien sueñan, es el mismo que los ha embrujado. Sucede también, para persuadirse más de quién es el embrujador, buscan otro jaibaná para que, también por medio de sueños, les descubra quién ha sido el que les ha hecho mal y aseguran que corresponde el soñado por el jaibaná con aquel que sueña el embrujado"[8].

Más o menos en idéntico sentido que los anteriores autores, se pronuncia el Padre CONSTANCIO PINTO, quien hace énfasis en que los jaibanáes brujos son "más temibles en cuanto sean más viejos y experimentados"[9]. Y, en otra de sus obras (*La excursión a Guapá*), transcribe esta respuesta del informante Jorge a la señorita Laura (Laura Montoya Upegui, la madre Laura): "...para ellos el Dios de la tierra es el Jaibaná, que es el dueño de sus vidas. Ellos dicen que a los cristianos los mata Dios, pero que a los indios, los mata el Jaibaná. ¿Se muere un indio? Es porque el jaibaná le mandó el «achaque» que le causó la muerte"[10].

Y, finalmente, HÉCTOR CASTRILLÓN C., en su obra *Chocó Indio*, afirma, refiriéndose a los factores intergrupales de la actual descomposición cultural y social de los indíginas del Chocó: "Durante las fiestas y bajo el efecto de las bebidas embriagantes, salen a relucir los conflictos durante el decurso normal de la vida de la Comunidad Emberá. Los sentimientos que encuentran cauce de salida duran te las fiestas, hacen referencia tanto a la enorme presión que está ejerciendo sobre la comunidad el influjo destructor de la sociedad mayor, como a los conflictos comunes propios de la comunidad y sobre todo a un conflicto de grandes proporciones: es el motivado por la descomposición de la institución Emberá del jaibanismo. Las causas de esta descomposición han sido, entre las comunes a la desintegración de la comunidad: el sincretismo religioso que ha introducido entre los indígenas las categorías de Dios y Diablo. El brujo/jaibaná/malo que invoca al diablo es considerado de mucha peligrosidad y normalmente es eliminado. (...) El sistema de algunos jaibaná poderosos que se proponen eliminar a sus rivales acusándolos

[8] MARÍA DE BETANIA, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

[9] CONSTANCIO PINTO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 307.

[10] CONSTANCIO PINTO GARCÍA, *Excursión a Guapá*. Colección Madre Laura, Medellín, Editorial Granamérica, 1973.

de brujos y que él mismo (el acusador) se crea una aureola de respeto, haciendo creer que determinada muerte fue causada por él. Método expuesto que, si tiene efecto, le da un enorme prestigio"[11].

4. MANIFESTACIONES SIMILARES A LAS DE LA COMUNIDAD EMBERÁ-CATÍA EN OTRAS COMUNIDADES DE LAS COMÚNMENTE LLAMADAS "PRIMITIVAS"

Las concepciones catías sobre los poderes sobrenaturales de los jaibanáes, sobre su peligrosidad, sobre su capacidad de causar daño y sobre las fuerzas que intervienen en la producción de las enfermedades y la muerte, en nada distan de concepciones profesadas por innumerables grupos humanos, de todas las épocas y regiones del mundo, en torno a similares temas. Se trata de los grupos humanos llamados generalmente "primitivos" y que en el pasado fueron llamados no civilizados o salvajes, los cuales pueden caracterizarse como comunidades ágrafas o iletradas o como contemporáneos primitivos. Grupos, en todo caso marginales y marginados, minoritarios en el panorama de la humanidad actual.

Sin que constituya una afirmación en el sentido de que reconozcamos la plena vigencia del pensamiento de LUCIEN LEVY-BRUHL en relación con todos los fenómenos de la llamada mentalidad primitiva, sí piensa el suscrito auxiliar, que en sus planteamientos y en su valiosa documentación se puede encontrar la confirmación del aserto de que el pensamiento emberá-catío, comparte idénticas directrices con otros conglomerados humanos y que por lo tanto puede, usando la terminología del ilustre autor, mostrarse como ejemplo explicativo de la "mentalidad primitiva".

Con la advertencia del propio pensador francés en el sentido de que no es por incapacidad o por deficiencia mental por lo que los miembros de los conglomerados humanos no desarrollados a nuestro estilo, piensan, discurren, reaccionan y explican los fenómenos de manera tan diferente a la nuestra, desatendiendo las causas inmediatas aparentes, podemos también con él afirmar que es simplemente porque manejan unas categorías culturales y conceptuales totalmente diferentes a las que pudiéramos llamar "nuestras".

Transcribiré entonces textualmente algunos ejemplos y párrafos tomados del profesor LEVY-BRUHL:

"Si los primitivos no tienen la intención de buscar las relaciones causales, y si cuando las perciben o cuando se les hacen notarias, las consideran como un hecho de poca importancia, es consecuencia natural de este hecho bien establecido: que sus representaciones colectivas evocan de inmediato la acción de potencias místicas. Por consiguiente, las relaciones causales, que son para nosotros el esqueleto mismo de la naturaleza, el fundamento de su realidad y de su estabilidad, tienen para ellos muy poco interés. «Un día, dice Bentley, Whitehead vio que uno de sus obreros estaba sentado, expuesto al viento frío, durante un día de lluvia. Lo

[11] HÉCTOR CASTRILLÓN C., *Chocó indio* (Variables de la desintegración social emberá". Ediciones C. P. I. (Centro Claretiano de Pastoral Indigenista), Medellín, 1982, págs. 245 y 246.

obligó a entrar en su casa para cambiarse de ropa. Pero el hombre le respondió: 'Nadie muere por culpa de un viento frío, eso no tiene importancia: solo se cae enfermo y se muere por culpa de un hechicero'»".

Y en otra parte, dentro de la misma obra: "Por regla general cuando un hombre muere, se debe a que fue condenado (doomed) por un hechicero. (...). Un hombre por lo tanto puede ser «condenado» a ser alcanzado por un rayo, muerto por la caída de un árbol, herido por una espina que se le introduce en el pie, contagiado por una enfermedad repugnante, atravesado por una lanza. La serpiente, el rayo, la lanza, etcétera, no deben en realidad ser acusados por las consecuencias que traen aparejadas. No hacen sino rematar, por así decirlo, el acto de la condenación".

Más adelante, transcribiendo documentación sobre aborígenes de Australia, trae LEVY-BRUHL estas expresiones: "Dudo que en parte alguna de Australia, los indígenas hayan concebido la posibilidad de la muerte simplemente por enfermedad". "Si un hombre es muerto en una batalla o muere a consecuencia de sus heridas, creen que ha sido hechizado". "Aunque los narrinyeri estén a menudo expuestos a mordeduras de serpientes venenosas, no tienen remedios contra este accidente. Su superstición los lleva a creer que es resultado de un maleficio". "Esta disposición de espíritu no es propia únicamente de las tribus australianas. Se encuentra en las sociedades inferiores más alejadas las unas de las otras, y con una gran uniformidad. Lo que varía en las representaciones colectivas son las fuerzas ocultas a que atribuyen la enfermedad y la muerte que sobrevienen. Es culpable un hechicero, o el espíritu de un muerto, o fuerzas más o menos definidas o individualizadas, desde la representación más vaga hasta la divinización precisa de una enfermedad como la viruela. Lo que permanece semejante, y casi puede decirse idéntico, es la prerrelación entre la enfermedad y la muerte por una parte y una presencia invisible por la otra. De ahí proviene la poca atención acordada a lo que nosotros llamamos las causas naturales aún cuando parezcan evidentes a simple vista".

En otros apartes expresa: "Entre los araucanos, todas las muertes, exceptuando las ocurridas sobre el campo de batalla, son consideradas como producidas por causas sobrenaturales o hechicería". "La enfermedad y la muerte son consideradas por un indígena del Congo como acontecimientos, de hecho, anormales. Nunca los relaciona con causas naturales: son siempre debidas a los hechiceros. Aun cuando la muerte tuvo lugar por asfixia en el agua, o en la guerra; aun cuando haya sido derribado por un árbol; causada por alguna bestia salvaje o por el rayo. Todas estas muertes son atribuidas a maleficios, de la manera más obstinada y más irrazonable. Alguien hechizó a la víctima y quien lo hizo es el culpable".

Y después de numerosos ejemplos etnográficos tomados de comunidades de todo el mundo LUCIEN LEVY-BRUHL, examinando ya el significado de las potencias místicas e invisibles sobre la mentalidad primitiva, sostiene:

"...en la mayor parte de las sociedades primitivas, la hechicería está siempre en acecho, por así decir, para infligir el mal y el daño. Es una «posibilidad permanente» de maleficio que aprovecha todas las ocasiones para ejercerse. Estas ocasiones tampoco son determinadas; es imposible abarcarlas de antemano con el pensamiento en su totalidad. Recién cuando obra el sortilegio se manifiesta, cuando uno se

da cuenta de ello, el mal ya está hecho. De tal suerte, la continua inquietud en que vive el primitivo casi no le permite, sin embargo, prever o tratar de prevenir el mal que le alcanzará. La aprensión por la hechicería está perpetuamente presente, pero no por esto menos seguro de ser la víctima. Esta es una de las razones y no la menos poderosa, que explica la rabia de los primitivos contra el hechicero, cuando este es descubierto. No obran solamente para castigar los maleficios pasados sufridos, y cuyo número y extensión desconocen. Quieren entonces, y sobre todo, suprimir de antemano lo que el hechicero pudiera hacer contra ellos en el futuro. El único recurso de que disponen es matar al hechicero —en general lo hacen arrojándolo al agua o quemándolo— porque al mismo tiempo así destruyen al espíritu maligno que reside en él y obra por su intermedio. Innumerables son los maleficios que puede utilizar el hechicero. Si ha condenado (doomed) a un individuo, se apoderará de algo que le perteneció y que por participación es él mismo (por ejemplo, sus cabellos, sus cortaduras de uñas, sus excrementos, su orina, la huella de sus pasos, su sombra, su imagen, su nombre, etc.) y por alguna práctica mágica ejercida sobre esa parte de su cuerpo le hará perecer. Hará naufragar su canoa, errar un disparo. Lo despedazará durante la noche, durante su sueño y le quitará su principio vital arrebatándole la grasa de sus riñones. Lo «librará» a una bestia feroz, a una serpiente o a un enemigo. También podrá hacerlo aplastar por un árbol o una piedra que se despeñará a su paso y así hasta el infinito. Si fuera necesario, el hechicero mismo se transformará en animal"[12].

5. EXPLICACIONES QUE APARECEN EN EL EXPEDIENTE SOBRE LOS HECHOS QUE SE JUZGAN

Los hechos que el señor juez examina, ocurrieron en región indígena, un día domingo. A pesar de que hay contradicciones en el expediente sobre el posible grado de embriaguez de los sindicados, es costumbre que los indígenas cuando salen a los poblados desde los días sabados, empiezan a ingerir bebidas embriagantes hasta casi perder el sentido o perderlo por completo. Está probado que hubo ingestión alcohólica, pero, repito, el grado de embriaguez alcanzado no está claro.

También está probado que no hubo una verdadera fuga de los sindicados después de cometido su acto, para el cual no tomaron tampoco ninguna precaución: medio día y en lugar céntrico del poblado. Una vez muerto el jaibaná Mecheche Hoborná, los autores se sitúan a poca distancia del lugar de los hechos y se dejan capturar sin resistencia.

A pesar de lo reservados que suelen ser los indígenas para hablar, aun entre ellos, sobre asuntos que atañen a las fuerzas mágicas y a los fenómenos de la brujería, en los documentos procesales hay varias referencias claras a estos asuntos. En efecto, en su indagatoria, el ciudadano indígena Martiniano Baniamá, afirma

[12] LUCIEN LEVY-BRUHL, *La mentalidad primitiva*, trad. de Gregorio Weinberg, Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1972, págs. 38, 39, 41, 42, 43, 61, 62.

que conoció al occiso un año atrás en Bojayá y expresa: "Siempre hemos tenido unos problemas, porque Francisco dijo que él era brujo e hizo brujería y mató a mi mamá, y después de eso yo tenía un hijo con mi mujer y lo mató también" (fls. 10, vto.).

Por su parte, el sindicado Arcesio Baniamá, también en su indagatoria afirma: "Tenía problema con nosotros él, o sea Francisco Mecheche, él había matado a mi mamá con brujo hace diez meses que la mató, después de esa el mismo Francisco mató a un hermanito mío que tenía cinco meses de nacido y hace ya cuatro meses de haberlo matado, yo por eso tenía rabia con el hombre y por eso yo lo maté, con un cuchillo, y ese día también me había dicho que iba a matar a todos nosotros, yo maté, yo solo, nadie me acompañó".

El padre de los sindicados, señor Auxilio Baniamá, en su declaración, agrega: "Embrujió a mi mujer con jai".

Los *jaies* son los muñecos o idolillos utilizados por los jaibanáes para sus prácticas mágicas, pero también puede entenderse por tales, las fuerzas que en ellos residen o que ellos encarnan o representan.

En la declaración del ciudadano indígena Arturo González, a folios 31 frente, se encuentra corroborada la versión de los sindicados y de su padre, en los siguientes términos: "Embrujió a esa familia". "Yo lo conocí en Bojayá, yo conocí hace un año, no es amigo nunca, primera vez que conoce fue en Bojayá, nunca fue amigo mío pero no enemigo tampoco, pero era malo". "Porque ese de ai y después cuando incontró a el la cuñara cojió una enfermedad murió y entonces después el otro médico que canta la reconoció que murió la señora brujia de Francisco, y ahora luego también murió la hijo de Martiniano era mismo embrujiado también y nosotros, andaba primero (mi familia) ante de conocer médico Francisco no cogió otro enfermedad y por que hacía baina así porque tampoco es enemigo con él, y ahora el último día que hizo así también vino al finado Francisco sino decía otro palabra malo no había hecho así muchacho Arcesio estaba tomando ante Arcesio...". "Toda tú familia va a acabar con brujo".

Este testimonio se encamina pues a demostrar que todas las desgracias ocurridas a la familia Baniamá Campaña, son posteriores a la época en la cual conocieron al jaibaná Francisco Mecheche y que él es el autor de tales desgracias, lo cual fue confirmado por otro médico que canta (jaibaná que sabe "cantar los jaies" ó "cantar la chicha"). En la parte final trata de expresar que si no hubiera mediado otra amenaza "otro palabra malo", Arcesio no habría matado a Francisco.

Conclusiones

Después del examen del anterior material documental, cumplo con el deber de dictaminar ante el señor juez sobre la situación antropológica de los ciudadanos indígenas Arcesio y Martiniano Baniamá Campaña y lo hago en los siguientes términos:

A pesar de su deficiente bilingüismo; a pesar de que uno de los sindicados (Martiniano) haya estudiado hasta tercero de primaria; a pesar de que se trate de ciudadanos cedulados; a pesar de que usen indumentaria no autóctona y a pesar

de cualquiera otra manifestación cultural acorde con la cultura predominante en Colombia, que pudieran ostentar los ciudadanos sindicados, lo que sobre ellos y sobre el caso he podido examinar, me lleva a concluir que se encuentran sustancialmente inmersos en los aspectos más fundamentales de la cultura emberá-catía y que por lo tanto pueden considerarse plenamente como ciudadanos culturalmente indígenas.

Sus creencias sobre el origen de la enfermedad y de la muerte y sobre el poder de los jaibanáes, concuerdan plenamente con lo que es propio de la mencionada cultura indígena y esta, a su turno, es concordante con las características universales de la llamada "mentalidad primitiva".

Ese es mi concepto, señor juez. Quedo a sus órdenes para cualquier aclaración o ampliación que llegare a precisarse.

SECCIÓN
DE
JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Medellín

(SALA PENAL)

INIMPUTABILIDAD POR TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO SIN SECUELAS

Al inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas, no se le impone pena ni medida de seguridad. En tal evento, es aplicable el art. 163 del C. de P. P., pues si se llevara el proceso hasta la sentencia, se contrariaría el principio de economía procesal

Magistrado ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Abril 11 de 1983

Presentada en el curso del juicio penal una causal de exención de la responsabilidad o de la culpabilidad que no pudo ser apreciada al momento de la calificación de fondo del sumario, corresponde terminar el procedimiento por vía extraordinaria por sustracción de la materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin). Si se trata de una causal que, en su momento, hubiera dado lugar al sobreseimiento definitivo, no queda otra vía que reconocerla a través del art. 163 del C. de P. P., pues sería un contrasentido adelantar una causa —cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa— a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendría necesariamente que terminar en una sentencia absolutoria. Continuar el trámite hasta la sentencia de fondo una vez ocurrida tal circunstancia, es contrario al principio de economía procesal y asimismo al *favor rei* y al *favor libertatis* en su sentido procesal, pues según estos principios al estado jurídico normal de libertad ciudadana que en el proceso penal se pone en entredicho, debe recuperarse lo antes posible, por los más breves caminos legales. No es verdad que de tal manera se lesionen los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también de recurrir ante una sentencia absolutoria (pues no parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente). En cambio, es indudable que la esencia de la sentencia es ser un acto de juzgamiento, o sea de imparcial balance de los pro o los contra de la absolución o la condena. Pero si el juicio está por la ley predeterminado a la absolución (creemos que nunca podría estarlo a la condena), no habrá sentencia en sentido material aunque se agoten formalmente los trámites para dictarla. De ahí que ante el advenimiento de una circunstancia como la indicada, es pro-

cedente el recurso del art. 163 del C. de P. P., ya que, frente a ella, el caso ha dejado de considerarse *en concreto* como delito por la ley, aunque abstracta y formalmente continúe la previsión legislativa, el correspondiente tipo delictivo. Si el delito es un hecho punible y en el caso concreto está excluida la punibilidad, ha desaparecido lo punible del hecho y por tanto su delictuosidad específica. Solo así se entiende que la jurisprudencia y la doctrina nacionales llegaran a admitir tal vía procesal para excusas absolutorias tales como la "venganza del honor" del art. 382 del C. P. derogado, el matrimonio con la ofendida en ciertos delitos sexuales, el pago del cheque sin fondos, la oblación, etc.

Así, entonces, en desacuerdo con el señor fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el auto especial de fecha, naturaleza y procedencia relacionadas en la motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tribunal Superior de Medellín

(SALA PENAL)

LA CONSULTA EN PROCESOS CON INTERVENCIÓN DEL JURADO

En los juicios con intervención del jurado, es el veredicto el que determina la posibilidad o no de la consulta, pues él, de no declararse contradictorio o contraevidente, señala los límites del ejercicio de la acción penal, ya que es la base de la sanción correspondiente con todas sus consecuencias. En estos juicios es la veredicción la base para la interpretación de la expresión "delito porque se procede" a que alude el art. 1 de la ley 17 de 1975.

Magistrado ponente: Dr. EDGAR ESCOBAR LÓPEZ
Octubre 11 de 1984

LA CUESTIÓN FÁCTICA

El procesado fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio simple con la circunstancia del art. 60 del Código Penal. Al término de la audiencia, el jurado respondió: "Sí es responsable, sin propósito de matar". Aceptado por el juez de primera instancia el veredicto, condenó a 20 meses de prisión (arts. 325 y 60 del C. P.). Llegado el proceso al tribunal para operarse la consulta, se dio la discusión presentada en la providencia cuyas consideraciones jurídicas se publican a continuación*.

RAZONES DE LA SALA PARA ABSTENERSE DE REVISAR LA RESOLUCIÓN CONSULTADA

1. *Las relaciones auto de proceder-sentencia y auto de proceder-veredicto-sentencia.*

La sentencia, conforme al ordinal 1° del art. 169 del C. de P. P., es la resolución jurisdiccional que decide sobre lo principal del juicio, sea que se profiera en primera o segunda instancia o a virtud del recurso extraordinario

* Nota de la Coordinación.

de casación o revisión. Ella puede definirse como la manifestación de voluntad del órgano judicial respecto del problema de fondo debatido en el proceso, constituye un acto procesal del juez mediante el cual resuelve lo principal del juicio, concluyendo el proceso con la existencia o no del punible y la culpabilidad del incriminado, al que finalmente se le impone una pena o medida de seguridad, o se le absuelve por el cargo deducido en el pliego procesatorio. En los procesos que se tramitan sin la intervención del jurado, la sentencia —condenatoria o absolutoria— debe tener perfecta concordancia con el auto de enjuiciamiento respecto del ilícito que haya motivado este y por el cual se absuelve o condena, según el ordinal 6° del art. 171 ib., y de ahí que pueda afirmarse que entre el auto de proceder y la sentencia existe una relación de identidad genérica. Pero en los delitos que se juzgan con la participación del tribunal de conciencia, el cuestionario que se somete a consideración del mismo se formula de acuerdo con la especie delictiva deducida en las motivaciones del auto de proceder, sin que se puedan incluír en él preguntas técnico-jurídicas o darles denominación jurídica a los hechos materia de juzgamiento. Al responderla, el jurado tiene la facultad legal de modificar la especie punitiva contenida en el cuestionario (C. de P. P., art. 535) y, si la veredicción resulta de recibo, la sentencia se emite con base en ella (art. 519 ib.). Puede entonces afirmarse una relación de identidad específica entre el veredicto y el fallo en derecho, porque en los juicios por jurados las relaciones entre el auto de proceder y la sentencia son indirectas y mediatas, pues se interpone la contestación del jurado entre esos dos proveídos. El veredicto es, pues, el juicio del *iuri* sobre los hechos materia de la causa y sobre la responsabilidad del acusado, conclusión a la que arriban luego de haber valorado todas las circunstancias del proceso y los argumentos de las partes expuestos para la ilustración de su conocimiento. Es la base de la sentencia para el juez de derecho, una especie de dogma legal que en cierta forma no es más que la motivada individualización judicial de la pena, porque al juzgador togado en esta clase de juicios solo le es dable legalmente calificar y apreciar las circunstancias de agravación y atenuación punitivas de carácter genérico, "cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito" (art. 534 id.).

El jurado decide, entonces, sobre los hechos motivo del enjuiciamiento y la responsabilidad del procesado, correspondiendo al juez acomodar el veredicto, si resulta aceptable, a los términos y clasificaciones legales en una labor interpretativa del mismo, sin extralimitarse caprichosa o arbitrariamente, sino acomodándolo a los postulados legales con la consiguiente relevancia jurídica que pueda comportar la circunstancia agregada por el *iuri* para efectos de la punibilidad o dosificación de la pena privativa de la libertad que debe imponerse según la respuesta, so pena de desconocer su función juzgadora. "La verdad es que nadie puede negar que los jueces populares pueden apartarse de las circunstancias específicas atribuídas al hecho en el auto de proceder, siempre que su fallo no sea claramente contrario a la evidencia de los hechos, y el juez de derecho debe dictar sentencia, no de acuerdo con las modalidades circunstanciales del enjuiciamiento, sino con las reconocidas en el veredicto. En ese sentido, *la respuesta del jurado está llamada a precisar, por ministerio de la ley, el ejercicio de la acción penal y desde luego las penas correspondientes, con todas sus consecuencias*" (subrayas ajenas al texto) (Corte Suprema de Justicia. Casación penal, marzo 24 de 1981. Magistrado ponente: doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO). Quiere ello significar entonces que modificadas por el jurado las modalidades del hecho contenidas en el llamamiento a juicio, es lo dicho por aquel obligatorio para el juez de derecho, sin que pueda afirmarse con algún fundamento que la calificación

del *iuri* no puede comprender el enjuiciamiento por ser "ley del proceso" (solo lo es en aquellos procesos donde no participa), si no se le quiere desconocer como institución juzgadora en alguna clase de punibles. Es que, si bien la ejecutoria del auto de proceder fija los límites dentro de los cuales debe moverse la acusación, sus prescripciones no obligan al jurado de conciencia ni son imperativas para el juez que acoge el veredicto porque todos los actos del proceso, sin excepción, "se concatenan y confluyen a su resolución por absolución o condena, salvo los casos en que el proceso cesa, antes de la sentencia, por ministerio de la ley... Las conclusiones de la sentencia, modificatorias del auto de proceder, informan la plenitud del proceso, y valen igualmente respecto de la competencia que el juzgador tenía inequívocamente para dictar dentro de él los autos pertinentes... Las prescripciones de la sentencia definitiva revierten sobre la totalidad de los actos que conforman el plenario y que en ella se armonizan para encontrar cabal expresión y entendimiento. Así lo exigen la unidad del proceso y de la responsabilidad singularizada que por el delito, en su modalidad precisa, corresponde al autor" (Corte Suprema de Justicia. Sentencia, abril 25 de 1977. Magistrado ponente: doctor JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO).

2. *Cuándo procede la consulta en los casos en que interviene el "iuri". Cómo debe entenderse la expresión "el delito por el que se procede".*

Se sabe que la consulta no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales sino, como lo denomina la ley (C. de P. P., art. 198), un grado de jurisdicción que obedece a principios fundamentales del proceso, entre ellos básicamente el de la jerarquía, que se impone como norma general la revisión de las resoluciones por una autoridad superior y en orden a un mayor acierto en la administración de justicia, control que, en ciertas oportunidades, se torna automático. Mas ese principio, que debiera ser general para todos los procesos, se reduce a los que ventilan hechos de mayor gravedad y determinables por la naturaleza y el *quantum* de la pena, ya que se supone que el legislador conmina con sanción más grave a los hechos que considera más lesivos de los intereses sociales y particulares. Luego la ley establece un cierto límite, teniendo en cuenta esos aspectos, a partir del cual son consultables las decisiones y hoy establecidos por el art. 1° de la ley 17 de 1975, sin perderse de vista la gravedad del hecho como factor que hace que algunas providencias tengan el control jurisdiccional de la consulta. En efecto, reza el canon citado que "Son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, dentro del término legal, las siguientes providencias: 1°) La sentencia (169), el sobreseimiento definitivo (491), el segundo sobreseimiento temporal (494) y la providencia del artículo 163 de este Código, cuando el delito por que se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo exceda de cinco años".

Como puede observarse, la norma hace referencia a la penalidad privativa de la libertad que el estatuto penal señala para determinada clase de ilícitos, factor que debe tenerse en cuenta para efectos de la consulta y aun de la casación (C. de P. P., art. 569) en el comportamiento concreto que se juzgue, donde basta con saber si el máximo que para él tiene señalada la ley excede de cinco años y, caso positivo, resulta perentoria la consulta cuando no se haya interpuesto oportunamente el recurso de alzada. Pero, si se mira con algún detenimiento la norma transcrita, nos damos cuenta que no existe problema alguno en cuanto al grado jurisdiccional de la consulta respecto de los sobreseimientos y la providencia especial del art. 163 del ordenamiento procesal porque las "calificaciones" de los hechos supuestamente delictivos, y que terminan con uno

de esos pronunciamientos, son genéricas (las dadas en el auto detentivo o la que se deduzca del cargo formulado en la injurada) ya que el juez se limita a examinar la inexistencia del hecho imputado, la ajenidad del procesado con el mismo, su atipicidad o la presencia de alguna circunstancia o causal de justificación o inculpabilidad (C. de P. P., art. 491); la no comprobación del *corpus delicti* o ausencia de prueba para un enjuiciamiento luego del nuevo ciclo averiguatorio (art. 494 ib.); o, en fin, cualquiera de las circunstancias del canon 163 para ordenar la cesación de procedimiento. Basta, pues, que el hecho conlleve una sanción básica restrictiva de la libertad cuyo máximo exceda de cinco años para que, en esos eventos, proceda la consulta. Tampoco se observa ningún obstáculo en los procesos de tramitación ordinaria —sin jurado— y donde se produzca auto de llamamiento a juicio porque, como se sabe, debe existir perfecta consonancia entre el delito por el cual se formuló el cargo y la sentencia (condenatoria o absolutoria), como que entre el auto de proceder y el fallo tiene que dar una relación de identidad genérica (C. de P. P., art. 171, ord. 6°).

El problema surge, sin lugar a dudas, en los procesos en cuyo juzgamiento interviene el jurado de conciencia y ante la facultad legal que tiene este para modificar la calificación específica dada al hecho en el auto de proceder. Es que si el veredicto resulta de recibo legal, el juez de derecho está en el deber de emitir la sentencia conforme al mismo, pues existe una relación específica entre la veredicción y el fallo (C. de P. P., art. 519) porque, de otro lado, en los juicios por jurados las relaciones entre el pliego procesatorio y la sentencia son indirectas y mediatas, ya que entre las dos resoluciones judiciales se interpone el veredicto del jurado. Puede afirmarse, entonces, que en esta clase de juzgamientos donde interviene el *iuri* no es idéntica la ilicitud *por que se procede* al momento de llamar a juicio y el de la sentencia, cuando el tribunal popular ha variado la especie punitiva contenida en el cuestionario sometido a su consideración porque, si el veredicto resulta de recibo, con base en él debe proferirse el fallo y, desde esa óptica, determinar si el máximo de pena imponible excede los cinco años para que resulte procedente el control jurisdiccional, cuando la decisión no haya sido impugnada, porque se consulta es la resolución que nace de una situación procesal concreta y no otra ya superada por la normal movilidad del proceso penal. Razonar en contrario, piensa la mayoría, sería pensar en un ilógico y nocivo retroceso a un estadio procesal dejado atrás con el veredicto, que no se compadece con la natural progresividad del proceso y la institución misma del jurado, so pena de desconocer su función juzgadora. En síntesis, la expresión "el delito por que se proceda" debe ajustarse al momento procesal específico en que vaya a surtirse la consulta y no a estadios anteriores, ya superados con la veredicción, porque "En los juicios por jurados califica la responsabilidad del sindicado el tribunal popular. Si el juez o tribunal aceptan su veredicto, dictan sentencia de acuerdo con él. Ratifican por este modo que la calificación específica contenida en la sentencia es la que correspondía a los hechos desde el comienzo, y se presume que en sus términos refleja con exactitud el hecho incriminado y la responsabilidad del agente, como síntesis y culminación del juzgamiento de instancia" (Doctrina citada. *Jurisprudencia y Doctrina*, junio de 1977, págs. 442-443).

Sobran otras digresiones para que la mayoría concluya en el sentido de que la decisión consultada no tiene ese grado de jurisdicción y, entonces se abstendrá de revisarla.

Por lo considerado, *El Tribunal Superior de Medellín,* Sala Penal de Decisión, oído el parecer fiscal y en cordial desacuerdo con el mismo, *se abstiene* de revisar el fallo consultado, de procedencia, fecha y naturaleza conocidas, conforme a las premisas, según lo discutido y aprobado por sus integrantes en sesión de la fecha, acta número *090.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SALVAMENTO DE VOTO

Dr. Jaime Tabora P.

Medellín, doce de octubre de mil movecientos ochenta y cuatro.

En este proceso por homicidio en el cual es sindicado S. A. V. C., presenté oportunamente, ponencia de revisión de la sentencia que condena al procesado a veinte meses de prisión, sanción que resultó al acoger el veredicto del jurado que modificó la calificación de homicidio simple (C. P., art. 323) en circunstancias atenuantes del estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación (art. 60 ibídem), reconociéndole, además, la preterintención (art. 325 ibíd.). Habida cuenta de la calificación que recibió el proceso, cuya pena máxima aplicable excedía de cinco años, estimé que la sentencia era consultable y por eso procedí a su estudio presentando la ponencia respectiva, como ya dije.

Los distinguidos colegas que integran la Sala, consideraron en la discusión de la ponencia que la sentencia no era consultable, dado que con la modificación introducida por el jurado (la preterintención) la pena a imponer no excedería de cinco años. La existencia de los dos criterios originó la decisión de mayoría que *se abstiene* de revisar la sentencia. Por ello este salvamento de voto.

Sigo creyendo que, conforme al art. 1° de la ley 17 de 1975, *esa sentencia es consultable* no obstante la modificación que introdujo el jurado de conciencia, porque "*el delito por el que se procede*" es el de homicidio en las circunstancias del art. 60 que *tiene señalada* (según esa calificación) *una sanción privativa de la libertad cuyo máximo excede de cinco años*", que es el requisito exigido por la ley para que una sentencia sea consultable (ley 17 de 1975, art. 1°).

Es indudable que la expresión "el delito por el que se procede" significa aquel con el cual se ha calificado el proceso, sobre el cual ha versado el juzgamiento en el plenario, delito que en este caso tiene, según esa calificación, una pena privativa de la libertad que excede de cinco años. Considero que esa es la interpretación correcta de la norma citada que autoriza el saludable control de la consulta. Por eso la sentencia debió de ser revisada por el tribunal en cumplimiento de ese mandato legal.

Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá

LA PROBLEMÁTICA DEL "HABEAS CORPUS" EN EL DERECHO COLOMBIANO

Es ilegal toda captura ordenada por la Policía Judicial (a excepción de los casos de flagrancia y cuasiflagrancia), aunque se trate de personas que aparezcan como "gravemente indiciadas" y se esté todavía en diligencias preliminares de Policía Judicial. En estos casos es procedente el derecho de *habeas corpus*, el cual se puede solicitar y decidir aun antes de las 48 horas de que habla el art. 417 del C. de P. P., pues prima la ley 74 de 1968, que dispone que el juez debe pronunciarse a la mayor "brevedad posible". La recepción de indagatoria no impide el reconocimiento del *habeas corpus*.

Dr. TOMÁS RAFAEL JORDÁN MORALES.
Noviembre 22 de 1984.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

I. El 20 de noviembre de 1984, a las cinco y siete minutos de la tarde, el Dr. E. M. L., abogado titulado, presentó al juzgado escrito por el cual invoca la acción de *habeas corpus* en favor del señor L. A. S. P., quien según informa en la petición, "ha sido privado de la libertad con flagrante pretermisión de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución...".

De inmediato se admitió la solicitud y para tramitarla se ordenó en primer lugar una inspección judicial al expediente en virtud del cual el ciudadano mencionado se encuentra capturado; del mismo modo se ordenó solicitar los informes del caso a la Cárcel Nacional Modelo y a la Jefatura de Investigaciones Especiales de la Aduana.

II. De la prueba de inspección judicial y de los informes recibidos en respuesta a los requerimientos del juzgado, se colige la siguiente situación de hecho:

Por irregularidades en la tramitación de algunos manifiestos de aduana, y en la consiguiente importación de vehículos, la División de Investigaciones Especiales Administrativas de la Dirección General de Aduanas, inició averiguación administrativa, equivalente a diligencias preliminares de policía judicial, procedimiento que tuvo origen en auto de 24 de agosto de 1984.

Dentro de esa investigación preliminar se adelantaron abundantes diligencias y se allegaron pruebas documentales relacionadas con los posibles delitos de contrabando y falsedad en documentos públicos. La investigación señaló como posible autor o partícipe de estos hechos punibles al señor L. A. S. P., copropietario de la empresa "CAR'S 82 LTDA.", a quien la oficina de investigaciones de la aduana oyó en exposición voluntaria el día 9 de noviembre de 1984, señalándose por parte del señor jefe de esa oficina que S. P. acudió espontáneamente a rendir tal diligencia.

Informa el señor R. E. H. G., jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, que el día 20 de noviembre, "cuando las diligencias ivan (sic) a ser remitidas al Juez Instructor, el señor S. P., se presentó voluntariamente a estas dependencias y se le informó el destino de las diligencias y se le *solicitó acompañar* a los funcionarios encargados de entregar al Juez Instructor las diligencias para que fuera este funcionario quien decidiera sobre la captura o citación para indagatoria..." (subrayamos).

"El señor Juez Sexto de Instrucción Penal Aduanera, a quien le correspondió la investigación, decidió ordenar la captura y fue así como expidió la correspondiente boleta para ser remitido a la Cárcel Nacional Modelo, orden que cumplieron los agentes secretos J. E. M. M. Placa núm. 5173 y F. G. Placa núm. 5158, siendo recibido por el centro carcelario a las 4:30 p. m....".

Señala además el señor jefe, que por su oficina "no se ordenó la captura del sujeto S. P..." (Oficio 1296).

En la diligencia de inspección judicial practicada al respectivo expediente, el juzgado tomó fotocopia del oficio 1284 de la misma Oficina de Investigaciones Especiales, por el cual se remite el expediente al reparto de los juzgados de instrucción aduanera, oficio que señala: "...me permito remitirle el expediente... *junto con el señor L. A. S. P.*, identificado con la cédula de ciudadanía 19.122.503 de Bogotá, *quien aparece sindicado dentro de estas diligencias...*".

Dentro de la diligencia de inspección judicial rindió declaración el doctor G. C. C., Juez Sexto de Instrucción Penal Aduanera, quien para el efecto renunció a la prerrogativa del art. 244 del C. de P. P., y señaló entre otras cosas que se había presentado algún inconveniente o disparidad de criterios entre los distintos jueces de esa categoría respecto del reparto del asunto a que nos venimos refiriendo, por cuanto se trataba de una *investigación administrativa con preso*, rubro de reparto que hasta el momento no se había presentado. De su declaración se deduce que el asunto se recibió en el reparto (a cargo ese día del mismo funcionario que declara) *con preso.*.

También se estableció que S. P. había conferido poder al doctor M. L., para que lo representara en esas diligencias y que el mismo doctor M. L., aún no reconocido como apoderado, había presentado escrito, coadyuvado por S. P., en el cual el abogado, haciendo uso del derecho de petición (art. 45 de la Carta, desarrollado y reglamentado por el decreto-ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo), solicita al señor Juez 6° de Instrucción Penal Aduanera, "*que se levante en forma inmediata el estado de captura del señor L. A. S. P., porque la aprehensión de este ciudadano ha sido ilegal por cuanto viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Carta...*"; dentro de este memorial el peticionario menciona y sustenta su solicitud con base en el art. 429 del Código de Procedimiento Penal.

Al momento de practicarse la inspección judicial, dicho memorial no había sido resuelto; por el contrario, el señor Juez 6° de Instrucción Penal Aduanera había librado boleta de encarcelación contra S. P., remitiéndolo a la Cárcel Modelo, incomunicado.

El 21 de noviembre, este juzgado solicitó al 6° de I. P. Aduanera, que informara si la solicitud de libertad por captura ilegal había sido resuelta, y que en caso de haberlo sido se enviara copia de la respectiva providencia.

En la misma fecha, a las 11 y 59 a.m., el funcionario requerido respondió enviando copia de auto de esa fecha, en el cual niega la libertad solicitada, auto de sustanciación, motivado por las siguientes razones:

"...no procede en este momento la libertad impetrada, por cuanto *la captura se efectuó por autoridad competente, como lo es la División de Investigaciones Especiales de la Aduana*, cuyos funcionarios, según el artículo 35 del Estatuto Penal Aduanero, revisten la calidad de policía judicial (hemos subrayado).

"Ahora bien, se dice que la captura se efectuó sin el lleno de los requisitos establecidos por la ley, ya que esta limita la actividad de la policía judicial al hecho de que debe ser mediante orden escrita en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia delictiva; pero, estas circunstancias están ampliadas con el contexto del numeral 9° del artículo 289 del C. de P. P., que en lo pertinente dice textualmente, «...ordenar y ejecutar la captura... a la persona o personas sorprendidas o *gravemente indiciadas* (subrayas del texto) y ponerlas dentro de las veinticuatro horas siguientes a órdenes del respectivo funcionario de instrucción», que fue precisamente lo que aconteció en el caso concreto que hoy ocupa nuestra atención.

"De otra parte, del contenido del informe suscrito por el jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, se deducen cargos concretos que comprometen la responsabilidad del señor S. P. en la comisión de los hechos punibles contra la economía nacional y la fe pública, que han sido puestos en conocimiento de la jurisdicción especializada de aduanas; tampoco se han violado los términos expresamente señalados por la ley sobre aprehensión o captura de los ciudadanos, toda vez que el mencionado señor S. P. fue puesto a disposición del juzgado el mismo día en que fue privado de su libertad, vale decir, el día 20 de los cursantes, fecha en la cual se realizó el reparto correspondiente.

"Es por las anteriores consideraciones que el despacho se abstendrá, por el momento, de decretar la libertad inmediata del aprehendido, en la forma como se solicita en el memorial aludido anteriormente..., y su situación jurídica se resolverá una vez escuchado en indagatoria... *Cúmplase*... El Juez... G. C. C... El Secretario... J. H. S. G.".

El mismo Juez 6° de I. P. Aduanera informa en oficio 566 del 21 de noviembre que señaló como fecha para escuchar en indagatoria a S. P. el 22 de noviembre a las nueve de la mañana.

Finalmente, la Asesoría Jurídica de la Cárcel Modelo, confirma que S. P. se encuentra en ese centro de reclusión desde el 20 de noviembre de 1984, a órdenes del Juzgado 6° de Instrucción Penal Aduanera.

III. El doctor M. L., además del escrito petitorio de *habeas corpus*, acompañó copia de la solicitud de libertad inmediata por captura ilegal formulada ante el Juez 6° de I. P. Aduanera, y el 21 de noviembre presentó otro memorial 'ampliando' las consideraciones que en su sentir dan lugar al *habeas corpus*.

En el día de hoy, cuando ya se había empezado a redactar esta providencia, agrega nuevo escrito, esta vez un concepto emitido por el Dr. JAIME BERNAL CUELLAR, en relación con hechos y conceptos jurídicos que interesan a esta acción de *habeas corpus*.

Tales escritos serán analizados y tenidos en cuenta por el despacho de acuerdo a como se vaya desarrollando el tema de consideraciones que conduzcan a una decisión en derecho.

IV. *Se considera*: La institución del *habeas corpus*, reconocida universalmente como obligación de los Estados y derecho de las personas, por los pactos internacionales sobre derechos humanos, aprobados por la ley 74 de 1968 del Congreso de Colombia, a pesar de su importancia, no ha sido reglamentada en forma completa, coherente, ágil y efectiva, de tal modo que puede afirmarse que en Colombia es otra burla más de la 'democracia de papel' que nos rige.

En primer lugar, las normas sobre *habeas corpus* contenidas en el capítulo único del Título IV, Libro 2° del Código de Procedimiento Penal, son ambiguas, recortadas e incoherentes en muchos de sus aspectos.

En segundo lugar, no se desarrolla allí toda la materia relacionada con la institución de *habeas corpus* como se conoce en el derecho penal y constitucional comparado.

En tercer término, la competencia para conocer del *habeas corpus* se le ha asignado a los jueces de menor categoría dentro de

la jerarquía judicial, de tal modo que, por carecer de recursos y posibilidad de revisión alguna, no hay en el país ni jurisprudencia ni doctrina provenientes de las más altas autoridades judiciales que desarrollen o ilustren el tema y sirvan de guía u orientación para resolver esta clase de 'recursos' o acciones.

La única razón que puede esgrimirse en favor de que sean los jueces municipales quienes conozcan del *habeas corpus* es la de que son las autoridades más cercanas al pueblo raso, sobre todo en municipios y regiones apartadas del país; pero ese argumento no tiene ninguna razón de ser en ciudades como Bogotá, o en las capitales de distrito judicial, o en las cabeceras de circuito. Se impone, pues, como necesidad ineludible, si es que las instituciones jurídicas del país quieren avanzar a una democracia verdadera, que se reglamente mejor la institución del *habeas corpus*, se cree la jurisprudencia necesaria y se revisen los estrechos conceptos que hasta el momento se han enquistado produciendo en la práctica la inefectividad absoluta de este derecho, cuya capital importancia no es necesario destacar.

V. Lucha contra la delincuencia y protección de la libertad, sobre estos dos extremos gira toda la institución de derecho penal, incluyendo la parte procedimental; para luchar contra la delincuencia se ha creado el Código Penal; para proteger la libertad de las personas se ha reglamentado el ejercicio de la acción penal, de tal manera que en definitiva solo sean los verdaderamente culpables quienes padezcan el rigor de la 'venganza estatal'.

Obviamente que tales principios, como todos los atinentes al derecho, envuelven contradicciones a veces insolubles, reflejo de las contradicciones de la propia sociedad. Y resulta inevitable señalar aquí que en esencia la contradicción principal del derecho penal estriba en que en el fondo es un derecho creado para controlar, mantener en cintura y manejar política y económicamente a una clase social determinada, que no es otra que la conocida como 'lumpen-proletariado', ejército de reserva del trabajo, compuesto por criminales, vagos, prostitutas, y en general toda clase de desclasados, parias, desempleados, subempleados, cuya función positiva para el mantenimiento de la actual sociedad consiste, de una parte, en mantener a la clase obrera sujeta a los bajos salarios y a las condiciones impuestas por la clase dominante, ante la competencia que significa ese 'ejército de reserva'; y de otra parte, sirve como justificación para el mantenimiento de aparatos de represión y estructuras de encierro (FOUCAULT), que no solo cobijan a esa clase sino a toda la sociedad entera.

Frente a ese fin no declarado por el derecho pero desenmascarado por la filosofía, aparece el otro extremo de la contradicción, cual es el de que según los principios de la democracia formal, todas las personas, incluyendo a aquellos parias, son 'iguales', tienen los mismos 'derechos', son 'libres'. Aunado a esto se presenta la circunstancia de que la misma clase dominante, para mantener esos principios de 'igualdad' debe someterse en idénticas condiciones al rigor de la justicia penal cuando, bien por contradicciones políticas o económicas, bien por su misma avidez de ganancia, lujo, dinero y poder, caiga o sea descubierta cometiendo 'hechos punibles' (no tan 'punibles' cuando se trata de estos casos), de tal manera que es imperioso garantizar la 'libertad' de las personas, sin 'distinción de posición social'.

De este modo el *habeas corpus*, cuyo lírico origen no es otro que la imposición de la naciente burguesía al soberano británico de ciertas garantías para esta clase, debió extenderse y convertirse en un derecho 'sin distingos de ninguna naturaleza', conferido por el legislador a 'toda persona', paria o rey, prostituta o santo, obrero o desempleado, de clase 'alta, media o baja', delincuente común o politicosocial, preso de conciencia o preso de paciencia.

Vistas estas contradicciones, no es de extrañar entonces que el *habeas corpus*, máxima garantía de la democracia, se haya reglamentado de forma tan ambigua e incompleta que pueda convertirse en un verdadero derecho para quienes tienen todos los derechos y una simple entelequia sin contenido práctico para el grueso de la población carcelaria.

VI. Dejando a un lado estas consideraciones de índole 'extrajurídica', debemos concentrarnos en los conceptos 'jurídicos', campo donde se 'realiza' la igualdad abstracta con miras a convertirse en práctica cuando se dejan los temores, los prejuicios y se utiliza el poder del Estado con el fin de realizar y hacer efectiva la obligación de las autoridades de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, (bienes entre los que debe contarse la libertad individual) y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares..." (Const. Nal., art. 16).

Si la Constitución garantiza la libertad (arts. 16, 20, 22, 23, 28), la misma Constitución la niega para casos expresos, determinados o determinables según las leyes. La libertad es el género, el principio básico; la prisión (entendida como privación de la libertad) es la excepción; obviamiente el Estado se reserva la excepción y les niega a los particulares la posibilidad de privar a otros de su libertad (Const. Nal., art. 22; C. P., Libro 2°, Título X, capítulos I, II y III).

Siendo la libertad el principio general, cuando se presente la excepción de la prisión esta debe tener sus límites temporales, corriendo a cargo del Estado, que ha privado de la libertad a un ciudadano, el regresársela cuando haya desaparecido el motivo o haya sido purgada la pena correspondiente.

Del mismo modo, la excepción está regulada de tal manera que sea una verdadera excepción; de allí que el art. 23 señale como mandato imperativo: "Nadie podrá ser... reducido a prisión o arresto, ni detenido... sino *a virtud de mandamiento escrito* de *autoridad competente, con las formalidades legales* y por motivo previamente definido en las leyes..." (se subraya).

Ahora bien, la Constitución, por ser un cuerpo de principios generales, no nos ilustra cuáles son las autoridades competentes y cuáles son las formalidades que se requieren para reducir a un ciudadano a prisión o arresto o para detenerlo; sino que nos envía a consultar 'las leyes' sobre el particular que en desarrollo de este principio se hayan expedido por el Congreso como legislador ordinario, por el ejecutivo como legislador de excepción (estado de sitio) o como reglamentario de las leyes ordinarias.

En cuanto a las autoridades competentes encontramos, de una parte, el art. 58 de la Constitución Nacional, y de otro lado el Código de Procedimiento Penal, las leyes que lo adicionan y reforman y, en el caso concreto que nos ocupa, el Estatuto Penal Aduanero (ley 21 de 1977).

Sobre las formalidades, debemos referirnos también al Código de Procedimiento Penal como básico estatuto de normas que regulan la manera como deben actuar las autoridades competentes para limitar la libertad de las personas.

Haciendo un paréntesis, el juzgado advierte que no entrará a estudiar para nada, en este caso, los conceptos de 'flagrancia' o 'cuasi-flagrancia', pues al respecto no hay ninguna confusión ni discusión, ya que ocurridos los hechos imputados a S. P. años atrás, mal puede siquiera pensarse en la posibilidad de tales situaciones el día 20 de noviembre de 1984.

VII. *Motivo de la Captura*: Según el art. 23 de la Constitución, la captura solo procede por 'motivos previamente definidos en las leyes...'.

Primera inquietud: ¿puede el juez que conoce del *habeas corpus* entrar a hacer una valoración jurídica para determinar si el motivo de la captura, el hecho imputado está

definido en las leyes, es decir si es típico, o aún más discutir, si es el caso, que aunque sea típico no es antijurídico, o no es culpable?

Primer vacío: la reglamentación del *habeas corpus*, calla al respecto.

Primera ambigüedad: se puede interpretar que, de acuerdo con el art. 417 del C. de P. P., que establece el derecho a pedir el *habeas corpus* cuando se considere que "se está violando la ley", incluye aquellos casos en que la persona, a pesar de ser inocente, por no haber cometido el hecho, por no estar el hecho previamente definido en las leyes como típico, por no estar sancionado con pena que implique la privación de la libertad, por haber obrado en circunstancias que justifiquen el hecho o lo hagan inculpable, puede dar lugar a la libertad por orden del juez que conoce el *habeas corpus*.

No debe olvidarse que la ley 2ª de 1984, en sus arts. 38 y 39, parágrafos respectivos, *prohibió* la captura del imputado aun sorprendido en flagrancia cuando "sea evidente que el inculpado obró en legítima defensa", o "sea evidente que el imputado no actuó con culpa".

Cabe preguntarse entonces si cuando una persona —que cree haber obrado o que efectivamente obró en legítima defensa o "sin culpa"— es capturada por la Policía Judicial en cuasiflagrancia o en flagrancia plena se 'está violando la ley', para que, siguiendo los términos del art. 417 del C. de P. P. proceda la petición de *habeas corpus*.

Tentativa de solución: el art. 417 del C. de P. P. establece el derecho *a pedir* el *habeas corpus*, cuando el 'agraviado' (así lo llama el art. 419) considere que se 'está violando la ley'; es una norma dirigida al 'agraviado', donde se le concede un derecho muy general, pues puede pedir en cualquier caso que considere que se está violando la ley. Admirable principio, pero que inmediatamente queda recortado por las normas que siguen.

Según el art. 420, si se comprueba que 'el agraviado' está 'capturado o detenido *sin las formalidades legales*' procederá el *habeas corpus* y se ordenará su libertad.

Estas *formalidades* legales pueden estar todas satisfechas, en cuanto a formalidades, pero al mismo tiempo se pueden estar desconociendo derechos sustanciales. Ejemplo: una persona puede estar *detenida* con todas las formalidades, indagatoria previa, auto interlocutorio expedido dentro de los términos legales, confirmado por el superior jerárquico, etc., pero por un hecho que no está tipificado en la ley como punible.

Y el recorte a la amplia capacidad o derecho de pedir es aún mayor cuando el art. 421 indica que el *habeas corpus* no procede cuando el peticionario esté privado de la libertad en virtud de auto o sentencia de autoridad competente, o '*en caso de captura cuando no han vencido los términos señalados en este Código*', es decir que, según eso, el capturado solo puede obtener la libertad por *habeas corpus* cuando se viole o pretermita algún término (temporal) de los establecidos por la ley para este estado de hecho. De manera que aun cuando *esté violando la ley* y el 'agraviado' capturado tenga derecho a pedir, el juez no puede conceder el *habeas corpus* sino en el caso ya dicho de violación de términos temporales.

Sin embargo, frente a tan recortado y contradictorio reglamento legal del *habeas corpus*, existe de un lado la garantía constitucional del art. 23 de la Carta y además la ley 74 de 1968, por la cual se aprueban "Los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime...", cuyo Segundo Libro, sobre derechos civiles y políticos, art. 9°, numeral 4° establece: "Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fue-

ra ilegal", y numeral 5° que dice: "Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación...".

En consecuencia, ante estas normas de superior entidad, constitucional la primera, y aprobatoria de tratado internacional la segunda, considera este despacho, en su modesto criterio, que los arts. 420 y 421 del Código de Procedimiento Penal no pueden ser camisas de fuerza que limiten el derecho de *habeas corpus* prohibiendo al juez que examine la legalidad de la captura por encima de consideraciones, de 'formalidades' o de límites temporales, sino que, así como se le da el derecho al agraviado a invocarlo en todos los casos en que se esté violando la ley, existe la obligación del juez de resolverlo favorablemente en todos los casos en que se esté violando la ley o la Constitución.

Por lo tanto, dentro de límites que debieran ser reglamentados por el legislador, y entre tanto aclarados por la doctrina (si así se puede llamar a decisiones de jueces municipales), el juez que conoce del *habeas corpus*, debe examinar el motivo de la captura, para establecer si está previamente definido en las leyes.

En este caso concreto, en relación con S. P., debe anotarse que se le imputan delitos de falsedad en documento público y contrabando, los cuales están definidos inequívocamente como hechos punibles por el Código Penal y el Estatuto Penal Aduanero.

VIII. *Autoridad competente*: De acuerdo con el art. 58 de la Carta, la Corte Suprema y los tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia; dentro de las facultades que implica la administración de justicia está como atribución exclusiva e indelegable, la de imponer penas por hechos punibles, y en consecuencia ordenar la captura de los ciudadanos en los casos previamente definidos por las leyes.

El doctor M. L., peticionario del *habeas corpus* en este caso, dedica gran espacio de sus memoriales a discutir si el jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, aun siendo funcionario de policía judicial es autoridad competente para ordenar la captura de una persona gravemente indiciada.

Señala el peticionario que, según su entender, si bien la ley 2ª de 1984 en su art. 39 dio atribución a la policía judicial para capturar a los gravemente indiciados, señaló que solo lo podrían hacer aquellos funcionarios de la policía judicial que fueran competentes; y agrega que hasta el momento no existe reglamentación alguna que diga cuáles son los funcionarios competentes de la policía judicial para ordenar la captura de los gravemente indiciados, señalando la división entre competente para investigar y competente para capturar y ordenar la captura.

Para este juzgado, tal vez por simpleza, o mejor por *firmeza de principios*, la solución es más sencilla de lo que las elaboradas argumentaciones del doctor M. L. pretenden: *Ningún funcionario de policía judicial tiene facultad para ordenar la captura de ningún ciudadano, fuera de los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.*.

En efecto, el depositario de la jurisdicción y en consecuencia de la facultad para limitar la libertad personal es el juez; si bien se acepta la policía judicial como organismo auxiliar de la justicia, no hay posibilidad alguna de darle *competencia* para nada a ese cuerpo auxiliar. Toda sus funciones son derivadas de la jurisdicción, y si bien se puede hablar de competencia (en minúsculas) para señalar límites espaciales, temporales o funcionales de los organismos de Policía Judicial, *la competencia* (en mayúsculas) que según algunos equivale a la *jurisdicción*, no puede ser delegada ni por ley ni por reglamento, y hasta ahora no lo ha sido por reforma constitucional.

De donde, cuando el art. 39 de la ley 2ª de 1984 atribuyó a la policía judicial facultades para capturar a personas gravemente indiciadas, *previa orden escrita de autoridad competente*, lejos de darle *competencia*, lo que hizo fue quitársela, no porque alguien se la hubiese conferido antes, sino porque la ambigua redacción del art. 289, literal c, numeral 9°, del Código de Procedimiento Penal, había permitido que la policía judicial permanentemente usurpara la jurisdicción y dispusiera capturas ilegales pasivamente aceptadas por jueces más ambiguos que la norma.

Por lo tanto, el entendimiento que debe dársele al art. 39 de la ley 2ª de 1984, no puede ser otro que el de que corresponde al juez competente o instructor dar la orden escrita para la captura del gravemente indiciado, así se esté aún en las diligencias preliminares de policía judicial y que la facultad de la policía judicial en este caso se limita a *ejecutar o cumplir* la orden del juez.

Y no es interpretación caprichosa, personal o inventada para este caso. Por el contrario: ese fue el pensamiento del legislador de la ley 2ª de 1984.

"Se introdujo en este artículo (el 39 de la ley 2ª) una modificación que, a nuestro juicio, es *muy importante*, consistente en limitar la facultad de la policía judicial para capturar, *sin orden escrita de juez competente, exclusivamente* a los casos de *flagrancia y cuasiflagrancia. En cuanto a la persona contra quien haya graves indicios, se requerirá siempre dicha orden*. Se modifica así el art. 427 del código de Procedimiento Penal. *La calificación de los indicios que existan en un momento dado contra una persona, solo debe ser hecha por un juez. Es absurdo que se le dé esa facultad a la policía judicial*...". No son palabras de un juez municipal, ni de abogado interesado en la solución de un caso, son palabras del doctor ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ, actual ministro de justicia, a la sazón senador de la República, ponente del proyecto de ley que luego se convirtió en la ley 2ª de 1984, con la modificación mencionada, hoy plasmada en el art. 39 de esa ley. (Anales del Congreso, núm. 45, junio 14 de 1983, ponencia para segundo debate).

"...bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma *o en la historia fidedigna de su establecimiento*..." (art. 27, inc. segundo del Código Civil).

De manera que para el juzgado no cabe duda alguna de que ni el señor jefe de la División de Investigaciones Especiales de Aduanas ni ningún otro funcionario de policía judicial podía ordenar, disponer o ejecutar la captura de S. P., por presuntos graves indicios de delitos cometidos años antes de esa captura.

IX. *Formalidades legales:* Según la Constitución (art. 23), salvo el caso de flagrancia, la captura solo procede previa orden escrita; esta es una formalidad constitucional, además el mismo artículo deja a la ley la reglamentación de otras formalidades.

En ese orden de ideas, la ley 2ª de 1984 (art. 41, modificatorio del art. 433 del Código de Procedimiento Penal) señaló como *formalidad* previa a la orden escrita, un auto de sustanciación donde se expongan brevemente las razones de su expedición.

Además deben guardarse otras formalidades, tales como las previstas en el art. 40 de la misma ley, y algunas otras que no viene al caso estudiar en este momento.

Obviamente que la ausencia de la orden escrita, la ausencia del auto que la ordene, dan lugar a la ilegalidad o aún más a la inconstitucionalidad de la captura o aprehensión.

X. En este caso concreto se observa: Motivo: S. P. fue aprehendido por delitos de falsedad y contrabando, hechos definidos previamente en las leyes como punibles. No hay nada que reprochar al respecto.

Autoridad competente: de lo que surge de las pruebas acopiadas en el expediente de *habeas corpus*, puede deducirse que nadie capturó a S. P.; por lo tanto debía estar gozando de libertad, sino que probablemente le dio en gana ir a la cárcel Modelo, voluntariamente.

Esto por cuanto el jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana niega haber ordenado la captura de S. P.; él simplemente lo 'invitó' a que acompañara a 'ciertos' funcionarios de la Aduana que llevaban el expediente al reparto de los juzgados de instrucción penal aduanera.

Y por su parte, el Juez 6° de I. P. Aduanera tampoco capturó ni ordenó la captura de S. P., sino que recibió el expediente con preso a bordo.

Probablemente en el camino entre la Aduana y el juzgado 6 de I. P. Aduanera, alguien decidió capturar a S. P., trasgrediendo así no solo la ley sino las reglas de decencia, pues él iba solamente en calidad de 'invitado'.

Lo concreto es que S. P. terminó en la Cárcel Modelo, sin que nadie hubiera ordenado ni ejecutado su captura.

Para el juzgado es claro que S. P. fue capturado en las instalaciones de la Aduana, cuando se presentó 'voluntariamente' el 20 de noviembre, y que lo fue por orden verbal del señor jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, quien lo remitió en calidad de capturado al reparto de los juzgados de instrucción penal aduanera, junto con el expediente, custodiado en calidad de aprehendido por esos ciertos funcionarios de la Aduana, que no fueron otros que los detectives J. M. y F. G.

Lo anterior se deduce de los siguiente: el oficio 1284 por el cual el funcionario de aduanas remite el expediente, señala que lo envía "junto con el señor L. A. S. P... quien aparece sindicado dentro de estas diligencias...". La forma de redacción de este oficio, no deja lugar a dudas acerca de que S. P. es *enviado junto con un expediente*, es decir que se le asimila a calidad de *cosa*, equiparado al expediente, *junto* con el cual se le envía, demostrándose de esa manera que S. P. desde el momento en que salió de las instalaciones de la Aduana, no tenía autonomía personal, estaba privado de la libertad de locomoción, y su único destino, quisiéralo o no, era el juzgado de reparto de la jurisdicción especializada.

Además, aun cuando el señor jefe de la División se cuida de decirlo, se deduce de su información que los funcionarios que llevaban el expediente no eran otros que los mismos detectives que, según el mismo jefe, obedecieron la orden de captura que dice el señor jefe dio el juez. Si se trataba de llevar tan solo un expediente, si S. P. iba en calidad de 'invitado', ¿cuál la necesidad de que fueran dos detectives a tan sencilla misión? ¿Es que acaso es función de los detectives llevar y traer expedientes?

Miente, pues, el señor jefe de la División de Aduanas en su información dada a este juzgado cuando escurre el bulto y niega haber ordenado la captura de S. P.

Ya dijimos antes que ningún funcionario de policía judicial es competente para ordenar la captura del gravemente indiciado. En consecuencia se presenta aquí la primera irregularidad o ilegalidad en relación con la captura de S. P.

Orden escrita: ni el Juez 6° de I. P. Aduanera, ni el señor jefe de Investigaciones Especializadas, libraron mandamiento escrito alguno para la captura de S. P.

Segunda irregularidad o ilegalildad.

Formalidades legales: ni el Juez 6° de I. P. Aduanera, ni el jefe de Investigaciones Especiales, dictaron el auto previo a la orden escrita (que tampoco dictaron), donde expusieran brevemente los motivos de esa captura.

Tercera irregularidad o ilegalidad en la captura de S. P.

Una o tres irregularidades, para el caso es lo mismo; tres ilegalidades sumadas no dan más que una ilegalidad, que no se puede medir en cuantía, pues lo que es ilegal lo es de por sí, y en derecho no se distinguen ilegalidades mayores o menores.

En síntesis: como premisa a la solución que dará el juzgado a este asunto, se predica: *la captura de S. P. fue ilegal.*

XI. Ahora bien, siendo ilegal la captura de S. P., cabe preguntar cuál ha debido ser la decisión del Juez 6° de I. P. Aduanera.

La respuesta es bien sencilla: dejarlo en libertad inmediata, como lo ordena el art. 429 del Código de Procedimiento Penal.

Cuál fue su decisión: abstenerse de ordenar esa libertad y ordenar la indagatoria de S. P.

XII. La ley ha establecido diversos mecanismos para que una persona recobre la libertad, cuando no se hayan cumplido las formalidades legales para su captura. Uno de esos mecanismos es el previsto en el art. 429 del C. de P. P.; otro, por ejemplo, es el previsto en el art. 432 ibídem.

Y por sobre todos ellos está la institución del *habeas corpus*, cuyas características de universalidad, origen constitucional y garantizado por pactos internacionales convertidos en ley de la República, le dan un realce y una importancia que supera y rebasa los estrechos límites de los otros dos mecanismos mencionados.

Por esa razón, si, por ejemplo, el alcaide o director de la cárcel no cumple con su obligación de dejar en libertad al capturado según el art. 432, obviamente que queda al 'agraviado' el 'recurso' del *habeas corpus*; y no se puede pretender que el juez que resuelva el *habeas corpus* en ese caso esté invadiendo órbitas extrañas, usurpando funciones del director de la cárcel, o enfrentando el poder ejecutivo (director de la cárcel) al poder jurisdiccional (juez del *habeas corpus*).

Del mismo modo, si el juez a cuya disposición se pone un capturado ilegalmente no cumple con su obligación de dejarlo en libertad, es procedente invocar el *habeas corpus*, y así mismo será procedente su libertad por ese mecanismo.

No se trata de que el juez del *habeas corpus* se convierta en segunda instancia del juez a cuya disposición está el aprehendido; tampoco se trata de enfrentar decisiones jurisdiccionales. Por el contrario, puede afirmarse que es tan delicado este punto de la libertad personal, que la ley ha rodeado de garantías al ciudadano, de tal modo que intentado un mecanismo, el del art. 429, no queden cerradas las posibilidades al 'agraviado', sino que pueda recurrir a otro juez que con decisión irrecurrible, con autoridad de cosa juzgada, encarnando en ese momento todos los poderes de la Constitución, decida definitivamente sobre la ilegalidad o legalidad de la captura.

En el expediente obra un auto del señor Juez 6° de I. P. Aduanera, por el cual decide la petición de libertad inmediata por el mecanismo del *habeas corpus*, negándola. No entra este juzgado a discutir, ni a analizar, ni menos a criticar, los argumentos y decisiones del señor Juez 6° de I. P. Aduanera. Ya lo dijimos, no somos ni nos convertimos en su segunda instancia, menos aún en sus jueces.

Recordando aquella contradicción del derecho penal a que hicimos referencia al salirnos un poco del tema, podemos afirmar que en casos como estos el juez a cuya disposición está el capturado toma la posición del juez que lucha contra la delincuencia y dentro de esa concepción toma sus determinaciones y hace sus análisis.

En la contraposición polar está el juez que conoce del *habeas corpus*, para quien en estos casos no hay delincuentes, peligrosos o no, culpables o no, sino ciudadanos con iguales derechos, a los cuales hay que garantizar la libertad personal, bajo principios de igualdad.

XIII. El auto del señor Juez 6° de I. P. Aduanera, por el cual niega la libertad por captura ilegal, es un asunto formalmente de sustanciación; su contenido puede discutirse acerca de si es de naturaleza interlocutoria (C. de P. P., art. 169 num. 2°), pero no es una orden formal de detención, no es un auto de detención que convierta el estado de captura en la situación jurídica del detenido; mucho menos puede considerarse como sentencia o con autoridad definitiva de cosa juzgada sobre la situación de captura de S. P., como sí lo será la decisión que tome este juzgado.

Por lo tanto, no se está en el caso de la prohibición del art. 421 del C. de P. P., en virtud de la cual frente a un auto de detención se paraliza la acción de *habeas corpus*, hayánse o no pretermitido los términos anteriores sobre el estado de captura.

XIV. En relación con el término de 48 horas de que trata el art. 417 del C. de P. P., para que el ciudadano pueda invocar el *habeas corpus* es de hacer algunas precisiones:

Según la ley 74 de 1968, sobre derechos políticos y sociales, ya transcrita, el ciudadano tiene derecho a que se decida 'a la brevedad posible' sobre la legalidad de su prisión y se ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Obviamente que el Código de Procedimiento Penal (decr. 409 de 1971) es posterior a esta ley, y puede argumentarse que es su reglamentación; sin embargo, la reglamentación no puede recortar los derechos conferidos por la ley reglamentada, además, es conocida la doctrina constitucional acerca de que las leyes aprobatorias de tratados públicos son de superior entidad y no pueden ser derogadas por leyes ordinarias. En consecuencia, pese a la estrecha concepción del C. de P. P., según el cual el *habeas corpus* solo se puede *invocar* después de 48 horas, la vigencia de la ley 74 de 1968, obliga al juez a *pronunciarse* a 'la brevedad posible', sin sujeción a ese término.

Por otra parte, como se está resolviendo por el mecanismo del *habeas corpus*, no un asunto de términos temporales, sino sobre la legalidad o ilegalidad de la captura, es de observar que el art. 429 señala que el pronunciamiento debe ser *inmediato*. Hay pues especialidad de la norma en cuanto a este aspecto.

XV. Respecto de la indagatoria de S. P., que a la hora en que se redacta este párrafo (3 y 30 de la tarde) ya debe haber sido recibida, o por lo menos comenzada, debe el despacho hacer las siguientes precisiones:

La captura tiene por objeto, en principio, la indagatoria; si la captura es legal, la indagatoria será legal. *A contrario sensu*, ante una captura ilegal, el mantenimiento de ese estado de captura, la incomunicación y la indagatoria que se realicen serán igualmente ilegales. Ya lo dijo la Corte desde 1977: ante la ilegalidad de la captura, ante el vencimiento de los términos legales (momento desde el cual comienza a ser ilegal la captura que se haya producido legalmente), la obligación del juez instructor o competente es ordenar la libertad del imputado y recibirle luego indagatoria, libre de coacción alguna. Una diligencia no puede paralizar una acción constitucional como el *habeas corpus*; además, aunque se admita la legalidad de la diligencia, esta no es equiparable a la decisión del juez, auto de detención o sentencia, que haga declinar el *habeas corpus*.

Por lo demás, el juzgado hace suyos los siguientes planteamientos del doctor JAIME BERNAL CUELLAR, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, y del Tribunal de Bogotá, salas penales, co-legislador y asesor del gobierno en múltiples oportunidades en relación con leyes de procedimiento, quien a pesar del vínculo conocido (por notoriedad pública) con el abogado peticionario del *habeas corpus* en este caso, no por ello deja de ser, para este funcionario, persona con la suficiente entereza para ser imparcial en sus juicios, y con la suficiente respetabilidad por sus servicios anteriores a la justicia, como para ser tomado como guía en este caso:

"La recepción de indagatoria no es un mecanismo idóneo para impedir que prospere un pedimento de *habeas corpus*. Cuando se priva ilegalmente de la libertad a una persona (v. gr. con pretermisión de lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución), la recepción de indagatoria no puede subsanar una situación *ilegal*, porque la detención arbitraria y el atropello a las garantías constitucionales se consuma desde el mismo momento de la aprehensión, o de la extensión indebida de la privación de la libertad, y se constituye *por regla general* en un hecho irreversible.

"Esta posición se fundamenta principalmente en lo dispuesto en el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se consagran como *únicos casos* de improcedencia del *habeas corpus* la existencia de auto o sentencia de autoridad competente, o el no vencimiento de los *múltiples términos* señalados en el ordenamiento para poner a disposición de *otro* funcionario a la persona aprehendida, recibirle indagatoria, resolverle situación jurídica, ordenar su libertad, entregarlo a un estado extranjero, etc. etc.

"Cuando la captura ha sido ilegal, o se prolonga indebidamente la privación de la libertad, el *habeas corpus solo* se torna improcedente cuando se profiere un auto de *fondo* en el proceso como el *auto de detención...*".

XVI. De todo lo anterior, resulta incuestionable para este juzgado que se debe ordenar la libertad inmediata de L. A. S. P., por el mecanismo del *habeas corpus*, y así lo decidirá el juzgado en la parte resolutiva de esta providencia.

Estamos ciertos, sabemos y esperamos que esta decisión traerá no pocos sinsabores al funcionario que la toma; pero, en primer lugar, no es la medrosidad característica del mismo, ni debe serlo de ningún juez; y, por otra parte, constituye parte de su pensamiento filosófico, jurídico y político, la lucha permanente por los Derechos Humanos, por la Democracia, por el Estado de Derecho, por las libertades públicas, contra las tendencias autoritarias y fascistoides que algunos quisieran imponer, y en ciertos períodos han impuesto, a la nación colombiana.

En el aspecto moral, desligado absolutamente del plano jurídico, consideramos a S. P., en cuyo favor ordenaremos la libertad, un delincuente común y peligroso, merecedor de la sanción que la ley ha establecido para su conducta, y aspiramos a que sea recapturado pronto, con las formalidades legales para que responda ante el juez competente por sus actos lesivos de la economía nacional.

Pero ni siquiera esa contradicción impedirá que este funcionario cumpla con sus deberes constitucionales y legales.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, *administrando justicia por autoridad de la Constitución, de la ley y de los tratados internacionales.*

RESUELVE:

I. *Amparar* a L. S. A. P., identificado con la cédula 19.122.503 de Bogotá, con el derecho de *habeas corpus*, por considerar *ilegal* el estado de captura a que se encuentra reducido en la actualidad.

II. *Ordenar*, en consecuencia, la *libertad inmediata* de L. A. S. P.

III. Notifíquese esta determinación al agraviado, comuníquese al señor Juez 6° de Instrucción Penal Aduanera.

IV. Expídanse copias de toda la actuación con destino a la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que esa entidad establezca si hay lugar a proceso penal o disciplinario contra algún funcionario, incluyendo al que suscribe esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *El delito continuado frente al Código Penal*. Bogotá, Ed. Temis, Colección Monografías Jurídicas, núm. 35, 1984, 66 págs.

La Editorial Temis ha publicado la presente monografía del profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA sobre el tema del delito continuado. Se trata de una obra dividida en seis capítulos, en los cuales el autor hace un breve pero profundo análisis sobre el tema mencionado, apartándose, en la solución de asunto tan discutido, de la doctrina mayoritaria en el país, pues, para él, el delito continuado no es más que una de las tantas formas de ejecución del hecho punible.

El problema del delito continuado comienza a plantearse en nuestro medio, cuando intenta explicarse su naturaleza jurídica y se afirma su carácter de benignidad. Algunos autores nacionales —ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD y otros— se inclinan por la teoría de la ficción para explicar la naturaleza jurídica del delito continuado y se acogen a la afirmación genérica de que dicha figura siempre es benigna al reo. Por el contrario, el profesor FERNÁNDEZ opina que la figura del delito continuado "es el reconocimiento de una realidad de conducta" (pág. 6) y asegura que la tan mentada benignidad no era tal para todos los casos de delito continuado, pues se reducía a "aquellos casos en que la pena dependía de la cuantía" (pág. 6). Sostiene que el hecho de que el instituto legal que nos ocupa haya desaparecido de la regulación penal del 80, no significa que los casos de delito continuado sean tratados como concurso de hechos punibles, como opinan la mayoría de tratadistas nacionales —REYES, ESTRADA, ARENAS, PÉREZ, GÓMEZ—, pues, "así como el desistimiento no desapareció de nuestro derecho por no encontrar en el nuevo C. P. expresa referencia, así tampoco lo ha hecho el delito continuado" (pág. 9).

En conclusión, el problema del delito continuado lo plantea —el autor— de una manera muy clara citando a FONTÁN BALESTRA: "Lo que aquí se trata de evitar no es que se castigue a alguien dos veces por el delito que cometió, sino que se le condene por dos delitos cuando solo ha cometido uno" (pág. 13).

De otra parte, vale la pena resaltar el concepto de FERNÁNDEZ en cuanto a los fundamentos: de la figura que nos ocupa: 1) necesidad de que se imponga la realidad por encima del tenor literal de la ley; 2) impedir que de una interpretación exegética de la ley se llegue a una falsa apreciación de la realidad y se imponga de este modo la pena del concurso, que generalmente es menos benigna que la del delito unitario; 3) hacer más expedita la administración de justicia; 4) concordar la pena con la justicia material; 5) prevalencia de los tipos particulares sobre valoraciones generales de carácter dogmático.

Al interrogante de si se justifica o no el incremento legal de la pena, FERNÁNDEZ responde: "no está justificada una cláusula legal y general para la punibilidad del delito continuado" (pág. 26), pues si tras un hecho delictivo se puede apreciar una pluralidad

de infracciones se tratará como un concurso de hechos punibles; en caso contrario se tratará como un delito unitario "sin que quepa modificar la penalidad por la regla del concurso ni por ninguna otra cláusula por el estilo" (pág. 26).

En cuanto a la necesidad politicocriminal del delito continuado —afirma—, se deben señalar una serie de factores que llevan a la doctrina y a la jurisprudencia al reconocimiento de dicha figura: a) necesidad de simplificar el trabajo judicial y racionalizar la administración de justicia; b) los alarmantes aumentos de los fraudes colectivos; c) "necesidad de una interpretación racional de los tipos y su alcance", citando a ZAFFARONI.

El delito continuado es una "unidad típica de acción y de delito" (pág. 40), por lo tanto su tratamiento y efectos son los mismos del delito unitario; luego la figura del delito continuado en ningún caso está comprendida en el art. 26 del C. P. Ahora, para identificar un tipo de delito continuado, estos deben tratarse de tipos "que protegen un bien jurídico graduable o cuantificable y sobre todo de aquellos en que la protección de esos bienes se otorga en consideración a la cuantía del daño" (pág, 43).

El delito continuado es una estructura; en este instituto se presenta una discontinuidad temporal de los actos simplemente como un modo ejecutivo del hecho punible, pero "cada acto es también aisladamente una acción y cada uno de los actos, al igual que su conjunto, ofrece las calificaciones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad sin que pueda por ello hablarse de concurso" (pág. 46). Y como estructura que es —prosigue— tiene sus exigencias o requisitos para su reconocimiento judicial; estos requisitos son objetivos, subjetivos, existenciales, legales, procesales y circunstanciales.

Termina el autor señalando cuatro modalidades de ocurrencia del delito continuado: A) Los casos de lesión progresiva de un bien jurídico en unidad contextual de acción. B) Eventos de realización progresiva de una misma lesión típica, cuyos actos interrumpidos responden al desarrollo de un plan unitario. C) Casos de aprovechamiento de una misma ocasión. D) Las empresas criminales de enriquecimiento a costa de un número indeterminado o masa de personas.

Esperamos que la lectura de esta monografía por parte de jueces y magistrados influya, especialmente, en la toma de decisiones acordes con las necesidad politicocriminales del momento, más cuando esta forma de ejecución del hecho punible —delito continuado— es la preferida por los delincuentes de cuello blanco, como certeramente lo ha señalado el autor.

Lina Adarve Calle.

REYES ALVARADO, YESID, *La prueba indiciaria*, Bogotá, Librería del Profesional, 1984, 188 págs.

Debemos reconocer que, como el autor de esta obra lo anota en el Preámbulo, el estudio de los medios de prueba con referencia específica al procedimiento penal, hállase bastante descuidado; mas no solo en el ámbito colombiano, sino también en la doctrina y la jurisprudencia de muchos otros países (los de Europa Occidental, verbigracia). Por ello nos produce especial complacencia el aparecimiento de esta monografía, en la que en forma seria, coherente y clara, se ofrece una fundamentada concepción teórica acerca del indicio, con particular alusión a su aplicación en materia penal, pero sin que ello impida que aquella sea tomada en consideración en otras esferas jurídicas.

La obra consta de tres capítulos. El primero de ellos está titulado "Del indicio en general" y constituye, en nuestra opinión, la parte más importante de este trabajo del

Dr. REYES ALVARADO. En efecto, tras una breve reseña histórica el autor se ocupa, en acápites separados, de la definición de indicio, su estructura lógica, sus elementos, sus relaciones con la presunción, los requisitos esenciales para su validez, su valor y sus análisis probatorios y su clasificación.

Resultaría imposible ofrecer aquí una visión completa de las explicaciones y elaboraciones consignadas en ese extenso primer capítulo. Podemos, empero, destacar brevemente algunas de sus ideas básicas. Así, veáse que, siempre según el autor del texto comentado, "el indicio es un juicio lógico crítico, por medio del cual, aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido, podemos inferir otro hasta entonces desconocido" (pág. 13); que su estructura lógica es la de un silogismo deductivo (págs. 27-31); que los elementos del indicio son una regla de experiencia, un hecho indicador, una deducción lógica y un hecho indicado (págs. 33-52); que los requisitos esenciales de la validez probatoria del indicio son, simplemente, la unidad del hecho indicador y su admisión legal (págs. 63-72); que el mérito probatorio del indicio, aunque —como el de cualquier otro medio de prueba— no puede ser preestablecido en términos absolutos, tiene como base la teoría de las probabilidades, la cual queda adecuadamente recogida en la "tabla de necesidad lógica", que distingue entre verosimilitud (indicio leve), probabilidad (indicio grave) y certeza (indicio necesario) (págs. 91-97) y que el análisis probatorio, en el evento de concurso de indicios leves o graves, no depende de operaciones matemáticas ni de transformaciones en la estructura lógica de dicho elemento de prueba, sino de la convicción que aquel produzca "en el intelecto del examinador", por reducir las posibilidades de una concurrencia fortuita (págs. 103-114).

Las indicaciones insertas en el primer capítulo, en cuanto constituyen una teoría general del indicio, son más que suficientes para el correcto manejo de ese medio probatorio en cualquier situación. No obstante, en el segundo capítulo, denominado "Del indicio en particular", se realiza un somero pero cuidadoso examen de aquellos hechos indicadores que tradicionalmente han sido catalogados como "principales indicios". Con toda razón, sin embargo, el autor advierte que la enumeración allí contenida "no debe ser empleada como una tabla en la que se mencionan cada uno de los indicios con un valor asignado, único y definitivo (...) su utilidad radica exclusivamente en el hecho de servir de orientación y ayuda en el complicado proceso de valoración del indicio (...) Por todo lo anterior, no siempre resulta acertado el que los abogados defensores o el propio ministerio público se dediquen a despreciar indicios o sobrevalorarlos, ayudados por las citas de algunos tratadistas, pues, como anota CARRARA, siempre será posible encontrar quien los valore bien y quien les reste toda fuerza probatoria, justamente porque lo hacen en términos generales, que no siempre son iguales en los procesos judiciales" (pág. 160).

Y en el capítulo final, llamado "El indicio en la teoría de la prueba", el autor se encarga de ubicar ese medio probatorio de las distintas clasificaciones que de la prueba en general se han hecho y de precisar su importancia, tanto en la teoría como en la práctica del procedimiento penal colombiano.

Al trabajo en mención tendríamos, por el momento, dos observaciones para hacerle. La primera consiste en que si bien la ya aludida explicación que el Dr. REYES ALVARADO proporciona acerca del análisis probatorio del concurso de indicios contingentes, nos resulta válida y convincente, consideramos conveniente una mayor profundización orientada a aclarar aún mejor tan complejo tema. Y la segunda apunta al hecho de que entre los ejemplos citados en

el texto, existe un muy notorio predominio de casos en que la prueba indiciaria fue mal manejada; ello, ciertamente, parece reflejar la realidad hasta ahora existente respecto de tal medio de prueba; pero puede ser paradójico que en un texto encaminado a propugnar el correcto entendimiento del indicio, escaseen los ejemplos en este último sentido.

En síntesis, *La prueba indiciaria* en buena hora comienza a subsanar una ostensible deficiencia de nuestra bibliografía jurídica. De allí que recomendemos su permanente consulta a los estudiosos del derecho, particularmente a los jueces penales quienes, en razón de normas procesales vigentes, frecuentemente tienen que manejar dicha prueba y decidir con base en ella. Y al autor del texto reseñado le queda, para el futuro, la tarea de proseguir con el estudio de los demás medios probatorios y de la prueba en general, siempre con especial referencia al procedimiento penal.

Emiro Sandoval Huertas
Saarbrücken, 1984

NOTAS

NOTAS

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Nomos Impresores,
el día 9 de setiembre de 1985.

LABORE ET CONSTANTIA